



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Ouverture de l'année judiciaire Séminaire judiciaire 2020

Un instrument vivant : la doctrine de l'interprétation évolutive **Observations liminaires**

Discours de Rick Lawson, Leiden

Strasbourg, 31 janvier 2020

(1) Introduction : l'affaire Tyrer et l'origine de la doctrine de l'interprétation évolutive

Nous connaissons tous par cœur ce célèbre passage de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Tyrer* (1978) :

« La Cour rappelle en outre que la Convention est un instrument vivant à interpréter – la Commission l'a relevé à juste titre – à la lumière des conditions de vie actuelles »¹.

Comme le souligne l'excellent document de référence préparé par le greffe pour ce séminaire, cette déclaration a marqué le point de départ d'un impressionnant corpus de jurisprudence.

D'une certaine manière, l'arrêt *Tyrer* nous ramène au débat classique sur l'inné et l'acquis. Il y a d'un côté l'inné : les caractéristiques fondamentales de la Convention sont inscrites dans son ADN – « la dignité et la liberté de l'homme sont [son] essence même [...] »². Cet ADN renferme le consensus qui a émergé au lendemain de la Seconde Guerre mondiale : l'idée que l'Europe avait besoin d'une sonnette d'alarme, d'un mécanisme d'alerte précoce. Il en est résulté un « instrument destiné à sauvegarder et promouvoir les idéaux et valeurs d'une société démocratique », assorti d'institutions « créées pour protéger l'individu »³.

De l'autre côté, il y a l'acquis, autrement dit l'influence du contexte. C'est là qu'intervient l'arrêt *Tyrer*. Le concept d'interprétation évolutive introduit dans cet arrêt permet à la Convention de s'adapter à un environnement mouvant, porteur de promesses mais aussi de risques.

Le terme même d'« interprétation évolutive » évoque la biologie, laquelle nous enseigne que la capacité de s'adapter peut être déterminante pour la survie d'une espèce. Pour survivre, la Convention a besoin de l'inné comme de l'acquis. La « conscience de l'Europe », pour reprendre l'expression rendue célèbre par Pierre-Henri Teitgen, a besoin des deux. Elle a besoin de la solidité de

1 CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni* (n° 5856/72), arrêt du 25 avril 1978, § 31.

2 CEDH, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* (n° 28957/95), arrêt du 11 juillet 2002, § 90.

3 CEDH, *Soering c. Royaume-Uni* (n° 14038/88), arrêt du 7 juillet 1989, § 87 et *Klass et autres c. Allemagne* (n° 5029/71), arrêt du 6 septembre 1978, § 34.

ses principes fondateurs, mais aussi de la souplesse nécessaire pour affronter les réalités du monde moderne et s’y adapter : comme l’a dit la Cour suprême du Canada⁴, il lui faut les racines et les branches d’un arbre vivant. C’est ainsi que dans le sillage de l’arrêt *Tyrer*, la doctrine de l’interprétation évolutive est devenue l’un des principaux piliers de la jurisprudence de la Cour. Elle entretient des liens étroits avec le principe d’effectivité, lequel suppose d’interpréter et d’appliquer la Convention de telle manière que les droits qu’elle garantit soient concrets et effectifs, et non théoriques et illusoires⁵.

Mais avant d’aller plus loin et d’explorer plus avant la jurisprudence qui s’est développée à partir de l’arrêt *Tyrer*, arrêtons-nous un instant pour réfléchir au libellé du célèbre passage de cet arrêt. La Convention « est » un instrument vivant nous dit-on. Ce n’est pas un choix, c’est un fait. La Cour « rappelle » que la Convention « est » un instrument vivant « à interpréter » à la lumière des conditions de vie actuelles. Les mots employés donnent l’impression que la Cour énonçait une évidence, voire qu’elle n’avait pas le choix.

Elle n’avait évidemment aucune obligation expresse. Elle est compétente pour les questions concernant « l’interprétation et l’application » de la Convention, ce qui implique une certaine latitude⁶. Faisant usage de cette latitude, elle a estimé qu’une interprétation statique ou originaliste – consistant à continuer d’interpréter la Convention d’après la conception qu’en avaient ses rédacteurs, en 1950 – n’était pas souhaitable. Elle a estimé qu’une attitude « figée » ne pouvait pas garantir que la Convention conserve sa pertinence à mesure de l’évolution des sociétés et qu’une approche dynamique serait sans nul doute conforme au préambule de la Convention, qui renvoie « à la sauvegarde et [au] développement des droits de l’homme et des libertés fondamentales ». Elle a pourtant bel et bien fait un choix.

À cet égard, on observe avec intérêt que dans l’arrêt *Tyrer*, la Cour a pour une fois appelé la Commission à la rescousse. Dans le passage cité, elle précise que « comme la Commission l’a relevé à juste titre », la Convention devait être interprétée à la lumière des conditions de vie actuelles. Le verbe « relever » est peut-être un peu excessif. Il est vrai que le délégué de la Commission, M. Kellberg, a fait cette observation à l’audience publique devant la Cour⁷, mais en réalité, dans l’avis exprimé en décembre 1976 sur l’affaire *Tyrer*, la Commission était totalement muette sur cette question ! Tout juste a-t-elle jugé évident que « la flagellation judiciaire est une humiliation et un déshonneur pour celui qui est puni et peut donc s’analyser en un traitement ou châtement dégradant »⁸. Le gouvernement du Royaume-Uni s’est rallié à cette position⁹, et n’a eu aucune difficulté à admettre que la Convention devait être interprétée à la lumière des conceptions contemporaines¹⁰.

⁴ Voir, par exemple Cour suprême du Canada : renvoi relatif au mariage entre personnes de même sexe, [2004] 3 RCS 698 § 22.

⁵ Beaucoup a été dit et écrit au sujet de l’interprétation de la Convention. Pour une analyse récente, voir J. Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, Cambridge UP 2019.

⁶ Convention européenne de sauvegarde des droits de l’homme et des libertés fondamentales, article 32. Voir également l’article 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

⁷ Voir le compte rendu de l’audience publique tenue le 17 janvier 1978, CEDH, série B, n° 24, *Tyrer*, pp. 57, 86.

⁸ CommEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni* (n° 5856/72), rapport du 14 décembre 1976, § 35, reproduit dans CEDH, série B, n° 24, *Tyrer*, p. 24.

⁹ Les châtements corporels judiciaires avaient été abolis au Royaume-Uni, mais continuaient d’exister dans l’île de Man, où M. Tyrer avait été flagellé. Le gouvernement britannique n’a donc pas contesté le constat de violation de l’article 3 de la Convention, laissant le soin au procureur général de l’île de Man de justifier la flagellation de M. Tyrer.

¹⁰ Voir le compte rendu de l’audience publique tenue le 17 janvier 1978, CEDH, série B, n° 24, *Tyrer*, pp. 57, 86, qui renvoie à : document Cour (77) 43, p. 47.

C'est ainsi que la doctrine de l'interprétation évolutive s'est imposée dans la jurisprudence de la Cour de Strasbourg avec une facilité que nous pouvons qualifier d'étonnante, surtout avec le recul dont nous disposons. Le résumé officiel de l'arrêt publié dans l'*Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme* ne fait pas la moindre allusion au fait que la Cour a qualifié la Convention « d'instrument vivant »¹¹. Apparemment, cette question n'était pas perçue comme capitale.

(2) La doctrine de l'interprétation évolutive : un débat qui ne sera jamais clos

En réalité, lorsque l'affaire *Tyrer* a été examinée par la Commission, la question de la méthode d'interprétation a été soulevée une seule fois, par le délégué irlandais, Monsieur Kevin Mangan¹². Qui plus est, il était opposé à l'interprétation évolutive : dans son opinion dissidente, il a évoqué les « préoccupations qui animaient les rédacteurs de la Convention ». De son point de vue, « [I]es pratiques et opinions qui avaient cours en matière de punition des mineurs dans les diverses communautés qui ont participé à la rédaction de la Convention à l'époque où elle a été adoptée et les maux réellement terribles qu'elle avait pour vocation principale de combattre doivent être pris en compte au moment de déterminer ce que les parties étaient d'accord pour réduire »¹³.

Nous avons là résumés les deux principaux arguments avancés contre la « doctrine de l'interprétation évolutive » telle qu'elle a été introduite par l'arrêt *Tyrer* : premièrement, les Hautes parties contractantes pouvaient légitimement espérer que la Cour ne leur imposerait de respecter que les obligations qu'elles s'étaient engagées à respecter en 1950 ; deuxièmement, la Cour ne doit s'intéresser qu'aux « maux réellement terribles ».

Le premier argument a rapidement perdu une grande partie de sa force. En avril 1978, lorsque l'arrêt *Tyrer* a été rendu, les parties contractantes n'étaient que dix-huit. Quand bien même certaines d'entre elles auraient pu prétendre avoir été prises au dépourvu par la doctrine de l'interprétation évolutive, les 29 membres qui ont adhéré à la Convention après l'arrêt ne peuvent pas avancer le même argument. Ils savaient parfaitement qu'ils adhéraient à un instrument vivant. De surcroît, tous les membres du Conseil de l'Europe, anciens comme nouveaux, ont exprimé leur soutien à la Cour et à sa jurisprudence à d'innombrables occasions¹⁴.

Il ne faut bien sûr pas pour autant en déduire que les limites de l'interprétation évolutive ne seront jamais sujettes à débat. Bien au contraire : une décision qui a été saluée par les ONG comme un pas en avant peut fort bien être vue par les gouvernements comme la manifestation d'un « gouvernement des juges », d'une limitation illégitime de leur liberté d'action. Pourquoi la Cour ne

¹¹ Conseil de l'Europe, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 21 (1978), p. 614.

¹² Ce seul fait est un petit miracle : M. Mangan n'était plus membre de la Commission lorsque le rapport dans l'affaire *Tyrer* a été adopté. Son mandat avait pris fin un an et demi plus tôt, en mai 1975. Une étude plus approfondie des archives met en lumière une énigme intéressante. Il ressort des archives de la Cour que M. Mangan est resté impliqué dans l'affaire jusqu'à la fin de son mandat (CEDH, série B, n° 24, affaire *Tyrer*, pp. 31-35). Toutefois, d'après le rapport initial de la Commission (dont un exemplaire se trouve encore dans Hudoc), il a été remplacé par son successeur, M. Brendan Kiernan, si bien qu'il ne figure pas dans la liste des membres de la Commission qui ont statué sur cette affaire (voir p. 2 du Rapport). Il a toutefois réussi à exprimer son avis à travers une opinion dissidente, ce qui n'est pas sans rappeler « l'opinion fantôme » initialement jointe à l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *D. c. Royaume-Uni* (n° 30240/96), 2 mai 1997, comme l'a également souligné Michael O'Boyle durant le séminaire organisé lorsqu'il a quitté son poste de greffier adjoint de la Cour, le 13 février 2013.

¹³ CommEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni* (n° 5856/72), rapport du 14 décembre 1976, opinion dissidente de M. Kevin Mangan, §§ 7 et 18, consultable dans Hudoc et CEDH, série B, n° 24, affaire *Tyrer*, pp. 28 et 30.

¹⁴ Pour un exemple récent, voir la Déclaration de Copenhague (2018), § 26 : « La Cour (...) interprète de manière authentique la Convention conformément aux normes et principes pertinents de droit international public et, en particulier, à la lumière de la Convention de Vienne sur le droit des traités, en portant l'attention qu'il convient aux conditions actuelles ».

se borne-t-elle pas à s'intéresser aux « maux réellement terribles » ? Et un arrêt qui sera perçu par les uns comme une occasion manquée de faire évoluer la jurisprudence sera vu par les autres comme la juste application du principe de subsidiarité, indispensable pour que la Cour conserve sa crédibilité vis-à-vis des Hautes parties contractantes. Au sein même de la Cour, il y aura toujours d'un côté ceux qui estiment « qu'un arrêt *Salduz* par an suffit »¹⁵ et ceux qui insistent sur la nécessité de repousser les limites et de renforcer la protection des droits individuels et de la dignité humaine.

(3) La doctrine de l'interprétation évolutive : tentative de typologie

Un rapide examen de la jurisprudence suffit pour constater que la doctrine de l'interprétation évolutive est appliquée à diverses catégories de situations. La première correspond à l'évidence au scénario de l'affaire *Tyrer* elle-même : la Cour réagit à ce qu'elle perçoit comme une évolution positive du droit interne des États membres du Conseil de l'Europe. Peut-être observe-t-elle, par exemple, que les droits des enfants sont davantage reconnus. Dans ce contexte, elle considère peut-être qu'il existe un consensus suffisant pour que les droits et libertés correspondants prévus par la Convention évoluent. En quelque sorte, elle codifie le nouveau consensus qui a émergé en Europe.

Le deuxième scénario est lié à l'apparition de nouvelles situations factuelles qui sont autant de nouvelles menaces pour la dignité humaine et nécessitent en conséquence la définition de nouveaux critères. Dans l'affaire *Szabó et Vissy* par exemple, la Cour a insisté sur les progrès technologiques accomplis ces dernières décennies. Elle a estimé que les possibilités de surveillance massive et les risques d'ingérence dans notre utilisation d'Internet rendaient indispensable un renforcement de la protection de la vie privée¹⁶.

Je suppose que dans ces deux types de situation, la Cour doit se montrer particulièrement persuasive pour convaincre un auditoire potentiellement sceptique du bien-fondé de sa nouvelle interprétation. Dans le premier scénario, elle doit démontrer empiriquement qu'il existe un consensus entre les États membres du Conseil de l'Europe. Dans le deuxième, elle doit convaincre le lecteur que la dignité humaine est *réellement* en jeu et qu'une nouvelle approche doit être adoptée. Plus elle parvient à convaincre que ses arrêts sont bel et bien fondés sur un consensus européen ou concernent vraiment des « maux réellement terribles », mieux elle parvient à les faire accepter. À défaut, elle se condamne à rester dans une position plus fragile face à la critique. Il se trouvera en effet toujours des détracteurs prompts à considérer qu'une nouvelle interprétation n'est rien de plus qu'un simple changement cosmétique, expression de préférences subjectives, voire procède d'un abus de pouvoir¹⁷. Mais je vais en rester là sur ce point car je suppose que d'autres intervenants évoqueront des évolutions liées à ces deux cas de figure au cours du séminaire.

Je peux ainsi me concentrer sur un troisième aspect, qui est peut-être rarement évoqué dans les débats sur l'interprétation évolutive – alors qu'il est à mon avis crucial. L'interprétation évolutive peut également concerner les éléments procéduraux et imposer une adaptation institutionnelle. Il

¹⁵ Voir E. Myjer, « One *Salduz* a year is enough », in D. Spielmann, M. Tsirlis, P. Voyatzis (éds.), *La Convention européenne des droits de l'homme, un instrument vivant ; mélanges en l'honneur de Christos L. Rozakis*, Bruylant 2011, pp. 419-430.

¹⁶ CEDH, *Szabó et Vissy c. Hongrie*, (n° 37138/14), 12 janvier 2016, § 53.

¹⁷ Voir les débats qui ont lieu actuellement en Russie et dont se fait l'écho l'article « Des amendements à la Constitution pour protéger la Russie d'une interprétation libre de la Convention européenne des droits de l'homme – Kosachyov » (Interfax, 21 janvier 2020). Pour une analyse plus vaste, voir par exemple M. Smirnova, « Russia », in F.M. Palombino (éd.), *Duelling for Supremacy - International Law vs. National Fundamental Principles*, Cambridge UP 2019, pp. 297-319, et M. Antonov, *Formalism, Realism and Conservatism in Russian Law* (PhD Leiden, 2019).

arrive que la Cour évoque expressément l'affaire *Tyrer* – c'est ce qu'elle a fait dans l'affaire *Mamatkulov*, dans laquelle elle a estimé que le non-respect de mesures provisoires par un État contractant emportait violation de l'article 34 de la Convention¹⁸. Elle a toutefois fait évoluer sa pratique à de multiples autres occasions. Ainsi, confrontée à des problèmes de nature systémique, elle a élaboré la procédure de l'arrêt pilote¹⁹. En 2003, elle a commencé à accepter les déclarations unilatérales, pratique qui est maintenant prévue à l'article 62 A du Règlement de la Cour²⁰. Quant aux innombrables mesures qu'elle a prises au fil des années pour faire face à une charge de travail croissante, ne reflètent-elles pas le caractère vivant de la Convention²¹ ? Peut-être que ces innovations procédurales constituent l'illustration la plus frappante de ce que la capacité d'adaptation est indispensable à l'efficacité de la Cour – et en réalité à sa survie.

(4) Des « conditions de vie actuelles » précaires

Il est important de garder cela à l'esprit, parce que l'environnement dans lequel la Convention est appliquée n'offre pas seulement à la Cour la possibilité d'aller de l'avant et de durcir les exigences qu'elle applique. Il est aussi synonyme d'embûches. Cet environnement témoigne en effet d'un véritable « changement de climat » dont la Convention et les institutions créées pour l'appliquer ne peuvent pas faire abstraction. Le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture – pour reprendre l'expression fameuse de l'arrêt *Handyside*²² – sont en perte de vitesse. Ainsi que l'ont dit et déploré à maintes reprises le Secrétaire général du Conseil de l'Europe, l'Assemblée parlementaire, le Commissaire aux droits de l'homme, la Commission de Venise et d'autres, l'état de droit est menacé²³.

Nous sommes donc face à de nouvelles « conditions de vies actuelles »²⁴ – ce qui pourrait avoir des conséquences directes sur les fondations mêmes du Conseil de l'Europe, à savoir les droits de l'homme, la démocratie et l'état de droit. Je ne suis pas en train de dire que chacune de ces évolutions prise individuellement constitue une violation de la Convention. C'est à la Cour qu'il revient de se prononcer sur ce point et au fond, c'est bien là le problème. Pratiquement tous les organes du Conseil de l'Europe ont exprimé et continuent d'exprimer leur avis au sujet de mesures qui, selon eux, portent atteinte à nos valeurs communes. Ils sont souvent rejoints par la Commission

¹⁸ CEDH *Mamatkulov et Askarov c. Turquie* [GC], (n° 46827/99), arrêt du 4 février 2005, § 121.

¹⁹ CEDH, *Broniowski c. Pologne* [GC], (n° 31443/96), arrêt du 22 juin 2004.

²⁰ CEDH, *Tahsin Acar c. Turquie* [GC], (n° 26307/95), arrêt du 6 mai 2003.

²¹ Pour un tour d'horizon des mesures prises pendant la période 2000-2009, voir par exemple : Conseil de l'Europe, *La réforme de la Cour européenne des droits de l'homme : Un travail continu* (2009).

²² CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni* (n° 5493/72), 12 décembre 1976, § 49.

²³ Voir, par exemple, le rapport du Secrétaire général du Conseil de l'Europe, *Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit* (2017), p. 15 ; APCE, *Nouvelles menaces contre la primauté du droit dans les États membres du Conseil de l'Europe : Exemples sélectionnés* (Résolution 2188(2017)) ; Commissaire aux droits de l'homme, *L'indépendance des juges et de la justice menacée* (Carnet des droits de l'homme, 3 septembre 2019) ; divers avis de la Commission de Venise.

²⁴ Pour rester bref, je dois laisser de côté la question de savoir si ces nouvelles conditions pourraient se traduire par la définition de critères moins exigeants. La Cour a semblé indiquer qu'il n'en était rien. Au paragraphe 101 de l'arrêt rendu le 28 juillet 1999 dans l'affaire *Selmouni c. France* (n° 25803/94), elle s'est exprimée en ces termes : « (...) compte tenu de ce que la Convention est un « instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles (voir, notamment, arrêts *Tyrer* (...)), la Cour estime que certains actes autrefois qualifiés de « traitements inhumains et dégradants », et non de « torture », pourraient recevoir une qualification différente à l'avenir. La Cour estime en effet que le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales implique, parallèlement et inéluctablement, une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques. » Du point de vue du couple inné/acquis, on pourrait en déduire que l'inné, c'est-à-dire la nature de la Convention, ne permet d'adopter que des critères d'appréciation de plus en plus exigeants, ce qui conduit à un acquis irréversible.

européenne²⁵, l'OSCE²⁶ et les Nations unies²⁷. Toutefois la voix qui, si je puis dire, importe à la majorité d'entre nous ne se fait pour l'heure pas vraiment entendre. Dans le débat actuel, la « conscience de l'Europe », autrement dit la Cour, se fait discrète.

Pour dire les choses autrement et au risque de les simplifier, jusqu'à il y a une dizaine d'années environ, il existait dans l'ensemble un consensus au sujet de la direction dans laquelle la société était censée évoluer dans les domaines couverts par la Convention. Ainsi, même si les conditions de détention laissaient à désirer dans certains pays, leur amélioration n'était qu'une question de temps (et d'argent) – et non une question de principe. Le temps jouait en faveur de la Cour. Il y avait certes des retards à Strasbourg, ce qui était bien sûr une source d'agacement pour beaucoup – en premier lieu pour les requérants –, mais au moins les choses évoluaient-elles dans la bonne direction. La Cour avait par définition pour tâche de recevoir les requêtes et, à travers les arrêts qu'elle rendait, de les utiliser pour rappeler aux Hautes parties contractantes les engagements qu'elles avaient pris. Tant que le Comité des ministres était en mesure de surveiller efficacement l'exécution des arrêts, tout allait bien.

La situation est bien différente aujourd'hui. Dans plusieurs pays, l'indépendance de la justice, la société civile, les défenseurs des droits de l'homme et la liberté de la recherche sont de plus en plus menacés. Des mesures controversées sont adoptées de manière rapide et ont une traduction concrète sur le terrain, entraînant des changements systémiques sur lesquels il ne serait pas facile de revenir – s'ils se révélaient contraires à la Convention. Le temps ne joue plus en faveur de la Cour : il joue désormais contre elle.

Un retard de la justice a toujours été synonyme de déni de justice, mais aujourd'hui, ces retards peuvent avoir des conséquences qui vont bien au-delà du requérant lui-même pour se répercuter sur le système dans son ensemble. Qu'est-ce que cela signifie pour la Convention vue comme un instrument vivant ?

(5) Indépendance du système judiciaire : une attaque contre un est une attaque contre tous

La célèbre affaire *Baka* fournit une bonne illustration de cet argument. Le président de la Cour suprême hongroise se plaignait d'avoir été relevé de ses fonctions prématurément dans le contexte d'une réorganisation de l'appareil judiciaire. Il a saisi la Cour en mars 2012 et a obtenu gain de cause devant la Grande Chambre – en juin 2016²⁸. Cette victoire ne lui a toutefois pas permis d'être réintégré dans ses fonctions initiales : un fait accompli avait été imposé.

Il faut à l'évidence y voir une conséquence inhérente à la nature du contrôle exercé par la Cour, qui est un contrôle *a posteriori*. De la même manière, il n'est pas possible de défaire une violation du droit à la vie. Il y a cependant une différence : du fait de la fonction qu'occupait M. Baka, le sort qui lui a été réservé s'inscrivait dans un contexte beaucoup plus large. L'appareil judiciaire occupe une

²⁵ Voir le communiqué de presse du 10 octobre 2019, *État de droit : la Commission européenne saisit la Cour de justice contre la Pologne pour mettre les juges à l'abri de tout contrôle politique*, consultable à l'adresse [ec.europa.eu \(IP_19_6033\)](http://ec.europa.eu/ip_19_6033).

²⁶ Voir, par exemple, BIDDH, communiqué de presse du 14 janvier 2020, *Urgent Interim Opinion on the Bill Amending the Act on the Organization of Common Courts, the Act on the Supreme Court and Certain Other Acts of Poland (as of 20 December 2019)*, consultable à l'adresse <https://www.osce.org/odihr/443731>.

²⁷ Voir, par exemple, Haut-commissariat aux droits de l'homme des Nations Unies, communiqué de presse du 25 juin 2018, *Poland: Reforms a serious blow to judicial independence, says UN rights expert*, consultable à l'adresse www.ohchr.org.

²⁸ CEDH, *Baka c. Hongrie* (n° 20261/12), 23 juin 2016,

place centrale au sein de « l'écosystème des droits de la personne ». Dès lors, une mesure qui a une incidence sur la position de ce système risque inévitablement de se répercuter sur la capacité institutionnelle de l'État à garantir une protection effective des droits et libertés protégés par la Convention. Si une violation de la Convention se produit dans ce contexte, il est permis de dire qu'une attaque contre un est une attaque contre tous.

Personne n'ignore l'inquiétude généralisée qui s'exprime depuis fin 2015 au sujet de la série de mesures visant le système judiciaire polonais. Le gouvernement cherche à défendre ses réformes, tandis que des voix s'élèvent pour mettre en garde contre le risque de remise en cause de l'indépendance de la justice. Dans ce contexte, on aimerait connaître la position de la Cour sur les diverses mesures adoptées. En rendant avec célérité un arrêt qui ferait autorité, la Cour servirait les intérêts de tous : ceux du requérant qui allègue une violation de ses droits et ceux du gouvernement défendeur qui soutient que ses mesures sont pleinement justifiées. Une décision rapide et faisant autorité est un gage de sécurité juridique et fait office de boussole.

Et la Cour peut le faire ! Il suffit de penser à la rapidité et à la diligence avec laquelle l'affaire *Ástráðsson c. Islande* a été traitée. La requête a été communiquée en l'espace d'un mois et il n'a fallu qu'un an à la Cour pour rendre un arrêt. Une audience devant la Grande Chambre a eu lieu 20 mois après l'introduction de la requête²⁹.

De l'extérieur, il est donc difficile de comprendre pourquoi la même chose n'a pas eu lieu dans le cas de la Pologne. La Cour ne peut évidemment se prononcer que si elle est saisie. Or, elle a été saisie d'une requête pertinente en janvier 2018, mais celle-ci n'a été communiquée qu'en septembre 2019³⁰, soit 20 mois plus tard. La Cour a certes un énorme volume d'affaires à traiter et malgré les efforts qu'elle a déployés, elle a accumulé un retard important. La question se pose toutefois de savoir si elle ne devrait pas revoir ses priorités. L'intervention du juge européen peut être comparée à une denrée rare, qui doit être utilisée là où elle est le plus nécessaire et au moment où elle est le plus nécessaire.

(6) La doctrine de l'interprétation évolutive et la nécessité de préserver la capacité institutionnelle de l'État de garantir le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales

Une fois encore, mon but n'est pas de m'exprimer sur le fond de ces affaires ni d'ouvrir un débat sur la situation qui règne dans d'autres pays dont le nom peut venir à l'esprit. Ce que je veux dire, c'est que dans les affaires dans lesquelles les requérants allèguent, en avançant des arguments *a priori* légitimes, que l'essence même de l'état de droit est menacée et que des réformes structurelles risquent de remettre en cause l'indépendance de la justice à telle enseigne que l'intégrité et, en réalité, le cœur même du système de protection des droits de l'homme sont en jeu, la Cour devrait réagir sans délai. Selon moi, cela suppose qu'elle revoie sa politique de priorisation³¹ de même que sa pratique en matière de mesures provisoires³².

²⁹ CEDH, *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande* (n° 26374/18), arrêt de chambre du 12 mars 2019 ; la requête est actuellement pendante devant la Grande Chambre.

³⁰ Voir l'affaire *Xero Flor c. Pologne* (n° 4907/18). La requête *Bojara c. Pologne* (n° 27367/18) a été introduite en avril 2018 et communiquée en septembre 2019. Dans l'affaire *Grzęda c. Pologne* (n° 43572/18), elle a été introduite en septembre 2018 et communiquée en juillet 2019.

³¹ Voir l'article 41 du Règlement de la Cour et https://www.echr.coe.int/Documents/Priority_policy_FRA.pdf.

³² Voir *Instructions pratiques – Demandes de mesures provisoires* (article 39 du Règlement de la Cour) : « La Cour n'indique des mesures provisoires à un État membre que lorsque, après avoir examiné toutes les informations pertinentes, elle considère que le requérant

S'agissant de la priorisation, la « catégorie II » regroupe actuellement les « affaires soulevant des questions susceptibles d'avoir une incidence sur l'efficacité du système de la Convention (notamment problème structurel ou situation endémique que la Cour n'a pas encore eu l'occasion d'examiner, procédure de l'arrêt pilote) ». Il faudrait envisager de faire évoluer cette catégorie ou d'en créer une nouvelle regroupant les « affaires soulevant des questions susceptibles d'avoir une incidence grave sur la capacité institutionnelle de l'État à assurer une protection effective des droits et libertés garantis par la Convention ». À l'évidence, ces affaires doivent être prioritaires.

Il est cependant tout aussi important de réfléchir à la question de savoir qui décide de rattacher une affaire à telle ou telle catégorie. Il est indispensable de garantir l'homogénéité de la pratique de la Cour à cet égard : des problèmes similaires doivent être rangés dans une même catégorie, quel que soit le pays concerné. Une procédure de priorisation prévoyant un double regard constituerait sans doute une garantie importante.

Lorsqu'elle doit réagir aux menaces qui planent sur l'état de droit, la Cour pourrait s'inspirer de la Cour de justice de l'Union européenne. La Cour de Luxembourg a en effet eu à se prononcer sur une série d'affaires impliquant l'état de droit dans divers États membres de l'Union européenne. Elle a ainsi pu considérablement développer sa jurisprudence et influencer le cours des événements.

Le temps qui m'est imparti ne me permet pas d'analyser en détail la jurisprudence récente. Toutefois, deux éléments saillants se dégagent : le fond et la procédure. Pour ce qui est du fond, la Cour de justice a précisé son interprétation de l'obligation faite aux États membres de garantir une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'UE, établissant un lien avec l'indépendance de la justice et le principe d'inamovibilité des juges³³. Dans les mois et années à venir, la Cour de Strasbourg va elle aussi devoir garantir d'une manière ou d'une autre qu'il existe bel et bien des tribunaux comme prévu par la loi, que ces juridictions internes sont indépendantes, que les juges sont effectivement protégés contre la révocation abusive et que des mesures sont prises lorsque l'autorité de la justice est la cible d'attaques véhémentes. De nombreuses affaires vont supposer l'application de la jurisprudence existante, mais d'autres exigeront des interprétations à la fois nouvelles et innovantes de l'article 6 de la Convention³⁴.

Pour ce qui est de la procédure, la Cour de justice a pu jouer son rôle en ayant recours à des procédures accélérées et en adoptant si nécessaire des mesures provisoires. Elle a ainsi pu éviter d'être mise devant un fait accompli de nature à priver d'effectivité une éventuelle décision définitive³⁵. Rien ne fait obstacle à ce que la Cour de Strasbourg l'imite dès aujourd'hui³⁶.

serait exposé à un risque réel de dommages graves et irréversibles en l'absence de la mesure en question.» (https://www.echr.coe.int/Documents/PD_interim_measures_FRA.pdf).

³³ Voir, en particulier, CJUE, *Associação Sindical dos Juizes Portugueses* (C-64/16), 27 février 2018, § 37 ; *Minister for Justice and Equality (Défaillances du système judiciaire)* (C-216/18 PPU), 25 juillet 2018, § 52 ; *Commission européenne c. Pologne* (C-619/18), 24 juin 2019, § 55.

³⁴ Voici quelques exemples parmi d'autres de ces affaires : la Cour pourrait être saisie de requêtes de juges qui ont fait l'objet (ou ont l'impression d'avoir fait l'objet) de pratiques plus ou moins subtiles visant à les « faire rentrer dans le rang ». Les plaintes, venant de juges ou de parties, pourraient par exemple concerner des attaques véhémentes contre les juges publiées dans la presse, voire formulées par les autorités publiques. La Cour pourrait avoir à se prononcer sur la corrélation entre un manque d'indépendance « systémique » perçu du système judiciaire et la situation individuelle des juridictions et des juges. Autrement dit, une personne peut-elle se plaindre d'un problème systémique sans être en mesure de prouver que « son » juge faisait l'objet de pressions ou s'agit-il là d'une *actio popularis* ?

³⁵ Voir, en particulier, CJUE, ordonnance du 17 décembre 2018, *Commission européenne c. Pologne* (C-619/18 R), § 68 suiv.

Nous célébrons cette année le soixante-dixième anniversaire de la Convention. L'arrêt *Tyler* a été rendu il y a plus de 40 ans. Conformément à la doctrine de l'interprétation évolutive, la Cour s'adapte à la mutation de l'environnement dans lequel elle remplit sa mission. Nombreux sont ceux qui plébiscitent la doctrine qui fait de la Convention un « instrument vivant » et les progrès qu'elle a permis. D'autres sont cependant plus réservés, par exemple parce qu'ils pensent que la Cour devrait se limiter à traiter les « maux réellement terribles ». Tous s'accordent cependant à lui reconnaître la qualité de « conscience de l'Europe ». Elle doit donc agir avec détermination pour protéger ce qui est réellement précieux – avec détermination et rapidité. Un mécanisme d'alerte précoce doit agir tôt, à peine de ne plus être un mécanisme d'alerte précoce.

³⁶ De ce point de vue, il serait également utile de mettre sur pied une autre procédure pour saisir la Cour, comparable à la procédure d'infraction générale prévue à l'article 258 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. Comme cela a déjà été proposé, le Commissaire aux droits de l'homme pourrait jouer ce rôle. Il faudrait cependant à cette fin amender la Convention.