



Ouverture de l'année judiciaire 2026

Audience solennelle

« Unité européenne dans la diversité : la capacité des démocraties libérales à agir face à de multiples défis »

Discours de Stephan Harbarth

Strasbourg, le 30 janvier 2026

Monsieur le Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Mesdames et Messieurs les juges de la Cour européenne des droits de l'homme, Mesdames et Messieurs les Présidents des Cours constitutionnelles et des Cours suprêmes, Madame la Présidente des Délégués des Ministres, Monsieur le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, Madame la Présidente de l'Assemblée parlementaire, Madame la Commissaire aux droits de l'homme, Excellences, Mesdames et Messieurs,

Le 7 mai 1948, près de trois ans jour pour jour après la fin de la Seconde Guerre mondiale en Europe, des personnalités politiques européennes de premier plan, dont Winston Churchill et Konrad Adenauer, se réunirent à La Haye pour le Congrès de l'Europe¹. Les près de 700 membres de ce Congrès proclamèrent ce qui suit dans un « Message aux Européens » :

« Nous voulons une Charte des Droits de l'Homme garantissant les libertés de pensée, de réunion et d'expression, ainsi que le libre exercice d'une opposition politique ; Nous voulons une Cour de Justice capable d'appliquer les sanctions nécessaires pour que soit respectée la Charte »².

À peine plus de deux ans plus tard, ces aspirations devinrent réalité. Le 4 novembre 1950, douze États membres du Conseil de l'Europe nouvellement constitué signèrent la Convention européenne des droits de l'Homme (Convention européenne)³. Trois quarts de siècle plus tard, en novembre dernier, la Convention a célébré son soixante-quinzième anniversaire. Les nombreuses festivités, consécration et

¹ Wilfried Loth, « Vor 60 Jahren: der Haager Europa Kongress », *Integration* 2/2008, pp. 179 et suiv.

² Walter Lipgens, Wilfried Loth, *Documents on the History of European Integration*, Vol. IV, 1991, pp. 350-351.

³ Christoph Grabenwarter, Katharina Pabel, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 7^e édition 2021, § 1 paragraphe 3.

publications à l’occasion de cet anniversaire l’ont clairement montré : la Convention et la Cour européenne des droits de l’homme occupent une place essentielle et mondialement reconnue dans le système international de protection des droits de l’homme⁴.

Cet écho positif témoigne d’un engagement clair en faveur de l’ordre juridique international, dont les pierres angulaires comprennent, entre autres, les droits de l’homme, la souveraineté des États et l’interdiction du recours à la force. Après l’expérience formatrice de la Seconde Guerre mondiale, ces principes ont été mis en exergue dans les instruments centraux du droit international de l’après-guerre afin de protéger les générations futures des horreurs de la guerre et de la souffrance humaine⁵. Depuis lors, ces principes directeurs n’ont rien perdu de leur importance et continuent à juste titre d’être défendus – en particulier par la Cour européenne des droits de l’homme. La défense de ces principes est d’autant plus nécessaire aujourd’hui que la liberté, la démocratie, l’état de droit, les droits de l’homme et la coopération internationale sont mis à l’épreuve de nombreuses manières. C’est donc un grand honneur pour moi de m’adresser à vous aujourd’hui, à l’ouverture de cette année judiciaire très particulière pour la Cour européenne des droits de l’homme. Ma plus sincère gratitude pour l’invitation !

I. Soixante-quinze ans de la Convention européenne des droits de l’homme

1. Le rôle éminent de la Convention et de la CEDH

L’une des raisons du rôle éminent joué par la Convention et la Cour européennes des droits de l’homme (CEDH) dans le système de protection internationale des droits de l’homme – outre le respect qu’inspire la jurisprudence de la Cour au niveau mondial, sur lequel je reviendrai ci-dessous – réside dans la conception actuelle des requêtes individuelles devant la Cour. Depuis l’entrée en vigueur du Protocole n° 11 à la Convention le 1^{er} novembre 1998⁶, les plus de 700 millions de ressortissants des 46 États parties⁷ à la Convention ont le droit – après épuisement des voies de recours internes – de saisir directement la CEDH.

Cet instrument unique⁸, permettant aux individus de saisir une cour internationale des droits de l’homme, a été fréquemment utilisé. Au début de la dernière décennie, la Cour enregistrerait chaque année plus de 60 000 requêtes attribuées à une formation judiciaire⁹. Même si ces chiffres ont diminué au cours des dernières années en raison de diverses réformes, ils restent à un niveau très élevé, avec

⁴ Voir le symposium sur le *Verfassungsblog* « The European Convention on Human Rights at 75: Transnational Perspectives and Global Interaction », consultable sur <https://verfassungsblog.de/category/debates/the-european-convention-on-human-rights-at-75-transnational-perspectives-and-global-interaction-debates/> (dernière consultation le 24 février 2026).

⁵ On peut citer, à titre d’exemple, la Charte des Nations unies, dont le préambule commence comme suit : « Nous, peuples des Nations unies, résolus à préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l’espace d’une vie humaine a infligé à l’humanité d’indicibles souffrances, à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l’homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l’égalité de droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites, à créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international (...) »

⁶ Jochen Abr. Frowein, « European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (1950) », in Anne Peters (dir.), *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2009, paragraphes 2 et 3.

⁷ « Rapport annuel » de la CEDH, p. 35.

⁸ Stephanie Schiedermaier, « 75 Jahre EMRK – Leuchtturm im Sturm », *Zeitschrift für Rechtspolitik* 2025, p. 97.

⁹ « Analyse statistique 2015 » de la CEDH, p. 7.

près de 29 000 requêtes attribuées à une formation judiciaire en 2024¹⁰. Cela démontre non seulement la charge de travail élevée de la Cour, mais aussi le grand espoir que tant de personnes, dans les États contractants allant de l'Atlantique au Caucase, placent dans la CEDH sur la base de ses performances impressionnantes.

2. Les réalisations de la Cour

a) Une jurisprudence qui trouve un grand écho

Au cours de sa longue histoire, la CEDH a rendu d'innombrables arrêts et décisions révolutionnaires. Nous ne pouvons naturellement pas accorder à tous aujourd'hui l'attention qu'ils méritent. Mais si l'on pense à la jurisprudence récente de la Cour, on peut citer l'affaire *KlimaSeniorinnen* de 2024¹¹, qui a attiré l'attention du monde entier, y compris celle de la Cour internationale de justice dans l'avis consultatif qu'elle a rendu l'an dernier sur les obligations des États en matière de changement climatique¹².

b) La doctrine de l'« instrument vivant »

La jurisprudence de la CEDH a exercé une influence non seulement sur le fond, mais également sur la méthodologie juridique. La doctrine de l'« instrument vivant » en est un exemple¹³. Cette doctrine revêt une grande importance, notamment parce que la Convention remonte au milieu du vingtième siècle et qu'elle date donc d'une époque où les conditions sociales, économiques et technologiques étaient très différentes de celles d'aujourd'hui.

Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Tyrer c. Royaume-Uni*, la Cour a déclaré pour la première fois que la Convention est un « instrument vivant à interpréter (...) à la lumière des conditions de vie actuelles »¹⁴. Elle a ensuite développé cette idée de la Convention comme un traité dynamique et adopté un certain nombre d'arrêts importants sur cette base.

II. Les « conditions de vie actuelles » : les défis auxquels se heurte la capacité d'action des États

Mais alors, que sont aujourd'hui les « conditions de vie actuelles », pour reprendre les termes employés dans l'arrêt *Tyrer* ? Rarement au cours des soixante-quinze ans d'existence de la Convention les États européens ont été confrontés à une telle concentration de défis. Même si les crises peuvent sembler plus aiguës au moment où elles se présentent que dans une perspective historique, il est difficile de nier

¹⁰ « Analyse statistique 2024 » de la CEDH, p. 6 ; voir aussi Alec Stone Sweet, Wayne Sandholtz, *The Law and Politics of International Human Rights Courts*, 2024, pp. 36 et suiv.

¹¹ CEDH, *Verein KlimaSeniorinnen Schweiz et autres c. Suisse* [GC], n° 53600/20, 9 avril 2024.

¹² Cour internationale de justice, *Obligations des États en matière de changement climatique*, avis consultatif du 23 juillet 2025, paragraphes 144 et 385.

¹³ Pour une introduction, voir Grabenwarter et Pabel (cité à la note de bas de page 3), § 5 paragraphes 14-16 ; Oliver Dörr, Rainer Grote, Thilo Marauhn, *EMRK/GG Konkordanzkommentar*, 3^e édition 2022, chapitre 4 paragraphes 88-92.

¹⁴ CEDH, *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31, série A n° 26.

qu'à l'heure actuelle les défis pour les démocraties libérales en Europe – et en dehors de l'Europe – ont pris une ampleur sans précédent.

Les États et sociétés européens se trouvent actuellement dans ce qui a été qualifié de polycrise¹⁵. L'ordre mondial au sein duquel l'Europe occidentale, depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, et l'Europe dans son ensemble, depuis la chute du rideau de fer, se sentaient en sécurité semble moins stable aujourd'hui. Dans le même temps, des défis globaux de dimension exceptionnelle se posent, du renforcement des défenses militaires face à la guerre russe contre le peuple ukrainien à l'intelligence artificielle, de l'immigration à l'explosion de la dette – sans parler du changement climatique, qui pourrait provoquer une polycrise de plus¹⁶. Parallèlement, la confiance du public dans les capacités des États démocratiques diminue¹⁷. Il n'y a guère de raisons de penser que la grande réussite de la démocratie libérale et de l'état de droit touche à sa fin. Néanmoins, la pression sur la démocratie, la liberté et l'état de droit se fait sentir dans toutes les sociétés européennes.

La démocratie libérale ne peut prévaloir sur les nombreuses formes d'autocratie que si elle sait faire preuve, même sous la pression de crises externes et internes, d'une capacité continue à fonctionner et à évoluer. Pour que les démocraties libérales l'emportent dans ces circonstances, il est tout aussi important de réfuter de manière crédible les récits de déclin diffusés par divers acteurs et de parer au danger d'une érosion de la confiance dans les institutions de l'État par des perspectives d'avenir. À cet égard, les démocraties libérales doivent également prouver leur capacité à agir dans des conditions particulières. À l'ère du changement dynamique et de la mondialisation, ces conditions sont particulièrement instables et exigeantes, et nécessitent la résolution rapide de problèmes toujours plus complexes.

Outre les limites externes à la capacité d'action des États, il existe aussi des limites internes : la séparation des pouvoirs est une composante essentielle des ordres démocratiques libéraux¹⁸. Au cours de l'histoire, rien n'a égalé les échecs spectaculaires des projets d'avenir des régimes autoritaires. Pourtant, les effets de la séparation des pouvoirs ont été ambivalents. D'un côté, le principe de la séparation des pouvoirs agit comme un moteur des processus d'amélioration et d'adaptation¹⁹, mais, d'un autre côté, il impose au pouvoir des contraintes²⁰ et nécessite donc un discours, créant ainsi des défis spécifiques pour la capacité d'action des démocraties libérales.

¹⁵ Ce terme a été inventé par Jean-Claude Juncker dans le discours qu'il a prononcé lors de l'assemblée générale annuelle de la fondation des entreprises helléniques (SEV) le 21 juin 2016, https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/de/SPEECH_16_2293 (dernière consultation le 24 février 2026) ; pour un aperçu, voir Wolfgang Kahl, Paul Hüther, *Der „Zweckverband funktioneller Integration“ nach Hans Peter Ipsen. Ein Beitrag zur Begriffsgeschichte und zur Finalitätsdebatte in der Europawissenschaft*, 2023, pp. 99 et suiv.

¹⁶ Voir, concernant les fonctions traditionnelles et nouvelles de l'État, Ferdinand Kirchhof, « Aufgabenwandel ändert Staatsstrukturen », *Archiv des öffentlichen Rechts* 148 (2023), pp. 65 et suiv.

¹⁷ Stephan Harbarth, « Selbstbehauptung des Rechtsstaats », *Juristenzeitung* 80 (2025), pp. 161-162.

¹⁸ Karl-Peter Sommermann, in Peter M. Huber, Andreas Voßkuhle (dir.), *Grundgesetz*, 8^e édition 2024, Article 20 GG paragraphes 205 et suiv. ; Angela Schwerdtfeger, « Gewaltenteilung », in Uwe Kischel, Hanno Kube (dir.), *Handbuch des Staatsrechts*, Vol. II, 2024, § 36 paragraphe 3.

¹⁹ Thomas Wischmeyer, « Gewaltenteilung und institutionelles Gleichgewicht », in Wolfgang Kahl, Markus Ludwigs (dir.), *Handbuch des Verwaltungsrechts*, Vol. III, 2022, § 78 paragraphe 41.

²⁰ Pour plus de références, voir Schwerdtfeger (cité à la note de bas de page 18), § 36 paragraphe 7.

Tous ces éléments mettent en évidence le défi permanent auquel est confrontée la CEDH lorsqu'il lui faut exiger des États contractants qu'ils respectent les normes de la Convention, conformément à l'article 19, sans les contraindre indûment ni les priver de leur capacité d'agir. Ils soulignent également l'importance de l'application de la doctrine de la « marge d'appréciation » et la nécessité d'assurer de manière cohérente les conditions du bon fonctionnement de la démocratie et de l'état de droit.

III. La doctrine de la « marge d'appréciation »

1. Naviguer entre l'application de la Convention et le respect de la responsabilité première des États contractants

Avec l'entrée en vigueur du Protocole n° 15 à la Convention en 2021, un nouveau paragraphe ajouté au préambule de la Convention reconnaît la tension inhérente qui existe entre l'application de la Convention et la responsabilité première des États contractants. Il y est affirmé « qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la (...) Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'Homme instituée par la (...) Convention ».

Ce paragraphe place au centre de l'attention une doctrine essentielle qui – avec d'autres instruments – revêt une importance particulière pour l'Europe à l'époque actuelle : la doctrine de la « marge d'appréciation »²¹. Au cœur de cette doctrine se trouve une limitation du contrôle juridictionnel par laquelle la Cour peut dans certaines circonstances réduire la portée du contrôle qu'elle exerce²². Ainsi, la doctrine se rapporte à une question que les cours constitutionnelles et suprêmes traitent régulièrement, à savoir si et dans quelle mesure, dans certaines circonstances, d'autres acteurs que la juridiction de contrôle peuvent être autorisés à rendre des décisions soumises à un contrôle juridictionnel restreint, et quel critère de contrôle – restreint – devrait être appliqué dans de telles circonstances.

2. Essence

En 2011, dans son arrêt *Lautsi c. Italie*, très médiatisé, concernant l'exposition de crucifix dans les écoles publiques italiennes, la CEDH a déclaré que « l'Europe est caractérisée par une grande diversité entre les États qui la composent, notamment sur le plan de l'évolution culturelle et historique »²³.

²¹ Pour un aperçu comparatif, voir Jean-Pierre Cot, « Margin of Appreciation », in Anne Peters (cité à la note de bas de page 6).

²² Bernadette Rainey, Pamela McCormick, Clare Ovey, *The European Convention on Human Rights*, 8^e édition 2020, p. 81.

²³ CEDH, *Lautsi et autres c. Italie* [GC], n° 30814/06, § 68, CEDH 2011 (extraits).

Par conséquent, la Cour a estimé qu'elle « se doit (...) en principe de respecter les choix des États contractants dans ces domaines, y compris quant à la place qu'ils donnent à la religion, dans la mesure toutefois où ces choix ne conduisent pas à une forme d'endoctrinement »²⁴.

Cette conclusion de la Cour exprime la logique centrale de la doctrine de la « marge d'appréciation » : dans certaines combinaisons de circonstances, la mise en balance des intérêts concurrents dans un État contractant peut ne pas aboutir à un seul résultat défendable mais à plusieurs résultats défendables compatibles avec les droits garantis par la Convention²⁵. Cela est d'autant plus vrai que les acteurs nationaux sont généralement plus proches des circonstances de l'affaire en cause.

3. Champ d'application

La référence que fait la Cour, dans l'arrêt *Lautsi*, à la grande diversité culturelle et historique en Europe, qui n'a fait que s'accroître au cours des dernières décennies en raison de l'augmentation constante du nombre de membres du Conseil de l'Europe, passé de dix à quarante-six États membres, originaires de toute l'Europe et de régions limitrophes, met en évidence l'un des aspects clés qui est particulièrement important pour la doctrine de la « marge d'appréciation », à savoir la présence ou l'absence d'un consensus européen sur le point soulevé dans la procédure en question. Si la Cour conclut à l'existence d'un tel consensus, elle accroît son niveau de contrôle ; à l'inverse, si un tel consensus n'existe pas, elle en réduit l'intensité²⁶. Par conséquent, dans l'arrêt *Lautsi*, la Cour a finalement conclu ce qui suit :

« le choix de la présence de crucifix dans les salles de classe des écoles publiques relève en principe de la marge d'appréciation de l'État défendeur. La circonstance qu'il n'y a pas de consensus européen sur la question de la présence de symboles religieux dans les écoles publiques (...) conforte au demeurant cette approche »²⁷.

Un autre élément déterminant²⁸ dans la doctrine de la « marge d'appréciation » est le point de savoir si « un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu » est affecté par les mesures litigieuses adoptées par l'État ; si tel est le cas, la marge d'appréciation accordée à l'État contractant peut alors être restreinte²⁹. À l'inverse, et uniquement en l'absence d'un consensus européen, une plus grande marge d'appréciation peut lui être accordée dans les affaires qui soulèvent des questions morales et éthiques sensibles³⁰ et lorsque, pour reprendre les termes employés par la Cour, « l'État doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou entre différents droits protégés par la Convention qui se trouvent en conflit »³¹.

²⁴ CEDH, *Lautsi et autres*, précité, § 69.

²⁵ Angelika Nußberger, *The European Court of Human Rights*, 2020, p. 89.

²⁶ Janneke Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, 2^e édition 2023, pp. 256 et suiv.

²⁷ CEDH, *Lautsi et autres*, précité, § 70.

²⁸ Pour un aperçu des éléments pertinents, voir Gerards (cité à la note de bas de page 26), pp. 255 et suiv.

²⁹ CEDH, *S.H. et autres c. Autriche* [GC], n° 57813/00, § 94, CEDH 2011.

³⁰ Gerards (cité à la note de bas de page 26), p. 261.

³¹ CEDH, *S.H. et autres*, précité, § 94.

En outre, des aspects procéduraux, tels que la qualité du processus décisionnel national, peuvent également entrer en ligne de compte pour déterminer le niveau de contrôle au regard de la doctrine de la « marge d'appréciation »³².

Selon la jurisprudence de la CEDH, la doctrine de la « marge d'appréciation » doit être considérée à la lumière du droit conventionnel spécifique en jeu ; pour des droits absolus tels que l'interdiction de la torture découlant de l'article 3 de la Convention, une marge d'appréciation pour les États contractants est généralement exclue³³. En revanche, la doctrine est plus souvent appliquée dans des affaires concernant les articles 8 à 11 de la Convention, dont chacun contient une clause de limitation³⁴.

4. Différences par rapport aux restrictions constitutionnelles sur les niveaux de contrôle

S'il ne fait aucun doute que la CEDH continuera à affiner la doctrine de la « marge d'appréciation » dans sa jurisprudence future, un retour en arrière sur la première décision clé de la Cour concernant cette doctrine est utile pour la distinguer des formes de contrôle restreint pratiquées par d'autres juridictions, notamment nationales. Dans l'arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* de 1976, la Cour a relevé ce qui suit :

« le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme (...) La Convention confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre »³⁵.

La répartition des responsabilités, telle qu'énoncée dans l'affaire *Handyside*, entre la protection internationale des droits de l'homme prévue par la Convention et la Cour européennes des droits de l'homme, d'une part, et les systèmes nationaux de protection des droits de l'homme, d'autre part, a été confirmée par l'ajout au préambule de la Convention, mentionné ci-dessus, en application du Protocole n° 15. Il s'agit là de l'une des principales différences entre la doctrine de la « marge d'appréciation » et les techniques de contrôle restreint pratiquées par les cours constitutionnelles et suprêmes ; si je peux me permettre d'utiliser un exemple tiré de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle fédérale allemande sur la marge d'évaluation, d'appréciation et de manœuvre³⁶, je soulignerais ce qui suit :

- i) La doctrine de la « marge d'appréciation » englobe la relation entre la juridiction internationale et les États souverains ; son point de référence est l'État contractant concerné en tant que tel.
- ii) À l'inverse, le point de référence de la marge d'évaluation, d'appréciation et de manœuvre accordée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande n'est pas l'État lui-même, mais la marge de manœuvre dont dispose un organe de l'État sur le plan interne ; cette technique de

³² Nußberger (cité à la note de bas de page 25), p. 94.

³³ Gerards (cité à la note de bas de page 26), p. 250.

³⁴ Gerards (cité à la note de bas de page 26), p. 252.

³⁵ CEDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 48, série A n° 24.

³⁶ Pour un exemple récent, voir l'arrêt 1 BvR 1541/20 rendu par la Cour constitutionnelle fédérale allemande le 16 décembre 2021 (*Triage I*), paragraphes 99 et 126-127.

contrôle restreint concerne la relation entre le pouvoir législatif ou exécutif, d'une part, et la Cour constitutionnelle, d'autre part.

Il n'est bien évidemment pas possible de procéder aujourd'hui à un examen approfondi de cette doctrine à plusieurs niveaux – par exemple, en ce qui concerne le degré de discrétion accordé par la CEDH, ou la perspective comparative brièvement exposée ici.

5. La doctrine de la « marge d'appréciation » : défis actuels

Si l'on s'interroge sur l'application de cette doctrine à l'avenir, il convient de relever que l'un de ses points forts joue un rôle de premier plan : la doctrine de la « marge d'appréciation » permet – et devrait permettre – de prendre en considération les spécificités d'une situation impliquant de multiples problèmes complexes et imbriqués dans les domaines de la géopolitique, de l'économie, de la technologie et de la protection sociale. À cet égard, il ne faut pas perdre de vue que cette multiplicité de défis peut ne pas affecter tous les États contractants de la même manière – on peut penser, par exemple, aux défis très différents auxquels sont confrontés, pour des raisons purement géographiques, les États côtiers et ceux sans littoral, aux conditions sociales potentiellement différentes entre les petits et les grands États ou aux questions de défense qui varient selon que l'État est membre de l'OTAN ou non. Face à ces multiples défis actuels, des voies d'action multiples et différentes peuvent également varier d'un État à l'autre.

La capacité d'action des États, particulièrement nécessaire en ce moment et probablement dans les années à venir, mais aussi l'exigence de permettre le développement des capacités d'action individuelles afin de relever ces défis multiples, exigent toutes deux que le cadre juridique européen s'abstienne d'une contrainte normative excessive, qui ne saurait être considérée comme la mission unique, ni même comme la mission première de la CEDH. À cet égard, il convient également de prendre en considération l'activité législative de l'Union européenne (UE). Cette dernière adopte environ sept nouveaux actes juridiques par jour, dont beaucoup présentent un niveau de détail considérable³⁷. Comme l'a souligné le rapport Draghi, commandité par l'Union européenne elle-même, celle-ci a adopté, au cours de la période 2019-2024, plus du double de dispositions juridiques que les États-Unis au niveau fédéral, même si une comparaison directe n'est pas possible en raison des différences entre ces deux systèmes juridiques et politiques³⁸. La CEDH doit donc elle aussi garder à l'esprit – ce qu'elle fait – que des exigences normatives excessives peuvent entraver la capacité d'action des États.

À cet égard, la doctrine de la « marge d'appréciation » s'avère être un instrument qui peut – et devrait – permettre une variation du niveau de contrôle dans le temps et en fonction du contexte, afin de pouvoir également prendre en compte les difficultés auxquelles la capacité d'action des États se heurte. C'est sur cette base que le principe de subsidiarité est mentionné dans le Protocole n° 15 à la Convention.

³⁷ Mario Draghi, « The future of European competitiveness (part B) », 2024, p. 318.

³⁸ *Ibidem*.

La répartition des responsabilités qui en résulte ne peut être déterminée que de manière contextuelle et elle est donc susceptible de changement³⁹ et ouverte à la prise en compte des multiples défis actuels.

IV. Les attaques contre la démocratie et l'état de droit en Europe

1. Le point de départ

La capacité des États démocratiques libéraux à relever rapidement et efficacement les défis ne se limite pas à l'action de leur pouvoir exécutif ou législatif. Elle requiert aussi un pouvoir judiciaire indépendant⁴⁰ – non seulement dans l'intérêt de la liberté et du constitutionnalisme en eux-mêmes, mais aussi pour l'efficacité et l'efficience de la compétence d'un État en matière de résolution de problèmes, qui serait entravée sans la garantie d'une concurrence d'idées.

Dans ce contexte, les attaques contre les cours constitutionnelles et autres juridictions, qui peuvent être observées dans de nombreuses régions du monde, attirent l'attention. Elles peuvent être classées en trois catégories :

- i) le non-respect des décisions de justice ;
- ii) les restrictions apportées à l'indépendance de la justice en limitant la compétence des tribunaux, en modifiant les règles de procédure ou en augmentant le nombre de juges siégeant à la cour suprême (ce qu'on appelle le « court-packing ») ;
- iii) les intimidations, les menaces, voire les violences exercées contre des juges.

2. La nécessité de défendre l'état de droit

À la lumière de ces attaques, la préservation des conditions du bon fonctionnement d'un pouvoir judiciaire indépendant revêt une grande importance pour deux raisons essentielles :

³⁹ Voir aussi, à cet égard, d'un point de vue religieux, le paragraphe 79 de l'encyclique *Quadragesimo anno* du pape Pie XI, publiée le 15 mai 1931, qui est considérée comme un jalon dans l'histoire intellectuelle du principe de subsidiarité : « Il est vrai sans doute, et l'histoire en fournit d'abondants témoignages, que, par suite de l'évolution des conditions sociales, bien des choses que l'on demandait jadis à des associations de moindre envergure ne peuvent plus désormais être accomplies que par de puissantes collectivités. Il n'en reste pas moins indiscutable qu'on ne saurait ni changer ni ébranler ce principe si grave de philosophie sociale : de même qu'on ne peut enlever aux particuliers, pour les transférer à la communauté, les attributions dont ils sont capables de s'acquitter de leur seule initiative et par leurs propres moyens, ainsi ce serait commettre une injustice, en même temps que troubler d'une manière très dommageable l'ordre social, que de retirer aux groupements d'ordre inférieur, pour les confier à une collectivité plus vaste et d'un rang plus élevé, les fonctions qu'ils sont en mesure de remplir eux-mêmes. L'objet naturel de toute intervention en matière sociale est d'aider les membres du corps social, et non pas de les détruire ni de les absorber » (https://www.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html ; dernière consultation le 26 février 2026).

⁴⁰ La majeure partie des constitutions européennes contiennent une disposition garantissant l'indépendance du pouvoir judiciaire ; voir Helmuth Schulze-Fielitz, in Horst Dreier (dir.), *Grundgesetz*, 3^e édition 2018, Article 97 GG paragraphes 11-12.

- i) L'indépendance du pouvoir judiciaire n'est pas simplement une fin en soi, c'est aussi et surtout une marque de fabrique des États démocratiques régis par la prééminence du droit⁴¹. Le principe de la démocratie n'est pas sans limites, mais il est soumis à des limites fixées par les libertés garanties par les droits fondamentaux. Ces libertés, à leur tour, ne sont pas possibles sans la protection des libertés individuelles contre l'État ou contre d'autres individus par des tribunaux indépendants. Sans tribunaux indépendants, il n'y a pas de liberté.
- ii) Dans une démocratie libérale, certains principes sont mis hors de portée de la volonté populaire au nom du bon fonctionnement de la démocratie. De telles limitations juridiques sont une condition préalable essentielle au fonctionnement de la démocratie. Sans liberté d'expression, sans liberté de la presse, sans liberté de réunion, pour ne citer que quelques exemples, le processus démocratique ne peut fonctionner à long terme, car la minorité n'a aucune chance réaliste de devenir la majorité⁴². En fin de compte, la démocratie dans sa forme brute et non réglementée n'est pas du tout la démocratie – comme le démontre la nécessité d'une loi électorale devant être appliquée par des tribunaux indépendants.

La démocratie et l'état de droit sont donc inextricablement liés. Le constitutionnalisme est non seulement une restriction, mais aussi le fondement de la démocratie.

3. La protection externe

Les conditions du bon fonctionnement du pouvoir judiciaire exigent – compte tenu notamment des attaques contre l'indépendance de la justice dans certaines parties du monde, que j'ai brièvement évoquées, – une protection externe et une protection par le pouvoir judiciaire lui-même.

La « protection externe » des conditions du bon fonctionnement du pouvoir judiciaire, en particulier des cours constitutionnelles, est une tâche qui incombe spécifiquement au législateur, mais aussi à l'opinion publique dans son ensemble. On peut prendre pour exemple la réforme dite « de la résilience » de la Loi fondamentale allemande – la Constitution allemande – adoptée en 2024 pour mieux garantir le bon fonctionnement de la Cour constitutionnelle fédérale. À titre de précaution pour protéger l'indépendance de la Cour constitutionnelle fédérale d'un excès de pouvoir législatif, une large majorité parlementaire a voté en faveur de l'inscription des composantes essentielles de la Cour constitutionnelle fédérale dans la Loi fondamentale⁴³. Ces dispositions ne peuvent désormais être modifiées que par une révision constitutionnelle, et non plus par une simple loi fédérale adoptée à la majorité simple. Désormais, toute modification nécessitera une majorité des deux tiers au *Bundestag* et au Conseil fédéral (*Bundesrat*). Cet exemple montre que les acteurs politiques peuvent être bien avisés de

⁴¹ Mia Swart, « Independence of the Judiciary », in Rainer Grote, Frauke Lachenmann, Rüdiger Wolfrum (dir.), *Max Planck Encyclopedia of Comparative Constitutional Law*, 2019, paragraphe 1.

⁴² Voir l'arrêt 1 BvR 233/81 rendu par la Cour constitutionnelle fédérale allemande le 14 mai 1985, BVerfGE 69, 315 (*Brokdorf*), note liminaire 1: « Le droit de l'individu de participer activement à la formation de l'opinion politique et de la volonté politique par l'exercice de la liberté de réunion est l'un des éléments indispensables au fonctionnement d'une société démocratique. L'importance fondamentale de cette liberté doit être prise en compte par le législateur lorsqu'il adopte des dispositions qui restreignent les droits fondamentaux, ainsi que par les autorités et les juridictions lorsqu'elles interprètent et appliquent ces dispositions ».

⁴³ Voir les articles 93 et 94 de la Loi fondamentale allemande ; pour plus de détails, voir Harbarth (cité à la note de bas de page 17), p. 163.

concevoir des mesures de protection non seulement de manière réactive, mais aussi de manière proactive, même lorsque les institutions de l'État ne sont pas attaquées. À cet égard, l'opinion publique peut faire plus que simplement observer le processus – elle peut aussi agir pour l'enclencher.

4. L'auto-défense

La capacité des juridictions à s'affirmer est d'une importance capitale pour assurer les conditions de leur bon fonctionnement⁴⁴. Aussi bienvenues que puissent être les protections externes, cette assertivité est au cœur du discours autour de la préservation de l'indépendance des cours constitutionnelles. En effet, ces dernières, dont le rôle est précisément de lier et de limiter les pouvoirs législatif et exécutif, seraient fondamentalement remises en cause par un conflit d'intérêts structurel si elles ne pouvaient s'affirmer que lorsque les autres branches du pouvoir, qu'elles servent à limiter, sont prêtes à les protéger.

À cet égard, plusieurs possibilités s'ouvrent au pouvoir judiciaire. Premièrement, les juges peuvent exercer des voies de recours à titre personnel pour protéger leurs droits (fondamentaux). Deuxièmement, ils peuvent, à titre tant officiel que privé, promouvoir l'importance d'un pouvoir judiciaire indépendant ou, plus généralement, l'importance de l'état de droit et de la démocratie. Cela est essentiel, car la capacité des citoyens à s'identifier aux valeurs fondamentales de leur Constitution et leur engagement à les préserver sont des conditions préalables au bon fonctionnement de l'État. Troisièmement – dans ce contexte peut-être la possibilité la plus importante – un contrôle juridictionnel doit être exercé, en particulier par les cours constitutionnelles et suprêmes, sur les mesures qui sapent la démocratie et l'état de droit. Mes observations d'aujourd'hui se limiteront à ce dernier aspect.

Dans le système européen à plusieurs niveaux, l'assertivité des tribunaux relève de la responsabilité conjointe des juridictions constitutionnelles et suprêmes nationales, de la CEDH et de la Cour de justice de l'Union européenne. La réaction des tribunaux à la crise de l'état de droit en Pologne en est un bon exemple. Outre les sanctions financières de l'Union européenne, à savoir le refus de cette dernière de verser des fonds à l'État sanctionné⁴⁵, la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne et de la CEDH a également joué un rôle important. Dans de nombreux arrêts, la Cour de justice de l'Union européenne a soumis l'organisation judiciaire nationale à un contrôle juridictionnel en vertu des articles 2 et 19 du traité sur l'Union européenne ainsi que de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et, sur cette base, a jugé de nombreuses modifications législatives en Pologne incompatibles avec le droit de l'Union.

Mais c'est surtout le rôle de la CEDH qui mérite d'être salué. Selon un communiqué de presse de la Cour, à la fin de l'année écoulée, plus de 1 100 affaires concernant les réformes judiciaires polonaises étaient pendantes devant la Cour⁴⁶. Dans les procédures déjà tranchées, la Cour a jugé dans de nombreuses affaires, en se référant à sa jurisprudence antérieure sur la nomination des juges et à l'article 6 de la

⁴⁴ Pour un aperçu, voir Harbarth (cité à la note de bas de page 17), pp. 163 et suiv.

⁴⁵ Harbarth (cité à la note de bas de page 17), p. 165.

⁴⁶ Communiqué de presse 269 (2025) de la CEDH, « Nouvelle prolongation de l'ajournement des affaires polonaises relatives à l'état de droit », 17 novembre 2025.

Convention, que les réformes judiciaires polonaises étaient incompatibles avec les principes fondamentaux de la Convention. Même si l'applicabilité de la doctrine de la « marge d'appréciation » dans le contexte de l'article 6 de la Convention n'a pas été exclue d'emblée⁴⁷, elle n'a pas été jugée déterminante dans cette situation, car les dispositions litigieuses visaient à abolir les conditions essentielles au bon fonctionnement de l'État libéral démocratique régi par la prééminence du droit. Dans l'arrêt pilote qu'elle a rendu dans l'affaire *Wałęsa*, la Cour a constaté la violation de l'article 6 de la Convention en raison de « problèmes systémiques interdépendants qui étaient liés au dysfonctionnement de la législation et de la pratique internes »⁴⁸.

Les multiples références croisées que l'on peut trouver entre la jurisprudence de la CEDH et celle de la Cour de justice de l'Union européenne en matière de crise de l'État de droit polonais démontrent la force du système européen à plusieurs niveaux⁴⁹. Néanmoins, le rôle principal dans de telles affaires incombe aux cours constitutionnelles et suprêmes nationales, car elles sont généralement impliquées dans les questions d'indépendance judiciaire à un stade précoce, elles connaissent bien, par leur expérience, les particularités nationales de leur culture juridique, et elles ont une compréhension particulière des attentes des parties concernées ; elles ont également un sens aigu de la logique sous-jacente à la législation examinée et de ses effets pratiques. Il est toutefois évident que lorsque ces institutions vacillent en tant que gardiennes de l'indépendance de la justice, la CEDH et la Cour de justice de l'Union européenne sont nécessaires.

V. Conclusion

Il nous faut remercier la CEDH non seulement pour sa gestion de la crise de l'état de droit dans les États contractants, mais aussi pour son rôle général de gardienne de la Convention, qu'elle remplit depuis de nombreuses décennies avec distinction. Souhaitons pour l'Europe, voire pour le monde entier compte tenu de la reconnaissance mondiale de la jurisprudence de la Cour, que celle-ci continue à maintenir sa place dans le système européen à plusieurs niveaux pour de nombreuses années à venir.

Tous mes vœux à la Cour et à ses membres pour la nouvelle année judiciaire, et pour l'Europe, une année 2026 heureuse, paisible et prospère !

⁴⁷ Gerards (cité à la note de bas de page 26), p. 252, et les références qui y sont citées.

⁴⁸ CEDH, *Wałęsa c. Pologne*, n° 50849/21, 23 novembre 2023, point 6 du dispositif.

⁴⁹ CJUE (GC), *Commission/Pologne*, C-448/23, 18 décembre 2025, paragraphes 61-63 et 270 ; CEDH, *Advance Pharma sp. z o.o c. Pologne*, n° 1469/20, § 204 et suiv., 3 février 2022.