

Le sujet proposé au débat, «Le rôle du consensus dans le système de la Convention», est un sujet-piège.

En effet, il; y a une tentation de définir le consensus comme accord général (tacite ou manifeste), parmi les membres d'un groupe. Peut-être, faut-il distinguer trois groupes, trois niveaux de consensus pour ne pas tout mélanger:

— 46 juges de la Cour Européenne;

— communauté juridique;
— opinion publique au sens large (société civile).

Appliqué à la jurisprudence de la Cour au sens pratique cette notion aurait pu signifier que les juges ayant prononcé un arrêt s'accordent sur l'essentiel

si l'arrêt est adopté à l'unanimité, mais peuvent avoir déjà des approches nuancées, d'où les opinions concordantes. Mais si les voix des juges sont divisées 4 contre 3 (dans une chambre) ou 9 sur 8 (dans une grande chambre)? Est-ce que cela signifie que le consensus n'est pas atteint et la Cour Européenne offre au monde l'image des déchirements internes à la grande joie de ses critiques? Quelle est différence entre consensus et unanimité, ou entre consensus et conformisme? C'est avec une grande impatience que nous attendons l'intervention de John Murray «Consensus: concordance et hégémonie de la majorité».

La Cour, comme le reste du monde, d'ailleurs, fait face aux nouveaux problèmes: problèmes de procréation artificielle, de mariage des couples homosexuelles, d'adoption des enfants par des célibataires, problèmes du droit à l'euthanasie etc. Bien souvent le droit national est en retard avec la réalité et ne donne pas des réponses à ce genre des problèmes ce qui incite des citoyens d'aller frapper à la porte de la Cour Européenne. Les juges de Strasbourg sont appelés à s'entendre entre eux pour donner réponse à ces aspirations, car bien souvent Strasbourg est perçu dans l'opinion public comme l'ultime recours. Est-ce qu'il sera toujours possible de s'abriter derrière les conclusions de ce genre: «...lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions morales ou éthiques délicates, la marge d'appréciation [des Etats] est plus large» (*Evans v. U.K.*, § 77)? J'espère que notre collègue hongrois Peter Paczolay nous donne sa vision approfondie sur le sujet dans son intervention «Consensus et marge d'appréciation: évolution ou érosion de la protection des droits de l'homme?» On espère souvent que la Cour dépasse «la réserve jurisprudentielle» (*judicial restraint*) au profit d'un certain «activisme judiciaire» (*judicial activism*) si l'on reprend la Note de réflexion. Mais y a-t-il des limites de cet activisme? J'aggrave volontairement le problème en posant

DISCOURS INTRODUCTIF DÉLIVRÉ PAR JUGE ANATOLI KOVLER AU SÉMINAIRE SUR



«Le rôle du consensus dans le système de la Convention européenne des Droits de l'Homme» qui a été organisé à propos de l'ouverture solennelle d'une nouvelle année judiciaire

25 janvier 2007

une autre question: le consensus est-il possible s'il s'agit de renverser une tendance qui règne dans le droit international depuis toujours — par exemple la vénération de la souveraineté des Etats — en affirmant un jour la suprématie de *jus cogens* sur la souveraineté d'Etat (ce que la minorité assez impressionnante a tenté d'entreprendre dans l'affaire *Al Adsani c. Royaume-Uni*)? Je modifie la question et demande: est-ce que l'opinion public, surtout l'opinion de la communauté juridique est prête à suivre ce genre de novations? Car il ne suffit pas d'atteindre le consensus au sein de la Cour mais il faut le faire accepter par le monde extérieur... C'est donc Paul Martens qui nous apporte quelques réponses dans

son intervention «Les désarrois du juge national face aux caprices du consensus européen».

Pas mal d'autres questions peuvent être posées au risque de nous amener à l'impasse. Mais comme nous enseigne la philosophie Zen, «si la situation est dans l'impasse, donc il y a une solution».

Une des solutions possibles, à mon humble avis, consiste à repenser la notion du consensus dans le système de la Convention comme l'accord sur l'essentiel, sur les principes et les standards européens modernes (et je le souligne) de la protection des droits de l'homme ce qui n'exclue pas des différences sur les détails, sur les modalités d'application de ces principes et ces standards, donc n'impose pas l'unanimité mécanique.

Les pères fondateurs de la Convention nous ont donné l'exemple de ce consensus: ils se sont entendus sur un catalogue restreint mais réalisable des droits garantis par la Convention sans prétendre guérir dans un seul document tous les malheurs du monde. 50 ans de la jurisprudence de la Commission et de la Cour montrent bien qu'il est possible d'élargir progressivement le champ d'application de la Convention en donnant son interprétation dite évolutive, direction consacrée par l'arrêt *Tyrer v. U.K.* (25 avril 1978). Mais ce processus n'est possible qu'avec, d'un côté, la réception plus active des arrêts de la Cour au niveau national, surtout par les instances judiciaires, de l'autre — l'étude plus approfondie de la pratique juridique novatrice dans les Etats-membres (sur ce dernier point je me permets de rappeler que ces dernières années la Cour dans ses décisions et arrêts de plus en plus souvent prend en compte la jurisprudence des juridictions nationales), donc c'est un processus à deux sens.

Espérons aussi que ce consensus soit partagé non seulement par les spécialistes et des élites européennes mais dans l'idéal par l'ensemble des citoyens. Car le consentement universel sur des valeurs essentielles de notre système de la Convention est le meilleur remède contre sa vulnérabilité.

The text of the opening remarks in French was kindly provided by Mr Anatoly Kovler, judge of the European Court of Human Rights
Текст вступительного слова на французском языке был любезно предоставлен судьей Европейского Суда по правам человека А.И. Ковлером