

Discours de rentrée du Master 2 Droit public fondamental de Paris I

Mercredi 11 septembre

Europe et liberté.

par Bernard Stirn, président de section au Conseil d'Etat, membre de l'Institut, professeur associé à Sciences Po.

En positif comme en négatif, l'histoire de l'Europe se confond avec celle des libertés. L'Europe a inventé la démocratie politique, avec la Cité athénienne et la République romaine. En Angleterre et en France, des textes fondateurs ont proclamé les droits et libertés, Grande charte de Jean sans Terre (1215), Habeas corpus (1679), Bill of rights (1689), Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (1789). Avec la philosophie des Lumières, l'Europe a éclairé l'idéal de liberté qu'elle portait en son sein depuis les origines. Mais l'Europe est aussi le continent de l'Inquisition, des guerres de religion, d'une expansion coloniale trop souvent accompagnée d'indifférence aux droits de l'homme, de la Shoah et des totalitarismes du XXème siècle.

Les liens complexes entre l'histoire européenne et les droits fondamentaux se retrouvent dans les débats d'aujourd'hui sur le projet européen. Si la construction européenne peut être créditée d'avoir assuré la paix et favorisé le développement économique, l'Europe apporte en effet aussi une forte contribution à la garantie l'Etat de droit et à la protection des droits fondamentaux. Inhérente au Conseil de l'Europe, qui a pour vocation la prééminence du droit et la garantie des libertés, cette mission s'est au fil du temps de plus en affirmée au sein également de l'Union européenne. Des perturbations et des nuages obscurcissent néanmoins aujourd'hui l'horizon européen des libertés.

Première institution européenne à être mise en place par le traité de Londres du 5 mai 1949, le Conseil de l'Europe adopte dès le 4 novembre 1950, à Rome, la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui institue, pour veiller à sa mise en œuvre effective, la Cour européenne des droits de l'homme, dont le siège est, comme celui de l'ensemble de l'institution, à Strasbourg. De dix Etats membres à l'origine, le Conseil de l'Europe s'est progressivement élargi, pour couvrir l'ensemble de la Grande Europe, y compris la Russie et la Turquie. Il groupe 47 Etats, qui comptent 820 millions d'habitants.

Issues des traités de Paris du 18 avril 1951, instituant la Communauté européenne du charbon et de l'acier, et de Rome, du 25 mars 1957, qui créent la Communauté économique européenne et la Communauté européenne de l'énergie atomique, les Communautés européennes ont laissé la place, depuis le traité de Lisbonne, adopté le 13 décembre 2007 et entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, à l'Union européenne. Les élargissements successifs ont conduit des six Etats fondateurs des Communautés aux vingt-huit membres de l'Union qui réunissent, tant que le Brexit n'est pas intervenu, 512 millions d'habitants. Si les Communautés puis l'Union paraissent tournées principalement vers l'union douanière, le commerce, la concurrence, l'agriculture, l'économie, les traités ont confié de larges compétences à la Cour de justice de Luxembourg, qui a très tôt inclus dans son champ d'intervention la protection des droits fondamentaux. Cette dimension de l'Union s'est davantage affirmée à partir du traité de Maastricht (1992) puis avec l'adoption en 2000 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, qui a été incorporée au traité de Lisbonne.

Sous l'autorité vigilante des deux cours, de Luxembourg et de Strasbourg, l'édifice européen est ainsi fortement ancré, au travers de ses deux branches, du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, dans la protection des droits et libertés. De fortes inquiétudes marquent toutefois la

période actuelle. Avec le Brexit, un Etat pionnier dans l'affirmation et le respect de la liberté risque de quitter l'Union européenne. Les réformes de la justice en Hongrie et en Pologne, les dérives autoritaires de la Turquie après le coup d'Etat manqué de juillet 2016, les menaces sur les libertés en Russie mettent en cause les valeurs communes et portent atteinte à la crédibilité de leur garantie collective. En Europe comme dans l'ensemble du monde, la démocratie représentative connaît une crise tandis que la démocratie libérale elle-même est mise en question. Les mots nouveaux d'illibéralisme et de démocrature ont été forgés. Dans son livre, le peuple contre la démocratie, publié aux Etats-Unis en 2017 et traduit en français en 2018, Yascha Mounk écrit : « La démocratie libérale est en train de se décomposer en ses différents éléments, donnant ainsi naissance à une démocratie antilibérale d'un côté et à un libéralisme antidémocratique de l'autre ». Ici la démocratie sans la liberté. Là la liberté sans la démocratie.

Les défis sont de taille. Pour les relever, l'Europe, telle qu'elle s'est édiflée au travers du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne, dispose de deux atouts majeurs : elle a construit un espace juridique et valorisé le rôle des juges. Sur ces fondements, il est possible d'envisager avec espoir les défis à relever pour garantir les droits fondamentaux et réconcilier liberté et démocratie.

Les atouts

Reposant largement sur le droit, l'Europe a constitué en un demi-siècle un espace juridique original dans lequel les juges occupent une place inédite.

L'espace juridique européen

Reposant sur des traités dont les caractéristiques dépassent celles du droit international classique, l'Europe forme, à la frontière du droit international et du droit interne, un espace juridique spécifique, qui se traduit par une redéfinition de la hiérarchie des normes et l'apparition d'un nouvel ordre juridique.

Tant l'Union européenne que le Conseil de l'Europe sont issus de traités, signés et ratifiés par les Etats membres, qui peuvent seuls les faire évoluer. Pour l'Union européenne, les traités institutifs, de 1951 et 1957, ont été maintes fois modifiés, soit à l'occasion des élargissements, soit pour modifier l'organisation institutionnelle. A partir de l'Acte unique de 1986, se sont ainsi succédé les traités de Maastricht en 1992, d'Amsterdam en 1997, de Nice en 2000. Les référendums négatifs en France et aux Pays-Bas, en 2005, ont conduit à l'abandon du traité établissant une constitution pour l'Europe puis à l'adoption, en 2007, du traité de Lisbonne, composé du traité sur l'Union européenne et du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne. De son côté, la convention européenne des droits de l'homme a fait l'objet de seize protocoles additionnels tandis que de nombreuses autres conventions ont été conclues dans le cadre du Conseil de l'Europe, telles la charte sociale européenne, la convention européenne d'extradition ou la charte européenne de l'autonomie locale.

S'ils prennent la forme d'instruments internationaux classiques, signés et ratifiés par les Etats, ces traités ont une portée qui va au-delà. Les institutions qu'ils mettent en place ressemblent à des institutions politiques, avec des assemblées (Parlement européen pour l'Union, Assemblée parlementaire pour le Conseil de l'Europe), des exécutifs (Conseil et Commission d'un côté, Comité des ministres et secrétariat général du Conseil de l'Europe de l'autre), des juridictions (Cour de justice de l'Union européenne et Cour européenne des droits de l'homme). Ces particularités sont soulignées par la jurisprudence des cours européennes. La Cour de justice juge que la Communauté économique européenne « constitue un nouvel ordre juridique du droit international dont les sujets sont non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants » (5 février 1963, van Gend & Loos), qu'« à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité qui la crée a institué un ordre

juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres » (15 juillet 1964, Costa c/ Enel) et que « bien que conclu sous la forme d'un traité international », il « n'en constitue pas moins la charte constitutionnelle d'une communauté de droit » (23 avril 1996, parti écologiste les Verts). Dans des termes comparables, la Cour européenne des droits de l'homme affirme que la convention européenne des droits de l'homme a le « caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme et des libertés fondamentales » (7 juillet 1989, Soering c/ Royaume-Uni) et qu'elle est un « instrument constitutionnel de l'ordre juridique européen » (23 mars 1995, Loizidou c/ Turquie).

Le système juridique issu de ces traités a conduit à une redéfinition de la hiérarchie des normes. Avec des étapes, et parfois quelques nuances, la pleine supériorité des traités sur les lois a été partout reconnue. Dans l'ordre juridique interne, la primauté de la constitution a, en revanche, été consacrée. Des logiques conciliatrices ont permis de combiner la suprématie de la constitution dans l'ordre interne avec la primauté de l'ordre juridique européen. Leur inspiration se retrouve dans les différentes étapes de la jurisprudence « So lange » de la Cour de Karlsruhe comme dans la réserve de l'identité constitutionnelle, affirmée par de nombreuses cours constitutionnelles et reprise, en France, par le Conseil constitutionnel à partir de sa décision du 27 juillet 2006 et par l'arrêt société Arcelor rendu par le Conseil d'Etat le 8 février 2007. A partir d'échanges et d'influences réciproques entre les cours européennes, les cours constitutionnelles et les cours suprêmes nationales, une hiérarchie des normes partagée s'est ainsi dessinée.

Un ordre juridique européen en découle, avec les deux branches, du droit de l'Union et du droit de la convention, qui entretiennent entre elles des liens d'interaction. Un droit public européen se constitue de la sorte. Les juridictions nationales en sont les interprètes de droit commun, dans un ensemble qui souligne le rôle des juges.

Le rôle des juges

Dans l'Europe de demain écrivait le professeur Sabino Cassese, ancien membre de la Cour constitutionnelle italienne, il n'y aura plus besoin de guerriers, plus besoin de diplomates, il y aura besoin de juges, « neither soldiers nor ambassadors but judges ». Nul doute en effet que plusieurs facteurs se combinent pour accroître la place des juges dans l'espace européen. Le droit européen garantit fortement le droit au recours effectif devant un juge indépendant et impartial et définit les standards du procès équitable. Un modèle européen de cour constitutionnelle s'affirme tandis que le rôle des cours suprêmes nationales se renforce. Autour de l'action dynamique des deux cours européennes, un intense dialogue des juges est une des marques de l'Europe du droit.

Consacré de longue date par le droit français, le droit au recours, affirmé comme principe général par le Conseil d'Etat (17 février 1950, ministre de l'agriculture c/ Mme Lamotte), qualifié de principe à valeur constitutionnelle par le Conseil constitutionnel (décisions des 18 septembre 1986 et 17 janvier 1989), trouve une forte autorité dans le cadre européen. L'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme proclame que « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable par un tribunal indépendant et impartial » et l'article 13 énonce le droit à un recours effectif. Ces exigences sont reprises par l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Les deux cours, de Luxembourg et de Strasbourg, mettent en œuvre ces principes avec vigueur. Pour la Cour de justice, le droit au recours fait partie des principes généraux du droit de l'Union (15 mai 1986, Marguerite Johnston) et la Cour européenne des droits de l'homme affirme qu'il « consacre le principe fondamental de la prééminence du droit dans une société démocratique » (26 avril 1979, Sunday Times c/ Royaume-Uni). En retour, le droit national est de plus en plus attentif à donner au droit au recours toute sa portée : l'élargissement par la jurisprudence du Conseil d'Etat des possibilités de recours des détenus contre les sanctions qui

leur sont infligées et contre les mesures prises par l'administration pénitentiaire qui affectent leurs droits ou leur situation en est une illustration marquante.

Des standards du procès équitable sont précisés par le droit européen. Une attention particulière est portée à l'indépendance et l'impartialité des juges. A côté de l'impartialité subjective apparaît, au nom de la théorie des apparences, l'impartialité objective. L'adage britannique selon lequel « justice must not only be done; it must also be seen to be done » trouve ainsi toute sa signification. Le respect du contradictoire, l'égalité des armes entre les parties, la publicité des audiences et des débats judiciaires, le délai raisonnable de jugement sont soulignés. Adaptées pour satisfaire pleinement aux exigences qui en découlent, les procédures nationales convergent vers un modèle européen qui garantit l'équilibre et l'équité du procès.

Alors qu'au XIX^{ème} siècle, seule la Cour suprême américaine exerçait un office de juge constitutionnel, tant la souveraineté de la loi s'imposait en Europe, le XX^{ème} siècle a vu les cours constitutionnelles se multiplier en Europe, selon une forme, différente du modèle américain, apparue en Autriche en 1920. Aux lendemains de la seconde guerre mondiale, et comme pour exorciser les fantômes de la dictature, la Cour constitutionnelle italienne et la Cour allemande de Karlsruhe sont instituées. Le retour à la démocratie en Espagne et au Portugal, puis dans l'Europe de l'Est après la chute du mur de Berlin et la disparition de l'Union soviétique, s'accompagne de la création de nouvelles cours constitutionnelles. En France, le Conseil constitutionnel s'affirme comme une juridiction constitutionnelle, en Belgique, la Cour d'arbitrage, créée en 1980, devient en 2007 Cour constitutionnelle. Au point que les pays dépourvus d'une telle cour, Royaume-Uni, Danemark, Pays-Bas, Suède, Grèce, Suisse, Norvège font figure d'exception.

Les cours suprêmes nationales voient dans le même temps leur autorité s'affirmer. Des procédures spécifiques les lient aux deux cours européennes, de Luxembourg et de Strasbourg, avec lesquelles elles entretiennent des rapports privilégiés. Souvent leurs décisions et leur jurisprudence ont des échos au-delà des frontières nationales. Il en va ainsi, par exemple, des arrêts de la Cour de Karlsruhe relatifs au traité sur la stabilité, la coordination et la gouvernance en Europe (12 septembre 2012) ou au rachat par la Banque centrale européenne des dettes souveraines sur le marché secondaire (21 juin 2016). Des préoccupations liées à la conception européenne du procès équitable ne sont pas étrangères à l'apparition en 2009 de la Cour suprême du Royaume-Uni, qui a succédé à la Chambre des Lords comme juridiction suprême britannique. Par son arrêt Miller du 24 janvier 2017, elle a tranché des questions de nature constitutionnelle et exercé une influence déterminante sur la procédure du Brexit en jugeant que celui-ci ne pouvait être décidé sans le vote du Parlement de Westminster et qu'en revanche l'accord des assemblées locales d'Ecosse, du Pays de Galles et d'Irlande du Nord n'était pas requis. Le professeur John Bell a écrit que « l'arrêt Miller est l'arrêt le plus important que la Cour suprême ait rendu depuis son institution en 2009 et probablement, c'est l'arrêt le plus important depuis le XVII^{ème} siècle ». L'office particulier qui revient aux cours suprêmes a été souligné par la décision du Conseil d'Etat selon laquelle l'Inspection générale de la justice ne peut recevoir de compétences à l'égard de la Cour de cassation sans garanties particulières (23 mars 2018, syndicat Force ouvrière magistrats).

Dotées par les traités de prérogatives importantes, les deux cours européennes sont le pilier de l'affirmation du rôle des juges en Europe. La Cour de justice a le monopole de l'interprétation, en cas de difficulté sérieuse, du droit de l'Union et elle s'assure de la conformité du droit dérivé aux traités. Toute juridiction nationale peut la saisir en cas de doute sur l'un de ces points. Chaque année, près de 500 questions préjudicielles lui sont posées, qui contribuent à l'application uniforme du droit de l'Union. Elle est, en outre, juge de recours contre les décisions du Tribunal de l'Union européenne, qui statue en premier ressort sur les questions d'aides d'Etat, d'atteinte à la concurrence, de protection

des marques et des brevets ou de fonction publique de l'Union. Après épuisement des voies de recours interne, la Cour européenne des droits de l'homme peut être saisie par un recours individuel formé par tout citoyen alléguant une méconnaissance des droits garantis par la convention. Depuis l'entrée en vigueur, en 2018, du protocole n°16, les cours suprêmes des Etats qui ont ratifié ce protocole peuvent en outre lui adresser des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation de la convention ou à l'application des droits et libertés qu'elle définit. La Cour de cassation a posé la première question en application de cette nouvelle procédure, en interrogeant la Cour de Strasbourg sur la situation, au regard de la mère d'intention, des enfants nés à l'étranger d'un procédé de gestation pour autrui. Dans un avis du 10 avril 2019, la Cour a consacré l'obligation pour le droit interne d'offrir une possibilité de reconnaissance d'un lien de filiation entre l'enfant et la mère d'intention, tout en laissant aux Etats une large marge d'appréciation pour en déterminer les modalités d'exercice.

« A l'échelle de la Communauté européenne, il ne doit y avoir ni gouvernement des juges ni guerre des juges ; Il doit y avoir place pour le dialogue des juges » déclarait le commissaire du gouvernement Bruno Genevois dans ses conclusions sur l'arrêt du Conseil d'Etat du 22 décembre 1978, ministre de l'intérieur c/Cohn-Bendit. Plus de quarante ans après, la formule est devenue une réalité, au travers des échanges intenses et attentifs qui développent en Europe entre les différentes juridictions. Le dialogue des juges s'inscrit en vérité dans une triple dimension : il s'affirme entre les cours nationales et les cours européennes, entre les différentes cours suprêmes et cours constitutionnelles nationales, entre les deux cours européennes. Nécessaire à l'unité du droit et à la sécurité juridique, le dialogue entre les différents juges est une marque de l'Europe d'aujourd'hui. Il trouve une illustration dans l'association, organisée par l'article 255 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne pour la Cour de justice et par une décision du Comité des ministres du Conseil de l'Europe pour la Cour européenne des droits de l'homme, de membres des cours suprêmes nationales au choix des juges européens. Par des interactions constantes, il assure la construction d'un droit public européen, qui repose largement sur la garantie des libertés.

Dans un tel cadre, l'Europe est en mesure de faire face aux défis qu'il lui appartient de relever.

Les défis

Les défis de l'Europe ne sont pas seulement juridiques. Ils sont tout autant économiques, diplomatiques, éducatifs, culturels et environnementaux. Mais le cadre qu'il revient au droit de tracer est déterminant pour tous les domaines : il s'agit de garantir les libertés et d'affirmer la démocratie.

Garantir les libertés

Adhérer aux institutions européennes suppose le respect des droits fondamentaux, pour la garantie desquels l'Europe a institué des mécanismes inédits de garantie collective. Face aux nouveaux défis auxquels droits et libertés doivent faire face, l'espace européen apparaît comme le cadre de réponse adapté et pertinent.

La convention européenne des droits de l'homme réaffirme l'attachement des Etats signataires aux « libertés fondamentales qui constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde et dont le maintien repose essentiellement sur un régime véritablement démocratique, d'une part, et, d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des droits de l'homme ». Dans le cadre de l'Union européenne, le même idéal a été explicité en 1993 par le Conseil européen, lorsqu'il a arrêté les « critères de Copenhague », auxquels tout candidat à l'adhésion doit satisfaire. Les règles sont énoncées à l'article 2 du traité sur l'Union européenne, selon

lequel : « L'Union est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'Etat de droit, ainsi que du respect des droits de l'homme, y compris des personnes appartenant à des minorités. Ces valeurs sont communes aux Etats membres dans une société caractérisée par le pluralisme, la non-discrimination, la tolérance, la justice, la solidarité et l'égalité entre les femmes et les hommes ». Appartenir au Conseil de l'Europe comme à l'Union européenne implique le respect de l'acquis démocratique. C'est ce qui explique que la candidature de la Biélorussie au Conseil de l'Europe n'ait pu encore aboutir, faute pour ce pays de satisfaire à l'ensemble des exigences démocratiques, notamment l'abolition de la peine de mort. Avoir ratifié la convention européenne des droits de l'homme est enfin une condition pour entrer dans l'Union.

L'Europe apparaît ainsi comme un vaste espace de liberté, construit sur un socle commun, dont, dans tous les pays, les gouvernements, les parlements, les juridictions tiennent d'autant plus compte que le droit de l'Union et le droit de la convention comportent, sous l'autorité des deux cours européennes, des voies de droit qui assurent la mise en œuvre effective d'une garantie collective.

Certes les mécanismes collectifs ont leurs limites. Ils n'empêchent pas des dérives, parfois préoccupantes. Dans le droit de l'Union, l'article 7 du Traité sur l'Union européenne qui peut conduire à priver un Etat de ses droits en cas de violation grave et persistante des valeurs proclamées par le traité ne peut être mis en œuvre par les autres Etats qu'à l'unanimité. La menace de l'utiliser contre la Hongrie ou la Pologne demeure en conséquence virtuelle. L'action en manquement, en revanche, a davantage de portée concrète. Dans le système conventionnel, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sont à la fois déclaratoires et obligatoires mais leur autorité est surtout politique.

Même les pays les plus attachés au respect du droit peuvent prendre une certaine distance à l'égard des impératifs européens. En dépit de condamnations répétées par la Cour européenne des droits de l'homme (6 octobre 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni* ; 23 octobre 2010, *Greens c/ Royaume-Uni* ; 10 février 2015, *Mac Hugh c/ Royaume-Uni*), le Parlement britannique n'entend pas modifier la loi qui prive de manière automatique tout détenu du droit de vote tandis que la Cour suprême du Royaume-Uni affirme, de manière générale, que, s'il appartient au juge britannique de tenir compte de la jurisprudence de la Cour, il n'est pas tenu de la suivre (16 octobre 2013, *Chester*).

De manière plus préoccupante, Pologne et Hongrie pour l'Union européenne, Russie et Turquie pour le Conseil de l'Europe montrent les apports mais aussi les limites du cadre commun.

Au prix de difficultés demeurerées internes, la Pologne a pu, entre 2014 et 2016, reconstruire son contrôle de constitutionnalité, y compris en écartant des membres du Tribunal constitutionnel pour y nommer de nouveaux juges. En revanche, les décisions de la Cour de justice du 19 octobre et du 17 décembre 2018 l'ont conduite à renoncer à une réforme de son système judiciaire qui impliquait le départ à la retraite d'un tiers des membres de la Cour suprême.

La mise à l'écart, par un abaissement brutal et « sur mesure » de l'âge de la retraite, d'Andras Baka, juge hongrois à la Cour européenne des droits de l'homme puis président de la Cour suprême de Hongrie, a été condamné tant par la Cour de justice (6 novembre 2012, *Commission c/ Hongrie*) que par la Cour européenne des droits de l'homme (23 juin 2016, *Baka c/ Hongrie*). Ces deux arrêts n'ont toutefois pas eu d'autre effet concret que le versement d'une modeste somme à titre de satisfaction équitable à M. Baka. Sur les questions plus générales, liberté de la presse, indépendance de la Banque centrale, traitement des demandeurs d'asile, le gouvernement de Victor Orban, s'il s'aventure près des lignes rouges, sait en revanche s'arrêter avant de trop s'éloigner des obligations européennes.

Mécontente de l'arrêt *Khodorovski et Lebedev c/Russie* rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 25 juillet 2014 dans l'affaire de l'indemnisation des actionnaires du conglomérat

loukos, la Russie n'a pas hésité à modifier en 2015 sa constitution pour autoriser sa cour constitutionnelle à décider qu'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme pourrait être ignoré par le pays. Elle est toutefois attentive à ne pas couper les ponts. Son droit de vote dans les institutions du Conseil de l'Europe, suspendu par l'assemblée parlementaire après l'annexion de la Crimée en 2014, a été rétabli en 2019.

La répression en Turquie après le coup d'Etat manqué de juillet 2016, avec son lot d'arrestations arbitraires, de procès expéditifs, de révocations d'agents publics, de graves mises en cause de la liberté de la presse, est de loin la méconnaissance la plus inquiétante des droits fondamentaux en Europe. De nombreuses affaires sont en instance devant la Cour européenne des droits de l'homme, qui, faute d'épuisement des voies de recours interne, n'a pu encore se prononcer sur le fond dans aucun cas. Mais là aussi mieux vaut sans doute au total que la Turquie du président Erdogan demeure dans le cercle du Conseil de l'Europe. Même si l'action est faible, l'effet conventionnel n'est pas inexistant.

En dépit de ces difficultés, un droit européen des droits de l'homme se construit. La Cour de justice affirme que « dans l'ordre juridique communautaire, les droits fondamentaux garantis par la convention européenne des droits de l'homme sont protégés en tant que principes généraux du droit communautaire » (15 octobre 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij*). Réciproquement la Cour européenne des droits de l'homme juge que le droit dérivé est réputé respecter les droits protégés par la convention (30 juin 2005, *Bosphorus Airways c/ Irlande* et 23 mai 2016, *Avotins c/ Lettonie*). L'adoption en 2000 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne puis son incorporation au traité de Lisbonne ont resserré les liens, au point que le traité de Lisbonne envisage, même si les modalités sont difficiles à déterminer, que l'Union adhère à la convention.

Le droit européen des droits de l'homme réaffirme l'ensemble des droits politiques et des grandes libertés publiques qui sont le fondement de la démocratie. Il impose le respect de la proportionnalité par toutes les mesures restrictives de liberté. Il proscrie toute discrimination, en fonction notamment des opinions, de la religion, des origines, du sexe, de l'orientation sexuelle, du handicap. Il exige, le cas échéant, des actions positives pour permettre l'accès effectif aux droits garantis à toute personne. Il accorde une attention particulière aux personnes vulnérables, malades, étrangers, migrants, détenus. Les jurisprudences des deux cours, de Luxembourg et de Strasbourg, se rejoignent et se font écho, en particulier pour garantir la dignité de la personne humaine et veiller à l'adaptation du droit en fonction de l'évolution des esprits et des mœurs. Les cours européennes veillent aussi à éviter le systématisme. En particulier lorsqu'il n'existe pas de consensus européen, les marges nationales d'appréciation sont larges, ainsi que la Cour européenne des droits de l'homme l'a relevé pour le mariage pour tous (24 juin 2010, *Schalk et Kopf c/ Autriche*) ou la fin de vie (5 juin 2015, *Lambert et autres c/ France*). Les traditions et particularités nationales sont prises en compte. Elles conduisent la Cour de Strasbourg à admettre l'interdiction du foulard islamique dans les universités en Turquie (10 novembre 2005, *Leyla Sahin c/ Turquie*), la présence de crucifix dans les écoles publiques italiennes (18 mars 2011, *Lautsi c/ Italie*), la prohibition de la dissimulation du visage dans l'espace public en France (1^{er} juillet 2014, *SAS c/ France*) et en Belgique (11 juillet 2017, *Belacem et Oussar c/ Belgique*), le non-renouvellement par un établissement public français du contrat d'une assistante sociale qui refuse d'enlever son voile au travail (26 novembre 2015, *Mme Ebrahimian c/ France*). La formule « no more but certainly no less », que Lord Bingham utilisait pour illustrer la portée de la convention européenne des droits de l'homme, peut s'appliquer à l'ensemble de la garantie européenne des droits fondamentaux.

De telles protections concourent à l'affirmation de la démocratie.

Affirmer la démocratie

Dans l'Europe d'aujourd'hui, des appréhensions, des incertitudes, des inquiétudes devant les changements du monde peuvent conduire à la tentation de privilégier l'espace national, inciter au retour vers un passé mythifié, laisser apparaître certaines formes d'intolérance. Des démocraties se revendiquent comme illibérales tandis que des politiques destinées à garantir les libertés souffrent d'un manque d'adhésion démocratique. Une «démocrature» s'installe en Turquie. Une dangereuse dissociation entre démocratie et liberté se manifeste bien au-delà de l'Europe, dans le Brésil de Jair Bolsonaro et même, dans une certaine mesure, dans les Etats-Unis de Donald Trump. Réconcilier au moins sur notre continent démocratie et liberté apparaît comme un impératif pour que, surmontant les dangers du repli sur soi et les illusions du souverainisme, le projet européen conserve sa vigueur.

L'Europe apparaît d'abord comme le cadre pertinent pour répondre à trois défis majeurs que les démocraties ont à affronter : l'ampleur des phénomènes migratoires, les nécessités de la lutte contre le terrorisme, les dangers de l'internet et des réseaux sociaux. Un juste équilibre entre la protection des frontières, l'ouverture aux autres et le respect du droit d'asile ne peut être trouvé qu'au travers d'une politique européenne des visas, des migrations et de l'asile. Renforcer et coordonner à l'échelle européenne les services de renseignement et mettre en commun les moyens de lutte contre le terrorisme est une condition de l'efficacité en la matière. Déjà intenses, les échanges et les coopérations sur ces sujets sont à consolider et à développer. L'Europe est de même nécessaire pour organiser, à l'égard des réseaux sociaux et des géants de l'internet, un cadre économique et fiscal cohérent et pour assurer la protection des données personnelles ainsi que le respect de la vie privée.

En elle-même, la construction européenne a besoin d'une plus grande vitalité démocratique. De ce point de vue, la remontée de la participation aux élections européennes de mai 2019 est encourageante. Alors que le taux d'abstention n'avait été que de 39% aux premières élections du Parlement européen au suffrage universel, en 1979, il avait régulièrement progressé depuis, atteignant, pour l'ensemble de l'Union, 55% en 2004, 57% en 2009 et 58% en 2014. La courbe s'est inversée en mai 2019, où le taux de participation a atteint 51%. Aux différents scrutins, la France s'est située dans la moyenne de l'Union. Le mouvement reste à confirmer et, si possible, à amplifier, d'autant que, même en 2019, la participation est demeurée inférieure à 35% dans sept pays, la Bulgarie, la Croatie, la Lettonie, le Portugal, la Slovaquie, la Slovénie et la République tchèque.

Au-delà des élections au Parlement européen, l'affirmation du débat démocratique est à renforcer. Les partis politiques demeurent centrés sur les enjeux nationaux. L'Europe occupe une faible place dans les compétitions électorales des différents pays. Le système institutionnel paraît loin des peuples. Avec la troïka, qui groupe les experts de la Commission, de la Banque centrale européenne et du Fonds monétaire international, il prend des allures d'une nébuleuse technicienne. Un divorce entre l'expression directe du suffrage et les évolutions de la politique européenne est ressenti lorsque le verdict des urnes paraît négligé, comme après les référendums négatifs de 2005 en France et aux Pays-Bas sur le traité établissant une constitution pour l'Europe, le référendum grec rejetant en 2015 les projets de la troïka, le référendum de 2016 sur le Brexit.

Pour une large part, l'avenir du projet européen se joue dans sa capacité à réconcilier l'idéal de liberté dont il est porteur avec l'esprit de la démocratie. Moins de technique, davantage de flexibilité, de marge nationale d'appréciation et de subsidiarité sont nécessaires à cet égard. Plus de confiance entre les institutions européennes et les Etats est à rechercher, un meilleur équilibre entre horizon commun et souveraineté des nations à définir. Des marges sont ouvertes par les deux cercles distincts mais en correspondance réciproque que forment l'Union européenne et le Conseil de l'Europe. Envisagée à l'origine, la perspective qu'ils aient une même assemblée parlementaire, voire

une seule Cour de justice mériterait de retenir l'attention. Au sein de l'Union européenne, différents niveaux d'intégration se distinguent également et sont susceptibles de s'affirmer davantage. Plus encore l'Europe a besoin entraîner l'adhésion autour de valeurs partagées. Écoutons Victor Hugo, qui déclarait en 1849 : « *Un jour viendra où il n'y aura plus d'autre champ de bataille que les marchés s'ouvrant au commerce et les esprits s'ouvrant aux idées...Un jour viendra où l'on verra ces deux groupes immenses, les Etats-Unis d'Amérique, les Etats-Unis d'Europe, se tendant la main par dessus les mers* ». Si elle sait s'inspirer d'un tel souffle, l'Europe sera en mesure de continuer d'incarner, dans le monde global et souvent fracturé d'aujourd'hui, le continent de la liberté.