

# ***Le modèle politique de la Cour européenne des droits de l'homme : du pouvoir du peuple à la souveraineté du sujet***

---

XAVIER SOUVIGNET

Doctorant à l'Université Paris I – Panthéon-Sorbonne

« Dans la culture du Sujet-Roi, de l'individu mini-État, chacun est à soi-même une secte, et la société une super-secte gérant l'absurde »<sup>1</sup>

Pierre Legendre

**A**vant d'être un régime politique ou un système de valeurs, la démocratie apparaît en Occident comme une *forme de gouvernement*, déterminée par le règne du *plus grand nombre*. Dans sa conception la plus classique, transmise aux Modernes par la médiation de J.-J. Rousseau, la démocratie repose sur la souveraineté du peuple, ce que résume assez efficacement la formule lincolnienne « gouvernement du peuple, par le peuple et pour le peuple ». Le principe de la souveraineté populaire implique ensuite l'existence d'un certain nombre de droits politiques, lesquels concourent à sa mise en œuvre technique ; le premier d'entre ces droits étant le droit de participation politique.

La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, dont l'influence pour les droits et les structures constitutionnelles des États européens va croissant<sup>2</sup>, exprime une toute autre conception : non seulement la démocratie ne se

---

<sup>1</sup> P. LEGENDRE, *Leçons I. La 901<sup>e</sup> conclusion. Étude sur le théâtre de la Raison*, Paris, Fayard, 1983, p. 345.

<sup>2</sup> L. BURGOGUE-LARSEN, « L'autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme », *RDCB* 2001, pp. 301 et s. ; « Les occupants du territoire constitutionnel », *RDCB* 2003, pp. 69 et s. ; J.-F. FLAUS, « La contribution de la jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme à la formation d'un droit constitutionnel européen »,

réduit pas au droit de participer au processus électoral, mais ce droit spécifiquement politique, proclamé par la « clause politique » de l'article 3 du Protocole n° 1<sup>3</sup>, demeure le *parent pauvre* des droits politiques<sup>4</sup>.

En effet si la Cour européenne entend faire de la démocratie « le seul régime compatible avec la Convention »<sup>5</sup>, elle admet pourtant, conformément à une idéologie du pluralisme, une certaine forme de diversité démocratique entre les différents États européens. Cet aspect fonde la large marge d'appréciation des États en matière de limitation des droits garantis par la « clause politique »<sup>6</sup>. Ainsi la Cour est amenée à porter son contrôle à un niveau particulièrement peu élevé. Elle se dégage des critères applicables aux droits-autonomie des articles 8 à 11<sup>7</sup> : ces critères sont ceux de la « nécessité dans une société démocratique » et du « besoin social impérieux ». La Cour européenne se contente alors de contrôler d'une part la recherche d'arbitraire ou le manque de proportionnalité, d'autre part la préservation de la libre expression du peuple<sup>8</sup>. L'appréciation nationale est encore plus large et le contrôle européen encore plus restreint, en ce qui concerne le volet « passif » des droits garantis par l'article 3 du Protocole n° 1, à savoir le droit de se présenter à une élection ; la Cour se limitant dans ce cas à apprécier l'absence d'arbitraire de l'État dans l'ingérence du droit garanti<sup>9</sup>.

La jurisprudence de la Cour relative au contentieux de la « clause politique » apparaît alors relativement laxiste, et l'on a pu voir, pour énumérer quelques

*RUDH* 1995, pp. 373 et s. ; « Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme, le droit constitutionnel national devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RFDC* 2000, pp. 843 et s.

<sup>3</sup> Article 3 Protocole n° 1 : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ».

<sup>4</sup> On peut considérer que les libertés d'opinion (article 9), d'expression (article 10), de réunion (article 11), ainsi que la prohibition de toute discrimination (article 14), ont une coloration éminemment politique.

<sup>5</sup> CEDH (GC), 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et al. c. Turquie*, Rec. 1998-I, § 45.

<sup>6</sup> CEDH (GC), 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, Rec. 2006-IV, § 103 : « Il existe de nombreuses manières d'organiser et de faire fonctionner les systèmes électoraux et une multitude de différences au sein de l'Europe notamment dans l'évolution historique, la diversité culturelle et la pensée politique, qu'il incombe à chaque État contractant d'incorporer dans sa propre vision de la démocratie ».

<sup>7</sup> L'article 8 proclame le droit au respect de la vie privée et familiale ; pour les articles 9 à 11, voir note 2.

<sup>8</sup> CEDH (GC), 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, *op. cit.*, § 115.

<sup>9</sup> Néanmoins la jurisprudence européenne a quelque peu relativisé cette distinction entre volet actif et passif : dans la mesure où le droit de se présenter à une élection pouvant « avoir un effet secondaire sur la manière dont les électeurs exercent leur droit de vote » (CEDH (GC), 27 avril 2010, *Tanase c. Moldova*, req. n° 7/08, § 155), la Cour opère, à partir de l'arrêt du 24 juin 2008, *Adamsons c. Lettonie*, req. n° 3669/03, un contrôle quasi normal de l'ingérence étatique dans le droit de se présenter à une élection, notamment avec l'intervention du principe de confiance légitime.

exemples fameux, les juges européens admettre la restriction du droit de suffrage en Nouvelle-Calédonie<sup>10</sup>, l'inéligibilité d'une représentante de la minorité russophone en Lettonie du seul fait de son passé politique<sup>11</sup>, ou encore un seuil électoral de 10 % pour des élections législatives en Turquie<sup>12</sup>. On peut certes à bien des égards comprendre cette position. D'abord on doit admettre que les droits politiques touchent à l'*identité constitutionnelle*<sup>13</sup> des États. Leur mise en œuvre ne saurait alors être comprise sans l'appréhension d'un certain contexte historique et politique national<sup>14</sup> excluant la possibilité même de tout consensus européen. De plus il n'est certainement pas dans les attributions d'une cour internationale, après qu'elle ait posé le standard de « démocratie véritable »<sup>15</sup>, de s'engager dans une définition technique de la démocratie. Tout cela milite pour la reconnaissance au profit des États d'une large marge d'appréciation et d'une grande retenue du juge international.

Mais une autre interprétation de cette jurisprudence doit être envisagée selon nous. Si le contrôle restreint en matière de contentieux de la « clause politique » demeure compatible avec la promotion de la démocratie, c'est que, pour la Cour, la question démocratique se joue moins au sein de l'« État démocratique »<sup>16</sup> que de la « société démocratique ». La « démocratie véritable » au sens de la jurisprudence

---

<sup>10</sup> CEDH, 11 janvier 2005, *Py c. France*, Rec. 2005-I.

<sup>11</sup> CEDH (GC), 16 mars 2006, *Ždanoka c. Lettonie*, *op. cit.* La requérante, ancienne membre du parti communiste ne s'était pourtant pas rendue coupable d'activités illégales. Le problème fondamental de cette décision, développé notamment par M. le Juge Zupancic dans son opinion dissidente, est qu'elle aboutit à affecter la représentation politique de l'importante minorité russophone en Lettonie.

<sup>12</sup> CEDH (GC), 8 juillet 2008, *Yumak et Sadak c. Turquie*, req. n° 10126/03. En réalité la chambre estime bien que le seuil électoral en question est excessif, mais ne conclut pas pour autant à une violation de l'article 3 du Protocole n° 1 : « la Cour estime que d'une manière générale, un seuil électoral de 10 % apparaît excessif. À cet égard, elle souscrit aux considérations des organes du Conseil de l'Europe qui soulignent le caractère exceptionnel et élevé du seuil litigieux et en préconisent l'abaissement [...]. Ce seuil contraint les partis politiques à recourir à des stratagèmes qui ne contribuent pas à la transparence du processus électoral. En l'espèce, toutefois, la Cour n'est pas convaincue que, considéré dans le contexte politique propre aux élections en question et assorti des correctifs et autres garanties qui en ont circonscrit les effets en pratique, il a eu pour effet d'entraver dans leur substance les droits des requérants garantis par l'article 3 du Protocole n° 1 » (§ 147).

<sup>13</sup> La notion d'« identité constitutionnelle », que nous empruntons au Conseil constitutionnel français (Décision DC, 27 juin 2006, *Loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*, Rec. p. 88), est inconnue du droit de la Convention européenne.

<sup>14</sup> J.-F. FLAUS, « L'Histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH* 2006, pp. 5 et s.

<sup>15</sup> Alinéa 3 du Préambule du Statut du Conseil de l'Europe de 1949.

<sup>16</sup> La formule d'« État démocratique » est de manière significative assez peu employée : CEDH (GC), 6 octobre 2005, *Hirst c. Royaume-Uni*, Rec. 2005IX, § 59 ; (GC) 27 avril 2010, *Tanase c. Moldova*, *op. cit.*, § 166.

strasbourgeoise apparaît en effet totalement immergée dans la « société démocratique »<sup>17</sup>, là où la marge nationale d'appréciation est la plus faible. À la démocratie du peuple souverain, la Cour dessine les contours d'une autre démocratie, plus socialisée, plus soucieuse du sort des minorités, du pluralisme et du dialogue sociétal. La démocratie de la Cour européenne, dépouillée de sa « charge politique »<sup>18</sup> se fonde moins sur les droits du corps électoral mais sur l'idée d'une « société ouverte »<sup>19</sup> au sein de laquelle doivent pouvoir s'exprimer toutes les opinions, les préférences et les intérêts, sans discrimination. La Cour a défini sa profession de foi démocratique, à l'occasion du célèbre arrêt *Handyside*, dans le fameux triptyque « pluralisme, tolérance et esprit d'ouverture »<sup>20</sup>.

La prééminence du droit<sup>21</sup> apparaît comme le fondement<sup>22</sup> et le principe régulateur d'inspiration « libérale et anglo-saxonne »<sup>23</sup> de cette société démocratique. Cette conception de la démocratie est bien définie par M. Sudre, pour lequel « l'idée de droit qui se dégage de l'analyse [des décisions de la Cour

<sup>17</sup> La « société démocratique », qui renferme les valeurs essentielles de l'« ordre public européen », compte au nombre des concepts fondamentaux de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Le standard de la « nécessité dans une société démocratique » constitue en outre l'étalon au regard duquel la Cour européenne évalue l'ingérence de l'État dans les droits-autonomie des individus (§ 2 des articles 8 à 11). Cf. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « L'État et la société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Liberté, Justice, Tolérance : Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, vol. 1, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 59 et s. ; F. JACQUEMOT, *Le standard européen de société démocratique*, Montpellier, Éditions de la Faculté de droit de Montpellier, 2006.

<sup>18</sup> J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Une force qui va ? Tendances générales de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en 2003 », *Cahiers de droit européen* 2004, p. 406.

<sup>19</sup> P. WACHSMANN, « La prééminence du droit dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Recueil d'études à la mémoire de Jacques Schwob, Le droit des organisations internationales*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 260.

<sup>20</sup> CEDH, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, A. 24, § 49.

<sup>21</sup> La prééminence du droit, contenue dans le Préambule de la Convention, a connu un formidable développement depuis la décision fondatrice de la CEDH du 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*, A. 18, au point d'être devenue l'un des principes matriciels et essentiels de la jurisprudence strasbourgeoise.

<sup>22</sup> CEDH, 24 octobre 1979, *Winterwerp c. Pays-Bas*, A. 33 : au § 39, la Cour évoque une société démocratique qui « adhère » à la prééminence du droit. D'autres arrêts évoquent l'idée d'une « société démocratique fondée sur la prééminence du droit » (CEDH, 27 mars 2008, *Touriki Enosi Xanthis et al. c. Grèce*, req. n° 26698/05, § 56) ; ou celle d'une « société démocratique attachée à la prééminence du droit » (CEDH (GC), 10 février 2009, *Sergueï Zolotouchine c. Russie*, req. n° 14939/03, § 56) ; d'autres enfin évoquent « une société démocratique régie par la prééminence du droit » (CEDH (GC), 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, *op. cit.*, § 103).

<sup>23</sup> J. BAUDOIN, « Citoyenneté et souveraineté : la contribution d'Habermas », in G. KOUBI (dir.), *De la citoyenneté*, Paris, Litec, 1995, p. 26. L'auteur oppose une vision continentale qui place « la souveraineté du peuple au centre du principe d'une société démocratique », à une vision libérale et anglo-saxonne « fondée sur « la pluralité des opinions et des intérêts et plus encore la limitation et le contrôle des gouvernants ».

européenne des droits de l'Homme] est celle d'une société pluraliste soumise à la prééminence du droit et garantissant à l'individu des droits concrets »<sup>24</sup>.

Ces multiples tensions et dialogues à l'œuvre dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme débouchent naturellement sur une interrogation quant à un possible dépassement de la démocratie en tant que forme politique.

On pourrait assez grossièrement retrouver la dialectique des deux « frères ennemis » – *libéralisme* et *démocratie*<sup>25</sup> – dans la jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg, à travers les outils de « prééminence du droit » (élément libéral) et de « société démocratique » (élément démocratique). Mais cette dichotomie *a priori* extrêmement confortable n'a en réalité pas de sens, puisque la « société démocratique » au sens de la jurisprudence de la Cour n'est pas réductible à l'acception traditionnelle de « démocratie », à savoir le règne du *plus grand nombre*. C'est la *Magna Carta* européenne elle-même, dans sa totalité et son indivisibilité qui puise son principe dans une tradition et une philosophie libérale.

Par ailleurs, si *libéralisme* et *démocratie* constituent deux principes politiques bien différents, il faut admettre qu'un certain libéralisme politique précisément, héritier du *jus naturalisme* rationaliste, a réussi à les faire cohabiter au sein d'une subtile dialectique. Les révolutionnaires de 1789 n'opposent en effet aucunement Droit et Loi, démocratie et libéralisme : au contraire la Loi des révolutionnaires n'a de signification que comme médiation, comme positivation des droits naturels. En d'autres termes, la loi faite par le peuple ou la nation souveraine<sup>26</sup> est la garantie de la liberté. Ce lien consubstantiel entre Loi et Droits fondamentaux est exprimé en particulier dans la Déclaration des droits de 1789, aux articles 4, 5, 9, 10, 11, 17, et particulièrement à l'article 6.

Il faut toutefois se garder d'une représentation trop fantasmée de ce modèle juridico-politique. D'abord on doit considérer qu'il s'agit là d'une spécificité de la pensée juridique française, qui la distingue radicalement des autres grands modèles des droits fondamentaux, anglais, américains ou allemands<sup>27</sup>. Ensuite, en France même, la dimension politico-démocratique de la loi (expression de la volonté

<sup>24</sup> F. SUDRE, « Les libertés protégées par la Cour européenne des droits de l'homme », in D. ROUSSEAU et F. SUDRE (dir.), *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme : droit et libertés en Europe*, Paris, STH, coll. « Les grands colloques », 1990, p. 19.

<sup>25</sup> N. BOBBIO, *Libéralisme et démocratie*, trad. de l'italien, Paris, Cerf, 1996, p. 116. On trouve surtout une exposition de cette contradiction dans l'œuvre de C. SCHMITT, en particulier dans la *Théorie de la Constitution*, trad. française, Paris, PUF, « Quadrige », 1<sup>ère</sup> éd., 2008. Cf. également J. HABERMAS, *Droit et Démocratie*, trad. française, Paris, Gallimard, 1997.

<sup>26</sup> L'objet de ces développements ne consiste pas à entrer dans la distinction et l'opposition entre Peuple et Nation, souveraineté populaire et nationale.

<sup>27</sup> Cf. sur cette question G. PECES-BARBA MARTINEZ, *Théorie des droits fondamentaux*, trad. de l'espagnol, Paris, LGDJ, coll. « Droit et société », 2004, pp. 133 et s.

générale) a tendu à éclipser, en théorie comme en pratique, sa dimension proprement libérale (garantie de la liberté)<sup>28</sup>. Enfin le triomphe progressif du constitutionnalisme, notamment depuis 1971, a singulièrement réactivé l'irréductible opposition entre libéralisme et démocratie, autour de la question du contrôle de constitutionnalité des lois et du pouvoir des juges<sup>29</sup>.

Pourtant le modèle politique promu par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme pose la question de la tension entre droits fondamentaux, droit et démocratie sous un angle particulier. À cet égard, les notions de « prééminence du droit » et de « société démocratique » occupent une place fondamentale et décisive dans la conception strasbourgeoise de la démocratie : par l'autonomisation du droit par rapport au politique qu'implique la « prééminence du droit » et celle de la société par rapport à l'État qu'implique la « société démocratique », le modèle politique de la Cour européenne de Strasbourg tend à un dépassement, voire à un effacement, des concepts sans lesquels on ne pouvait jusqu'à présent penser la démocratie : « le peuple » (I) et le « citoyen » (II).

## I – LA DÉMOCRATIE SANS LE PEUPLE

Conformément à l'esprit libéral, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme témoigne d'une certaine méfiance envers le peuple (1), même si le principe de prééminence du droit implique une exigence minimale d'un consentement des destinataires de la règle de droit (2).

### 1) *La méfiance envers le peuple*

Si la démocratie est, sans doute pas uniquement mais aussi, une forme de gouvernement, alors cette dernière conduit inévitablement à une interrogation sur le Pouvoir. Depuis l'époque moderne les juristes ont pensé, dessiné, moulé le pouvoir dans la *souveraineté*, « principes des principes du droit public »<sup>30</sup>. Or, comme le montre le Professeur O. Beaud, la notion de souveraineté, qui se situe au carrefour des discours juridiques et philosophico-politiques, renvoie certes à un *acte* juridique, mais également à un *auteur*<sup>31</sup>. Comme principe juridique, mais également comme

<sup>28</sup> Cf. l'œuvre de R. CARRÉ DE MALBERG, *La loi expression de la volonté générale*, Paris, Sirey, 1931.

<sup>29</sup> Les ouvrages et articles sur la question étant innombrables, nous nous contenterons de renvoyer en priorité à l'œuvre de M. TROPER, *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, et de Ph. RAYNAUD, *Le juge et le philosophe*, Paris, Armand Colin, 2009, p. 114.

<sup>30</sup> O. BEAUD, *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, p. 12.

<sup>31</sup> *Ibid.*, pp. 20-25. En prenant en compte l'aspect normatif de la souveraineté, l'auteur entend réinscrire celle-ci dans un discours proprement juridique ; mais, en refusant d'éluider la question de l'auteur de l'acte, O. Beaud se détache franchement du normativisme kelsénien.

principe de légitimité<sup>32</sup>, la souveraineté présuppose l'existence d'un titulaire, d'un Souverain. Si la notion moderne de souveraineté renvoie au monopole de l'État dans l'édictation du droit positif<sup>33</sup>, derrière la personne juridique-État se cache le principe dans lequel repose toute légitimité : Dieu, le Prince, la Nation, le Peuple,...

Or, on peine à identifier un tel Souverain dans le modèle de la « société démocratique régie par la prééminence du droit »<sup>34</sup> qui refuse de voir dans la démocratie la « suprématie constante de l'opinion d'une majorité »<sup>35</sup>. La « Nation » est absente du vocabulaire européen des droits de l'homme. Quant au peuple, la Cour européenne de Strasbourg fait montre, sinon d'une méfiance à son égard, du moins d'une représentation assez relative de son rôle dans une démocratie.

Dans sa décision de section du 31 juillet 2001, confirmée en Grande chambre<sup>36</sup>, relative au *Parti turc de la prospérité*, la Cour, déclarant la dissolution par la Cour constitutionnelle turque du parti islamiste vainqueur aux élections législatives<sup>37</sup> compatible avec l'article 11 de la Convention, affirme curieusement « que la démocratie suppose de donner un rôle au peuple »<sup>38</sup>. M. Lebreton, dans un réquisitoire d'une grande violence, estime que « cette incroyable définition de la démocratie est révélatrice de [la] volonté [de la Cour] de nier la souveraineté du peuple, puisqu'à la place de celle-ci elle ne reconnaît au peuple qu'un simple « rôle », qu'au surplus il ne s'attribue pas lui-même mais qu'on lui « donne »... »<sup>39</sup>. Sans aller comme l'auteur jusqu'à invoquer une « trahison à l'égard de l'État de droit et de la démocratie »<sup>40</sup>, force est de constater que la Cour dresse un tableau de

<sup>32</sup> M. FOESSEL, « La souveraineté ou la part de l'irréductible », *Esprit*, n° 1, 2002, p. 156 : « Le concept de souveraineté est travaillé de l'intérieur par la question de la légitimité ».

<sup>33</sup> O. BEAUD, *La puissance de l'État*, *op. cit.*, p. 130.

<sup>34</sup> CEDH (GC), 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, *op. cit.*, § 103 ; (GC) 8 juillet 2008, *Yumak et Sadak c. Turquie*, *op. cit.*, § 105 ; CEDH (GC) 27 avril 2010, *Tanase c. Moldova*, *op. cit.*, § 154.

<sup>35</sup> CEDH (GC), 29 avril 1999, *Chassagnou et al. c. France*, *Rec.* 1999-III, § 112.

<sup>36</sup> CEDH (GC), 13 février 2003, *Refah Partisi et al. c. Turquie*, *Rec.* 2003-II.

<sup>37</sup> Le parti de la Prospérité, dissout, prendra sa revanche à travers une nouvelle formation politique, l'AKP, qui remportera les élections en 2007.

<sup>38</sup> CEDH (GC), 31 juillet 2001, *Refah Partisi et al. c. Turquie*, req. n° 41340/98, § 43.

<sup>39</sup> G. LEBRETON, « L'islam devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, n° 5, 2002, p. 1509.

<sup>40</sup> *Ibid.* Cette « trahison » paraît curieuse puisque l'auteur admet plus tard qu'entre la démocratie et l'État de droit, la Cour européenne a finalement opté pour ce dernier (p. 1510). De plus M. Lebreton estime que la Cour viole le principe de prééminence du droit – assimilé ici à l'État de droit – dans la mesure où la dissolution du parti ne pouvait passer pour « prévisible » au regard de la loi turque sur les partis politiques, laquelle avait été déclarée inconstitutionnelle par la Cour suprême turque, sept jours avant la décision prononçant la dissolution du parti (p. 1507). Il faut noter qu'une minorité de trois juges a exprimé ses doutes sur le respect de cette exigence de prévisibilité (en l'occurrence les juges Fuhrmann, Loucaides et Bratza).

la démocratie dans laquelle le peuple n'occupe qu'une place bien relative. M. Lebreton désigne le coupable de cette dérive : « une prétendue « prééminence du droit » »<sup>41</sup>, à laquelle la Cour voudrait soumettre la démocratie.

Dans son article consacré à la « souveraineté »<sup>42</sup>, P. Bouretz retrace l'évolution historique du titulaire de la souveraineté en Occident depuis l'époque moderne. De la souveraineté du Roi à celle d'une collectivité abstraite, la « Nation »<sup>43</sup>, l'auteur montre une désincorporation progressive vers une « souveraineté du droit ». Le principe de la prééminence du droit, au sens du droit européen, exprime selon nous parfaitement cette transformation à l'œuvre dans bien des systèmes juridiques. La déclaration de P.-H. Teitgen devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en août 1949 témoigne de l'avènement de cette nouvelle souveraineté :

« Je pense qu'unaniment nous pouvons dresser face à la raison d'État la seule souveraineté qui vaille la peine qu'on meure pour elle, qui vaille la peine d'être, en toute hypothèse, défendue, respectée, sauvegardée : la souveraineté de la morale et du droit »<sup>44</sup>.

Indiscutablement la prééminence du droit débouche sur une objectivité voire une idéalité du droit, ainsi que sur l'idée d'antériorité, de primauté de rang<sup>45</sup> de celui-ci sur le pouvoir, fût-il démocratique. Mais là où le libéralisme politique issu de la Révolution française faisait de la Loi démocratique la garantie naturelle des droits naturels, le modèle de la prééminence du droit tend à révoquer ce statut. On doit remarquer en effet que le droit de la Convention européenne ne pose aucun lien nécessaire entre garantie de la liberté et loi démocratique. En aucun cas la Convention ou la Cour n'exigent une obligation de consentement démocratique à la loi. La « loi » conforme à la prééminence du droit est simplement une loi de qualité, « accessible » et « prévisible »<sup>46</sup>, soit une loi au sens *matériel* ou une *règle de droit*<sup>47</sup>. Par

---

<sup>41</sup> *Ibid.*, p. 1510.

<sup>42</sup> P. BOURETZ, « Souveraineté », in O. DUHAMEL et Y. MÉNY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel*, Paris, PUF, 1992, pp. 989 et s.

<sup>43</sup> La formule de F.-W. Maitland est particulièrement illustrative : « la nation vint à chausser les bottes du prince », cité par P. BOURETZ, « Souveraineté », in O. DUHAMEL et Y. MÉNY (dir.), *Dictionnaire constitutionnel, ibid.*, p. 990.

<sup>44</sup> Déclaration de P.-H. TEITGEN, in M. DE SALVIA, *Compendium de la CEDH : les principes directeurs de la jurisprudence relative à la Convention européenne des droits de l'homme*, Kehl (RFA), N. P. Engel Verlag, 2003, vol. 1, p. V.

<sup>45</sup> C'est le sens même du terme « prééminence ».

<sup>46</sup> Au sein d'une abondante jurisprudence, cf. en particulier les arrêts CEDH, 24 avril 1990, *Kruslin c. France*, A. 176-A, § 30 ; et *Huwig c. France*, A. 176-B, § 29.

<sup>47</sup> Pour la doctrine allemande emmenée par P. Laband une « règle du droit » est une règle dotée de certaines qualités portant essentiellement sur la situation juridique des particuliers. Dans sa critique de



ailleurs, si l'article 3 du Protocole n° 1 reconnaît un droit d'élire un organe législatif, la Cour européenne n'a jamais opéré de relation entre ce droit politique et les conditions de restriction des droits fondamentaux.

On cherche alors désespérément quel pourrait être le rôle du peuple, entendu comme corps des citoyens, dans cette nouvelle démocratie, puisque la Cour n'entend pas renoncer à ce *label*.

2) *Une exigence minimale d'un consentement des destinataires de la règle de droit*

M. Lécuyer témoigne dans sa thèse d'un certain optimiste. Pour cet auteur, « démocratie » et « prééminence du droit » ne s'opposeraient point ; en témoignerait notamment le fait que, outre un engagement indiscutable de la Cour pour la défense de l'« ordre démocratique », les valeurs de démocratie et de prééminence du droit sont proclamées sans hiérarchie apparente dans le texte de la Convention<sup>48</sup>. Cet argument ne saurait nous convaincre en particulier parce que la Cour a bel et bien subverti l'horizontalité apparente du texte conventionnel en évoquant l'idée d'une « véritable démocratie régie par la prééminence du droit »<sup>49</sup>. Surtout il faudrait encore déterminer de quelle « démocratie » il est question. Si la démocratie est « non le règne du nombre mais le règne des lois », ainsi que l'a affirmé par exemple la Commission des questions politiques relatives aux restrictions concernant les partis politiques dans les États membres du Conseil de l'Europe<sup>50</sup>, on admettra effectivement qu'il ne saurait avoir de contradiction, ni même de différence entre démocratie et prééminence du droit.

Il est vrai que la prééminence du droit ne signifie pas pour autant dictature du droit. Le juge Walsh, dans son opinion partiellement dissidente à l'arrêt *Dudgeon* relatif à la pénalisation des relations homosexuelles, exprime l'idée selon laquelle la prééminence du droit « dépend d'un consensus moral de la société et dans une démocratie, la loi ne peut faire abstraction de ce consensus ». Le juge irlandais

---

l'État de droit ou de l'État libéral « bourgeois », C. Schmitt distingue la conception libérale de la loi (la loi comme règle de droit) de sa conception politique (la loi comme décision) : cf. C. SCHMITT, *Théorie de la Constitution*, *op. cit.*, pp. 278 et 284. Ainsi la conception de la « loi » que se fait la Cour européenne des droits de l'homme puise incontestablement ses racines dans une tradition politico-juridique libérale.

<sup>48</sup> Y. LÉCUYER, *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2009, p. 383.

<sup>49</sup> CEDH (GC), 16 mars 2006, *Zdanoka c. Lettonie*, *op. cit.*, § 103 ; CEDH (GC) 8 juillet 2008, *Yamak et Sadak c. Turquie*, *op. cit.*, § 105 ; CEDH (GC) 27 avril 2010, *Tanase c. Moldova*, *op. cit.*, § 154.

<sup>50</sup> La Commission reprend en l'occurrence une définition donnée par G. Gurvitch, in Assemblée parlementaire, *Rapport Commission des questions politiques relatives aux restrictions concernant les partis politiques dans les États membres du Conseil de l'Europe*, 17 juillet 2002, doc. 9526.

ajoute que « si la loi est sans rapport avec lui, en étant soit beaucoup trop en deçà, soit beaucoup trop au-delà, elle est traitée par le mépris »<sup>51</sup>.

Dans le même arrêt de section *Refah Partisi*, décidément fondamental, la Cour énonce dans le même paragraphe précité, et sans risque de contradiction avec ses propos précédents, qu' « il n'y a pas de démocratie lorsque la population d'un État, même majoritaire, renonce à ses pouvoirs législatifs et judiciaires au profit d'une entité qui n'est pas responsable devant le peuple qu'elle gouverne, que cette entité soit laïque ou religieuse »<sup>52</sup>. On notera au passage, dans la première proposition de la phrase, et bien qu'elle n'ait aucune portée particulière en anglais<sup>53</sup>, une préférence pour la notion sociologique de « population », à la notion proprement juridique de « peuple ». Surtout, plus loin, les juges européens se livrent à une sorte de doctrine des rapports entre libéralisme et démocratie :

« Il existe un lien très étroit entre la prééminence du droit et la démocratie. La loi [*written law*] ayant pour fonction d'établir des distinctions sur la base de différences pertinentes, il ne saurait y avoir de réelle prééminence du droit sur une longue période si les personnes soumises aux mêmes lois n'ont pas le dernier mot au sujet de leur contenu et de leur mise en œuvre »<sup>54</sup>.

Voilà qui aurait de quoi rassurer les partisans d'une compatibilité entre prééminence du droit et démocratie, et plus largement entre libéralisme et démocratie. Néanmoins cet attachement témoigné à la démocratie doit être relativisé ; la Cour parle ici de « lois » et non de « droit », et même plus précisément de « lois écrites », comme l'atteste la version anglaise, or la jurisprudence européenne n'a jamais assimilé le droit à la loi écrite<sup>55</sup> : les juges européens de Strasbourg ne disent donc rien de plus que l'idée selon laquelle les destinataires de la norme juridique édictée doivent, au moins en dernier ressort, pouvoir y consentir. En aucun cas nous ne pouvons induire de cet énoncé une conception démocratique du droit, selon laquelle le peuple serait la source de tout droit ; d'autant plus qu'il convient d'admettre que le libéralisme politique n'a jamais exclu la possibilité pour les sujets de droit de consentir, voire dans une certaine mesure, de participer à l'élaboration des normes juridiques<sup>56</sup>. Surtout la nécessité de reconnaître un rôle aux

<sup>51</sup> Opinion partiellement dissidente de M. le Juge Walsh, CEDH, 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, A. 45.

<sup>52</sup> CEDH, 31 juillet 2001, *Refah Partisi et al. c. Turquie*, *op. cit.*, § 43.

<sup>53</sup> En anglais, *people* renvoie indistinctement à « peuple » ou « population ».

<sup>54</sup> CEDH, 31 juillet 2001, *Refah Partisi et al. c. Turquie*, *op. cit.*, § 43.

<sup>55</sup> CEDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, A. 30 : « la Cour constate que dans "prévue par la loi" le mot "loi" englobe à la fois le droit écrit et le droit non écrit ».

<sup>56</sup> À ce titre l'ouvrage de H. Kelsen, *La démocratie, sa nature, sa valeur*, trad. française, Paris, Dalloz, 2004, constitue un remarquable exercice de conciliation entre démocratie et libéralisme.

sujets de droit dans l'élaboration de la loi n'est pas fondée, selon la Cour, sur une transcendance souveraineté du peuple, mais bien précisément sur la prééminence du droit<sup>57</sup>.

Par ailleurs, la célèbre décision *Open Door*, par laquelle est déclarée inconstitutionnelle une disposition de la Constitution irlandaise adoptée par référendum populaire, affirme que « si les autorités nationales ont en principe la faculté de choisir les mesures qu'elles jugent nécessaires au respect de la prééminence du droit ou pour donner effet à des droits constitutionnels, elles doivent en user d'une manière conciliable avec leurs obligations au titre de la Convention et sous réserve du contrôle des organes de celle-ci »<sup>58</sup>. Cette affirmation tend à faire du peuple non plus la source ultime de tout droit mais un agent éventuel, éminent pourquoi pas, de l'aménagement technique de la prééminence du droit, sous l'œil toujours vigilant du juge national, puis en dernière instance du juge européen des droits de l'homme.

La question ne réside donc pas, selon notre analyse, en la possibilité d'une compatibilité entre démocratie et prééminence du droit, mais plutôt dans l'idée selon laquelle la prééminence du droit implique, dans une certaine mesure, un mode de gouvernement démocratique. Après tout, l'éthique du pluralisme et de la tolérance, dont la Cour se fait l'apôtre, s'oppose naturellement à l'imposition « d'une vision déterminée du monde »<sup>59</sup>.

Si le modèle politique développé par la Cour européenne n'est pas fondé sur la transcendance du peuple souverain, ce n'est pas parce qu'il est anti-démocratique, mais plutôt parce qu'il est précisément anti-politique. Cette conception est sous-tendue par une représentation anthropologique qui refoule logiquement le citoyen derrière le nouveau souverain : la personne.

## **II – LA PERSONNE AU-DELÀ DU CITOYEN**

Comme le note M. Gauchet, à la capacité des corps politiques de se gouverner eux-mêmes, la démocratie tend à désigner désormais la garantie des libertés personnelles. De la souveraineté du peuple, « l'accent s'est déporté vers la souveraineté de l'individu [...]. Le moins de pouvoir social possible pour le plus de liberté personnelle possible : tel est le nouvel idéal. Il s'est codifié dans une vision du fonctionnement de la démocratie qui se ramène à la coexistence procédurale des

---

<sup>57</sup> Un peu comme en *common law*, le principe de la souveraineté du parlement repose sur la *rule of law* et non sur une souveraineté du peuple britannique.

<sup>58</sup> CEDH, 29 octobre 1992, *Open Door and Dublin Well Woman c. Irlande*, A. 246-A, § 69.

<sup>59</sup> CEDH, 18 février 1999, *Buscarini et a. c. Saint Marin*, Rec. 1999-I, § 39.

libertés »<sup>60</sup>. Sans doute ce déplacement de la problématique de la liberté n'est pas nouveau : il est la révolution même du contractualisme moderne ; et A. de Tocqueville en a prophétisé les dangers, notamment cet individualisme, « qui dispose chaque citoyen à s'isoler de la masse de ses semblables »<sup>61</sup>.

La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est à bien des égards une héritière de cette tradition libérale<sup>62</sup>. Mais alors que la liberté des Révolutionnaires de 1789 impliquait pour sa défense et sa sauvegarde une mobilisation constante de la *vertu* citoyenne, voire du patriotisme<sup>63</sup>, on ne décèle en aucun cas une telle confiance dans le droit de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Au *citoyen*, c'est-à-dire le membre du Souverain, la jurisprudence européenne tend à lui préférer la *personne*, c'est-à-dire non seulement un faisceau de droits subjectifs, mais un « corps » et une « âme » singulière<sup>64</sup>, tournée non plus vers la Cité mais vers elle-même. Cette révolution est fondée dans la jurisprudence strasbourgeoise sur la logique hyper-individualiste (2) de l'autonomie personnelle (1).

#### 1) *Le développement de l'autonomie personnelle*

Timide envers les droits économiques et sociaux<sup>65</sup>, peu généreuse avec les droits du corps électoral, la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales dresse le portrait d'un individu seul,

<sup>60</sup> M. GAUCHET, *La condition politique*, Paris, Gallimard, 2005, pp. 538-541.

<sup>61</sup> A. DE TOCQUEVILLE, *De la démocratie en Amérique*, 1835, Paris, UGE, coll. « 10-18 », 1963, p. 269.

<sup>62</sup> On distingue l'influence de cette tradition en particulier au travers les droits-libertés consacrés par les articles 8 à 11, ainsi que le droit de propriété de l'article 1<sup>er</sup> du Protocole n° 1.

<sup>63</sup> Dans la Dissertation sur la politique des Romains dans la religion de 1716, C.-L. de Montesquieu identifie la « vertu » comme un attachement indéfectible à la patrie. Dans son *Discours sur l'équité* (1725) il la définit plus généralement comme « une affection générale pour le genre humain » (cf. C.-L. DE MONTESQUIEU, *Œuvres complètes*, t. VIII, Paris, Gallimard, « Bibliothèque de la Pléiades », 1949, p. 480).

<sup>64</sup> A. LEFEBVRE-TEILLARD, « Personne », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, « Quadrige », 1<sup>ère</sup> éd., 2003, p. 1152 : « La personne en elle-même, corps et âme, prend place petit à petit : elle n'est plus seulement envisagée comme acteur de la vie juridique, mais aussi dans ce qui fait son être, son individualité ».

<sup>65</sup> Même si le dynamisme interprétatif de la Cour, depuis son arrêt du 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, A. 32, révèle une « perméabilité » croissante des juges européens aux droits sociaux : cf. F. SUDRE, « La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme : un exercice de « jurisprudence fonction » ? », *RTDH* 2003, p. 755 ; cf. également J.-P. COSTA, « La Cour européenne des droits de l'homme et la protections des droits sociaux », *RTDH*, n° 82, 2010, pp. 207 et s.

rationnel, égoïste, égocentrique et possédant<sup>66</sup>, guettant l'ordre social et politique d'un œil inquiet et sévère, le suspectant constamment de vouloir rogner sur ses libertés naturelles et sa propriété. Seul en mesure de définir ce qui pourra être tenu « pour utile à la conservation de son être »<sup>67</sup>, le sujet de la Convention vit dans un univers de valeurs subjectives et relatives. Ainsi toute intervention de l'État dans la détermination de cet objectif ne saurait être autre chose qu'un *diktat* social, ou plutôt une « ingérence »<sup>68</sup>, ainsi que l'affirme elle-même la Convention, toujours sommée de devoir se justifier.

Se situant *a priori* à un niveau infra-politique, les problématiques du sexe et des relations des individus avec leur propre corps constituent souvent un indice éclatant de la manière dont sont appréhendées les questions du rapport entre l'individu, la société et le pouvoir par un ordre juridique et politique<sup>69</sup>. Dans ce domaine, et dans d'autres, la Cour a progressivement développé un principe totalement novateur, l'« autonomie personnelle », même si l'on peut identifier une origine allemande<sup>70</sup>. L'« autonomie » personnelle est une notion absente du texte de la Convention de Rome, et a été reconnue par les juges européens à l'occasion du célèbre arrêt *Pretty*<sup>71</sup>.

Dans cette affaire relative à la question de l'euthanasie, ou de suicide assisté, la Cour déclare : « bien qu'il n'ait pas été établi dans aucune affaire antérieure que l'article 8 de la Convention comporte un droit à l'autodétermination en tant que tel, la Cour considère que la notion d'autonomie personnelle reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 »<sup>72</sup>. Or celle-là implique pour la Cour « le droit d'opérer des choix concernant son propre corps »<sup>73</sup>. Trois ans plus tard, à l'occasion d'une affaire relative à la répression pénale du sadomasochisme, la Cour estime que « le droit d'entretenir des relations sexuelles

---

<sup>66</sup> Rappelons tout de même que le droit de propriété n'est pas un droit originel de la Convention européenne ; sa consécration, à la faveur du Protocole n° 1, date de 1952.

<sup>67</sup> M. VILLEY, *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, « Quadrige », 1<sup>ère</sup> éd. 2006, p. 578.

<sup>68</sup> Voir les formulations des § 2 des articles 8 à 11.

<sup>69</sup> C'est notamment le sens de l'œuvre de M. FOUCAULT, *Histoire de la sexualité*, 3 vol., Paris, Gallimard, 1976-1984.

<sup>70</sup> La Cour constitutionnelle allemande, sur le fondement de l'article 2, alinéa 1 de la Loi fondamentale de 1949, selon lequel « chacun a le droit au libre épanouissement de sa personnalité », a développé les « droits de la personnalité ». Cf. R. ARNOLD, « La contribution de la Cour constitutionnelle fédérale allemande au développement des droits de la personnalité », in L. VOGEL (dir.), *Des droits au droit. Les droits de la personne, fondement du droit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2006, pp. 25-40.

<sup>71</sup> J. MARSHALL, « A right to personal autonomy at the European Court of human rights », *European Human Rights Law Review* 2008, pp. 337 et s., et M. LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *Droits*, n° 49, 2009, pp. 8 et s.

<sup>72</sup> CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, Rec. 2002-III, § 61.

<sup>73</sup> *Ibid.*

découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle »<sup>74</sup>.

L'article 8 de la Convention et le droit au respect de la vie privée demeurent assez logiquement les terrains originels et privilégiés de manifestation de l'autonomie personnelle, comme le montrent les affaires relatives à l'avortement<sup>75</sup>, au recours à la procréation artificielle<sup>76</sup>, au refus d'agrément pour une adoption<sup>77</sup>. Mais l'autonomie personnelle est, à présent, en passe de « jouer un rôle de principe matriciel dans la Convention »<sup>78</sup>. En témoigne non seulement son invocation pour des affaires ne relevant pas à proprement parler de la problématique du choix de l'individu concernant son propre corps ; ainsi de l'arrêt *Christine Goodwin*, au terme duquel l'autonomie personnelle permet de reconnaître « le droit pour chacun d'établir les détails de son identité d'être humain »<sup>79</sup>. Mais surtout l'autonomie personnelle a été exportée par la Cour vers des stipulations qui n'entretiennent *a priori* absolument aucun rapport, non seulement avec les problématiques de l'intime, du corps et du sexe, mais même avec la vie privée. Ainsi cette déambulation contestée<sup>80</sup> s'est opérée en direction de l'article 11 de la Convention, relatif au droit d'association<sup>81</sup>, vers l'article 2 du Protocole n° 1, relatif au droit à l'instruction<sup>82</sup>, et même vers

<sup>74</sup> CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, req. n° 42758/98, § 84.

<sup>75</sup> CEDH, 20 mars 2007, *Tysiac c. Pologne*, req. n° 5410/03, § 107.

<sup>76</sup> CEDH (GC), 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. n° 6339/05, § 71 ; 4 décembre 2007, *Dickson c. Royaume-Uni*, req. n° 44362/04, § 66.

<sup>77</sup> CEDH, 22 janvier 2008, *E.B. c. France*, req. n° 43546/02, § 43.

<sup>78</sup> F. SUDRE, « Chronique », *JCP G*, n° 10, 2006, I, 164.

<sup>79</sup> CEDH (GC), 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, *Rec.* 2002-VI, § 90. En l'espèce le droit invoqué par la requérante était celui de la rectification de la mention du sexe à l'état civil et non le droit à une conversion sexuelle. Il s'agit donc, comme le remarque J.-P. MARGUÉNAUD, d'une question relative non au droit à l'autonomie, mais au développement personnel : in F. SUDRE et autres, *GACEDH*, Paris, PUF, coll. « Thémis », 5<sup>ème</sup> éd., 2009, n° 44, p. 479.

<sup>80</sup> F. SUDRE et autres, *GACEDH*, *ibid.*, n° 62, p. 671.

<sup>81</sup> CEDH (GC), 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, *Rec.* 2006-I, § 54. En l'espèce la Cour déclare que l'autonomie personnelle implique pour l'individu un droit négatif d'association. CEDH, 27 mars 2008, *Touriki Enosi Xanthis et al. c. Grèce*, *op. cit.*, § 56. Dans cette affaire le droit de chacun « d'exprimer [...] ses convictions sur son identité ethnique » est rattaché à la notion d'autonomie personnelle.

<sup>82</sup> CEDH, 9 octobre 2007, *Hasan et Eylem Zengin c. Turquie*, req. n° 1448/04, § 55 : « L'enseignement constitue l'un des procédés par lesquels l'école s'efforce d'atteindre le but pour lequel on l'a créée, y compris le développement et le façonnement du caractère et de l'esprit des élèves ainsi que de leur autonomie personnelle ».

l'article 6-1<sup>83</sup>. À ce titre la Cour considère que l'autonomie personnelle « reflète un principe important qui sous-tend l'interprétation des garanties de la Convention »<sup>84</sup>.

## 2) *Le triomphe d'une logique hyper-individualiste*

Il est difficile d'interpréter cette évolution. Ces approximations témoignent-elles d'un développement fulgurant encore « mal maîtrisé par le juge »<sup>85</sup> ? Ou convient-il de considérer que l'autonomie personnelle ne se réduit tout simplement pas au « droit d'opérer des choix sur son propre corps », mais implique plus largement le droit pour l'individu « de mener sa vie comme il l'entend »<sup>86</sup> ?

Au-delà des approximations de la jurisprudence, il nous semble que l'autonomie personnelle signifie le « droit de décider pour soi-même »<sup>87</sup>, et plus fondamentalement, le droit pour le sujet « de poser sa propre norme »<sup>88</sup>. Malgré les apparences que la Cour européenne se plaît à entretenir, ce n'est pas un simple principe d'interprétation que celle-là a reconnu mais un véritable droit<sup>89</sup>, placé sous le double signe de la dignité humaine et de la liberté individuelle<sup>90</sup>. Nous sommes bien en présence d'un droit subjectif impliquant un titulaire (l'individu), un contenu (la possibilité d'opérer des choix sur soi-même), et une opposabilité (l'État). Cette dimension tend à renverser le sens de l'idée même de liberté, puisqu'à l'inverse d'une abstention de l'État, ce « droit à l'autorisation-institution du sujet »<sup>91</sup> implique la

---

<sup>83</sup> CEDH, 27 mars 2008, *Choukatouov c. Russie*, req. n° 4409/05. Ici l'autonomie personnelle implique la possibilité pour un malade mental d'être entendu au cours d'une procédure le concernant.

<sup>84</sup> CEDH (GC), 11 janvier 2006, *Sorensen et Rasmussen c. Danemark*, *op. cit.*, § 54.

<sup>85</sup> Pour ce point de vue, cf. M. LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 8 et s., et J.-P. MARGUÉNAUD, in F. SUDRE et autres, *GACEDH*, *op. cit.*, p. 482.

<sup>86</sup> Selon la formule de la Cour elle-même, CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 62.

<sup>87</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme (CEDH, *K.A. et A.D. c. Belgique*, 17 février 2005) », *D.* 2005, p. 2974.

<sup>88</sup> D. ROMAN, « « Le corps a-t-il des droits que le droit ne connaît pas » ? La liberté sexuelle et ses juges : étude de droit français et comparé », *D.* 2005, p. 1509.

<sup>89</sup> Les arrêts CEDH, 20 mars 2007, *Tysiack c. Pologne*, *op. cit.*, § 107, et 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 71, évoquent clairement un « droit à l'autonomie personnelle », lequel est englobé dans la « notion de vie privée ».

<sup>90</sup> CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, § 65.

<sup>91</sup> P. WACHSMANN et A. MARIENBURG-WACHSMANN, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », *RTDH* 2003, p. 1157, pp. 1174-1175.

reconnaissance au profit de celui-ci d'une créance<sup>92</sup> à l'encontre de l'État et de la société, sommés de ratifier les désirs de ce sujet. Il n'est donc pas singulier de constater l'exportation de l'autonomie personnelle vers un droit de nature politique, tel que la liberté d'association garantie par l'article 11.

Cette évolution, qui associe l'autonomie personnelle au standard de la « société démocratique », illustre ainsi parfaitement la dimension éminemment politique de ce principe révolutionnaire. Dans l'affaire *Touriki Enosi Xanthis* relative à la dissolution par les autorités grecques d'une association culturelle turque, les juges européens dessinent le visage de cette nouvelle démocratie fondée non plus sur la volonté de tous sur tous<sup>93</sup>, mais sur le respect de la volonté de chacun portant sur soi-même :

« Le droit d'exprimer ses vues à travers la liberté d'association [...] et la notion de l'autonomie personnelle [...] sous-entendent le droit de chacun d'exprimer, dans le cadre de la légalité, ses convictions sur son identité ethnique [...]. Dans une société démocratique fondée sur la prééminence du droit, les idées politiques qui contestent l'ordre établi et dont la réalisation est défendue par des moyens pacifiques doivent se voir offrir une possibilité convenable de s'exprimer à travers l'exercice de la liberté d'association [...]. Ainsi le veulent les valeurs intrinsèques à un système démocratique, telles que le pluralisme, la tolérance et la cohésion sociale [...] »<sup>94</sup>.

Si la liberté d'association intéresse certainement la démocratie, y compris au sens moderne et libéral du terme<sup>95</sup>, l'irruption de l'autonomie personnelle dans le champ de la « société démocratique fondée sur la prééminence du droit » est particulièrement remarquable : elle emporte d'une part une sorte de privatisation de la démocratie – cette dernière ne se laisse plus appréhender par les droits d'un corps politique mais par « le droit de chacun » –, et d'autre part une sorte de politisation de la sphère privée – la définition des rapports que j'entretiens avec moi-même est une question politique.

Mais l'aspect très novateur de ce nouveau droit ne consiste pas, selon nous, en son fondement *individualiste*, selon lequel l'autonomie personnelle ne serait qu'une manifestation particulière des principes généraux de dignité humaine et de liberté individuelle. La spécificité de l'autonomie individuelle est de se situer au contraire

<sup>92</sup> Dans l'arrêt CEDH, 11 juillet 2002, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*, le droit à la liberté sexuelle se transforme en obligation positive pour l'État : « l'État défendeur ne peut plus invoquer sa marge d'appréciation [...] sauf pour ce qui est des moyens à mettre en œuvre pour assurer la reconnaissance du droit protégé par la Convention » (§ 93).

<sup>93</sup> Pour J.-J. Rousseau, la volonté générale « doit partir de tous pour s'appliquer à tous » : (J.-J. ROUSSEAU, *Contrat social*, Livre II, Chapitre IV).

<sup>94</sup> CEDH, 27 mars 2008, *Touriki Enosi Xanthis et al. c. Grèce*, *op. cit.* § 56.

<sup>95</sup> Cf. notre introduction : le contractualisme moderne puis le constitutionnalisme contemporain ont introduit puis réaffirmé une dimension libérale de la démocratie.



dans une logique *hyper-individualiste*, ruinant précisément les exigences de dignité humaine, pervertissant la liberté, pourtant « l'essence de la Convention »<sup>96</sup>. Ainsi dans l'arrêt *K.A et A.D.*, relatif à une affaire de pratiques sadomasochistes, la Cour, en affirmant que « le droit d'entretenir des relations sexuelles découle du droit de disposer de son corps, partie intégrante de la notion d'autonomie personnelle »<sup>97</sup>, considère que les pratiques sexuelles les plus dangereuses et les plus cruelles ne doivent avoir pour mesure que le seul consentement de la *victime*<sup>98</sup>. Il s'agit ici d'une approche « contractualiste »<sup>99</sup> du corps, qui, à l'opposé du principe d'indisponibilité, ignore qu'en général « ce sont les faibles qui consentent »<sup>100</sup>, et entérine « un droit de frapper et de blesser autrui dans un but de jouissance sexuelle », au nom d'une « liberté sexuelle [qui] primerait donc désormais tous les autres droits de l'homme »<sup>101</sup>. Certes, on peut admettre que la dignité « a elle aussi plusieurs visages »<sup>102</sup>. Mais on doit surtout constater que si le principe de dignité humaine, d'ailleurs absent de l'argumentation de la Cour, implique l'idée d'autodétermination, ce principe ne saurait lui-même faire l'objet de renoncement par le sujet<sup>103</sup>. En d'autres termes, la possibilité de s'autodéterminer ne saurait impliquer un « droit à se déposséder »<sup>104</sup>.

<sup>96</sup> CEDH, 29 avril 2002, *Pretty c. Royaume-Uni*, *op. cit.*

<sup>97</sup> CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*, *op. cit.*, § 83.

<sup>98</sup> Ce consentement de la « victime » faisait bel et bien défaut en l'espèce.

<sup>99</sup> M. LEVINET, « La notion d'autonomie personnelle dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 14.

<sup>100</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *D.* 2008, p. 32.

<sup>101</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Le sadisme n'est pas un droit de l'homme (CEDH, 17 février 2005, *K.A. et A.D. c. Belgique*) », *op. cit.*, p. 2975.

<sup>102</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, in F. SUDRE et autres, *GACEDH*, *op. cit.*, p. 481. Ces deux visages peuvent transparaître dans l'étude de D. DE BÉCHILLON, « Voile intégral : éloge du Conseil d'État en théoricien des droits fondamentaux », *RFDA* 2010, pp. 467 et 468 : le premier visage de la dignité « postule que l'être humain digne est « celui qui disposant de soi, c'est-à-dire, pour l'essentiel, de son propre corps, ne contrevient pas à un modèle de comportement socialement prédéterminé comme acceptable » (*Rapport du Comité « Weil » de réflexion sur le préambule de la Constitution, Redécouvrir le préambule de la Constitution*, La Documentation française, 2009, p. 93) et requiert que la société – c'est-à-dire l'État – se considère légitime à définir la hauteur de cette condition humaine à laquelle chacun doit se hisser ». Le second visage de la dignité est celui « qui suppose le droit de chacun de ne se voir imposer aucun modèle de comportement qui ne serait soit librement consenti soit imposé par la loi pour assurer l'égalité protection des droits et libertés d'autrui ».

<sup>103</sup> J.-P. MARGUÉNAUD, in F. SUDRE et autres, *GACEDH*, *op. cit.*, p. 481. Pour une approche différente de celle développée ici, voir du même auteur, « Liberté sexuelle et droit de disposer de son corps », *Droits*, n° 49, 2009, p. 19.

<sup>104</sup> M. FABRE-MAGNAN, « Le domaine de l'autonomie personnelle. Indisponibilité du corps humain et justice sociale », *op. cit.*

Certes l'idée libérale selon laquelle « l'homme est lui-même source des normes qui dictent sa conduite »<sup>105</sup> n'est pas nouvelle. Mais l'« homme » dont parlaient les libéraux est l'individu rationnel. L'individualisme, notamment l'individualisme kantien reconnaît la volonté individuelle comme source du droit, non parce qu'elle est individuelle, mais parce qu'elle est « immédiatement rationnelle »<sup>106</sup>. Or la conception hyper-individualiste de l'autonomie personnelle raccroche le droit à la remorque des discours narcissiques et « paranoïaques »<sup>107</sup> les plus irrationnels de l'individu. Cette évolution constitue sans nul doute une dérive *sadienne* de l'individualisme originel de la Convention, qui ne peut aboutir qu'au « suicide du droit »<sup>108</sup> comme « morale », ainsi que l'entendait P.-H. Teitgen<sup>109</sup>. Elle ne saurait également aboutir qu'au suicide de la démocratie libérale, car l'asservissement à ses propres fantasmes et pulsions est encore un asservissement.

---

<sup>105</sup> É. DESMONS, *Droit et devoir de résistance en droit interne. Contribution à une théorie du droit positif*, Paris, LGDJ, 1999, p. 38.

<sup>106</sup> B. BOURGEOIS, *La raison moderne et le droit politique*, Paris, J. Vrin, 2000, p. 167.

<sup>107</sup> P. WACHSMANN et A. MARIENBURG-WACHSMANN, « La folie dans la loi. Considérations critiques sur la nouvelle jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme en matière de transsexualisme », *op. cit.*

<sup>108</sup> B. EDELMAN, « Naissance de l'homme sadien », *Droits*, n° 49, 2009, p. 119.

<sup>109</sup> Cf. *supra*.

**RÉSUMÉ :**

*La jurisprudence de la Cour européenne de Strasbourg considère la démocratie comme le seul régime compatible avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Mais l'idée que la Cour se fait de la démocratie est bien éloignée de la conception classique, telle qu'elle peut être exprimée par l'adage lincolnien : « gouvernement du peuple, par le peuple, et pour le peuple ». À travers les notions de « prééminence du droit » et de « société démocratique », la jurisprudence européenne a déplacé la problématique de la démocratie vers la garantie des droits et libertés individuelles. Cette conception matérielle de la démocratie n'est pas nouvelle. Elle est celle du libéralisme moderne s'exprimant dans les théories du contrat social. Mais, bien qu'héritière de cette tradition, la jurisprudence de la Cour semble aller beaucoup plus loin. En effet alors que le contractualisme moderne exprimait une certaine foi dans le pouvoir du peuple et dans la vertu citoyenne pour sauvegarder les libertés, la Cour européenne de Strasbourg semble s'engager vers une dissolution de ces concepts. La notion d'« autonomie personnelle » consacre désormais la « personne » comme le nouveau souverain. Cette révolution de la source du pouvoir légitime nous apparaît dictée par une logique hyper-individualiste, dangereuse pour les valeurs qui constituent l'essence même de la Convention : la dignité et la liberté humaine.*

**SUMMARY:**

*The European Court of Human rights considers democracy as the only political model compatible with the European Convention for human rights and fundamental liberties. However, the Court's idea of democracy as it transpires from its ruling pattern appears quite far from the Lincolnian ideal of "government of the people, by the people, for the people". Through notions like "rule of law" and "democratic society" the European Court has focused the concept of democracy toward the matter of the guarantee of individual rights and freedoms. This substantive conception of democracy is not new; it belongs to the modern liberalism that is reflected in the "social contract" theories. Although the Court's precedents root themselves in this liberal tradition, European judges have built a new doctrine. Indeed, even though the social contract modern theories trusted the power of the people and the virtue of the citizens to protect freedom, the European Court tends to progressively revoke these conceptions. The notion of "personal autonomy" establishes the sovereignty of the "person". This revolutionises the definition of what actually is the source of the legitimate power, that now appears dictated by a "hyper-individualistic" logic. Such logic can threaten the values that constitute the very essence of the European Convention: human dignity and human freedom.*

**BIBLIOGRAPHIE INDICATIVE**

- BEAUD O., *La puissance de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, 512 p.
- BOBBIO N., *Libéralisme et démocratie*, trad. de l'italien, Paris, Cerf, 1996, 123 p.
- BOURGEOIS B., *La raison moderne et le droit politique*, Paris, J. Vrin, 2000, 290 p.
- BURGOGUE-LARSSSEN L., « L'autonomie constitutionnelle aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme », *RDCB* 2001, pp. 301 et s.
- GAUCHET M., *La condition politique*, Paris, Gallimard, 2005, 557 p.
- HABERMAS J., *Droit et Démocratie*, trad. française, Paris, Gallimard, 1997, 551 p.
- KELSEN H., *La démocratie, sa nature, sa valeur*, trad. française, Paris, Dalloz, 2004, 121 p.
- LEBRETON G., « L'islam devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, n° 5, 2002
- LÉCUYER Y., *Les droits politiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2009, 633 p.
- RAYNAUD Ph., *Le juge et le philosophe*, Paris, Armand Colin, 2008, 288 p.
- SCHMITT C., *Théorie de la Constitution*, trad. française, Paris, PUF, « Quadrige », 1<sup>ère</sup> éd. 2008, 576 p.
- TROPER, M., *Pour une théorie juridique de l'État*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 1994, 358 p.
- VILLEY M., *La formation de la pensée juridique moderne*, Paris, PUF, 2003, 624 p.
- VOGEL L. (dir.), *Des droits au droit. Les droits de la personne, fondement du droit*, Paris, Éditions Panthéon-Assas, 2006, pp. 25-40
- Voir également l'ensemble des contributions dans la revue *Droits. La liberté du consentement. Le sujet, les droits de l'homme et la fin des « bonnes mœurs » ?* 2/, n° 49, 2009