

Entretien avec...

Françoise Tulkens

ancienne juge et vice-présidente de la Cour européenne des droits de l'Homme

Propos recueillis par Nicolas Hervieu

Avocate puis universitaire [belge](#) devenue juge à la Cour européenne des droits de l'Homme le 1^{er} novembre 1998, Françoise Tulkens a exercé ce mandat durant près de quatorze ans. Elle a été également présidente de Section à compter de 2001 puis vice-présidente de la Cour. Au terme de son mandat [le 12 septembre 2012](#), elle a notamment été nommée membre du Groupe consultatif sur les droits de l'Homme au Kosovo ([Human Rights Advisory Panel in Kosovo](#)) et a présidé en France le jury de la [conférence de consensus sur la prévention de la récidive](#).

Françoise Tulkens, au terme d'un mandat de 14 ans, vous avez vu [la « nouvelle » Cour](#) prendre son essor et s'implanter dans l'espace européen. De votre point de vue d'actrice privilégiée de cette histoire, quels souvenirs en gardez-vous ?

En 1998, pour les juges venant de l'extérieur comme moi, la nouvelle Cour fut mise en place dans une espèce de grand enthousiasme. Il y avait en effet quelque chose d'assez unique, puisqu'au sein d'une même juridiction se trouvaient désormais réunis des membres de l'ancienne Commission, des juges de l'ancienne Cour et de nouveaux juges. Vous imaginez bien que tous avaient des *backgrounds* dissemblables et que des personnes très différentes ont ainsi été réunies. Mais en devenant permanente, la Cour a immédiatement fait naître un esprit qui perdure sans doute encore aujourd'hui. Dès cet instant, nous avons tous vécu ensemble à Strasbourg. Se voir quotidiennement, tant dans le cadre professionnel qu'en dehors, a beaucoup joué. Non pas pour créer « un esprit de corps », ce qui serait péjoratif, mais pour fonder une compréhension commune et travailler dans le respect des positions de chacun, souvent différentes les unes des autres.

L'avènement de la nouvelle Cour impliquait que pour la première fois, nous allions devoir, ensemble, nous occuper de l'ensemble d'une affaire : de l'amont jusqu'à l'aval, de la recevabilité au fond. Car auparavant, certaines questions, telle que l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'Homme à certains contentieux (fonction publique, étrangers, etc.), dépassaient rarement le stade de la Commission. Enfin, cette nouvelle Cour, permanente et unique, était d'une certaine manière l'expression ultime du droit de recours individuel, désormais ouvert directement à tous. Participer à cette (r)évolution au cours de laquelle toute personne devenait pleinement un sujet de droit international fut donc tout à fait stimulant. Nous avons et nous avons toujours d'ailleurs une responsabilité particulièrement forte envers les personnes vivant sous la juridiction européenne.

Dès les premiers pas de la nouvelle Cour, ce qui m'a aussi particulièrement intéressée fut le chantier ouvert, en 2000, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Avoir ainsi deux textes complémentaires protégeant les droits fondamentaux en Europe, la Charte et la Convention européenne des droits de l'Homme, est important. Il n'existe aucun monopole en matière de droits de l'Homme. Personnellement, j'ai toujours été favorable à la présence de ces deux instruments, qui doivent coexister en créant entre eux une bonne synergie. Il était hautement symbolique qu'en se constituant progressivement, l'Union européenne fonde son pouvoir sur les droits fondamentaux. Au sein de la Cour, nous avons d'ailleurs très vite pris la mesure de cette importante relation. Nous avons mis en place des groupes de travail sur l'Union européenne, sur la Charte puis, ultérieurement, sur l'adhésion de l'Union à la Convention. À cet égard, je souhaite vivement que l'adhésion se concrétise enfin car elle assurera la cohérence et la sécurité juridique entre ces différentes sources de droits fondamentaux, dans la « maison commune » Europe. Ainsi, la notion de droits fondamentaux recevra sa signification pleine et entière et nous nous engagerons plus encore sur la voie de ce qui les caractérise essentiellement, à savoir l'universalité.

Est-ce à dire, alors, que les premiers pas de la nouvelle Cour furent toujours idylliques ?

Non, bien sûr, car un autre élément m'a aussi beaucoup frappée d'emblée, et c'est un brin plus négatif. Certes, toute institution et toute juridiction doit se remettre en question et veiller de manière continue à améliorer son fonctionnement. Mais ici c'était bien plus que cela. À peine la nouvelle Cour fut-elle installée que s'est imposé le thème de la « réforme continue ». Dès l'année 1999, et pendant toute la durée de mon mandat, ce thème de la réforme de la Cour a été omniprésent et il s'est installé durablement dans le paysage de la Cour, avec le risque que le mouvement de la réforme ne devienne un mouvement perpétuel entraînant la Cour dans une fuite en avant.

Une question cruciale s'est bien vite posée : faut-il ou non maintenir le droit de recours individuel ? D'entrée de jeu, les oppositions furent assez marquées. Des débats assez vifs eurent lieu au sein de l'Assemblée Plénière de la Cour, entre des positions différentes. D'un côté, une position, disons, « constitutionnelle », à l'image, *mutatis mutandis*, de celle de la Cour suprême des États-Unis qui peut « choisir » les affaires qu'elle souhaite juger (*certiorari*) et limiter le nombre de celles-ci. D'un autre côté, une position plus « juridictionnelle » – qui était et est toujours la mienne – qui tenait à faire du recours individuel le point crucial et central de l'intervention de la Cour. Ce n'est que sous ce dernier angle qu'il est possible de saisir les situations réelles vécues par les personnes en Europe. Je partage entièrement l'analyse de Max Weber selon laquelle les intérêts des personnes, révélés par l'atteinte qui leur est portée, contribuent à faire apparaître des interrogations juridiques qui sont le plus souvent invisibles à l'examen « désincarné » des normes. Supprimer le recours individuel aurait été au surplus un frein considérable à l'effectivité de la Convention, d'autant qu'à ce moment, il s'agissait de faire pénétrer toujours plus les droits de l'Homme au sein des pays d'Europe centrale et orientale nouvellement parties à la Convention. Et aujourd'hui encore, sur le plan interne, il est hasardeux, sinon illusoire, de penser que les juridictions nationales seront prêtes à adopter et à suivre des principes généraux formulés abstraitement par une juridiction européenne éloignée des faits et des réalités.

Quoiqu'il en soit, de 1998 à 2012, j'ai donc vécu constamment dans ce grand débat de la réforme de la Cour qui a mobilisé, en interne et en externe, de très nombreuses énergies. Parfois, je me demande si nous n'avons pas été trop préoccupés par ces questions de réforme, au détriment de questions de fond. J'aurais aussi souhaité que durant cette longue période, les protocoles consacrant de nouveaux droits – comme celui de 2002 sur l'abolition de la peine de mort ou celui de 2000 portant interdiction générale de la discrimination – soient plus évoqués. Je pense qu'il est temps de voir plus loin et de développer une vision des droits de la Convention. Pour reprendre l'intitulé d'[un récent article dans les Cahiers de droit européen](#) au sujet de la [Conférence de Brighton](#) : « *Oublions la réforme, pensons à l'avenir* ».

Outre ce contexte, les premiers pas de la nouvelle Cour ont aussi consolidé des orientations qui, à mes yeux, auraient sans doute pu/dû évoluer. Ainsi, par exemple, le maintien de l'inapplicabilité de l'article 6, qui garantit le droit au procès équitable, au droit des étrangers. En 1999, le dessaisissement de la chambre au profit de la Grande Chambre dans l'affaire [Maaouia contre France](#) était peut-être prématuré puisque celle-ci a, au contraire, maintenu durablement cette position jurisprudentielle. Personnellement, j'espère que cela va changer un jour pour qu'enfin l'article 6 soit jugé applicable au contentieux des étrangers.

Comment se forge la conviction d'un juge à la Cour ? Essentiellement par ses réflexions personnelles et par une démarche quelque peu solitaire, ou est-ce d'abord via des échanges collectifs au cours du processus judiciaire ?

Cette question est très intéressante parce que dans presque toutes les affaires qui parviennent à la Cour il y a affleurement de questions morales, éthiques, sociales, politiques extrêmement sensibles. Ainsi, par exemple, la question de savoir si le droit à la liberté d'expression protège le discours de haine ou un discours qui persécute les minorités requiert nécessairement, dans une société démocratique, une réflexion sur les questions les plus fondamentales de la moralité politique. De même, l'article 3 de la Convention qui interdit la torture et les traitements inhumains et dégradants oblige à réfléchir sur ce qui n'est pas / plus tolérable dans une société démocratique. En outre, ces questions que les juges européens doivent traiter sont souvent celles qui sont les plus controversées et qui divisent la communauté, comme l'adoption par les homosexuels ou l'accouchement sous X.

Face à de tels enjeux, la conviction d'un juge de la Cour se forge-t-elle individuellement ou collectivement, lors de la discussion ? Les deux, naturellement. Bien sûr, nous avons chacun des réflexions personnelles, que nous approfondissons individuellement. Par ailleurs, comme juge, nous sommes et demeurons tous des êtres humains, dotés de positions personnelles et il ne faut pas le cacher. Nous venons tous de quelque part. Mais nous devons aussi ne pas nous laisser enfermer dans nos convictions personnelles, ce qui exige de garder une « juste distance » et de pouvoir donner pertinence aux arguments des parties. En ce sens, les échanges du processus judiciaire sont importants et même indispensables. Ainsi, sur certaines questions, je ne pensais certes pas avoir la vérité, ce qui n'a pas de sens, mais plutôt être dans la vérité ou dans ma vérité. Pourtant, j'ai souvent utilement appris de la vision, parfois différente, parfois convergente, des autres juges.

J'avais beaucoup lu la doctrine sur les débats relatifs aux droits des transsexuels. J'y avais trouvé de nombreux appels à des évolutions juridiques. Or quand l'affaire *Christine Goodwin contre Royaume-Uni* est arrivée dans le prétoire de la Cour, j'ai eu à me poser la question de savoir si le moment n'était pas venu d'avancer et de procéder à de telles évolutions. Il me semblait que oui, cette réponse étant évidemment liée à ma réflexion personnelle et donc à une démarche un peu plus individuelle. Mais j'ai tout de suite eu l'occasion de confronter ces réflexions à la discussion collective avec les autres juges et également aussi avec le juge national [ndlr : le britannique Nicolas Bratza]. Et ma position initiale a ainsi pu être renforcée et ajustée. La conviction d'un juge se forge donc grâce à ces deux dimensions, individuelle et collective : une réflexion personnelle, certes, mais modelée par les discussions judiciaires. Il faut donc mettre nos réflexions personnelles à l'épreuve du processus judiciaire.

Cela étant, les chroniques doctrinales, dont celles de la *Revue des Droits de l'Homme*, sont vraiment très importantes. Parfois, en tant que juge, nous avons « le nez sur le guidon ». Voir comment vous mettez en perspective les arrêts ou les décisions, les enjeux, les limites, est essentiel car je pense que, comme en musique, l'interprète est aussi un acteur. Je faisais donc partie de ces juges qui suivaient très attentivement la doctrine, du moins la « bonne doctrine » : celle qui critique intelligemment et, ainsi, nous aide énormément.

Dans ce processus judiciaire permettant au juge de se forger une conviction personnelle et qui débouche *in fine* sur une décision collective, le rôle des juristes du greffe de la Cour est-il important ?

Assurément. Selon moi, le grand intérêt du système qui existe à Strasbourg est que l'on travaille en étroite collaboration avec des juristes de grande qualité. Personnellement, j'aimais beaucoup travailler avec les juristes du greffe et leur demander : « Qu'est-ce que vous pensez ? » ou « Quelle est votre position ? ». En effet, ces juristes ne sont pas seulement des personnes qui vont se charger de faire l'exposé des faits et de dresser un état des lieux juridique. Bien sûr, ce travail lors de la phase préparatoire d'une affaire est indispensable. Mais il n'est pas suffisant. Le point de vue personnel d'un juriste qui a travaillé sur une affaire, souvent en profondeur, est toujours précieux. En fait, plus fondamentalement, dans l'exercice de mes fonctions de juge, je trouvais important de soumettre les affaires dont nous étions saisis à des regards multiples : le regard du juriste ; celui du *quality check* du greffier et du greffier-adjoint de Section ; le regard du juge rapporteur ; le regard de chaque juge individuellement et enfin le regard collectif de la formation de jugement à l'issue des discussions. Il y a toujours plusieurs manières de trouver une solution à une affaire. Et c'est à travers la confrontation de tous ces points de vue que l'on peut arriver à approcher la vérité judiciaire, c'est-à-dire une solution raisonnable et partagée. Sans prétention aucune, j'aime cette idée de la libre discussion dont Jürgen Habermas nous rappelait dans son *Éthique de la communication* les présupposés. Mais, bien sûr, en dernière analyse, c'est le juge qui doit prendre la décision et en assumer la responsabilité.

À cet égard, votre expérience d'universitaire fut-elle utile ?

Oui, ce fut utile dans la mesure où ce passé universitaire conduit à être plus attentif à la doctrine ce qui, comme je le disais, est une très bonne chose. Pourtant, les universitaires doivent aussi se dire qu'ils n'ont certainement pas une position supérieure ou une position haute. Ce qu'un juge doté d'une expérience scientifique – car c'est cela la fonction universitaire – peut plus spécifiquement apporter, c'est peut-être surtout une manière de poser le problème. Cet apport se combinera à celui des autres juges, venant d'autres horizons professionnels.

Ainsi, pour prendre un exemple personnel et tout simple : j'étais très amie avec la juge des Pays-Bas [ndlr : *Wilhelmina Thomassen, juge de 1998 à 2004*]. Or elle était vraiment ce que l'on appelle une juge à part entière : contrairement à moi-même, elle a toujours été juge. Nous étions donc très différentes, malgré une certaine culture juridique commune. Mais cette différence fut précisément une richesse et nous avons chacune tiré profit des compétences de l'autre : son expérience de juge et mon expérience d'universitaire. Elle arrivait avec plus d'intuition sur le contentieux et avait rapidement une vision plus directe de ce vers où nous devons aller. Et moi, avec mon regard scientifique, j'essayais de décortiquer la question et tâchais d'approfondir les enjeux moins visibles au premier regard. Finalement, nous nous rendions beaucoup de services mutuels. Notre binôme a donc particulièrement bien fonctionné, comme ce fut le cas ensuite avec d'autres juges.

C'est en définitive ce que le Conseil de l'Europe avait voulu en fondant la nouvelle Cour : réunir des gens aux parcours et horizons différents. Je crois que maintenant cela a un peu changé, car certains disent qu'il faudrait plus de magistrats parmi les juges de la Cour. Moi-même, qui humblement ne suis pas une magistrate de formation, je serais donc un peu « épinglée ». Il faut toutefois relativiser certaines critiques, outrancières. En effet, même des magistrats de haut rang sont visés, comme Nicolas Bratza [ndlr : *ancien juge et président de la Cour*] dans le contexte tendu de la [Conférence de Brighton](#). Cela dit, le président Bratza fut un juge hors pair, d'une très grande intégrité et compétence, en plus d'avoir été particulièrement courageux lorsqu'il s'est agi de répondre à ces critiques venant de son pays.

Durant votre mandat, avez-vous eu le sentiment d'avoir évolué dans vos opinions et sensibilités ? Peut-on ainsi parler de revirement(s) de votre propre « jurisprudence » dans certains domaines ?

Oui, j'ai parfois évolué dans mes positions. Il y a un domaine auquel je songe en particulier : la liberté d'expression face aux discours de haine et à l'incitation à la violence. Sans doute au départ avais-je sur cette question une position plus absolutiste en matière de liberté d'expression, proche de celle de la Cour suprême des États-Unis pour qui prime le libre marché des idées. Progressivement, j'ai accepté, à tort ou à raison, l'idée selon laquelle une limite à la liberté d'expression pouvait, exceptionnellement, se concevoir face aux discours qui incitent, encouragent et disséminent la haine ainsi que la violence. Je ne prétends toutefois pas avoir raison, d'autant que je sais que certains (excellents) auteurs, comme vous d'ailleurs, soutiennent, à juste titre, une position différente. Ce sujet est de toute façon en plein débat. Vous soulignez que j'ai voté en faveur d'une restriction du discours politique de haine dans

l'affaire [Féret contre Belgique](#) de 2009, mais contre une limitation de même nature dans l'affaire [Fáber contre Hongrie](#) de 2012. Outre que les deux affaires étaient quand même différentes, cela traduit, je ne le cache pas, une sorte de dilemme interne. J'ai d'ailleurs parfaitement compris l'opinion des juges dissidents sous l'arrêt *Féret* lorsqu'ils estiment que, dans une telle situation et face aux propos de haine, il faut plus de discours plutôt que moins de discours et surtout pas un « *enforced silence* ». En outre, après l'arrêt *Féret* et citant ce dernier, l'arrêt *Vejdeland et autres contre Suède* de 2012 me préoccupe, moins sur le fond que sur le raisonnement, car la Cour aborde un thème à mes yeux risqué, celui de la « liberté d'expression exercée de manière irresponsable » (§ 55), avec lequel je suis mal à l'aise. Le risque est donc bien celui de nous mener sur une *slippery slope*, une pente glissante

Parmi les sujets qui ont suscité beaucoup de réflexions intérieures figure aussi la question des signes religieux. Ici, je n'ai pas évolué durant mon mandat, en particulier depuis l'affaire [Leyla Sahin contre Turquie](#) où j'avais voté en faveur d'une violation au sujet de l'interdiction du port du voile à l'Université. Pour moi, ce fut bien sûr un cas de conscience car ce n'est vraiment pas facile d'être le seul juge dissident devant la Grande Chambre, face à seize autres juges. À l'époque, Jean-Paul Costa [*ndlr : ancien juge français et président de la Cour*] m'a dit : « *tu verras, tu changeras avec le temps* ». Et bien honnêtement, non, je n'ai pas changé avec le temps, au contraire. Dans l'affaire *Leyla Sahin contre Turquie*, si c'était à refaire, je le referais absolument.

Certains me disent pourtant qu'entre mon opinion dissidente sous cet arrêt de 2005 et l'arrêt de chambre [Lautsi contre Italie](#) de 2009 au sujet des crucifix dans les salles de classe, il y aurait contradiction. Je ne le pense pas. Les affaires étaient fondamentalement différentes – le droit d'une jeune femme à l'éducation et à la liberté de conscience/religion contre le maintien de ce que la Grande Chambre a qualifié de manière étrange de « symbole passif ». Nous devions (sauf à nous dessaisir – ce que la chambre aurait peut-être dû faire...) respecter la jurisprudence de la Cour (notamment *Dahlab contre Suisse*). Et je continue à penser que [l'arrêt Lautsi de Grande Chambre](#) n'est pas une réponse satisfaisante [*ndlr : en 2011, la Grande Chambre a infirmé la condamnation prononcée en formation de Chambre*], en particulier parce qu'il a été essentiellement articulé autour de la marge nationale d'appréciation, avec le risque d'induire un traitement différent entre différentes croyances. Mais ceci sont des considérations personnelles qui n'intéressent que moi ; or, l'autorité, c'est la Grande Chambre.

Aussi délicat et réducteur qu'est l'exercice, estimez-vous possible de distinguer des tendances idéologiques – au sens noble du terme – parmi les juges de la Cour ? Ainsi, une ligne de partage récurrente existe-t-elle entre des juges promoteurs d'une Cour volontariste et d'autres juges plus soucieux de ne pas trop heurter les États ?

Oui, il est clair que cela existe. Nous arrivons tous à Cour avec des expériences et aussi des tempéraments personnels différents. D'un côté, il y a des phrases que l'on entend souvent à la Cour et qui deviennent parfois des habitudes de langage. Ainsi : « *attention de ne pas aller trop loin* » ou « *il faut être prudent* ». Mais cela ne renvoie pas toujours à la prudence au sens aristotélicien du terme, mais plutôt à l'idée selon laquelle il ne faudrait pas trop heurter les

États, ni trop s'engager, car cela pourrait faire jurisprudence et constituer un précédent qui lierait la Cour. D'un autre côté, et à l'inverse, il y a des juges qui estiment plus volontiers que la Cour a le privilège d'exister et qu'elle doit agir pour honorer sa mission. C'est ce qui m'a guidée personnellement. Dans beaucoup de situations, la Cour constitue la dernière ligne de défense des droits de l'Homme, le dernier rempart. Les « pères fondateurs » lui ont confié une immense responsabilité, celle d'être une « conscience qui sonne l'alarme », comme le disait Pierre-Henri Teitgen. Tâcher de faire produire au texte tout ce qui peut l'être est donc impératif, car comme le disait Paul Ricœur, « le sens d'un texte n'est pas derrière le texte, mais devant lui ». Bien sûr, j'estime qu'il faut agir de manière responsable, sans être irréaliste. Il ne sert à rien d'être Don Quichotte car il est capital que les arrêts soient mis en œuvre dans les États, dans les meilleurs délais. Mais nous ne devons pas non plus être asservis à une prudence qui serait une certaine frilosité, sous peine d'aboutir à des arrêts « chèvrechoutistes ».

À mes yeux, la Cour doit se situer entre conviction et responsabilité. Il faut avoir une conviction pour rendre les droits de la Convention, selon la formule habituelle de la Cour, effectifs et non illusoire et leur donner sens dans la réalité présente. Mais il importe aussi de garder le sens de la responsabilité et d'être attentif aux conséquences de nos décisions, pour ne pas faire des choses qui seraient totalement incompréhensibles au sein des États. À cet égard, il me semble que Dean Spielmann [ndlr : actuel président de la Cour] incarne très bien cette ligne, car il manifeste une grande loyauté et un grand respect envers les institutions et les États tout en demeurant extrêmement courageux et ouvert dans ses positions.

Afin de nourrir cette dialectique de la conviction et de la responsabilité, la Cour doit surtout forger des principes clairs. À cet égard, la casuistique est peut-être un certain danger : dès que l'on voit « en l'espèce » dans un arrêt, il faut peut-être se méfier... Le cas d'espèce doit nous amener vers des principes directeurs, et non justifier des reculs discrets.

Mais la casuistique ne sert-elle pas parfois aussi à aller plus loin encore ? Ainsi, dans le récent arrêt *Costa et Pavan c. Italie*, la formation de jugement que vous présidiez a utilisé la casuistique pour aller au-delà des précédents de Grande Chambre.

Tout à fait ! Parfois il faut être un peu, non pas tacticien, mais stratège. Dans cette affaire [ndlr : relative aux diagnostics préimplantatoires et aux techniques de procréation médicalement assistée], je le reconnais sans difficulté : le cas d'espèce a permis de repousser les limites posées par la Grande Chambre dans sa jurisprudence. En fait, les circonstances plaident en ce sens puisque, c'est la législation italienne elle-même qui avait ouvert l'accès aux techniques de procréation médicalement assistée notamment aux fins de prévenir la transmission à l'enfant de certaines maladies.

Pour en revenir à la ligne traditionnellement tracée entre les partisans de l'« activisme » et les promoteurs de l'« autolimitation », il n'y a toutefois pas de véritable critère de partage entre deux groupes bien déterminés de juges, selon par exemple l'État d'origine, la formation ou le profil personnel. Tout est beaucoup plus nuancé et tout dépend des sujets. Ainsi, et cela m'a particulièrement frappée, des juges qui sont parfois extrêmement rigoureux sur des questions

comme les questions morales peuvent être extrêmement progressistes sur d'autres questions comme le procès équitable.

Avez-vous parfois eu le sentiment que la Cour européenne des droits de l'Homme a été trop prudente dans certaines affaires, voire – osons le mot – a manqué de courage ?

Je me demande, en effet, si la Cour n'a pas été parfois (trop) frileuse dans certaines affaires. Récemment, je pense par exemple à l'affaire *Stummer contre Autriche* de 2011 concernant la protection sociale des détenus en prison où, à mon humble avis, la Cour (Grande Chambre) aurait pu aller plus loin, au moins au titre de la discrimination. Il est d'ailleurs significatif que ce contentieux du travail en prison rebondisse actuellement devant les juridictions françaises et devienne une question importante s'agissant du droit des détenus.

La Cour a aussi été frileuse sur la question de l'expulsion des étrangers malades. L'arrêt *N. contre Royaume-Uni* de 2008 est ainsi pour moi un arrêt très malheureux dans tous les sens du terme. La Cour y a admis le renvoi vers l'Ouganda d'une jeune femme atteinte par le VIH, alors même que l'accès aux traitements indispensables à sa survie était très aléatoire dans ce pays. Avec deux autres juges, nous avons alors souhaité marquer notre désaccord à l'égard de la majorité de la Grande Chambre en rédigeant une opinion dissidente commune. Ce sont les mêmes raisons qui ont poussé à la rédaction en 2011 d'une « *opinion partiellement concordante commune* » sous l'arrêt *Yoh-Ekale Mwanje contre Belgique*. Nous n'avons pas dans le dossier d'éléments permettant de différencier la situation de celle dont était saisie la Grande Chambre dans l'affaire *N.* de 2008 et d'aboutir à une solution différente. Nous avons donc suivi le précédent mais au moins nous avons voulu réaffirmer notre désapprobation envers la solution *N. contre Royaume-Uni*. Certes, ce que vous aviez désigné comme un acte de « *dissidence perpétuelle* » fut quelque chose d'inédit.

Vous avez récemment évoqué l'existence d'« un petit climat xénophobe qui se répand » en Europe. Quel(s) rôle(s) la Cour peut-elle jouer dans ce contexte ?

Je crains en effet qu'il y ait une montée de l'intolérance en Europe, une Europe qui, comme le disait J. Habermas dans *Le Monde* en janvier 2011, « *devient malade de la xénophobie* », avec la force dévastatrice des stéréotypes et des préjugés. Cette intolérance touche en particulier les groupes minoritaires en Europe (les immigrés, les musulmans, etc.). Le cas le plus typique est celui des Roms, fréquemment jugé par la Cour. La situation de cette population est très difficile dans beaucoup d'États parties à la Convention. Cela soulève un vrai problème et constitue même l'une des questions les plus cruciales du moment.

Ce « *petit climat xénophobe* », comme vous dites, rend l'action de la Cour indispensable et la jurisprudence européenne mériterait donc d'être encore plus développée. À l'avenir, je pense qu'il serait bon qu'elle donne plus de sens et d'ampleur au principe d'interdiction de la discrimination, même s'il n'est pourtant pas toujours facile de faire croître cette idée. Récemment, la question des stéréotypes raciaux et ethniques a été abordée à Strasbourg avec l'arrêt *Aksu contre Turquie*. Plus significatif encore fut l'arrêt *Oršuš et autres contre Croatie* rendu en 2010. La Grande Chambre jugea alors discriminatoire la pratique de scolarité différenciée

visant les enfants d'origine rom. Là encore, les débats furent âpres et seule une infime majorité des juges – neuf contre huit – vota en faveur d'un constat de violation. L'interdiction de la discrimination prévue à l'article 14 de la Convention constitue une importante ressource et la Cour ne lui a peut-être pas encore fait produire tout son potentiel. En combinant cet article 14 à d'autres droits conventionnels, la Cour peut beaucoup faire progresser sa jurisprudence.

Les enjeux relatifs à la finalité de la peine et à la réinsertion des détenus ont souvent retenu votre attention. Or si la Cour a indéniablement contribué à ce que « la justice ne [...] s'arrête [pas] à la porte des prisons », pensez-vous qu'elle ait à ce jour suffisamment pris en compte la question de la récidive ?

À l'évidence, de très grands progrès ont été accomplis par la Cour au sujet du droit des détenus. L'un des arrêts récents qui m'a marquée fut *Dickson contre Royaume-Uni* où, en 2007, la Grande Chambre a condamné le refus des autorités britanniques d'accepter qu'un détenu ait recours aux techniques de procréation médicalement assistée pour concevoir un enfant avec sa compagne. Cet arrêt ne me semble toutefois pas avoir subi la même critique que l'arrêt *Hirst (n° 2) contre Royaume-Uni* de 2005 sur le droit de vote des détenus. Tiens, pourquoi ? Dans l'arrêt *Dickson*, la Cour affirma ainsi que, « tout en admettant que la punition reste un des buts de la détention, [...] les politiques pénales en Europe évoluent et accordent une importance croissante à l'objectif de réinsertion de la détention, en particulier vers la fin d'une longue peine d'emprisonnement » (§ 75). Maintenant le temps est venu de tirer toutes les conséquences de cette idée. L'arrêt *Boulois contre Luxembourg* de 2012 relatif au congé pénal a cependant révélé que les esprits n'étaient pas encore mûrs sur cette question. Pourtant, tout le monde s'accorde aujourd'hui pour penser qu'il importe évidemment, précisément pour prévenir la récidive, de préparer la sortie dès l'entrée du détenu en prison, notamment en organisant des modalités d'exécution de la peine. De plus, l'arrêt *Boulois* confirme une fois encore ce que je disais tout à l'heure : il faut faire évoluer cette vision de l'applicabilité de l'article 6 de la Convention, un peu datée en particulier au regard de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. La libération conditionnelle en est un excellent exemple. Elle est un facteur clé pour prévenir la récidive. Elle doit pouvoir être accordée précisément à ceux qui en ont le plus besoin. Ni indulgence, ni laxisme, mais réalisme et responsabilité. Les procédures d'octroi devraient être soumises aux exigences du procès équitable, la motivation des décisions principalement.

À l'heure où les critiques au sein de certains États demeurent virulentes envers la Cour, êtes-vous optimiste quant à son avenir à moyen et long termes ?

Fondamentalement, il ne faut être ni optimiste ni pessimiste en matière de droits de l'Homme car les droits de l'Homme sont des droits de vigilance. Cela étant, quant à l'avenir de la Cour, je suis confiante car elle est indispensable. Mais, après Brighton, il faut que la Cour puisse continuer son chemin en toute indépendance car c'est le meilleur service à rendre aux États.

Certes, diverses critiques sont encore adressées régulièrement à la Cour, notamment pour fustiger hélas le nombre trop important de requêtes et surtout l'arriéré (*backlog*). Mais j'ai tou-

jours pensé que, s'il ne fallait pas minimiser la réalité ni l'ampleur des problèmes, il convenait aussi de ne pas dramatiser. Sauf à vouloir instaurer un climat de panique dans le seul but de justifier l'adoption de mesures contestées. En interne et à travers notamment les méthodes de travail qui doivent évidemment évoluer, le fonctionnement de la Cour doit s'adapter – et s'est adaptée – à de nouvelles réalités. Parfois, elle doit accepter des mesures qui sont « un mal pour un bien ». En ce sens, la phase d'examen préliminaire d'une requête – au cours de laquelle sont vérifiées rigoureusement les conditions de l'article 47 du règlement – est importante. De même, l'absence de motivation détaillée des décisions d'irrecevabilité qui pourraient être adoptées à ce stade est aussi dommage mais inévitable. En revanche, les propositions consistant à instaurer des frais d'introduction d'une requête ou la représentation obligatoire des requérants par un avocat ne sont pas des réponses satisfaisantes. Il est bien plus opportun d'agir au plan national, en amont du dépôt des requêtes, afin que celles qui parviennent jusqu'à la Cour soient solides. L'amélioration de la qualité des requêtes est plus fructueuse que la mise en place de nouveaux filtres.

*Votre modestie dût-elle en souffrir, **nombreux** sont ceux qui estiment que votre empreinte sur la Cour sera **durable**. Quelle est l'œuvre dont vous êtes le plus fière ?*

À mes yeux, vraiment, le plus essentiel n'est pas cette éventuelle « empreinte » personnelle, que je ne saurais revendiquer. Je suis surtout heureuse d'avoir contribué à des décisions collectives qui ont permis de faire progresser la jurisprudence de la Cour dans le sens d'une plus grande justice. Ainsi, l'arrêt *M.S.S. contre Belgique et Grèce*, relatif à la situation des demandeurs d'asile, figure certainement parmi les arrêts les plus importants pour moi. En 2011, nous avons ainsi souligné que les migrants et demandeurs d'asile avaient besoin d'une protection spéciale car ils sont « *un groupe de la population particulièrement défavorisé et vulnérable* ». Aujourd'hui encore, cette affirmation doit être constamment rappelée. L'action de la Cour au sujet des conditions d'internement en Belgique des malades mentaux délinquants – une population souvent complètement oubliée –, à laquelle j'ai modestement contribué au début en tant que « juge national » ressortissante de cet État, est aussi quelque chose d'important. Parmi beaucoup d'autres exemples, je citerais également le récent arrêt *Hirsi et Jamaa contre Italie* qui est tout aussi essentiel. La Grande Chambre peut s'honorer d'avoir solennellement étendu la protection conventionnelle aux migrants en mer, dont la situation est tragique. Et aujourd'hui encore, je tâche de poursuivre en ce sens dans mon travail au sein du Panel [ndlr : *Groupe consultatif sur les droits de l'Homme au Kosovo – Human Rights Advisory Panel in Kosovo*]. Des questions cruciales s'y posent, en particulier au titre du droit à la vie sous l'angle procédural ou de l'interdiction des traitements inhumains pour les familles des personnes disparues. Cette fonction est pour moi une manière utile de continuer ce que j'ai longtemps fait à Strasbourg. La jurisprudence de la Cour est d'ailleurs une source de référence pour le Panel.

Je me suis intéressée aux droits de l'Homme par admiration pour le combat d'avocats français et belges dans la défense des victimes de tortures commises durant la guerre d'Algérie. Depuis cet instant, j'ai toujours eu la conviction que le droit devait servir à quelque chose. Au fil de mon parcours, j'espère simplement avoir été digne de cette conviction, en tâchant moi-même de servir au mieux les droits de l'Homme.

Pour aller plus loin sur le site de la *Revue des Droits de l'Homme*

- « [Entretien avec André Potocki, juge français à la Cour européenne des droits de l'Homme](#) », Propos recueillis par Véronique Champeil-Desplats, in *RevDH*, n° 1, juin 2012.
- Commentaire du bilan annuel de la Cour européenne des droits de l'Homme : « [Embellie strasbourgeoise sur le front européen des droits de l'Homme](#) », 30 janvier 2013.
- Commentaire de l'arrêt *Costa et Pavan* : « [Incertitudes européennes sur "le droit à un enfant sain" via un diagnostic génétique préimplantatoire](#) », 29 août 2012.
- Commentaire de la Déclaration de Brighton : « [Bilan contrasté pour la périlleuse conférence de Brighton sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'Homme](#) », 23 avril 2012.
- Commentaire de l'arrêt *Fáber c. Hongrie* : « [La tolérance européenne envers les manifestations et symboles de l'intolérance](#) », 8 août 2012.
- Commentaire de l'arrêt *Lautsi c. Italie* : « [Conventionalité de la présence des crucifix dans les salles de classe d'écoles publiques](#) », 20 mars 2011.
- Commentaire de l'arrêt *Stummer c. Autriche* : « [Conventionalité de la non-affiliation à un régime général de retraite pour les détenus ayant travaillé dans un établissement pénitentiaire](#) », 13 juillet 2011.
- Commentaire de l'arrêt *Féret c. Belgique* : « [Liberté d'expression politique et lutte contre la discrimination raciale](#) », 19 juillet 2009.

Pour citer cet article

Entretien avec Françoise Tulkens, propos recueillis par Nicolas Hervieu,
La Revue des Droits de l'Homme n°3, juin 2013
<http://revdh.files.wordpress.com/2013/06/3-entretien-f-tulkens1.pdf>