



Centre de Droit International de Nanterre

50^e ANNIVERSAIRE DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

par

Gérard COHEN-JONATHAN

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II),
Doyen honoraire de la Faculté de droit de Strasbourg*

I. L'extension du droit de la Convention

- A. L'extension des droits garantis
- B. L'étendue de la responsabilité internationale des Etats

II. Pour une meilleure application du droit de la Convention

- A. L'exécution des arrêts de la Cour
- B. La sensibilisation au droit de la Convention

III. Pour une amélioration du mécanisme international de contrôle

C'est selon les lignes directrices tracées dans le précieux discours de Pierre-Henri Teitgen, prononcé le 19 août 1949 devant l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, que fut élaborée la « Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », signée à Rome le 4 novembre 1950 par les Etats membres du Conseil de l'Europe. Date historique s'il en fut, puisque, tirant un trait sur la barbarie qui a caractérisé la deuxième guerre mondiale, les peuples d'Europe commençaient à s'organiser avec pour idéal l'effectivité et la primauté des libertés démocratiques. Les 3 et 4 novembre 2000, à Rome, une conférence ministérielle, réunissant désormais les 41 membres du Conseil de

l'Europe, va tirer les leçons de ce premier cinquantenaire, et tenter d'améliorer, aussi bien la garantie normative, le fonctionnement, voire la « survie » de la Cour européenne et l'exécution de ses arrêts, ainsi que la mise en œuvre du droit de la Convention dans les ordres nationaux. Cette application constitue en effet le relais indispensable pour une mise en œuvre harmonieuse des standards européens sur les droits de l'homme. Pour l'édification d'un ordre européen des libertés, la contribution des Etats est capitale en vue d'assumer leur responsabilité dans l'ordre national, et exercer d'autre part cette garantie collective des droits de l'homme qui fait l'originalité du système européen. Non seulement ils doivent conforter, juridiquement et matériellement, l'action des instances de Strasbourg, mais c'est de leur volonté politique que dépendra une réponse parfaitement appropriée aux violations généralisées des droits de l'homme. Enfin, à la lumière de la Déclaration universelle de 1948, il conviendrait que les Etats comprennent le caractère *indivisible et interdépendant* de tous les droits de l'homme, qu'ils soient civils, sociaux, économiques, politiques ou culturels. Pour l'essentiel, nous le savons, la Convention européenne des droits de l'homme, pourtant en perpétuelle extension, ne couvre que des droits de l'homme, pourtant en perpétuelle extension, ne couvre que des droits civils et politiques, encore que la jurisprudence parvienne parfois à briser la cloison, qui n'est nullement étanche, entre les droits civils et politiques et les droits sociaux (arrêt *Airey*, 1979), ou encore permette l'affirmation d'une conscience culturelle minoritaire au sein d'une partie de la population (arrêt *Sidiropoulos et autres contre Grèce*, 10 juillet 1998, § 44).

Mais pour que l'on puisse parler d'un système véritablement complet de protection des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe, il faudrait que davantage d'Etats ratifient la Charte sociale européenne et la Charte révisée, en acceptant le plus grand nombre de dispositions, et adhèrent également au protocole concernant les réclamations collectives. D'autres conventions complètent utilement les droits garantis dans la Convention, telle la convention-cadre de 1994 sur la protection des minorités nationales¹. Ne serait-il pas heureux également que la communauté conventionnelle soit plus dense à propos de la Convention sur la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard de l'application de la biologie et de la médecine (1997), et de son protocole additionnel portant interdiction du clonage d'êtres humains (1998)² ? Toutes ces conventions font l'objet d'un contrôle différencié, généralement sur la base de rapports périodiques ; mais il nous semble que la

Convention européenne des droits de l'homme constitue le pivot central qui doit inspirer la jurisprudence de ses organes de contrôle, laquelle peut à son tour fournir d'utiles indications à la Cour européenne des droits de l'homme, comme le montrent déjà, en réalité, les rapports entre la Cour et le Comité pour la prévention de la torture³. Cette synergie, ou ce mouvement interactif, doit également alimenter les rapports entre la Cour européenne des droits de l'homme, l'Organisation pour la Sécurité et la Coopération en Europe (OSCE) et l'Union européenne, en matière tout au moins de protection des droits fondamentaux. Nous savons d'ailleurs que la Cour des Communautés européenne s'est toujours référée à la Convention européenne comme source d'inspiration – le traité d'Amsterdam le spécifie, et le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne le confirme. On y reviendra peut-être, mais ne serait-il pas cohérent d'établir une communication entre ces deux systèmes de protection en Europe, qui peut aller même – si l'on suit les vœux des Assemblées parlementaires des deux Organisations – vers une adhésion de la Communauté, voire de l'Union, à la Convention européenne des droits de l'homme ? Mais d'autres voies sont possibles, qui permettraient également d'établir une telle *synergie*, et que l'on signalera au détour de certains de nos propos.

Il est peu contestable que la Convention européenne des droits de l'homme occupe désormais une place prépondérante dans l'ordre juridique européen et dans celui des Etats. Son incidence pénètre tout le tissu juridique, de droit public ou de droit privé, de droit pénal ou de droit international. Néanmoins, il ne suffit pas d'établir un bilan de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme. On y relèverait des progrès incontestables, mais aussi (et aujourd'hui surtout) des difficultés à apporter des réponses aux nombreux problèmes que pose la liberté dans un monde socialement et technologiquement nouveau. On y dénoterait aussi la faiblesse de l'Institution, qui reste tributaire des Etats pour l'exécution de ses normes, mais aussi pour son financement et son bon fonctionnement. De plus, les exigences relatives aux droits de l'homme se sont désormais multipliées. L'homme aspire à une liberté effective, concrète, avec des moyens adaptés, pour en prévenir la violation, ou à défaut, obtenir la restauration de ses droits et une réparation adéquate. Le monde s'est élargi : la Cour européenne des droits de l'homme reçoit aujourd'hui des requêtes contentieuses dirigées contre 41 Etats parties, couvrant une population de plus de 800 millions d'habitants. La notion même d'Etat de droit a évolué : elle ne tolère plus qu'au nom d'un intérêt dit général ou d'une conception dépassée du dualisme, un Etat se dérobe à l'exécution de ses

1 - Au 4 août 2000, 32 Etats l'avaient ratifiée.

2 - Signalons également l'adoption par le Comité directeur du Conseil de l'Europe pour la bioéthique (CDBI), le 7 juin 2000, d'un projet de protocole additionnel concernant la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine.

3 - G. Cohen-Jonathan, « Le Comité européen pour la prévention de la torture et la déclaration publique relative à la Turquie », cette Revue, 1993, pp. 419 et s. ; v. aussi « Un arrêt de principe de la nouvelle Cour européenne - L'arrêt *Selmouni contre France* du 28 juillet 1999 », cette Revue, 2000, n° 1, pp. 181-213 (202).

obligations, fussent-elles issues des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Les droits des victimes sont devenus prioritaires, et demandent une réparation qui soit mieux appropriée.

C'est pourquoi, nous croyons que marquer ce premier cinquantenaire de la Convention européenne des droits de l'homme, c'est d'abord saluer un acquis jurisprudentiel considérable (sinon parfait), dû au dynamisme des instances de contrôle. L'extension du droit de la Convention reste ainsi le phénomène premier à mettre en exergue (I). Toutefois, des améliorations sont encore possibles ; la réunion des Etats du 3 novembre prochain permettra peut-être d'aboutir à une ratification plus large de certains protocoles facultatifs, et même à la ratification et à l'entrée en vigueur rapide du protocole n° 12 sur la non-discrimination, qui sera ouvert le 4 novembre à la signature des Etats. Sans doute aussi, les efforts à accomplir seront plus importants pour parvenir à une meilleure application du droit de la Convention, et en particulier à une meilleure exécution des arrêts de la Cour (II). Enfin, il faudra bien aborder le problème le plus difficile actuellement, à savoir les réformes générales et en tout cas les mesures les plus immédiates qui doivent absolument être prises pour que la Cour européenne, seul organe de contrôle depuis l'entrée en vigueur du protocole n° 11, ne soit pas littéralement asphyxiée (III). On sait que le recours individuel supranational constitue la plus grande originalité du système de la Convention. Le contentieux massif que doit résoudre la Cour ne lui permet plus, sans secours, de mener à bien cette tâche capitale. Là encore, les Etats seront placés face à leur responsabilité, et désormais, face à leur opinion publique, ils devront dire s'ils veulent conserver un ordre européen des libertés. Il en va de l'avenir de leurs propres populations comme de celles des autres pays européens : c'est cela aussi qu'on appelle la « garantie collective » des droits de l'homme.

I - L'extension du droit de la Convention

a) Elle concerne en premier lieu le contenu des droits garantis et la maîtrise que la Cour exerce sur les limitations de ces droits ; elle vise aussi l'ampleur de la responsabilité internationale des Etats au titre de la Convention.

A. L'extension des droits garantis

a) La Cour a su, grâce à une interprétation évolutive et adaptée aux conditions de la vie d'aujourd'hui, tisser un corps de règles très protectrices. La diversité des droits ainsi protégés doit d'abord être soulignée. Sans doute, cet acquis concerne certaines libertés plus que d'autres : on sait que plus de 60% des requêtes soulèvent un moyen issu de l'article 6 relatif au droit

à un procès équitable. Mais que de règles précises et précieuses ont été de la sorte dégagées ! Ainsi, la Cour a par exemple mis en évidence l'indépendance du juge, à l'égard de l'exécutif (arrêt *Beaumartin*, 1994) comme du Parlement (affaire des « Raffineries grecques », 1994). De plus, en amont et en aval du procès, la Cour a mis en relief les conditions qui étaient nécessaires pour que l'équité fût véritablement protégée. On doit en particulier rappeler ici le célèbre arrêt *Hornsby* (1997), qui souligne qu'un procès n'est équitable, au sens européen du terme, que si le jugement national est exécuté⁴.

Mais cette extension des droits garantis ne concerne pas seulement les droits procéduraux. Il serait aisé de démontrer qu'elle concerne aussi les droits substantiels, comme, par exemple, le droit à la liberté d'expression, le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale, du droit de propriété, avec d'ailleurs ici un emprunt très net au droit international général⁵, ou encore l'interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants. A ce dernier propos, dans l'arrêt *Selmouni contre France*, rendu le 28 juillet 1999, la Cour a donné ainsi une interprétation très progressiste de l'article 3, concernant particulièrement la notion de torture⁶.

Dans tous ces cas, la Cour a tendance à adopter une méthode d'interprétation « finaliste » et à définir de manière autonome les termes de la Convention. Comme l'avait relevé Marc-André Eissen, qui a tant fait, en France et en Europe, pour l'enseignement du droit de la Convention européenne, « pareil procédé l'aide à préserver l'indispensable égalité de traitement entre les Etats contractants ; il constitue en outre l'un des instruments que la Cour emploie pour élaborer une jurisprudence originale et cohérente »⁷.

Mais une telle extension a emprunté des voies originales : la « protection par ricochet », selon une expression suscitée par les travaux de Roger Pinto, et surtout l'ampleur prise par la notion d'obligation positive. La protection par ricochet a permis d'appréhender et de protéger certaines situations qui n'étaient pas expressément prévues dans la Convention. Chacun connaît par exemple l'utilisation qui a été faite de cette technique dans le domaine du droit des étrangers, en permettant d'empêcher l'exécution de mesures d'expulsion, voire d'extradition conduisant à une infraction grave aux articles 3, 8 ou même 6 de la Convention ; dans un autre ordre, l'ar-

4 - V. en dernier lieu l'arrêt *Giorgiadis contre Grèce* du 28 mars 2000 (Note d'information de la Cour, n° 16, p.17).

5 - V. notre étude sur « Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruylant, Bruxelles, 1998, 791p. pp. 165-196.

6 - V. notre commentaire, préc., cette Revue, 2000, n° 1, pp. 181-213.

7 - « La Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 1986, pp. 1539 et s.

ticle 8 a été indirectement à la base du respect du droit à un environnement sain et de qualité contre les multiples nuisances, fussent-elles causées par d'autres personnes privées (arrêt *Lopez Ostra* du 9 décembre 1994). Sur un plan procédural, l'arrêt *Guerra contre Italie* (19 février 1998) consacre à la charge de l'Etat, en cas de risque de pollution nocive, une véritable obligation « active » de collecter et de diffuser l'information. Ainsi, sur la base de l'article 8 - respect de la vie privée et familiale, et donc de l'intégrité physique au sens large -, la Cour a mis en évidence le droit à l'information en matière d'environnement, comme elle mettra en relief, en se référant éventuellement à d'autres articles de la Convention, un véritable droit à l'information médicale à propos des risques - sur plusieurs générations - afférents aux essais nucléaires (*LCB c/ Royaume-Uni*, 9 juin 1998 ; *McGinley et Egan c/ Royaume-Uni*, 9 juin 1998).

De manière plus large, et en dehors même de l'article 8, la Cour a fait ressortir la nécessité de mettre à la charge des Etats des obligations positives ou actives, afin d'assurer aux droits garantis par la Convention une meilleure effectivité. Autrement dit, en pareil cas, l'Etat ne saurait se contenter de s'abstenir d'ingérence arbitraire. Comme le déclare la Cour dans son arrêt du 21 juin 1988 : « Une liberté réelle et effective de réunion pacifique ne s'accommode pas d'un simple devoir de non ingérence de l'Etat : une conception purement négative ne cadrerait pas avec l'objet et le but de l'article 11. Tout comme l'article 8, celui-ci appelle parfois des mesures positives, au besoin jusque dans les relations interindividuelles. V. *mutatis mutandis* l'arrêt *X et Y contre Pays-Bas* du 26 mars 1985 »⁸. La Cour précisera en l'espèce que, dans une démocratie, le droit de contre-manifester ne saurait aller jusqu'à paralyser l'exercice du droit de manifester. Ainsi, l'Etat doit prendre les mesures nécessaires, législatives ou autres, pour protéger réellement les droits individuels, y compris contre les ingérences des tiers. Voilà une novation « qualitative » de la nature des obligations mises à la charge des Etats, même s'il est parfois difficile de distinguer, parmi les comportements abusifs, ceux qui émanent des particuliers et ceux auxquels apparemment l'Etat n'est pas étranger... On se référera au contentieux des « disparitions forcées », en Europe ou en Amérique latine⁹. C'est pourquoi, qu'il s'agisse du droit à la vie ou de l'interdiction des traitements inhumains ou dégradants, l'Etat a l'obligation de prendre toutes mesures pour prévenir et en tout cas réprimer les agissements coupables. En toute occurrence, les victimes ont droit à une enquête appropriée et impartiale¹⁰.

Dans l'arrêt *Selmouni*, précité, la Cour rappelle ainsi l'obligation primaire, pour un Etat dont un agent est accusé d'avoir enfreint l'article 3, de procéder instantanément à une enquête officielle effective visant à l'identification et à la punition des responsables, et comportant un accès effectif du plaignant à la procédure d'enquête. Il faut bien réaliser que cette garantie procédurale fait désormais partie intégrante de l'obligation énoncée dans les articles pertinents de la Convention (articles 2, 3, 5). Elle constitue un deuxième volet, complémentaire sans doute de la prescription de caractère substantiel, mais qui peut être source de responsabilité internationale à titre distinct, en tant que telle (et non pas forcément comme prolongement de l'article 13 de la Convention)¹¹.

Mais la théorie des obligations actives doit commander bien d'autres développements, de diverse nature, y compris à l'égard de l'article 10. Ainsi, dans un récent arrêt du 16 mars 2000¹², la Cour établit que le gouvernement a manqué à son obligation positive de préserver le droit à la liberté d'expression d'un journal d'opposition dont le personnel était victime de harcèlement violent. Or, il n'apparaît pas que des mesures d'enquête ou de protection aient été prises, ce qui a abouti à la disparition de la publication...

Pour autant, ce dynamisme de la Cour de Strasbourg ne signifie pas que la Convention ne doive pas, sur tel ou tel point, être complétée par des *protocoles additionnels*. Si les quatre protocoles actuels sont à ce jour ratifiés par la France, tel n'est cependant pas le cas dans tous les pays. Or il serait déjà appréciable que la teneur des obligations normatives souscrites fût la même pour tous les Etats, afin que le niveau de protection accordé aux individus fût comparable partout en Europe. On a pensé de plus à un projet de protocole portant sur des *droits sociaux fondamentaux* : il s'agissait de garantir certains besoins élémentaires de l'homme (hébergement, nourriture, assistance médicale). L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a milité pour une élaboration rapide de ce texte, tant il est vrai que la dignité humaine ne se partage pas, et que la protection de droits sociaux de ce genre - au moins en cas de « détresse » - est indispensable. Tout le problème a été alors de s'assurer de la « justiciabilité » de tels droits : l'Assemblée a eu conscience de cette difficulté et a admis en ce domaine que soit suivie une démarche progressive. En ce sens, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 19 janvier 2000

11 - V. notre commentaire, *op. cit.*, cette Revue, 2000, n° 1, p.192.

La théorie des obligations actives et les prolongements procéduraux qu'elle comporte ont été encore dernièrement très bien mis en lumière par la Commission européenne des droits de l'homme dans son rapport *Chypre c/ Turquie* à propos des disparitions de chypriotes grecs. La Commission conclut, à l'unanimité, qu'au cours la période considérée, la Turquie a commis une violation continue de l'article 5 de la Convention en ne se livrant pas aux investigations et enquêtes effectives et rapides faisant suite aux réclamations (requ. n° 25781/94, rapp. 4 juin 1999, n° 192-213).

12 - *Özgür Gündem contre Turquie*.

8 - Arrêt *Plattform « Ärzte für das Leben »*, A n° 139, § 32. La Cour note aussi que les Etats contractants assument en la matière une obligation de moyen et non de résultat (§ 34).

9 - Cour interaméricaine, 29 juillet 1988, *Velasquez contre Honduras*. Cette Revue, 1990, p.455, note G. C.-J. ; v. aussi Cour européenne, *Kurt contre Turquie*, 25 mai 1998.

10 - V. les arrêts *Osman contre Royaume-Uni*, 28 octobre 1998 ; *Yasa contre Turquie*, 2 septembre 1998 ; *Kaya contre Turquie*, 19 février 1998.

une recommandation « sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité », en demandant notamment aux Etats membres de prendre toutes les mesures nécessaires à cette fin, et de les assortir d'un droit de recours effectif. En revanche, le projet le plus sérieusement avancé concerne le principe de non-discrimination. Le projet de protocole n° 12 sera ouvert à la signature le 4 novembre prochain. En dépit de quelques imperfections, nous soulignons que ce projet soit largement ratifié, puisque, au-delà de l'actuel article 14 de la Convention, le principe de non-discrimination ainsi consacré s'appliquerait à tous les droits de l'homme, y compris à ceux qui ne sont pas énoncés dans la Convention, à l'instar du système mis en place au niveau universel (article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques)¹³. Le droit à la non-discrimination raciale et le principe d'égalité entre les sexes seraient aussi de la sorte renforcés¹⁴.

On aurait pu également préciser que l'article 10 comporte un véritable droit d'accès du public aux informations, comme conséquence du principe de transparence¹⁵, et, à un autre niveau, conforter la protection des données à caractère personnel, à l'instar de l'article 8 de la Convention du 28 janvier 1981 - et d'ailleurs de l'article 8 du projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Il serait utile également de garantir de manière adéquate le droit d'asile, pour faire écho aux suggestions de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe comme à celles du Parlement européen. Par contre, il nous semble que sera certainement demandé aux deux Etats « défaillants », en novembre 2000, de ratifier le protocole n° 6, et même, au-delà, pour l'ensemble des pays membres, d'abolir la peine de mort, en temps de guerre comme en temps de paix.

La sauvegarde de ces obligations intégrales permet de comprendre pourquoi le régime des réserves dans la Convention européenne se distingue très nettement du système classique issu de la Convention de

Vienne sur le droit des traités. Nous nous sommes, dans cette Revue, largement expliqué sur la spécificité du système des réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme. En effet, la Cour européenne s'est autorisée à invalider des réserves de caractère trop général ou portant atteinte à la substance de la liberté protégée. Cette attitude dont la C.D.I. a pris acte, a influencé d'autres organes de contrôle, comme le Comité des droits de l'homme des Nations Unies dans le cadre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques¹⁶.

b) Une autre singularité par rapport au droit international général concerne les exceptions ou limitations aux droits garantis. La méthodologie générale de la Cour s'écarte le plus souvent des règles d'interprétation du droit international classique. Ce dernier postule en effet que les limitations de souveraineté des Etats doivent être appréciées restrictivement. Par contre, la Cour européenne interprète de manière fonctionnelle et non restrictive les engagements des Etats et, à l'opposé, elle interprète restrictivement les limitations que les Etats peuvent apporter à l'exercice des droits et des libertés telles qu'elles figurent par exemple au paragraphe 2 des articles 8, 9, 10 et 11 de la Convention. Nous sommes loin d'une interprétation textuelle et qui protège de manière rigide la souveraineté des Etats...

Des Etats ombrageux peuvent naturellement protester contre cette doctrine du « droit vivant », et les modalités du contrôle que la Cour exerce quant aux exceptions alléguant l'existence d'un intérêt public ou général. C'est vrai que la notion d'intérêt général fait l'objet d'un contrôle européen qui concerne, sinon toujours sa réalité, du moins - quelle que soit la marge d'appréciation consentie à l'Etat - son intensité ou plutôt son adéquation aux restrictions parfois drastiques imposées à l'exercice des libertés fondamentales. C'est pourquoi le principe de proportionnalité est souvent présent dans la jurisprudence européenne¹⁷. D'autre part, en certaines circonstances, que l'on ne perde jamais de vue que la Convention européenne des droits de l'homme est le dernier rempart contre la raison d'Etat. Car, comme le rappelait Pierre-Henri Teitgen dans son célèbre discours prononcé le 19 août 1949 devant l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe : « Derrière l'Etat, comme une tentation permanente, et quelle que soit la forme de l'Etat, fut-il démocratique, il y a toujours la tentation de la raison d'Etat »¹⁸. L'invocation parfois abusive de l'ar-

13 - V. G. Cohen-Jonathan, « La France, la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques », *Petites Affiches*, 25 mai 2000, n° 104, pp. 39-50.

Il faut dire que cette évolution, au plan européen, était déjà amorcée, « par ricochet », depuis l'arrêt *Gaygusuz c/ Autriche* (16 sept. 1996) : la Cour européenne avait considéré qu'une prestation sociale (allocation de chômage) de caractère patrimonial se situait dans le champ du droit de propriété, et qu'elle justifiait dès lors l'application de l'article 14 en combinaison avec l'article 1 du protocole 1 (respect des biens). Conformément à l'article 7 de la Déclaration universelle, l'écart avec la conception restrictive de l'article 14 de la Convention, qui a longtemps prévalu, est donc désormais en voie de se résorber. Et ce, d'autant plus que l'assouplissement introduit par l'arrêt *Gaygusuz* a été repris à son tour dernièrement par la Cour de cassation et par le Conseil d'Etat français, lesquels acceptent d'appliquer l'article 14 à des droits sociaux ayant une nature patrimoniale (Cass. Soc., 14 janvier 1999, *Bozkurt* ; Conseil d'Etat, Assemblée, 5 mars 1999, *Rouquette*).

14 - On signalera à ce sujet la position très claire de la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) en faveur de l'adoption d'une telle clause générale de non-discrimination (*Rapport annuel, 1er janv.-31 déc. 1999*, p41).

15 - V. notre contribution « Transparence, démocratie et droits de l'homme », *Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns, 2000, pp. 245-263.

16 - V. nos études sur l'arrêt *Belilos* (1988 ; cette Revue, 1989, n° 2, p309), et sur « Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme » (cette Revue, 1996, n° 4, pp. 915-949). Pour une application récente de cette théorie par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, v. la décision du 2 novembre 1999, *Kennedy c/ Trinidad et Tobago*, CCPR/6/67/D/845/1999. Cette Revue 2000, n° 3, pp. 781 et s.

17 - Assez abusive, par exemple, nous semble à cet égard la situation dans laquelle le Portugal a violé le droit au respect des biens dans l'affaire *Almeida Garrett et autres* (arrêt du 11 janvier 2000).

18 - A. C., *Compte rendus*, 1949, tome 1, pp. 216-217.

article 15 de la Convention, ou les réserves qui voudraient l'affecter, en sont un autre signe¹⁹.

B. L'étendue de la responsabilité internationale des Etats

- L'extension du droit de la Convention accroît d'autant la responsabilité internationale de l'Etat contractant. Ce dernier doit assurer le respect des droits garantis à l'égard de tous les individus sans aucune discrimination pourvu qu'ils se trouvent sous sa juridiction, c'est à dire soit sur son territoire, soit même en dehors du territoire national si l'Etat y exerce une compétence relative aux services publics, ou un contrôle. Tel est par exemple le cas de la Turquie à Chypre (affaire *Loizidou*, 1995).

Mais *ratione materiae*, il faut préciser qu'aux termes de l'article 1 de la Convention, les Etats membres sont responsables de tous les actes ou omissions de leurs organes qui auraient violé la Convention, que l'acte ou l'omission en cause soit effectué en application du droit interne ou d'une obligation internationale. Dans l'arrêt *Matthews* (18 février 1999), la Cour constate que le Royaume-Uni a enfreint la Convention européenne des droits de l'homme - plus précisément l'article 3 du protocole n° 1 - en n'organisant pas à Gibraltar d'élections au Parlement européen. La Cour rap-
pant pas à Gibraltar d'élections au Parlement européen. La Cour rap-
pelle que « la Convention n'exclut pas le transfert de compétences à des organisations internationales, pourvu cependant que les droits qu'elle garantit continuent d'y être reconnus. Pareil transfert ne fait donc pas disparaître la responsabilité des Etats parties » (§ 32). Or tel était le cas dans cette espèce, où l'exclusion litigieuse était fondée sur des actes « conventionnels », comme l'Acte de 1976 et le traité de Maastricht, qui ne pouvaient être soumis au contrôle de la Cour de Luxembourg au titre des droits fondamentaux. En affirmant son rôle de Juge de droit commun du respect de ces libertés en Europe - y compris dans l'ordre communautaire -, la Cour de Strasbourg comble les lacunes du système juridictionnel communautaire²⁰.

Dans le cadre communautaire encore, le contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme est aussi susceptible de s'exercer par le biais des mesures nationales d'application du droit communautaire, si la Cour de Luxembourg s'écarterait trop sensiblement de la jurisprudence

protectrice de Strasbourg, dans la ligne de l'arrêt *Cantoni* du 15 novembre 1996²¹. A notre sens, la Cour de Strasbourg a raison de marquer ainsi sa primauté comme Juge spécialisé des droits de l'homme pour l'ensemble de l'Europe, d'autant plus que la Convention européenne révisée reprend l'article 60 (actuel article 53) selon lequel la Convention doit toujours, en cas de conflit, s'incliner devant une norme interne ou internationale (voire communautaire) qui accorderait à l'individu un traitement plus favorable. Il reste à savoir jusqu'où, et à quelles conditions, la Cour européenne étendra son contrôle. D'ores et déjà, elle est saisie d'une requête contre l'Irlande, qui met en cause une mesure nationale d'application d'un règlement communautaire. Elle vient également de recevoir, au mois d'avril 2000, une requête qui, parmi d'autres, met en cause une lourde sanction infligée par la Commission de Bruxelles à une entreprise allemande. Soumise à la Cour de Strasbourg par la société Senator Lines GmbH, cette requête, fondée notamment sur l'article 6, est dirigée contre les quinze Etats membres de l'Union, en tant qu'ils sont considérés comme individuellement et collectivement responsables des actes des institutions européennes (en paraphrasant la formule exprimée au paragraphe 33 de l'arrêt *Matthews*). Nous ne savons pas si un tel recours sera jugé recevable, mais il témoigne d'un malaise des entreprises dans ce domaine, et d'une aspiration plus exigeante à une procédure juridictionnelle effective et adéquate, surtout en matière répressive.

- Ajoutons enfin (au risque de faire frémir les « constitutionnalistes ») qu'au regard du droit européen des libertés, c'est l'Etat, dans son unité, qui est responsable dans l'ordre international. Ceci concerne toutes les autorités de l'Etat, y compris constitutionnelles, comme l'a précisé la Cour dans son arrêt du 30 janvier 1998, *Parti Communiste Unifié de Turquie* (voir aussi *Gitonas contre Grèce*, 11 juillet 1997). Les textes dotés en droit interne d'une valeur constitutionnelle et le « droit constitutionnel communautaire », ainsi que l'a montré l'arrêt *Matthews* précité, n'échappent pas non plus à la règle. Mais là encore, en cas de conflit, l'article 53 marque la logique et l'« humilité » de la Convention européenne. Si l'on prend le cas de la France, il est peu probable qu'une décision du Conseil Constitutionnel soit contraire à la Convention européenne. Pour rare qu'elle soit, cette hypothèse n'est cependant pas à exclure, comme le met en évidence un arrêt important rendu le 28 octobre 1999 par la Cour (Grande chambre) dans l'affaire *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres contre France*, concernant une validation législative affectant le cours d'un procès, texte qui avait reçu un « quitus » du Conseil constitutionnel. Ceci montre clairement qu'il faut bien distinguer entre constitutionnalité et « conventionnalité » d'une loi...

¹⁹ - Pour de nombreux exemples, v. notre contribution « Abus de droit et libertés fondamentales », dans les *Mélanges offerts à Louis Dubouis* (Dalloz, à paraître, 2000).

²⁰ - V. notre commentaire « À propos de l'arrêt *Matthews contre Royaume-Uni* (18 février 1999) », avec J.-F. Flauss, *RTDE*, 1999, n° 4, pp. 637-657. V. aussi les deux arrêts du 18 février 1999 concernant l'Agence spatiale européenne (obs. Ph. Weckel, « chronique des faits internationaux », cette Revue, 1999, n° 2, pp. 455 et s.).

²¹ - V. Y. Petit, *Europe*, mars 1997, chronique IV, pp. 5-8.

En vérité, en cas de conflit de ce genre, la primauté de la Convention est, dans l'ordre européen, un principe incontournable conformément aux principes généraux du droit international. Il y a aujourd'hui 41 Etats parties à la Convention, autant de Constitutions et peut-être de juridictions constitutionnelles (à l'égard desquelles les juridictions suprêmes des pays d'Europe centrale et orientale semblent éprouver parfois quelques inquiétudes...). Sans cette règle de primauté, ce serait l'implosion de la Convention européenne...

On parvient ainsi à un acquis considérable, mais dont l'efficacité reste subordonnée à une bonne application du droit de la Convention par les Etats.

II – Pour une meilleure application du droit de la Convention

C'est sur ce point que reposent les perspectives les plus significatives d'une garantie améliorée d'un réel ordre européen des droits de l'homme. En ce sens, l'autorité du système européen provient en premier lieu, naturellement, de la prise en considération plus générale et plus effective du droit de la Convention (tel qu'il est interprété par la jurisprudence bien établie de la Cour européenne) par les autorités nationales, dans leur activité quotidienne, et plus encore lorsqu'il faut tirer les conséquences d'un arrêt concernant l'Etat en cause.

A. L'exécution des arrêts de la Cour

La situation doit nécessairement être améliorée, grâce en particulier au concours plus affirmé du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

- D'abord, dans le cadre de sa mission de surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour (ancien article 54 de la Convention - aujourd'hui article 46, § 2 -), le Comité incite souvent les Etats, si les circonstances s'y prêtent, à adopter dans leur droit interne les *mesures générales nécessaires pour éviter dans l'avenir des violations comparables*. Nous avons toujours pensé qu'il ne s'agissait là que d'un rappel aux Etats de leurs obligations initiales, sans lequel il serait vain de parler d'un ordre public européen des libertés. Les documents publiés par le Comité montrent que les Etats sont parfois particulièrement lents à se soumettre à une telle obligation. Or il s'agit là d'un élément primordial de *prévention* des violations des droits de l'homme. Et à cet égard, grâce à l'aide précieuse de la Direction des droits de l'homme, le Comité des ministres indique de manière de plus en plus précise aux Etats, non seulement les mesures

générales, mais les mesures particulières qu'il convient de prendre pour accorder une meilleure réparation à la victime²².

- Toutefois, la prise en considération de l'arrêt de la Cour européenne se heurte dans certains pays à la « *res judicata* » et à la conception exprimée, par exemple, par la Chambre criminelle de la Cour de cassation française, selon laquelle un arrêt européen de condamnation ne peut avoir de conséquences directes sur les procédures relevant du droit interne (Cass. Crim. 3 févr. 1994, *Saïdi*). De ce fait, on aboutit parfois à des résultats véritablement choquants à l'égard des victimes. Que dire par exemple de la situation engendrée par l'arrêt *B. contre France* du 25 mars 1992 relatif à la rectification des actes d'état civil d'un transsexuel ? Comme suite à l'arrêt de la Cour de Strasbourg, la Cour de cassation s'est rangée à la jurisprudence européenne dans un délai très bref. Cependant, le sort du requérant est resté inchangé. Le principe de l'autorité de la chose jugée lui interdit, en effet, toute modification de son état civil. Seule la réouverture des procédures internes lui offrirait une telle possibilité. Faute de quoi il aurait en quelque sorte œuvré pour les autres sans obtenir une solution pour lui-même ! On conviendra que, si ce n'est pas une injustice, c'est au moins une faiblesse du système...

L'Assemblée parlementaire s'est d'ailleurs émue de certaines situations. Par des questions écrites et orales de plus en plus précises, les députés européens mettent l'accent sur le danger que représente la non-exécution d'un arrêt de la Cour pour la *crédibilité* même du système européen, qu'il s'agisse des suites de l'affaire dite des *Raffineries grecques* (1994) ou de celles qui concernent l'arrêt *Loizidou* (1996)²³. En dehors du versement d'une indemnité, les revendications concernent les mesures individuelles que, selon le Comité des Ministres, un Etat doit prendre comme conséquences inéluctables d'un arrêt de condamnation. Cela vise par exemple, dans l'arrêt *Parti socialiste et autres contre Turquie* du 25 mai 1998, la situation du président du parti, M. Perinçek, injustement condamné selon la Cour²⁴. Or la Turquie n'a pris aucune mesure corrective. Les parlementaires estiment que, face à un tel « déni de justice », l'action du Comité des Ministres pourrait être plus énergique. Tel est également le sentiment de l'Assemblée dans l'affaire *Hakkar contre la France*. Sa « colère » s'exprime encore dans une question écrite n° 381 présentée par M. Jurgens le 25 octobre 1999 (Doc. 8579). Elle est également relayée par la presse nationale²⁵. En bref, la Commission européenne

22 - V. G. Cohen-Jonathan, *Aspects européens des droits fondamentaux*, Montchrestien, Paris, 1999, pp. 67 et s.

23 - V. l'importante documentation publiée dans *HRLJ* 30 juillet 1999 n° 1-3 pp. 134-152 (135).

24 - Assemblée parlementaire, 21 sept. 1999 - Réponses du Comité des Ministres aux questions écrites. AS (1999) CR 27, addendum 1 p3.

25 - V. par exemple *Libération* 8 nov. 1999.

des droits de l'homme avait constaté le 27 juin 1995 que M. Hakkar n'avait pas bénéficié de toutes les garanties procédurales énoncées à l'article 6 de la Convention européenne lors du procès qui a abouti à sa condamnation à la détention à vie pour un crime (mort d'un policier) qu'il a toujours nié avoir commis. En particulier, il n'était pas présent à son procès et n'était pas représenté par un avocat²⁶. La Commission avait conclu à l'unanimité à la violation de l'article 6 § 1 et § 3 c de la Convention. Le Comité des ministres, en vertu de l'ancien article 32, décida d'entériner ce « verdict ». Par la suite, il a plusieurs fois demandé que des mesures soient prises à l'égard de M. Hakkar, pour refaire un procès ou le gracier. Mais l'état du droit français ne permet pas une réouverture des procédures en de telles hypothèses, la *res judicata* constituant un obstacle de droit si le législateur ne prévoit pas expressément que l'intervention d'un arrêt de la Cour européenne en la matière doive être considérée comme une cause légale de révision ou de reprise d'une procédure²⁷.

En ce sens, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a adopté le 19 janvier 2000 une recommandation extrêmement importante « sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme ». On n'insistera jamais assez sur la nécessité pour les Etats les plus nombreux qui ne possèdent pas une législation adéquate, d'adopter les mesures nécessaires en exécution de la recommandation du Comité des ministres. Pour sa part, la France y a répondu dans le cadre de la loi du 15 juin 2000 « renforçant la protection de la présomption d'innocence et les droits des victimes » (JO, 16 juin 2000, p9038). La loi prévoit notamment le réexamen d'une décision pénale définitive comme suite à un arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme constatant une violation de la Convention dont les conséquences dommageables ne peuvent être réparées d'une manière appropriée par le biais d'une indemnité équitable. Il est cependant regrettable que cette réforme se limite au procès pénal, sans ouvrir une possibilité de réexamen ou de réouverture de certaines affaires civiles, comme c'est déjà le cas pour plusieurs Etats parties à la Convention. Il serait donc utile que la réforme soit prolongée en ce sens. Tous les Etats seront ainsi invités à tirer les conséquences de la recommandation précitée du Conseil de l'Europe. De plus, le Comité des ministres sera amené à poursuivre la révision de son règlement intérieur concernant l'article 46 de la Convention, dans la perspective notamment de tenir le requérant

mieux informé des actions en cours, et de prendre en considération toute communication qu'il pourra transmettre quant à l'exécution dudit arrêt. D'autre part, le Comité des ministres estime désormais qu'il existe à l'égard du public un devoir de *transparence*, qui doit s'appliquer non seulement à la procédure de contrôle de l'exécution à laquelle il se livre, mais aussi aux informations qu'il a, à ce titre, reçues de l'Etat en cause, sans préjudice de la confidentialité de ses délibérations.

B. Pour une plus grande sensibilisation au droit de la Convention

La fonction de prévention joue un rôle de plus en plus important dans la protection des droits de l'homme. Par ailleurs, le contrôle international ou européen ne doit jouer normalement qu'un rôle subsidiaire. Cela suppose que les normes de la Convention européenne, telles qu'elles sont interprétées par la Cour, soient dûment prises en compte par le législateur et les autorités nationales, en particulier le juge. Leur applicabilité directe est une garantie d'efficacité du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. D'autre part, chacun des droits énoncés dans la Convention doit faire l'objet d'un *recours effectif* (art. 13), – voir l'important arrêt Kudya c/Pologne du 26.10.2000 et si possible juridictionnel.

Si ces dernières conditions sont réalisées, cela permettrait d'alléger considérablement le contentieux européen, et, selon le Président de la Cour, M. Wildhaber, la marge d'appréciation consentie aux Etats deviendrait une réalité sans surprise. En effet, le juge européen n'aurait à intervenir qu'en cas de violation caractérisée, lacune législative ou réglementaire ou dysfonctionnement grave de l'appareil administratif et judiciaire. Pour qu'une telle démarche, aussi harmonieuse..., des autorités nationales devienne une réalité, la Cour devrait naturellement s'efforcer d'indiquer plus explicitement et plus précisément les enseignements généraux qui découlent de ses arrêts, dans le but d'éviter des violations comparables, non seulement à l'égard de l'Etat défendeur, mais de l'ensemble des Etats parties. Une telle prévention²⁸ serait évidemment utile pour limiter l'accumulation de recours, à condition que la jurisprudence européenne soit, non seulement lisible, mais fasse l'objet d'un effort particulier de traduc-

26 - Le requérant avait dénié aux deux avocats commis d'office le droit de l'assister. Il entendait être défendu par un avocat choisi par lui, mais ce dernier n'avait pas obtenu un renvoi de l'affaire propre à lui permettre de défendre effectivement M. Hakkar.

27 - V. notre étude « Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de la CEDH » dans les *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruylant, 2000, pp. 109-140.

28 - Dans le domaine des droits de l'homme, la *prévention* joue un rôle capital, et l'on ne saurait passer sous silence à ce sujet le rôle très important du Comité européen pour la prévention de la torture à l'égard de toutes les personnes internées en Europe. V. notre étude préc., cette Revue, 1993, pp. 419 et s. V. le rapport de la Commission présidée par M. Canivet sur « L'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires » (La Documentation française, *Rapports officiels*, mars 2000).

Par contre, il est peu satisfaisant que, la jurisprudence *Cruz Varas* n'ayant pas évolué, les *mesures provisoires* décidées par la Cour en cas de risque de violation grave des articles 2 et 3 ne soient pas contraignantes pour les Etats lorsqu'un préjudice irréparable risque d'être subi.

tion, de façon à faciliter pour tous la connaissance de ses enseignements. Cette exigence est loin d'être satisfaite actuellement... D'autre part, pour tous les Etats parties, il serait fondamental au titre de la prévention du contentieux, que soit mise en place sur le plan interne une « étude d'impact » systématique de tout texte nouveau, de nature législative ou réglementaire, au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Il ne serait pas superflu également qu'une telle cellule, en s'appuyant sur les Directions concernées des différents Ministères, puisse réexaminer des textes plus anciens qui risqueraient d'être incompatibles avec la « jurisprudence bien établie » de la Cour européenne. Ceci permettrait à l'exécutif de proposer des textes de modification qui s'avèreraient nécessaires. D'ailleurs, de telles suggestions sont déjà exprimées dans les rapports annuels de certaines Cours suprêmes des Etats, mais elles pourraient être développées.

Enfin, on ne se lassera pas de répéter que l'application de la Convention européenne, des nombreux arrêts de la Cour et d'autres textes de caractère international sur les droits de l'homme postule dans les Etats parties une information, certes, mais une *formation* qui soit plus substantielle et plus rigoureuse que celle qui existe aujourd'hui dans la plupart des pays européens, en particulier lorsqu'il s'agit des membres des professions judiciaires, mais aussi des parlementaires et des cadres supérieurs de l'administration. Sur tous ces points, la prise de conscience par les Etats doit être plus vive et mener à une action constructive. A partir de là, on pourrait concevoir que la mission essentielle de la Cour soit de fixer les standards communs, dont la mise en œuvre serait laissée à chacun des Etats parties. Ne dit-on pas couramment que le juge national est le juge de droit commun de la Convention européenne des droits de l'homme ? Et il est vrai que les juridictions nationales sont aujourd'hui plus sensibilisées aux règles européennes relatives aux droits de l'homme. En France, la Cour de cassation exerce à cet égard sur les juridictions inférieures une influence heureuse²⁹. L'Institut de formation en droits de l'homme du Barreau de Paris, créé par le Bâtonnier Louis-Edmond Pettiti, multiplie tous les jours ses efforts en ce sens. Quant au juge administratif, son comportement a profondément évolué, et sa jurisprudence est en général significative³⁰. Sans doute, en France comme dans d'autres pays, il reste des

zones de résistance sur certains sujets³¹. Mais là n'est pas l'écueil le plus difficile à surmonter si chacune des Parties s'accorde désormais à exécuter comme il se doit les arrêts de la Cour conformément à ce qui a été dit plus haut (nous mettons naturellement à part la situation des (rares) Etats dans lesquels des violations graves et massives se perpétuent...).

Il existe cependant quelques pays - qui ont accédé peut-être trop tôt à la Convention européenne - dans lesquels le principe de subsidiarité perd tout son sens. Les victimes peuvent directement s'adresser à la Cour européenne car il n'y a pas de recours internes effectifs à épuiser, soit parce que les garanties élémentaires du droit à un procès équitable ne sont pas réunies, soit parce que le juge ne peut pas ou ne sait pas appliquer le droit de la Convention. Or, si l'on fait « sauter » le filtre de l'épuisement des voies de recours internes - qui logiquement au contraire devrait être renforcé -, la tâche de la Cour apparaît insurmontable puisqu'elle devient systématiquement le juge de première instance des libertés pour toute une série de pays. Pour le coup, ce n'est plus du tout son rôle... Il faut donc, parce que c'est l'intérêt de l'Europe, que les Etats adoptent d'urgence un véritable *plan Marshall pour le développement de l'Europe du droit et des libertés*. Les Etats parties doivent solidairement y consentir tous les moyens nécessaires, si leur volonté politique (normalement respectueuse des vœux de leur population...) est bien d'aboutir à une Communauté de droit et à une véritable garantie collective des droits de l'homme.

On ne peut détailler ici les différentes mesures préconisées. Cela passe par l'aide financière, l'assistance administrative et judiciaire, l'enseignement, la formation initiale et permanente, la multiplication des bourses et des stages aux étudiants, jeunes magistrats, administrateurs et avocats, la précision plus grande, le développement encore plus pédagogique du « monitoring », déjà bien amorcé sous l'autorité des organes politiques, du secrétariat du Conseil de l'Europe, de la Direction des droits de l'homme, du Haut-commissaire, etc. Pour le moment, ce « plan Marshall » pour la liberté est d'autant plus nécessaire que toute amélioration ou « sur-

29 - On doit noter à cet égard deux colloques particulièrement significatifs organisés respectivement par MM. Pierre Drai et Pierre Truche : colloque organisé le 22 mars 1996 par la Cour de Cassation et l'Université Robert Schuman sur « Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'homme » (Bruylant, Bruxelles, 1996 ; notre rapport de synthèse, pp. 158-197) ; « Réunion multilatérale sur l'application de la CEDH par les juridictions supérieures » (Paris, 20 décembre 1996, éd. Conseil de l'Europe, 1998).

30 - V. J.-F. Flauss, « De l'influence de la CEDH sur le juge administratif », *Europe*, n° 10 bis, hors-série, oct. 1999 (à l'occasion du 25^e anniversaire de la ratification par la France de la CEDH, Sénat, 3 mai 1999), p. 22 et s.

31 - La doctrine *Borgers* (1991), c'est à dire le fait que le Ministère public ne doit pas parler en dernier lieu pour laisser aux parties le soin de discuter les conclusions, et surtout le fait de ne pas participer, même avec voix consultative, au délibéré, a été étendue par la Cour à la matière civile au sens européen du terme (*Vermeulen c/ Belgique*, 1996). Pour sa part, le Conseil d'Etat estime que le principe du contradictoire n'exige pas que les conclusions du commissaire du gouvernement soient communiquées aux parties avant leur prononcé (*Esclatine*, 29 juillet 1998, *JCP* éd. G, n° 45-46, 4 nov. 1998, pp. 1945 et s., avec une note intéressante de J.-C. Bonichot et R. Abraham). De son côté, la Cour des Communautés européennes (affaire *Emesa Sugar* du 4 février 2000) a refusé le dépôt d'observations de la requérante en réponse aux conclusions de l'avocat général (ce qui va à l'encontre de la jurisprudence *Vermeulen*, en remarquant, au passage..., que, contrairement au commissaire du gouvernement, l'avocat général n'est pas un juge). La requête *Kress contre France*, jugée recevable le 29 février 2000 par la Cour de Strasbourg, concerne les modalités d'intervention du commissaire du gouvernement devant le Conseil d'Etat. La solution qui sera adoptée par la Cour risque d'avoir cependant une incidence sur la situation de l'avocat général devant la Cour de Luxembourg (v. Note d'information de la Cour européenne, n° 15, p.10).

vie » du mécanisme contentieux devant la Cour suppose que soit en grande partie résorbé un obstacle « structurel » de ce genre.

III – Pour une amélioration du mécanisme international de contrôle

Le principal mérite du Protocole 11 a été de conforter un droit de recours individuel supranational, unique au monde, lequel établit indiscutablement la qualité de l'individu comme sujet direct du droit des gens. C'est cet apport original et précieux qu'il faut sauvegarder, quelles que soient les modalités choisies pour en assurer la mise en œuvre. En effet, l'accroissement massif du nombre de requêtes – qui n'était pas si imprévisible... – a alourdi considérablement la charge de la Cour³². Or cette dernière n'a pas bénéficié de l'augmentation de moyens financiers et en personnel pour y faire face. De plus, ces derniers éléments n'apporteraient qu'un fragment de réponse – selon les paroles mêmes du Président de la Cour – Luzius Wildhaber – lors de l'intéressante journée de réflexion organisée à Strasbourg le 8 juin 2000.

Alors faut-il, dans ces conditions, opérer – comme semble le suggérer M. Wildhaber – une mutation qualitative de la fonction de la Cour européenne, qui deviendrait une sorte hybride de Cour de cassation européenne dont le rôle serait essentiellement de statuer sur les problèmes généraux et de principe, et notamment ceux qui devraient aboutir à une révision ou une adaptation du régime législatif dans le pays en cause ? On comprend certes que le juge de Strasbourg ne doive pas user son énergie dans l'examen de litiges répétitifs tels que la condamnation pour durée déraisonnable de la procédure (soit plus de 40 % du contentieux, et cela en particulier à l'égard de pays, comme l'Italie, dans lesquels une « pratique administrative » a déjà été mise en lumière) (voir l'arrêt Bottazzi c/ Italie, 1999, et la résolution intérimaire du Comité des ministres du 15 juillet 1999). Inversement, il est important que les arrêts de Strasbourg permettent une adaptation de l'ordre juridique national aux exigences évolutives du droit européen.

Sans doute faut-il éviter que la Cour de Strasbourg constitue un quatrième degré de juridiction. Néanmoins, il ne faudrait pas que l'objectif poursuivi par la Cour donne l'impression d'une régression. Car ce contrôle « général », voire « abstrait », que certains envisagent, ressemble fort au contrôle de droit commun opéré par certains « Comités » d'experts indépendants sur la base des rapports périodiques des Etats. Il ne faudrait pas oublier que la mission de la Cour est de trancher avec force obligatoire

des différends relatifs aux droits de l'homme, c'est-à-dire des droits dont les individus sont directement titulaires. Quelle que soit la réforme proposée, il ne faudrait *jamaïs oublier les victimes* des violations des droits de l'homme. Ceci étant, en espérant peut-être une réforme plus générale de la Cour³³, des mesures *immédiates* doivent être prises pour assister la Cour dans l'accomplissement de ses fonctions³⁴.

A. La « reconstruction » d'un système de protection

Une possibilité radicale consiste à effacer l'erreur des rédacteurs du protocole 11. En effet, ce n'est pas lorsqu'un contentieux risque de doubler que l'on doit réduire de manière drastique les organes chargés de son contrôle. Alors que les Communautés européennes ont ajouté à la Cour de Luxembourg une juridiction de première instance, pour satisfaire à des besoins grandissants (et cette instance doit être encore renforcée), le protocole 11 a supprimé la Commission et le rôle du Comité des ministres au titre de l'article 32 ! Pour une grande partie de la doctrine, en France notamment, pour le regretté bâtonnier Louis-Edmond Pettiti, ou pour l'ancien greffier Marc-André Eissen, bien isolé au sein du sérail du Conseil de l'Europe, comme pour l'ancien ministre Robert Badinter, cette réforme devait nécessairement s'avérer très vite inadaptée³⁵. Et c'est ce triste constat auquel il faut répondre aujourd'hui. Le schéma que nous proposons nous semble assez logique, même s'il suppose une révision assez profonde du mécanisme. Il consisterait en effet à prévoir un système à deux étages : un tribunal de première instance, tribunal de droit commun des droits de l'homme³⁶, composé de quarante et un juges, et une Cour européenne des droits de l'homme, qui ne statuerait que sur les grandes affaires de principe, mais qui ne serait composée que de quinze juges. L'articulation pourrait être, sommairement, la suivante :

33 - En ce sens, notamment, on doit signaler la création, le 11 avril 2000, d'un comité de liaison entre le Comité des ministres et la Cour.

34 - Nous reprenons ici les grandes lignes de notre intervention lors de la réunion du 8 juin 2000 au Palais des droits de l'homme sur « L'efficacité du système de la Convention européenne des droits de l'homme », et qui est reproduite dans la *RTDH*, n° 44, oct. 2000, pp. 637 et s.

35 - Louis-Edmond Pettiti, « Le Protocole n°11, son historique et son avenir », *Justices*, 1997, n° 6, pp. 71 et s. ; G. Cohen-Jonathan, « Le Protocole 11 et la réforme du mécanisme international de contrôle de la Convention européenne des droits de l'Homme », *Europe*, novembre 1994, chronique n° 8, pp. 1 et s. ; J.-F. Flauss (dir.), *Le Protocole n°11 à la Convention européenne des droits de l'Homme*, Nemesis-Bruylant, « Droit et Justice », n°15, Bruxelles, 1995, 194p (voir notamment les interventions de M.-A. Eissen, J.-F. Flauss, P. Lambert, F. Sudre et G. Cohen-Jonathan).

36 - Nous ne partageons pas l'avis que ces tribunaux aient une compétence régionale ; en ce sens, nous nous séparons d'une des hypothèses énoncées par le ministre Robert Badinter (« Du protocole 11 au protocole 12 », in *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruylant, 1998, *op. cit.*, pp. 103-112). Nous pensons en effet qu'elle serait la source d'une justice à plusieurs vitesses.

32 - Le nombre de requêtes a augmenté de 500 % au cours des sept dernières années. En 1999, le nombre de requêtes « enregistrées » a été de 8402 (contre 2037 en 1993) et la Cour a rendu 177 arrêts...

a. Intervention du Tribunal de première instance

De façon à décharger le tribunal lui-même des requêtes qui sont manifestement irrecevables, il nous semble qu'en amont, devrait intervenir une commission de filtrage composée de référendaires (ou juges suppléants), placés sous la présidence d'un juge et assistés d'un avocat général. Cette commission ne pourrait se prononcer que sur la recevabilité des requêtes.

Par la suite, les requêtes jugées recevables seraient examinées, principalement *sur le fond*, soit par un comité de trois juges (nous pensons aux requêtes les plus répétitives et à celles qui ne présentent aucun intérêt de principe), soit par une chambre de sept juges (formation de droit commun).

La Grande chambre du Tribunal ne devrait statuer que sur les requêtes les plus complexes. Une chambre, ou un comité après avis de l'avocat général, pourrait toujours se dessaisir librement, sans autorisation des parties, au profit de la Grande chambre. Une partie pourrait faire appel de la décision d'une chambre selon une procédure proche de celle prévue à l'article 43 actuel de la Convention, mais cette dernière possibilité, qui constitue une ultime concession aux partisans du double degré de juridiction, nous paraît aller à l'encontre de la célérité de la procédure, et devoir donc être supprimée. De la sorte, il nous semble que la plus grande partie du contentieux serait apurée, la saisine de la Cour européenne devant demeurer tout à fait exceptionnelle.

b. Intervention de la Cour européenne des droits de l'homme

- Celle-ci serait donc formée de quinze juges, et n'aurait ainsi à rendre qu'un nombre limité de « grands arrêts » par an. Sa tâche principale concernerait le fond du droit, et elle ne retiendrait que les affaires les plus importantes ou les plus graves. Bien entendu, la Cour ne comprendrait pas un juge par Etat partie, mais cette condition doit être acceptée si l'on comprend que le fait de bénéficier d'un juge au titre d'un Etat partie n'a d'intérêt que parce qu'il est censé mieux connaître le droit interne de cet Etat. Or, outre le fait, dans notre hypothèse, que chaque Etat serait représenté par un membre du tribunal (et éventuellement un référendaire), il est toujours possible de prévoir l'institution d'un juge *ad hoc* par Etat intéressé (mais cette institution issue du droit international classique est-elle encore honorable s'agissant d'un litige relatif aux droits de l'homme ?).

- Nous pensons que l'institution d'*avocats généraux*, autrefois hautement souhaitée par René Cassin, permettrait de compléter l'aspect juridictionnel des instances européennes. Il nous paraît que l'institution de deux ou trois *avocats généraux* auprès du tribunal de droit commun et d'un procureur général auprès de la Cour européenne des droits de

l'homme, permettrait à la fois de satisfaire le besoin de rappeler la continuité et la cohérence de la jurisprudence européenne, et d'autre part - d'une manière qui reste à préciser - de servir de guide pour orienter une requête sur une formation ou sur une autre. Elle donnerait en outre à la Cour un moyen supplémentaire d'avoir une politique judiciaire plus efficace et plus lisible pour le public.

- La compétence de la Cour comprendrait d'abord un domaine réservé, concernant les requêtes interétatiques³⁷, et chaque fois qu'il s'agira d'une question ou d'un avis. A cet égard, une révision de la Convention apparaît de toutes façons nécessaire pour assouplir et donner une cohérence à la *fonction consultative* de la Cour (art. 47). Aujourd'hui, elle demeure ce qu'elle était dans le cadre du protocole 2, c'est-à-dire une fonction totalement inutile et inutilisée, car conçue en des termes restrictifs jusqu'à l'absurde. Si l'on veut qu'à l'instar de toutes les juridictions internationales (Cour internationale de justice, Cour de Luxembourg, Cour interaméricaine des droits de l'homme...), elle puisse se prononcer, d'une manière à déterminer, sur certaines questions d'intérêt général, de caractère normatif ou procédural, il faut trouver une rédaction autre que celle proposée par le protocole 11, car, à ce moment-là, l'imagination n'était pas au pouvoir... De la sorte, le Comité des ministres pourrait demander à la Cour un avis consultatif sur toute question juridique qui lui plaira. Il n'est pas non plus impossible juridiquement de concevoir que la Cour de Luxembourg puisse solliciter de la Cour de Strasbourg un avis consultatif sur une question sérieuse d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme. Cette possibilité était prévue dans le projet d'Union politique de 1954. Cela constituerait, encore aujourd'hui, une « voie de communication » entre les deux « systèmes » européens de protection des droits fondamentaux. Nous ne craignons pas que la Cour de Luxembourg utilise abusivement cette faculté... A la limite, on comprendrait que ce droit de demander un avis consultatif à la Cour européenne sur des problèmes de droits fondamentaux puisse être exercée par d'autres organisations ou juridictions européennes, ce qui rétablirait dans le domaine des droits de l'homme la plénitude du Conseil de l'Europe et du rôle de la Cour de Strasbourg comme Juge suprême des droits fondamentaux pour l'ensemble de l'Europe.

Par contre, la technique des questions préjudicielles mises à la disposition des juridictions suprêmes risque d'être une source de lourdeur et de lenteur. De plus, elle se conjugue mal avec le droit de requête interétatique, et surtout avec le droit de recours individuel. A partir du moment

37 - Sauf à « recréer » à ce sujet une compétence contentieuse exceptionnelle du Comité des ministres, lequel pourrait toujours, d'ailleurs, poser une question de droit sous forme d'avis demandé à la Cour (v. *infra*).

où la demande d'avis préjudiciel dépend de la libre appréciation du juge national, il ne nous paraît pas qu'elle constitue un recours accessible, voire un recours tout court... Or, l'originalité du mécanisme de la Convention provient précisément de l'existence d'un tel *droit de recours*. C'est pour quoi une telle question mérite d'être davantage méditée encore.

- S'ajouteraient enfin à la compétence de la Cour les affaires dont le tribunal se serait *désisté*, parce qu'il s'agit de questions de principe, ou dont le règlement suppose un changement de jurisprudence, ou encore qui présentent un caractère de gravité particulier (si leur nombre devait devenir trop important, un tel désistement devra être accepté par la Cour). Enfin, on peut imaginer que l'affaire soit évoquée directement devant la Cour par le bureau du Procureur général. Ce serait un recours dans l'intérêt de la loi, dans l'intérêt de la « loi européenne des droits de l'homme ». Naturellement, une telle proposition doit être précisée. Elle est relativement coûteuse dans la mesure où elle postule, par rapport à la situation actuelle, l'institution de quinze emplois supplémentaires de juge (un peu plus de deux chambres actuellement), et de plusieurs postes d'avocat général, auxquels s'ajouteraient au minimum les référendaires ou suppléants siégeant dans la commission de sélection (ou des emplois équivalents si les membres de cette commission sont puisés dans le vivier actuel du Conseil de l'Europe). Il faudrait aussi, politiquement, que les Etats acceptent de ne pas avoir un juge de leur nationalité au sein de la Cour...

B. L'aménagement du système actuel de protection

Un simple aménagement du système actuel risque d'évoquer un « bricolage » peu satisfaisant. Cependant, on pourrait alléger la charge de travail, et dans une certaine mesure, diversifier la nature du travail de la Cour de la manière suivante :

1°) Là encore en amont - première révision -, il faudrait prévoir une *commission de filtrage* (deux sections au moins) qui ne se prononcerait que sur la recevabilité, et qui serait composée de référendaires ou de juges suppléants, mais toujours placés sous la présidence d'un juge issu de la structure actuelle. La fonction de cette commission serait d'apurer le contentieux et de se prononcer sur la recevabilité des requêtes individuelles, et donc déjà de décider le rejet des requêtes manifestement mal fondées. La présence d'un avocat général est vivement souhaitée ; ce serait l'objet d'une deuxième révision.

2°) En effet, comme nous avons tenté de le justifier plus haut, l'institution d'un *Parquet* nous paraît nécessaire en toute occurrence (voir *supra*). Comme l'on sait, les avocats généraux ont pour mission de rappeler la continuité comme le changement souhaitable de la jurisprudence

européenne, et en toute hypothèse sa cohérence. Ici, ils peuvent aussi servir de guides pour orienter une requête sur une formation ou sur une autre.

3°) Les requêtes jugées recevables pourraient être tranchées *sur le fond* (et c'est là une troisième révision nécessaire) par les *comités de trois membres*, pour les affaires répétitives et relativement simples. C'est là une innovation considérable.

4°) Les chambres de sept membres, formations de droit commun, seraient compétentes pour les affaires plus complexes.

5°) Quant à la Grande chambre, là encore, il suffit de considérer que ce ne sont que les affaires de principe ou les plus graves dont elle connaîtra, selon le processus actuel, à condition simplement que le renvoi prévu par l'article 43 soit apprécié avec une très grande sévérité (ou, mieux encore, qu'il soit supprimé, ce qui constituerait une quatrième révision), et que par contre le dessaisissement en faveur de la Grande chambre soit à la discrétion des autres juges sans qu'aucune partie ne s'y oppose. Cela, bien entendu, conduit, sur ce dernier point, à une cinquième révision, celle de l'article 30 de la Convention, ce qui permettrait ainsi à la Grande chambre (et même déjà aux chambres) de se concentrer sur les affaires les plus intéressantes, et de rendre les grands arrêts de principe, voire même des avis consultatifs de valeur dans des conditions déterminées et nouvelles.

6°) En effet, dans un tel cadre, il sous semble également nécessaire de procéder à une dernière révision afin de donner un effet utile à la fonction consultative de la Cour (art. 47), sur le modèle esquissé plus haut.

Voilà un ensemble de révisions minima³⁸, susceptibles peut-être d'assurer la survie d'un mécanisme de protection qui a donné naissance à une jurisprudence si précieuse pour les droits de l'homme, notamment dans l'année 1999.

*
* *

La Conférence ministérielle européenne de novembre 2000 donnera l'occasion d'évoquer tous ces problèmes. La garantie des droits de l'homme demande, dans le cadre du Conseil de l'Europe, une coopération sans faille entre la Cour, le Comité des Ministres, l'Assemblée parlementaire et les Etats membres. De plus, pour apporter une réponse appropriée aux violations massives et graves des droits de l'homme, cette solidarité

³⁸ - En tant que mesures purement ponctuelles, ces toutes dernières suggestions ont été adoptées pour l'essentiel par la Commission nationale consultative des droits de l'homme dans son avis du 29 juin 2000.

doit aussi envisager le concours d'autres organisations européennes et de l'Union européenne en particulier. Car de telles situations sont susceptibles de faire « disjoncter » le mécanisme de la Convention européenne des droits de l'homme. Les deux déclarations publiques du Comité contre la torture concernant la Turquie sont révélatrices à cet égard, comme l'est, sur un autre plan, le conflit en Tchétchénie avec son cortège de violations. Cependant, nous voulons croire à un ordre européen des droits de l'homme pour tous ceux qui vivent dans des pays qui veulent rester démocratiques. Le 4 novembre prochain, les Etats doivent clairement comprendre l'impérieuse nécessité de sauvegarder ce patrimoine commun de valeurs et de garanties³⁹. Quelle autre richesse mériterait d'ailleurs d'être mieux sauvegardée?

Paris, le 5 septembre 2000

39 - Au moment où nous recevons les épreuves de cette étude, la Conférence ministérielle européenne sur les droits de l'homme vient de se tenir à Rome. Des nombreuses interventions, de la Déclaration politique et des résolutions adoptées, il résulte la volonté la plus large de réaffirmer le rôle central que la Convention doit jouer en tant qu'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen ». C'est pourquoi, tout en saluant l'adoption d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, les Ministres veulent éviter tout conflit entre les deux systèmes de protection et évoquent à nouveau l'adhésion de la Communauté à la Convention (supra. pp.851 ; v. Table Ronde de Paris II : « Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne » *Regards sur l'Actualité*, Documentation française, n° spécial, août 2000, pp. 83 et 97 et s.)

D'autre part, la Conférence a appelé tous les Etats à veiller continuellement à ce que leurs législations et pratique soient conformes à la Convention, et à exécuter pleinement les arrêts de la Cour (supra p. 860). Les Ministres ont également considéré que des mesures financières urgentes devaient être prises pour assister la Cour européenne, tout en souhaitant vivement que soit entamée sur le fond une réflexion approfondie. Sur un autre plan, les instances du Conseil devront rechercher les moyens les plus appropriés pour faire face aux situations de violations graves et massives des droits de l'homme. Enfin, dès le 4 novembre, 25 Etats ont signé le protocole n° 12 sur la non-discrimination (supra p. 856)