

LES LIGNES DE FORCE DE L'ÉVOLUTION DU DROIT DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET DU CONTRÔLE DE SON APPLICATION

Gérard Cohen-Jonathan

Volume 13, Number 1, 2000

URI: <https://id.erudit.org/iderudit/1100256ar>

DOI: <https://doi.org/10.7202/1100256ar>

[See table of contents](#)

Publisher(s)

Société québécoise de droit international

ISSN

0828-9999 (print)

2561-6994 (digital)

[Explore this journal](#)

Cite this article

Cohen-Jonathan, G. (2000). LES LIGNES DE FORCE DE L'ÉVOLUTION DU DROIT DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET DU CONTRÔLE DE SON APPLICATION. *Revue québécoise de droit international / Quebec Journal of International Law / Revista quebequense de derecho internacional*, 13(1), 63–107. <https://doi.org/10.7202/1100256ar>

Article abstract

In a nutshell, the evolution that the Law of the European *Convention* has undergone for the last fifty years is two-fold: indeed, the extension of its realm was served by a better implementation at the domestic level. Besides the actual diversity of the protected rights per se, the constantly dynamic and purposeful methods of interpretation used by the Court also served the extension of the Law of the *Convention*. The path leading to this extension in this regard is widely open, whether it be through the functional interpretation of limits on State sovereignty or through the "positive obligation" theory. However, these efforts should not prevent from adding to the normative content. A true European order also requires that domestic implementation of these provisions be improved, not only with the implementation of decisions but also in the absence of a conflict brought before the Court. In either of these, the prevailing idea is that of *prevention*. As for conservatory and provisional measures, the practice of the United Nations Human Rights Committee portrays a remarkable synergy. However, these improvements should not overshadow the need for European case law to be increasingly coherent and transparent. Digressions from this "fundamental public order of freedoms" have never been prohibited more than they are today. The Strasbourg Court is faced with a workload that, paradoxically, exposes the individual to the possibility of being denied access to justice, leading to an urgent need for reform, to compensate for the deficiencies brought about by the Protocol 11 reform. Indeed, the Court is the only example in the world of a single judicial body examining petitions filed by individuals. The European Conference of Ministers had not yet taken place upon the drafting of this study. A strong willingness to reaffirm the key role that the *Convention* has to play as the "constitutional instrument of the European public order" undoubtedly follows from the political Declaration and resolutions that were adopted, as well as from various interventions. Consequently, while welcoming the adoption of a Charter of the Fundamental Rights in the European Union, the Ministers wish to avoid any possible conflict between the two Systems of protection and thus reiterate the adoption of the *Convention* by the Community. The new Protocol 12 on non-discrimination was signed by 25 States as soon as November 4th.

LES LIGNES DE FORCE DE L'ÉVOLUTION DU DROIT DE LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET DU CONTRÔLE DE SON APPLICATION

Par Gérard Cohen-Jonathan*

Pour l'essentiel, le droit de la *Convention européenne* a subi depuis cinquante ans une double évolution, l'extension de son empire étant prolongée par une meilleure application au niveau national. En dehors de la diversité des droits eux-mêmes, l'extension du droit de la *Convention* doit beaucoup aux méthodes retenues par la Cour européenne pour les interpréter, d'une manière toujours dynamique et finaliste. Les voies de cette extension sont nombreuses, qu'il s'agisse, par exemple, de l'interprétation fonctionnelle des limitations de souveraineté ou de la théorie des «obligations positives». Ces efforts ne dispensent pas d'apporter à la *Convention*, le cas échéant, un complément normatif. Un réel ordre européen des libertés requiert encore une amélioration apportée au niveau de l'application de ces normes en droit national, non seulement dans le cadre de l'exécution des arrêts, mais en dehors même de tout contentieux. Dans les deux cas, c'est l'idée de prévention qui domine. Comme en matière de mesures conservatoires ou provisoires, la pratique du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies révèle une remarquable synergie. Ces progrès ne doivent pas faire oublier cependant la nécessité d'une meilleure cohérence et d'une transparence accrue de la jurisprudence européenne. L'«ordre européen des libertés», que l'on porte haut, interdit plus que jamais les errements. Désormais seule à instruire les requêtes des individus, qui - phénomène unique au monde - s'adressent directement à elle, la Cour de Strasbourg doit faire face à une surcharge de travail qui expose paradoxalement l'individu au risque de déni de justice, et qui rend la réforme urgente, afin de suppléer aux faiblesses de la réforme introduite par le *Protocole 11*. Au moment de la rédaction de cette étude, la Conférence ministérielle européenne sur les droits de l'Homme ne s'était pas encore tenue. 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*. Concernant le nouveau *Protocole 12* sur la non-discrimination, il a été, dès le 4 novembre, signé par 25 États.

In a nutshell, the evolution that the Law of the European *Convention* has undergone for the last fifty years is two-fold: indeed, the extension of its realm was served by a better implementation at the domestic level. Besides the actual diversity of the protected rights per se, the constantly dynamic and purposeful methods of interpretation used by the Court also served the extension of the Law of the *Convention*. The path leading to this extension in this regard is widely open, whether it be through the functional interpretation of limits on State sovereignty or through the "positive obligation" theory. However, these efforts should not prevent from adding to the normative content. A true European order also requires that domestic implementation of these provisions be improved, not only with the implementation of decisions but also in the absence of a conflict brought before the Court. In either of these, the prevailing idea is that of *prevention*. As for conservatory and provisional measures, the practice of the United Nations Human Rights Committee portrays a remarkable synergy. However, these improvements should not overshadow the need for European case law to be increasingly coherent and transparent. Digressions from this «fundamental public order of freedoms» have never been prohibited

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II), Doyen honoraire de la Faculté de droit et des sciences politiques de Strasbourg, Directeur du Centre de recherche sur les droits de l'Homme et le droit humanitaire (CRDH) de l'Université Paris II. L'auteur voudrait remercier, pour sa précieuse collaboration, Jérôme Benzimra-Hazan, ingénieur d'études en droit public à l'Université Paris II, secrétaire général du CRDH.

more than they are today. The Strasbourg Court is faced with a workload that, paradoxically, exposes the individual to the possibility of being denied access to justice, leading to an urgent need for reform, to compensate for the deficiencies brought about by the Protocol 11 reform. Indeed, the Court is the only example in the world of a single judicial body examining petitions filed by individuals. The European Conference of Ministers had not yet taken place upon the drafting of this study. A strong willingness to reaffirm the key role that the *Convention* has to play as the "constitutional instrument of the European public order" undoubtedly follows from the political Declaration and resolutions that were adopted, as well as from various interventions. Consequently, while welcoming the adoption of a Charter of the Fundamental Rights in the European Union, the Ministers wish to avoid any possible conflict between the two systems of protection and thus reiterate the adoption of the *Convention* by the Community. The new Protocol 12 on non-discrimination was signed by 25 States as soon as November 4th.

Les 3 et 4 novembre 2000 à Rome, la grande Conférence des Ministres européens marquera le cinquantième anniversaire de la *Convention européenne des droits de l'Homme*. On mesurera alors l'importance de l'œuvre réalisée, mais aussi les améliorations que l'on doit encore attendre, pour garantir les droits de l'homme de manière plus efficace. Le rôle de la Cour européenne des droits de l'Homme devra notamment être envisagé, car l'ampleur de sa tâche est immense. Sur le plan quantitatif, le nombre de requêtes ne fait qu'augmenter et a déjà plus que quadruplé ; or, la Cour est seule désormais pour les traiter, puisque dès avant octobre 1999, la Commission a cessé son activité, et que, depuis le 1^{er} janvier 2000, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe n'a plus de fonction judiciaire (ancien article 32 de la *Convention*). De plus, sur le fond, si la Cour européenne statue encore assez souvent sur la base des rapports de la Commission, établis suivant l'ancienne procédure, elle sera vraiment seule bientôt, et il lui est interdit d'échouer. La Cour de Strasbourg est naturellement au cœur du système européen en matière de droits de l'homme et de libertés fondamentales, puisque les États lui ont attribué la compétence d'interpréter de manière authentique la *Convention* et de trancher de manière obligatoire les contestations soulevées par son application.

La nouvelle Cour doit donc s'attacher, non seulement à préserver la qualité de la jurisprudence antérieure, mais aussi, le cas échéant, à en améliorer encore la lisibilité et la transparence, tout en faisant preuve d'une cohérence accrue. Car il faut bien reconnaître qu'au cours de ces dernières années, l'ancienne Cour n'a pas fait montre d'une cohérence toujours convaincante. On se rappellera notamment les véritables conflits de jurisprudence qui ont pu survenir entre Chambres, par exemple à propos des validations législatives (qui intéressent notamment la France à travers l'affaire *Pradal*¹ évoquée plus loin). De nombreuses décisions adoptées par les Chambres, voire par la Grande Chambre (on pense aux affaires *Vogt c. Allemagne*², ou *McCan c. Royaume-Uni*³), ont été acquises à une voix de majorité, sur des questions pourtant importantes, ce qui laisse ouvertes des perspectives d'évolution et donc de changement jurisprudentiels sur ces questions. En outre, la doctrine européenne est parfois difficile à saisir en ce qui concerne, par exemple, l'octroi aux États de marges d'appréciation fort différentes en matière de liberté d'expression, alors même que la nature des droits ou des intérêts légitimes à préserver des abus de droit est, elle, tout à fait comparable. C'est ainsi que dans l'affaire *Lehideux et Isorni c. France*⁴, concernant la condamnation en France de l'apologie par voie de presse de Pétain, l'agent du Gouvernement terminait sa plaidoirie en demandant à la Cour de lui accorder la même marge d'appréciation, s'agissant de la protection des droits moraux des Résistants et de la conscience collective française, que celle qu'elle avait concédée aux autorités britanniques dans l'affaire *Wingrove*⁵ au sujet du respect des convictions religieuses.

¹ *Zielinski, Pradal, Gonzales et autres c. France*, (1999) Cour Eur. D.H., Rec. 1999-VII.

² (1995) 323 (Sér. A) Cour Eur. D.H.

³ (1998) Cour Eur. D.H., Rec. 1998-VII

⁴ (1998) Cour Eur. D.H., Rec. 1998-VII

⁵ *Wingrove c. Royaume-Uni*, (1996) Cour Eur. D.H., Rec. 1996-V

En vérité, la Cour n'a pas toujours été sensible, en cas de *conflit entre plusieurs libertés*, à la juste protection de celle revendiquée par la «partie civile» (au litige principal, en droit interne). Sans doute, dans le contentieux européen, le litige met aux prises un requérant et l'État qui lui a infligé une sanction, alors que les autres victimes - celles qui ont subi un dommage de la part des requérants - passent au second plan. Or ces dernières devraient à notre sens toujours apparaître dans la procédure européenne, par exemple comme *amicus curiae*, lorsqu'elles sont elles-mêmes lésées dans la jouissance d'un droit fondamental. Cela pourrait être parfois édifiant, et permettrait à la Cour de rendre des sentences plus équilibrées, sans sacrifier pour autant ses grands principes généraux, mais en tenant compte beaucoup mieux des *circonstances concrètes* de chaque affaire. Nous en donnerons deux exemples.

Dans l'affaire *Poitrinol c. France*⁶, d'abord, la Cour a finalement condamné le fait que le requérant en fuite à l'étranger avec ses deux enfants n'avait pas bénéficié de certaines garanties pénales, en n'obtempérant pas à un mandat d'arrêt international. Les principes ainsi établis par la Cour, jugeant excessive en l'espèce l'attitude des juridictions françaises, ont été ensuite réaffirmés par elle dans une autre cause, et l'on doit donc les admettre ; mais étaient-ils *justement appliqués* dans les circonstances concrètes de l'espèce *Poitrinol* ? Que devenaient, en particulier, les droits de la *mère* séparée de ses enfants, à commencer par son droit au respect de la vie familiale ? Ne fallait-il pas rechercher un *équilibre* entre les garanties d'un bon procès pénal, dues au requérant, et le droit au respect de la vie familiale, dû à la partie civile dans la procédure nationale ? Bien sûr, les garanties pénales issues de l'article 6 de la *Convention* européenne, telles qu'exposées dans l'arrêt *Poitrinol*, ne souffrent pas la discussion, et les *principes* ainsi dégagés ont d'ailleurs été repris et confirmés par la Cour de Strasbourg dans un arrêt *Guérin c. France*⁷, de sorte que la France devra en tenir compte désormais. Mais les circonstances y étaient différentes, et ce que nous reprochons à l'arrêt *Poitrinol*, c'est que la Cour européenne s'est uniquement attachée à faire prévaloir l'exigence de certaines garanties dans le procès pénal au profit du requérant (le père en fuite à l'étranger avec ses deux enfants), en négligeant totalement les droits et intérêts de la mère. Il existe à ce sujet une opinion dissidente fort instructive du Juge Pettiti.

Un autre exemple illustrant notre propos peut être emprunté au thème des rapports entre la liberté d'expression et le droit à la non-discrimination raciale, à partir de l'affaire *Jersild c. Danemark*⁸, de sinistre mémoire : dans son arrêt, la Cour européenne a sacralisé la liberté d'expression en négligeant totalement les victimes réelles d'une émission de télévision grand-public et les attaques odieuses qui s'y étaient exprimées à l'encontre d'une minorité d'émigrés noirs au Danemark. Le juge européen avait-il oublié que le droit à la non-discrimination raciale est aussi un droit de l'homme ?... Nous ne doutons pas que, si l'affaire avait été jugée en France, le Conseil d'État, à l'instar des juridictions danoises, aurait fait bénéficier les véritables

⁶ (1993) 227 (Sér. A) Cour Eur. D.H.

⁷ (1998) Cour Eur. D.H., Rec. 1998-V

⁸ (1994) 298 (Sér. A) Cour Eur. D.H.

victimes du racisme d'une sanction adéquate et non disproportionnée, suivant en cela la ligne dessinée notamment dans ses arrêts des 9 octobre 1996 et 19 mars 1997 (*Association Ici et Maintenant*).

Ceci dit, cette observation ne doit en aucun cas porter atteinte à l'essentiel, car hormis quelques «errements» ou flottements depuis quelques années, l'ancienne Cour a bâti un «ordre européen des libertés» assez remarquable, et a rempli la fonction sociale qui lui incombe en Europe, comme en attestent les développements que nous consacrerons à l'action qu'elle a menée en vue d'étendre le droit de la *Convention* (I), avant de revenir sur l'application de ce droit par les États dans l'ordre international et national (II), et sur l'amélioration nécessaire du mécanisme international de contrôle actuel (III).

I. L'extension du droit de la *Convention*

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 États au titre de la *Convention*.

A. L'extension des droits garantis

1. LE CONTENU DES DROITS GARANTIS

S'agissant tout d'abord du *contenu des droits garantis*, la Cour a su tisser un corps de règles très protectrices grâce à une interprétation évolutive et adaptée aux conditions de la vie d'aujourd'hui. La *diversité* des droits ainsi protégés doit d'abord être soulignée. Sans doute cet acquis concerne-t-il certaines libertés plus que d'autres. Il est vrai que plus de 60% des requêtes soulèvent un moyen issu de l'article 6 sur le droit à un procès équitable ; mais que des 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*⁹, 1994) comme du Parlement (affaire des *Raffineries grecques*¹⁰). De plus, en amont et en aval du procès, la Cour a mis en relief les conditions qui étaient nécessaires pour que l'équité soit véritablement protégée. On doit en particulier rappeler ici le célèbre arrêt *Hornsby*¹¹ (1997), qui souligne qu'un procès n'est équitable, au sens européen du terme, que si le jugement national est exécuté¹².

Ce développement des droits garantis ne concerne pas seulement les droits procéduraux. Elle concerne aussi les *droits substantiels*, comme par exemple le droit à

⁹ *Beaumartin c. France*, (1994) 296-B (Sér. A), Cour Eur. D.H.

¹⁰ *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce*, (1994) 301-B (Sér. A), Cour Eur. D.H.

¹¹ *Hornsby c. Grèce*, (1997) Cour Eur D.H., Rec. 1997-II.

¹² Voir en dernier lieu l'arrêt *Giorgiadis c. Grèce* (2000) Cour Eur. D.H. (Note d'information de la Cour, n° 16, p17).

la liberté d'expression, le droit au respect de la vie privée et de la vie familiale, le respect du droit de propriété, ou encore l'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants. À ce dernier propos, dans l'arrêt *Selmouni c. France*¹³, rendu le 28 juillet 1999, la Cour donne une interprétation remarquablement progressiste de l'article 3, concernant particulièrement la notion de torture. Le problème se posait dans cette affaire de savoir si les douleurs et souffrances infligées au requérant pendant sa garde à vue devaient être qualifiées de traitements inhumains et dégradants (comme dans l'arrêt *Tomasi*¹⁴) ou de torture. À l'unanimité, une Grande chambre retient cette dernière qualification, mais à ce sujet, la Cour relève que la définition des termes de l'article 3 avait subi une évolution à la lumière des «conditions de vie actuelles». Elle explique en effet que «le niveau d'exigence croissant en matière de protection des droits de l'homme implique parallèlement et inéluctablement une plus grande fermeté dans l'appréciation des atteintes aux valeurs fondamentales des sociétés démocratiques» (§ 101). Or l'interdiction de la torture consacre une telle valeur. Nous savons d'ailleurs le rôle qu'elle a joué devant la Chambre des Lords dans l'affaire Pinochet, et sa reconnaissance comme norme du *jus cogens* par le Tribunal pénal international de La Haye (10 déc. 1998, *Furundzija*¹⁵). Cette conception de la Cour pourra paraître audacieuse, voire excessive. On constatera cependant qu'elle a le mérite de marquer qu'il s'agit d'une évolution, que celle-ci a été adoptée à l'unanimité des juges, et qu'elle reflète l'état actuel du *droit international général* en ce domaine¹⁶.

Dans tous ces cas, et sur le principe, la Cour a donc tendance à adopter une méthode d'interprétation «finaliste». Elle est ainsi amenée à dégager une interprétation *autonome* des termes de la *Convention*, et ne se considère pas comme liée par le sens ordinaire des mots. Tel est le cas des concepts de «tribunal indépendant et impartial», de «bien» (*Protocole I*), d'«accusation en matière pénale» ou de «contestation sur les droits civils», de «délai raisonnable», de «loi», etc. Comme l'avait relevé Marc-André Eissen, «pareil procédé l'aide à préserver l'indispensable égalité de traitement entre les États contractants ; il constitue en outre l'un des instruments que la Cour emploie pour élaborer une jurisprudence originale et cohérente»¹⁷.

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'obligations positives. 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 ou même d'extradition conduisant à

¹³ *Selmouni c. France*, (1999) Cour Eur. D.H., Rec 1999.

¹⁴ *Tomasi c. France*, (1992) 241 (Sér. A), Cour Eur. D.H.

¹⁵ *Procureur c. Furundzija*, (1998) IT-95-17/1

¹⁶ Voir G. Cohen-Jonathan, «Un arrêt de principe de la nouvelle Cour européenne: l'arrêt *Selmouni c. France* du 28 juillet 1999» (2000) 1 Rev. D.I.P. 181.

¹⁷ M.-A. Eissen, «La Cour européenne des droits de l'Homme» (1986) 102 Rev. D.P. & S.P. 1539 aux pp. 1539 à 1598.

une infraction grave aux articles 3, 8 ou même 6 de la *Convention* ; dans un autre ordre, l'article 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*¹⁸). Sur un plan procédural, l'arrêt *Guerra et autres c. Italie*¹⁹ consacre à la charge de l'État, 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*²⁰; *McGinley et Egan c/ Royaume-Uni*²¹).

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 États des *obligations positives* ou *actives*, afin d'assurer aux droits garantis par la *Convention* une meilleure *effectivité*. Qu'il s'agisse du droit à la vie ou de l'interdiction des traitements inhumains et dégradants, par exemple, l'État 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 impartiale. C'est la leçon que l'on tire notamment des arrêts *Osman c. Royaume-Uni*²², *Yasa c. Turquie*²³, *Kaya c. Turquie*²⁴, par exemple.

Il ressort nettement encore de l'arrêt *Selmouni*²⁵ du 28 juillet 1999 que le degré de célérité, de minutie, d'efficacité de l'enquête et du fonctionnement même du système judiciaire doit être d'autant plus élevé que la victime invoque, de façon défendable, une violation grave de la *Convention*. Cela vient renforcer la portée de l'article 13 sur le droit à un recours effectif, à telle enseigne que dans l'arrêt *Assenov c. Bulgarie*²⁶, après avoir considéré comme impossible d'établir la véracité de l'allégation de mauvais traitements subis par un mineur lors d'une garde à vue, la Cour conclut cependant à la violation de l'article 3 au motif qu'il n'y a pas eu d'enquête approfondie et effective au sujet de cette grave allégation²⁷.

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

¹⁸ (1994) 303-C (Sér. A) Cour Eur. D.H.

¹⁹ (1998) Cour Eur. D.H., Rec. 1998-I.

²⁰ (1998) Cour Eur. D.H., Rec. 1998-III.

²¹ (1998) Cour Eur. D.H., Rec. 1998-III.

²² (1998) Cour Eur. D.H., Rec. 1998-III.

²³ (1998) Cour Eur. D.H., Rec. 1998-III.

²⁴ (1998) Cour Eur. D.H., Rec. 1998-I.

²⁵ *Supra*, note 13.

²⁶ (1998) Cour Eur. D.H., Rec. 1998-III.

²⁷ Dans cette dernière affaire, les garanties procédurales qui se greffent désormais sur l'article 3 vont même parfois jusqu'à faire disparaître l'autonomie de l'article 13 de la *Convention*. Voir l'avis critique de F. Sudre, «Droit de la Convention européenne des droits de l'Homme» J.C.P. 1999.II.10082.

récent arrêt du 16 mars 2000, *Özgür Gündem c. Turquie*²⁸, 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 États, 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 une recommandation «sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité», en demandant notamment aux États membres de prendre toutes les mesures nécessaires à cette fin, et de les assortir d'un droit de recours effectif. Un autre projet arrêté par le Comité des Ministres concerne le *principe de non-discrimination*. Ce projet de *Protocole n° 12* sera ouvert à la signature le 5 novembre prochain. En dépit de quelques imperfections, nous souhaitons qu'il 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*)²⁹. Le droit à la non-discrimination raciale et le principe d'égalité entre les sexes seraient aussi de la sorte renforcés³⁰.

Il faut dire que cette évolution, au plan européen, était déjà amorcée, encore... «par ricochet», depuis l'arrêt *Gaygusuz c. Autriche*³¹ : la Cour européenne avait considéré qu'une prestation sociale de caractère patrimonial (allocation d'urgence à un chômeur arrivé en fin de droit) 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 n°1* (respect des biens), au motif qu'était en jeu un droit

²⁸ *Özgür Gündem c. Turquie*, (2000) Req. n° 23144/93, Cour Eur. D.H., non publié

²⁹ Voir G. Cohen-Jonathan, «La France, la Convention européenne des droits de l'Homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques» (2000) 104 Petites Affiches 39.

³⁰ 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 (1999) 41.

³¹ (1996) Cour Eur. D.H., Rec. 1996-IV.

patrimonial. Or, cette «novation» de la jurisprudence de la Cour était elle-même sans aucun doute inspirée par la doctrine du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, pour qui l'article 26 du *Pacte* consacre le principe général de l'égalité devant la loi, au-delà des droits énoncés dans le *Pacte* et plus largement des droits civils et politiques. Il s'applique en particulier aux droits sociaux, économiques et culturels inclus dans le second grand *Pacte*³². 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 prévalu³³, 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'État français, lesquels acceptent d'appliquer l'article 14 à des droits sociaux ayant une nature patrimoniale³⁴.

On aurait pu également préciser que l'article 10 comporte un véritable droit d'accès du public aux informations, comme conséquence du principe de *transparence*³⁵. À un autre niveau, il serait souhaitable aussi de 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*³⁶. 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 proposé aux États «défaillants», en novembre 2000, de ratifier le *Protocole n° 6*, et même, au-delà, d'abolir la *peine de mort*, en temps de guerre comme en temps de paix. Une telle amélioration, entre parenthèses, serait également souhaitable à propos du *Protocole facultatif n° 2* (1989) au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, portant abolition de la peine de mort (en vérité trop faiblement ratifié – moins de 40 États sur plus de 140 États parties au *Pacte*...).

Tout ceci nous semble refléter une aspiration commune à tous les hommes, ce qui tend à conférer un caractère plus homogène aux différents textes relatifs aux droits fondamentaux. Ces derniers se sont multipliés depuis 50 ans, ce qui accroît certes la sphère de protection des droits individuels, mais fait naître également des

³² Voir en particulier la constatation du 9 avril 1987, *Broeks c. Pays-Bas*, reproduite dans G. Cohen-Jonathan, «La protection des droits de l'Homme dans le cadre des organisations universelles» (1990) Document d'études. Droit international public : no 3.06, La Documentation française, à la p. 23.

³³ G. Cohen-Jonathan, «Note sur les décisions et constatations du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies relatives à la France» (1989) 35 Ann. fran. dr. int. 424.

³⁴ À propos du droit à l'allocation supplémentaire du Fonds national de solidarité et la *Convention*, Cass. soc., St-Étienne, 14 janvier 1999, *Bozkurt c. CPAM*, J.C.P. 1999.II.10082 (note F. Sudre) ; Conseil d'État (arrêt d'Assemblée) du 5 mars 1999 (*M. Rouquette, Mme Lipietz et autres*), acceptant aussi désormais l'applicabilité de l'article 14 combiné avec l'article 1 du *Protocole 1* à des droits sociaux.

³⁵ Voir notre contribution «Transparence, démocratie et droits de l'Homme», dans *Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns, 2000, pp. 245-263. Voir notre contribution, «Transparence, démocratie et droits de l'Homme» dans *Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Bonn, Carl Heymanns, 2000, 245.

³⁶ Voir les actes du colloque co-organisé par le Centre de Recherche sur les Droits de l'Homme et le Droit Humanitaire de Paris II, «Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne» *Regards sur l'Actualité*, Documentation française, numéro spécial 264, Paris, (août 2000).

problèmes de coexistence en cas de non-concordance dans la définition de droits semblables ou en cas de cumul de recours internationaux³⁷. Inversement, il est courant de souligner l'*interaction* qui existe entre ces différents instruments. Ainsi, la plupart des États parties à la *Convention européenne* ont ratifié le *Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques*, qui consacre des droits, façonnés par le Comité des droits de l'homme, ayant une nature comparable à celle des droits énoncés dans le texte européen. Même si elle n'est pas exclusive, c'est l'interaction entre ces deux «systèmes» que nous retiendrons pour mieux situer l'évolution du droit de la *Convention européenne*.

2. L'INTERACTION ENTRE LA *CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME* ET LE *PACTE INTERNATIONAL RELATIF AUX DROITS CIVILS*

Concernant donc l'*interaction entre la Convention européenne des droits de l'Homme et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, on remarquera dès l'abord qu'il existe entre ces textes une parenté indéniable, qui provient pour l'essentiel de leur commune référence à la *Déclaration universelle* de 1948. Toutefois, des différences notables subsistent entre les deux instruments. Ainsi, on peut considérer que seul le *Pacte* garantit les droits suivants : le droit des peuples à l'autodétermination (article 1), le droit à la reconnaissance en tous lieux de sa personnalité juridique (article 16), le droit pour toute personne privée de sa liberté à un traitement humain et respectueux de sa dignité (article 10), le droit des minorités (article 27)³⁸. De même, le *Pacte* comporte une disposition explicite qui ne figure pas dans la *Convention*, sur les droits politiques, à l'article 25, selon laquelle tout citoyen a le droit et la possibilité, «sans aucune des discriminations visées à l'article 2 et sans restrictions déraisonnables», de prendre part à la direction des affaires publiques, de voter et d'être élu. Une disposition de ce genre constitue un élément additionnel et utile de protection.

Encore ces différences ont-elles été réduites, de manière relative sans doute, après l'entrée en vigueur du *Protocole n° 4*, et surtout du *Protocole n° 7*. D'autre part, sur d'autres points, l'écart normatif a été estompé à la suite d'un effort appréciable de coordination, et en particulier d'*harmonisation jurisprudentielle*. À cet égard, la Cour européenne tient compte dans une certaine mesure des dispositions du *Pacte*. C'est le cas s'agissant du droit à une bonne administration de la justice, notamment en matière pénale. Au nom du droit à un «procès équitable», la jurisprudence européenne a complété les garanties énumérées de manière non limitative à l'article 6 § 1 en

³⁷ G. Cohen-Jonathan, «Les rapports entre la Convention européenne des droits de l'Homme et le Pacte des Nations-Unies sur les droits civils et politiques» dans *Régionalisme et universalisme en droit international, colloque de Bordeaux de la SFDI*, Paris, Éditions A. Pedone, 1977, 313 à la p. 321; voir aussi G. Cohen-Jonathan, «Les rapports entre la Convention européenne des Droits de l'Homme et les autres traités conclus par les États Parties» dans *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe - Essays in Honour of Henry G. Schermers*, Pays-Bas, Martinus Nijhoff, 1994, 79.

³⁸ Pour prendre la mesure des engagements réels des États, il faut naturellement connaître les *réserves* qu'ils ont formulées au moment de leur adhésion. Concernant les réserves formulées par la France le 4 novembre 1980, on se référera au document d'études no 3.06, *Supra* note 31 à la p. 15.

s'inspirant parfois de l'article 14 du *Pacte*, plus détaillé en ce domaine. Ainsi est-il du «droit de toute personne accusée d'être présente à son procès»³⁹. De même, «si le droit de ne pas être forcé de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable [...] n'est inscrit expressément que dans le *Pacte*, il ne fait pas de doute cependant qu'il est implicitement contenu dans l'article 6, car cette interdiction de forcer quelqu'un à s'incriminer soi-même fait [...] partie de l'essence même d'un procès équitable»⁴⁰. Dans l'arrêt *Funke c. France*, la Cour de Strasbourg a confirmé cette conclusion⁴¹. Dans d'autres domaines encore, la jurisprudence s'est inspirée du *Pacte*, par exemple en considérant que le droit au respect de l'honneur et de la réputation (mentionné à l'article 17 § 1 du *Pacte*) était implicitement inclus dans le respect de la vie privée (article 8), ou en faisant référence aux instruments des Nations Unies sur la définition de la torture⁴². Le dynamisme jurisprudentiel des organes de Strasbourg va même jusqu'à prévoir une protection en faveur des personnes détenues, par extension de l'article 3 de la *Convention*, alors qu'il n'existe pas de disposition comparable à l'article 10 du *Pacte* (lequel comporte d'ailleurs des précisions utiles). Nous ne voulons pas dire pour autant que le *Pacte* constitue un modèle en tous points exemplaire, mais que l'effort jurisprudentiel des organes de la *Convention*, pour compléter ou préciser son contenu, ne néglige nullement l'apport du *Pacte*, comme il trouve également des indications transposables dans d'autres traités, comme la convention de l'OIT sur l'interdiction du travail forcé, par exemple⁴³, ou dans le droit international général⁴⁴ et, a fortiori, dans des traités de caractère régional. Par exemple, dans plusieurs affaires, la Cour fait référence à la *Charte sociale du Conseil de l'Europe* pour déterminer les obligations de «l'État employeur» au titre de l'article 11 sur la liberté d'association et syndicale⁴⁵.

Mais, pour revenir à l'influence la plus récente du *Pacte* sur le droit de la *Convention* européenne, il nous semble que la portée de l'article 14 (non-discrimination), et même de l'article 7 de la *Convention européenne* (non-rétroactivité) ont en quelque sorte évolué à la lumière des enseignements du *Pacte* et de la jurisprudence du Comité. On relèvera d'abord que l'article 7, à la différence de l'article 15 du *Pacte*, n'énonce pas le droit à l'application rétroactive de la loi pénale

³⁹ Voir par exemple, *Colozza c. Italie* (1982), 28 Comm. Eur. D.H., D.R. 138.

⁴⁰ Conseil de l'Europe, Rapport du Comité d'experts, 11(70)7, p.37.

⁴¹ *Funke c. France* (1993), 256-A (Sér. A) Cour Eur. D.H. 1 22; enseignement déjà mis en valeur par la Cour de justice des Communautés européennes: *Orkem SA c. Commission*, 374/87, [1988], Rec. C.E. p. 3343.

⁴² *Irlande c. Royaume-Uni* (1976), 25 (Sér. A) Cour Eur. D.H. 1 66. Voir notre étude générale à propos de l'affaire *Selmouni*, *Supra* note 13.

⁴³ À propos de l'article 4 de la *Convention*, *Affaire Van der Musselle* (1982), 70 (Sér. A) Cour Eur. D.H. 1.

⁴⁴ Dans son célèbre arrêt *Golder* ((1974), 18 (Sér. A) Cour Eur. D.H. 1 18), la Cour fonde le «droit au tribunal» sur plusieurs arguments, dont l'interdiction du «dénî de justice» au sens formel, telle qu'elle est établie par le droit international coutumier. Pour d'autres exemples, voir les arrêts *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis c. Grèce* ((1994), 301-B (Sér. A) Cour Eur. D. H. 65) et *Loizidou c. Turquie* ((1995), 310 (Sér. A) Cour Eur. D.H. 1.). Pour une étude générale, voir notre contribution sur «Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention européenne des Droits de l'Homme» dans *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 165.

⁴⁵ *Syndicat national de la police belge* (1975) 19 (Sér.A) Cour Eur. D.H. 1.

plus douce, mais que la Cour européenne a consacré implicitement ce droit, même si elle l'a fait en des termes qui restent encore un peu imprécis (voir l'affaire *Gragnic c. France*, 27 septembre 1995, § 24). On notera surtout l'extension du champ d'application de l'article 14 de la *Convention* européenne à la lumière, semble-t-il, de l'interprétation que le Comité a donnée de l'article 26 du *Pacte* (principe d'égalité devant la loi). Nous renvoyons sur cette question à nos développements antérieurs.

Inversement, et sans s'y référer toujours formellement, le Comité des droits de l'homme ne fait pas abstraction de la jurisprudence européenne, qu'il s'agisse du droit à la liberté personnelle ou surtout de la détermination de notions essentielles : étendue de la responsabilité des États contractants, protection par « ricochet », notion de « victime », par exemple⁴⁶. Cette harmonisation par voie jurisprudentielle contribue, en partie tout au moins⁴⁷, à réduire l'écart normatif entre les divers textes à propos de « matières comparables ». Mais l'influence de la *Convention* sur le *Pacte* est plus nette encore s'agissant d'un problème capital, à savoir celui de l'admissibilité des réserves émises par les États. On sait que, sur cette question, la Cour européenne a été la première juridiction internationale à s'être arrogé le droit d'*invalidier* des réserves de caractère trop général ou portant atteinte à la substance de la liberté protégée. Dans les arrêts *Belilos*⁴⁸ et *Loizidou*⁴⁹, notamment, elle a ainsi décidé de sanctionner elle-même les réserves considérées comme contraires à l'objet et au but du traité ou trop générales et « destructrices de fin », et d'invalidier les réserves incriminées tout en affirmant que cette invalidité n'affectait pas l'engagement initial des États en cause, effectuant donc son contrôle sans tenir compte des déclarations condamnées⁵⁰. Naturellement, une telle position se sépare nettement du système classique issu de la *Convention* de Vienne sur le droit des traités. Nous nous sommes largement expliqué sur la spécificité, par rapport au droit international classique, du système des réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme en général⁵¹, et nous y reviendrons. Car cette doctrine a semble-t-il été, non seulement partagée par la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁵², mais a considérablement influencé le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, et irradie sans doute au-delà⁵³...

⁴⁶ G. Cohen-Jonathan, « Quelques observations sur le Comité des Droits de l'Homme des Nations-Unies » dans *Mélanges René-Jean Dupuis*, Paris, Éditions A. Pedone, 1991, 82. À propos de la liberté d'expression en matière commerciale, par exemple, on appréciera la lecture, à la fois proche de l'analyse européenne, mais plus nuancée, de la constatation du Comité des droits de l'Homme, « Violation de la liberté d'expression des citoyens québécois anglophones / *McIntyre et al. c. Canada* » (1993) 5:5-6 RUDH 156.

⁴⁷ Voir cependant les constatations du Comité des droits de l'Homme dans l'affaire *Kindler c. Canada*, Doc. Off. AG NU, 48^e sess., supp. No 40, Doc. NU A/48/40 (1993).

⁴⁸ *Belilos c. Suisse*, (1988) 132 (Sér. A), Cour Eur. D.H.

⁴⁹ *Loizidou c. Turquie*, (1995) 310 (Sér. A) Cour Eur. D.H.

⁵⁰ Voir notre étude sur l'arrêt *Bénilos (29 avril 1988)* (1989) 93 Rev. D.I.P. 273.

⁵¹ Voir notre étude générale sur « Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'Homme: nouveaux aspects européens et internationaux » (1996) 100 Rev. D.I.P. 915.

⁵² Voir par exemple l'avis consultatif rendu le 24 septembre 1982 par la Cour interaméricaine des droits de l'Homme (n^oOC 2/82) (1982) 3 HRLJ 153.

⁵³ Voir « Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'Homme : nouveaux aspects européens et internationaux », *Supra* note 51 aux pp. 943-944.

En effet, sur ce point, le Comité des droits de l'homme, qui est pendant longtemps resté très discret à l'égard des réserves émises par un État partie (voir *M. K. c/ France*, a élaboré le 2 novembre 1994 une observation générale n° 24 (52)⁵⁴, où il affirme sa compétence pour apprécier si une réserve est compatible avec l'objet et le but essentiel du traité. Et si tel n'est pas le cas, il applique le traité en faisant abstraction de la réserve. Une telle attitude «révolutionnaire», qui s'est manifestée à propos de certaines réserves émises par les États-Unis⁵⁵, a provoqué les réactions défavorables d'un certain nombre d'États⁵⁶. Ceci n'a pas ébranlé pour autant la position du Comité des droits de l'homme, qui, faisant un pas de plus, conformément aux termes de son observation générale⁵⁷ (notamment § 13), vient d'invalider, le 2 novembre 1999, une réserve formulée par Trinidad et Tobago⁵⁸. Ce dernier État, qui avait dénoncé le protocole facultatif, l'a en effet ratifié de nouveau mais en émettant une réserve qui n'avait pas été formulée au moment de la ratification du *Pacte*, selon laquelle toutes les personnes ayant fait l'objet d'un verdict de condamnation à mort ne pourraient exercer un droit de requête individuelle devant le Comité pour quelque grief que ce soit. À l'image de la jurisprudence *Loizidou*⁵⁹, le Comité invalide la réserve de Trinidad, et déclare que «l'invalidité des restrictions n'empêche pas pour autant la validité de l'acceptation de la compétence de l'organe de contrôle». Voilà une réaction qui semble tout à fait inspirée par la jurisprudence de Strasbourg. Les États acceptent peut-être avec davantage de difficulté ces éléments restreignant leur souveraineté⁶⁰. Le bras de fer est engagé avec le Comité qui est à bonne école pour sauvegarder les droits fondamentaux de la personne humaine et sanctionner ce qui en l'espèce constitue, selon certains, un véritable *abus de droit*...

D'une manière générale, les tenants du droit international classique devraient en effet comprendre que les instruments relatifs aux droits de l'homme ne sont pas des traités synallagmatiques, mais qu'ils engendrent des obligations *objectives et intégrales que n'affecte pas le principe de réciprocité*. Vouloir y faire application du droit issu de la *Convention* de Vienne sur le droit des traités se révèle très vite une

⁵⁴ Reproduite dans le document d'études n° 3.06, *Supra* note 32 aux pp. 25-28.

⁵⁵ Voir W. Schabas, «Invalid Reservations to the International Covenant on Civil and Political Rights: is the United States still a party?» (1995) 21 *Brooklyn Journal of International Law* 277.

⁵⁶ Voir «Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'Homme: nouveaux aspects européens et internationaux», *Supra* note 51 aux pp. 941-942.

⁵⁷ Document d'études n° 3.06, *Supra* note 32 à la p.25.

⁵⁸ Comité des droits de l'Homme, *Kennedy c. Trinidad et Tobago*, communication n° 845/1999, 2 Novembre 1999, (67^e session, 18 oct-5 nov). Voir aussi pour le contexte, R. Maraj, «Trinidad and Tobago» (1999) 20:4-6 *HRLJ* 280.

⁵⁹ *Supra*, note 49

⁶⁰ Dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*, *supra*, note 49, la Cour avait mis en avant le fait que l'ordre public européen des libertés était, entre autres, caractérisé par la «garantie collective des droits de l'Homme» et le rôle constitutionnel attribué à la Cour en vue de trancher de manière obligatoire tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de la *Convention*. Comparativement, la notion d'ordre public «universel», dans le cadre du *Pacte*, apparaît peut-être à certains États d'une consistance moins forte. Toutefois, le Comité entend bien bénéficier des attributs qui semblent être accordés en matière de réserves aux systèmes régionaux à dominante judiciaire. Très éloquente à cet égard est la lettre de Mme C. Chanet au Président de la Commission du droit international et au Rapporteur spécial sur les réserves aux traités, 9 avril 1998 dans *Rapport du Comité des droits de l'Homme*, Doc. off. AG NU, 53e sess., supp. no 40, Doc. NU A/53/40 (1998).

entreprise absurde. Le Conseil constitutionnel français l'a enfin reconnu dans sa décision du 22 janvier 1999 sur la Cour pénale internationale permanente (et il est à craindre d'ailleurs qu'une application orthodoxe des principes ainsi dégagés et consolidés ne conduise aussi à l'invalidité de plusieurs réserves émises par la France...).

Ceci étant, et en dehors de ces questions de principe, la Cour européenne et le Comité des droits de l'homme des Nations Unies n'ont pas toujours la même position. Ils ne retiennent pas, par exemple, tout à fait la même définition de la notion de «contestation sur un droit civil», qui est l'une des clefs de la garantie du procès équitable. Tel est le cas notamment lorsqu'il s'agit de litiges avec un agent public. Ainsi, dans sa décision du 19 juillet 1994, *Casanovas c. France*⁶¹, saisi d'une communication individuelle d'un fonctionnaire français révoqué disciplinairement, le Comité avait considéré que la procédure de révocation à l'encontre d'un fonctionnaire constituait une contestation sur des droits et obligations de caractère civil au sens du paragraphe 1 de l'article 14 du *Pacte*. Or, saisie en premier lieu, la Commission européenne avait quant à elle déclaré la requête irrecevable comme incompatible *ratione materiae* avec la *Convention*. Dès lors, devant le Comité, le gouvernement français faisait valoir que la recevabilité de la communication se heurtait à la réserve «européenne» formulée au moment de la ratification du Protocole facultatif⁶². Or, pour le Comité des droits de l'homme, encore faut-il, pour que la réserve soit opératoire, que l'instance européenne se soit livrée à un *examen au fond*, fût-ce au niveau de la recevabilité ; en ce sens, c'eut été différent si la requête avait été rejetée comme «manifestement mal fondée». Si elle est incompatible *ratione materiae* avec la *Convention*, *c'est qu'elle ne concerne pas un droit garanti par celle-ci*. Dès lors, rien ne s'oppose à son examen par le Comité. Finalement, c'est à cette condition que le Comité admet la validité de la réserve française et européenne, comme il l'énonce dans son observation générale précitée (§ 14).

Ainsi, dans l'affaire *Casanovas*⁶³, le volet «civil» fait l'objet d'une interprétation large qui s'applique dans les litiges concernant les fonctionnaires. À ce

⁶¹ Décision du Comité des droits de l'Homme paru dans (1994) *R.U.D.H.*, vol. 6 n° 12, aux pp. 455-457.

⁶² La plupart des pays européens, dont la France, ont en effet tenu à éviter qu'une même affaire soit successivement jugée à Strasbourg et à New York. Or, si le risque d'un tel cumul est expressément exclu dans le sens New York – Strasbourg, aux termes de l'article 35 (§2, b) de la *Convention* européenne, en revanche, il reste possible dans le sens Strasbourg – New York. En effet, l'article 5 § 2 du *Protocole facultatif* prévoit simplement que le Comité doit suspendre son examen si la même question a déjà fait l'objet d'une requête devant une autre instance internationale d'enquête ou de règlement; mais rien n'interdit au Comité de statuer une fois que l'autre instance a achevé son examen. À la différence de la *Convention européenne*, il s'agit donc d'une simple clause de *litispendance* et non pas d'une application de principe *non bis in idem*, principe que vise précisément à réintroduire la réserve à l'article 5§2 du *Protocole facultatif*. Il est précisé en ce sens que «le Comité[...]ne sera pas compétent pour examiner une communication émanant d'un particulier si la même question est encours d'examen ou a été déjà examinée par une autre instance internationale d'enquête ou de règlement». *Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, 4 novembre 1950, 213 R.T.N.U. 221, S.T.E. 5 article 35 (§2, b) [ci-après *Convention européenne des droits de l'Homme*].

⁶³ *Supra*, note 61.

dernier sujet, au contraire, dans l'affaire *Neigel c. France*⁶⁴, la Cour européenne considère que toute contestation concernant le recrutement, la carrière ou la cessation d'activité ne porte pas sur un droit civil au sens de l'article 6 § 1. Le conflit entre les deux jurisprudences prenait donc avec l'arrêt *Neigel* une dimension maximale. Pourtant, dans son rapport du 17 octobre 1995, dans cette même affaire, la Commission avait proposé de n'exclure de la garantie de l'article 6 que certaines catégories de fonctionnaires tels qu'ils étaient définis explicitement par le droit communautaire, à propos de la libre circulation des travailleurs.

Dans l'arrêt *Pellegrin c. France*⁶⁵, la Cour européenne s'inspire désormais de cette dernière doctrine. Elle souligne la nécessité de parvenir à une définition autonome des agents publics pour éviter des discriminations dans la garantie du droit à l'article 6 § 1, d'un État à un autre. C'est un critère *fonctionnel* qui sera retenu par la Cour, fondé sur la nature des fonctions et des responsabilités exercées par l'agent. Elle décide que seuls sont soustraits au champ d'application de l'article 6 § 1 de la *Convention* «les litiges des agents publics dont l'emploi est caractéristique des activités spécifiques de l'administration publique, dans la mesure où celle-ci agit comme détentrice de la puissance publique chargée de la sauvegarde des intérêts généraux de l'État ou des autres collectivités publiques». Sur la base de ces considérations, la Cour a examiné la situation du requérant et a estimé qu'en «sa qualité de membre du personnel civil de la Coopération auprès d'États étrangers», et nonobstant son statut d'agent contractuel, il appartenait à la catégorie définie ci-dessus. Par conséquent, l'article 6 § 1 ne s'appliquait pas à son litige concernant la résiliation de son contrat, dont la connotation patrimoniale était cependant très nette...

Sur le terrain des rapports avec le Comité des droits de l'homme, cet arrêt, par ailleurs très critiqué, réduit sans doute, mais n'élimine pas tous les risques de divergences avec la jurisprudence *Casanovas*, laquelle retient comme critère d'applicabilité de l'article 14 la «nature du droit civil» en cause. Le critère, en l'occurrence, n'est pas le même, et la conception des «droits et obligations de caractère civil» est plus large, conformément à l'esprit de la Déclaration universelle de 1948⁶⁶. Il est à espérer que la Cour européenne des droits de l'Homme adopte une analyse restrictive des exceptions à l'application de l'article 6, au-delà des explications peu claires et peu convaincantes qui lui ont permis d'exclure M. Pellegrin du bénéfice d'un droit fondamental. En toute hypothèse, dans le cas *Pellegrin* encore, le Comité des droits de l'homme serait en droit de considérer que la réserve française n'est pas applicable...

⁶⁴ (1997) Cour Eur. D.H., Rec. 1997-II.

⁶⁵ (1999) Req. n° 28541/95, Cour Eur. D.H., non publié.

⁶⁶ Voir l'opinion dissidente des Juges Tulkens et Thomassen, Fischbach et Casadevall, qui estiment notamment qu'«il n'y a pas de raison valable de priver les personnes qui relèvent du service public de la protection juridique qui est considérée pour les autres travailleurs comme une garantie tellement essentielle qu'elle constitue un droit fondamental». Voir aussi J.-C. Soyer, «Retour discret de la raison d'État dans ces États soumis à la raison du droit» dans *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 662.

3. LE CONTRÔLE DES LIMITES AUX DROITS GARANTIS

S'agissant du contrôle des *limites aux droits garantis*, la démarche de la Cour européenne est aussi de plus en plus dominée par le souci d'assurer une protection qui demeure *effective* et ne porte pas atteinte à la substance même des droits.

(a) *La Cour respecte la subsidiarité du contrôle international*

Ainsi, la Cour respecte la *subsidiarité* du contrôle international, et donc le principe de *l'épuisement des voies de recours internes*, conformément à l'article 35 de la *Convention européenne*. Selon les principes généraux du droit international, cette condition a pour objet de permettre aux autorités, et particulièrement aux juridictions nationales, de redresser ou de réparer au besoin les violations des droits individuels. Ceci dit, la règle de l'épuisement ne doit pas constituer un obstacle déraisonnable, par sa complexité ou par sa longueur, empêchant la victime d'une violation de la *Convention* de faire trancher sa réclamation par la Cour. On aboutirait alors à une perte de crédibilité du droit de recours, d'autant plus préjudiciable que le grief allégué est grave, relevant en particulier du champ d'application des articles 2 et 3 de la *Convention*. Or, c'est précisément dans des hypothèses de ce genre - qui exigent une particulière vigilance - que l'on constate des lenteurs et des dysfonctionnements dans les enquêtes, l'instruction ou même l'administration de la justice. L'article 5 du Protocole facultatif au *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* prévoit d'ailleurs que la règle de l'épuisement des voies de recours internes «ne s'applique pas si les procédures de recours excèdent des délais raisonnables». La jurisprudence européenne est à la fois plus nuancée et plus précise, même si elle conduit parfois au même résultat.

Dans un premier temps, la Cour a admis que l'épuisement des recours internes était inutile dans certaines «circonstances spéciales». Dans les affaires turques, la Cour a pris en considération la vulnérabilité physique et psychologique des requérants (objets de menaces et d'intimidation diverses), ainsi que la passivité totale des autorités face au sort des victimes de violation de l'article 3, pour écarter l'application de la règle de l'épuisement. Dans les affaires *Akdivar c. Turquie*⁶⁷ et *Aksoy*⁶⁸, aucune enquête n'avait ainsi été entreprise, paralysant par là même tout recours⁶⁹.

La lecture «*pro victima*» de l'article 35 s'impose également dans la situation examinée par la Cour dans son arrêt *Selmouni c. France*⁷⁰ : face à une allégation de *torture* durant une garde à vue, les réclamations du requérant, et notamment sa plainte avec constitution de partie civile, se sont heurtées, non pas à une absence de procédure, mais à une *lenteur* excessive, notamment dans les enquêtes qui devaient

⁶⁷ (1996) Cour Eur. D.H., Rec. 1996-IV.

⁶⁸ *Aksoy c. Turquie*, (1996) Cour Eur. D.H., Rec. 1996-IV.

⁶⁹ Voir G. Cohen-Jonathan, *Jurisclasseur Europe*, fasc. 6510 (1990), mise à jour n° 78, novembre 1997.

⁷⁰ *Supra*, note 13.

être diligentées. Là encore, l'épuisement des voies de recours internes ne s'imposait plus dès lors pour établir la réalité de la violation de l'article 3. Cet élément, déjà en germe dans la jurisprudence de la Commission, est désormais clairement mis en valeur par la Cour, qui estime que le recours utilisé n'était pas en l'espèce effectif et suffisant pour obtenir réparation, les autorités n'ayant pas pris les mesures *positives* que les circonstances imposaient pour faire aboutir le recours invoqué. La Cour relève qu'il s'agit d'apprécier la diligence avec laquelle l'enquête a été menée, la volonté des autorités d'aboutir à l'identification et à la poursuite des responsables, et, partant, son caractère *effectif*. Cette question revêt une signification particulière si l'on se rappelle que, lorsqu'un individu formule une allégation défendable de violation des dispositions de l'article 3 (ainsi d'ailleurs que de l'article 2), la notion de «recours effectif» implique, de la part de l'État, des investigations approfondies et réelles propres à conduire à l'identification et à la punition des responsables (voir, notamment, les arrêts précités *Aksoy*, § 98, et *Assenov*, § 102 ; *mutatis mutandis*, voir l'arrêt *Særing c. Royaume-Uni*⁷¹, § 88). La Cour considère en l'espèce que les allégations de M. Selmouni, dont le caractère au moins défendable ressortait de certificats médicaux connus des autorités, étaient d'une nature particulièrement grave, au regard tant des faits invoqués que de la qualité des personnes mises en cause (§ 79). Là encore, l'exigence d'épuisement des voies de recours internes ne répond plus à sa finalité profonde⁷².

(b) *Les limitations stricto sensu aux droits énoncés dans la Convention*

S'agissant des *limitations stricto sensu* aux droits énoncés dans la *Convention*, on rappellera que leur but essentiel est de protéger les droits d'autrui ou un intérêt public qualifié. Elles figurent comme des exceptions à une liberté donnée, explicitement énoncées (articles 2, 5...) ou prises par les autorités nationales en application de la «clause générale» selon laquelle une restriction est admissible si, prévue par la loi, elle répond à un but légitime figurant dans la clause et à un besoin «nécessaire dans une société démocratique» (selon les termes du paragraphe 2 des articles 8, 9, 10, 11...). Dans l'appréciation de cette dernière condition, la Cour octroie aux États une marge d'appréciation, qui est variable selon le motif de limitation sans jamais être illimitée, sous peine d'ébranler le contrôle international.

C'est à ce dernier propos que l'on demande à la Cour d'avoir une jurisprudence encore plus cohérente et transparente pour qu'elle puisse être acceptée en suscitant le moins de réticences possibles de la part des États comme des juges européens - parfois, par le biais d'opinions dissidentes. En ce sens, la doctrine elle-même n'est sans doute pas dénuée d'intérêt... Il est vrai que la tâche de la Cour n'est pas facile en présence de 41 États qui revendiquent tous sur un point ou sur un autre une certaine spécificité. La Cour y fait droit parfois, comme dans l'arrêt *Rekvenyi c. Hongrie*⁷³; parfois aussi, on peut se demander si elle a vraiment perçu le sens profond

⁷¹ (1989) 161 (Sér. A), Cour Eur. D.H.

⁷² *Supra* note 13.

⁷³ (1999) Req. n° 25390/94, Cour Eur. D.H., (*non publié*).

d'une institution, d'une loi, d'une réalité sociologique ou historique nationale (on trouve un écho de cette préoccupation dans l'opinion dissidente du Juge français Jean-Paul Costa concernant l'arrêt *Chassagnou et autres c. France*⁷⁴).

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 États soient appréciées restrictivement. Or, la Cour européenne interprète au contraire de manière *fonctionnelle*, et non restrictive, les engagements des États ; et, à l'opposé, elle interprète restrictivement les limitations que les États 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*. Des États ombrageux peuvent naturellement protester contre cette doctrine du «droit vivant», et contre 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 la réalité, du moins - quelle que soit la marge d'appréciation consentie à l'État - 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 européenne⁷⁵. D'autre part, en certaines circonstances, il ne faut jamais perdre de vue que la *Convention européenne des droits de l'Homme* demeure le dernier rempart contre la raison d'État. L'invocation parfois abusive de l'article 15 de la *Convention*, ou les réserves qui voudraient l'affecter (*supra*), en sont un autre signe.

À cet égard, le droit à la *liberté d'expression* est une parfaite *illustration* de l'utilisation abusive qui peut être faite d'une liberté fondamentale, au détriment des droits d'autrui ou de l'ordre public⁷⁶. Sans faire partie du «noyau dur» des droits de l'homme, la liberté d'expression, et *a fortiori* la liberté de la presse, parlée et écrite, est particulièrement protégée par les instances de Strasbourg. Elle est toutefois susceptible, dans certaines circonstances, de heurter gravement les droits d'autrui, en particulier s'ils expriment d'autres droits fondamentaux. Sans doute conçoit-on que, parce qu'elle est liée aux valeurs de démocratie et de liberté, la notion de *transparence* interpelle inévitablement la *Convention européenne des droits de l'Homme*, et qu'elle accroît la liberté qui est notamment reconnue aux médias pour satisfaire le droit du public à recevoir l'information sur tous les grands débats, politiques et d'intérêt général⁷⁷. On constate que la notion de nécessité, à l'aune de laquelle s'apprécient les limitations à des fins légitimes, font l'objet dans ces hypothèses d'une appréciation particulièrement favorable à la liberté d'expression. Mais, comme le suggère très fortement le paragraphe 2 de l'article 10, il y a un équilibre réel à maintenir entre cette liberté et les autres droits fondamentaux. Même quand il s'agit d'une question d'intérêt général, elle doit être traitée avec toutes les *précautions* appropriées, de

⁷⁴ (1999) Cour Eur D.H., Rec. 1999-III.

⁷⁵ *Almeida Garrett mascarenhas falcao et autres c. Portugal*, (2000) Req. n° 29813/96 et 30229/96 Cour Eur. D.H., non publié.

⁷⁶ Pour de nombreux exemples, dans le cadre d'une étude systématique, voir notre contribution «Abus de droit et libertés fondamentales» dans *Mélanges offerts à Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, (à paraître).

⁷⁷ *Supra* note 35.

façon à ne pas porter atteinte indûment au droit à la réputation et à l'honneur d'autrui, ou, dans certaines circonstances, au droit à la présomption d'innocence énoncé à l'article 6, paragraphe 2.

La liberté d'expression risque parfois de porter atteinte au droit de l'homme à la *non-discrimination raciale*. La protection de cette dernière liberté nous paraît être une cause légitime d'ingérence dans la liberté d'expression. Parmi les droits d'autrui qui sont une limite à une totale liberté, figurent en effet très certainement le droit au respect de la dignité humaine, qui apparaît aujourd'hui comme la pierre angulaire de tous les droits fondamentaux. Or, on conviendra que la diffusion d'idées racistes, source d'exclusion et de violence, constitue la violation du droit de chacun à ne pas être soumis à un traitement dégradant. On se reportera à cet égard à l'analyse de la Commission européenne des droits de l'Homme dans l'affaire des *Asiatiques Afrique orientale*⁷⁸. La Cour européenne, même dans l'arrêt précité *Jersild c. Danemark* (et plus encore les sept juges qui ont émis une opinion dissidente), déclare d'ailleurs qu'elle «se rend pleinement compte qu'il importe au plus haut point de lutter contre la discrimination raciale sous toutes ses formes et manifestations» (§ 30)⁷⁹.

Les instruments universels contiennent des formules plus énergiques encore. Ils consacrent une solution qui consiste à considérer que le racisme et la diffusion d'idées fondées sur la haine raciale *sortent du domaine de la liberté* d'opinion et d'expression et que leurs auteurs ne sauraient invoquer cette liberté à leur profit. Ce qui revient à dire que le racisme n'est pas une opinion, mais un délit punissable en tant que tel. On se souvient de la formule de Jean-Paul Sartre dans *Réflexions sur la question juive* : «Exprimer une opinion est une chose, provoquer à la discrimination raciale en est une autre [...]. L'antisémitisme ne rentre pas dans la catégorie de pensées que protège le droit de libre opinion». D'une autre manière, celui qui profère des propos racistes serait en quelque sorte *déchu* du droit d'invoquer la liberté d'expression parce qu'il en *abuse*⁸⁰. En ce sens, on notera que l'article 20, paragraphe 2, du *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* stipule : «Tout appel à la haine nationale, raciale ou religieuse qui constitue une incitation à la discrimination, à l'hostilité ou à la violence est interdit par la loi». Quant à l'article 4 de la *Convention des Nations Unies de 1965 sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale*, il fait obligation aux États parties⁸¹ d'incriminer pénalement tous les actes de racisme, notamment la diffusion d'idées fondées sur la supériorité ou la haine raciale, les activités de propagande et les organisations racistes. Ainsi, les instruments universels marquent très bien la primauté qui doit être accordée à la protection du

⁷⁸ Conseil de l'Europe, *Rapport du 14 décembre 1973, publié en mars 1994*, (1994) Comm. Eur. D.H., DR78-A 5.

⁷⁹ G. Cohen-Jonathan, «Discrimination raciale et liberté d'expression / À propos de l'arrêt de la Cour EDH du 23 septembre 1994, *Jersild c. Danemark*» (1995) 7 R.U.D.H. à la p.1.

⁸⁰ Voir R. de Gouttes, «À propos du conflit entre le droit à la liberté d'expression et le droit à la protection contre le racisme» dans *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 259.

⁸¹ Soit aujourd'hui plus de 150 États, dont la quasi-totalité des États européens.

droit collectif et individuel à la non discrimination raciale dans ses rapports avec la liberté d'expression⁸².

Par comparaison, la dimension européenne des droits de l'Homme est peut être plus nuancée (d'autant plus que certains États parties à la *Convention européenne des droits de l'Homme* ont formulé des déclarations interprétatives en ratifiant la *Convention* de 1965...). Il doit donc exister un équilibre entre ces deux droits fondamentaux, et nous revenons à notre idée que seul l'*abus* de la liberté d'expression en la matière doit être sanctionné, d'une manière qui doit rester *proportionnée*. Ceci étant, il nous semble que la Cour européenne, pour l'instant, a plutôt privilégié indûment la liberté éditoriale du journaliste. Le non-dit de *Jersild*⁸³, par exemple, était certainement sanctionnable puisqu'il aboutissait à créer pour autrui un dommage et une lésion des droits les plus sacrés. De la même manière, dans l'affaire *Lehideux-Isorni c. France*⁸⁴, le non-dit ne constituait en vérité qu'un abus de droit. Sans doute, la Cour condamne les écrits négationnistes⁸⁵, mais c'est pour mieux permettre à un ancien ministre de Pétain de «banaliser», voire de glorifier le régime de Vichy en omettant de manière intolérable des textes et des comportements constitutifs de crimes contre l'humanité⁸⁶. On peut souscrire à une conception dite «équilibrée» dans les conflits entre libertés, mais ces deux derniers arrêts, *Jersild*⁸⁷ et *Lehideux-Isorni*⁸⁸, jettent une note discordante dans la lutte que les États européens (la France, en particulier), et toutes les proclamations du Conseil de l'Europe comme de l'Union européenne, s'efforcent de promouvoir pour la *primauté du respect de la dignité humaine*.

La frilosité dont a fait preuve la Cour européenne jusqu'à présent pour reconnaître un effet utile au droit individuel à la non discrimination raciale - dont la violation constitue aussi une menace pour l'*ordre public* en général - se manifeste à propos d'autres affaires qui déconcertent quelque peu⁸⁹. Elle contraste avec la fermeté avec laquelle elle a condamné le négationnisme à la suite de la Commission, dont

⁸² R. Abraham, *Le droit face au racisme*, Paris, Pedone, 1999 à la p.127.

⁸³ *Jersild c. Danemark supra* note 8.

⁸⁴ *Lehideux et Isorni c. France* (1998) Cour Eur. D.H., Rec. 1998-VII

⁸⁵ Sur ce sujet, on notera la convergence remarquable entre la jurisprudence européenne et celle du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies dans l'affaire *Faurisson c. France* (constatations du 8 novembre 1996). Voir notre étude, «Négationnisme et droits de l'Homme : droit européen et international (la sentence du Comité des droits de l'Homme des Nations Unies *Faurisson c. France*)» (1997) 32 R.T.D.H. aux pp. 571-597. On relèvera simplement que, pour le Comité, le négationnisme est un vecteur privilégié du racisme, et que, sur ce point, l'état du droit interne rejoint aussi le droit européen et international, les juridictions nationales sachant parfaitement débusquer les formes édulcorées du négationnisme. Voir, dans notre article précitée, l'arrêt de la Cour de cassation du 17 juin 1997, *Guionnet*. Il reste à savoir comment assurer un respect minimum de ces principes sur le réseau *internet*. Voir l'avis du 14 novembre 1996 de la Commission française consultative des droits de l'Homme, reporté dans *La lutte c. le racisme et la xénophobie*, La Documentation française, 1996, aux pp. 244-246.

⁸⁶ Voir G. Cohen-Jonathan, «L'arrêt *Lehideux et Isorni c. France* du 23 septembre 1998 : Observations critiques» (1999) 38 R.T.D.H. aux pp. 366-382.

⁸⁷ *Jersild c. Danemark supra* note 8.

⁸⁸ *Lehideux et Isorni c. France* (1998) Cour Eur. D.H., Rec. 1998-VII

⁸⁹ Voir E. Decaux, «La jurisprudence internationale et européenne en matière de non discrimination raciale», in CEDIN-Paris X, *Le droit face au racisme*, Paris, Pedone, 1999, pp. 101-118.

l'attitude s'exprime encore dans les affaires *Marais c. France*⁹⁰ et *Remer c. Allemagne*⁹¹. La défense des droits moraux des survivants du génocide nazi et de leur famille⁹² n'est pas propre à un pays ; mais fallait-il alors à ce point ignorer les droits moraux des anciens résistants et déportés victimes du régime de Vichy dans l'affaire *Lehideux*⁹³, alors que l'apologie en cause constituait bel et bien une forme partielle ou édulcorée du négationnisme ? N'est-il pas abusif de se servir de la *Convention* pour contredire une justice nationale fidèle à l'esprit de la *Convention* en réprimant les crimes contre l'humanité et assimilés ?...

En dehors de telles situations de conflit, et sur deux points au moins, la jurisprudence de la Cour européenne a cependant bien montré les exigences d'une «société démocratique», laquelle suppose naturellement un État de droit. De la sorte, elle a mis l'accent sur la «qualité» que doit présenter la notion de loi, particulièrement lorsque ladite loi détermine les limitations apportées aux droits garantis. Pour la Cour européenne - comme jadis pour la Commission -, la loi doit correspondre à une «norme générale accessible et prévisible», c'est à dire suffisamment précise et complète pour permettre au citoyen de régler sa conduite en connaissance de cause - en s'aidant éventuellement de quelques conseils éclairés. C'est la formule utilisée par la Cour dans l'arrêt *Kruslin c. France*⁹⁴, dans lequel elle explicitait alors les garanties et les indispensables précisions que doit comporter toute loi relative aux écoutes téléphoniques judiciaires⁹⁵. Ici et dans d'autres domaines, le principe dit de *prévisibilité* a pour but d'empêcher d'utiliser des textes trop vagues conférant à l'administration (ou au juge) un pouvoir d'appréciation excessif. Bien entendu, cette précision doit être renforcée en matière répressive ou pénale, comme le confirme une jurisprudence abondante à propos de l'article 7 (principe de la légalité des délits et des peines).

La notion de loi est en général au cœur de nombreuses dispositions de la *Convention*, qu'il s'agisse de la légalité de la détention (article 5), de la privation de propriété (article 1 du *Protocole n°1*), ou du droit à un procès équitable (article 6). À ce dernier sujet, rappelons que dans l'arrêt de *Geouffre de la Pradelle c. France*⁹⁶, la Cour a estimé que la loi prévoyant des recours au titre de la protection des sites était si peu claire que l'on ne pouvait pas l'opposer - déjà au titre de l'épuisement des voies de recours nationales - à un requérant, fût-il un juriste confirmé. Cet impératif de transparence concerne le fonctionnement des institutions et de la justice en particulier, et il est naturellement au centre de la vie démocratique. Il explique pourquoi la Cour

⁹⁰ *Marais c. France* (1996) Req. n° 31159/96 Comm. Eur. D.H., non publié

⁹¹ *Remer c. Allemagne* (1995) Req. n° 25096/94 Comm. Eur. D.H., non publié

⁹² Voir Conseil de l'Europe, *T. c. Belgique* (1983) Comm. Eur. D.H., DR34 aux pp.158, 164, 165.

⁹³ *Lehideux et Isorni c. France* (1998) Cour Eur. D.H., Rec. 1998-VII

⁹⁴ *Kruslin c. France* (1990) 176-A (Sér. A) Cour Eur. D.H.

⁹⁵ Dans l'arrêt *Lambert* (*Lambert c. France* (1998) Cour Eur. D.H., Rec. 1998-V), la Cour européenne a estimé que la loi française de 1991, prise à la suite et en exécution des arrêts *Kruslin*, *Supra* note 94 et *Huvig* (*Huvig c. France* (1990) 76-B (Sér. A) Cour. Eur. D.H.) de 1990, était désormais conforme à l'exigence de prévisibilité de la loi. Encore faudrait-il que soient offertes à l'individu les garanties d'un contrôle efficace apte à limiter l'ingérence à ce qui est «nécessaire dans une société démocratique» ; *Lambert c. France* (1998), 86 Cour Eur. D.H. 2230 ; *Affaire Kruslin*; *Affaire Huvig*.

⁹⁶ *De Geouffre de la Pradelle c. France* (1992) 253-B (Sér. A) Cour Eur. D.H.

européenne, dans l'application du paragraphe 2 de l'article 10, a toujours fait prévaloir le droit des individus à recevoir des informations sur les questions concernant le débat politique ou tout débat d'intérêt général. C'est cette priorité que la nouvelle Cour, à l'unanimité, a fait prévaloir dans son premier arrêt sur le fond, *Fressoz et Roire c. France* rendu le 21 janvier 1999⁹⁷. C'est cette même idée qui conduit le juge européen à interpréter restrictivement toute dérogation imposée au secret des sources journalistiques (*Goodwin c. Royaume-Uni*⁹⁸).

De façon plus générale, c'est donc à propos des exceptions ou *limitations aux droits garantis* que la méthodologie générale de la Cour s'écarte le plus souvent des règles d'interprétation du droit international classique. Alors que ce dernier postule que les limitations de souveraineté des États soient appréciées restrictivement, la Cour européenne interprète quant à elle de manière fonctionnelle les engagements des États et interprète au contraire restrictivement les *limitations* que les États peuvent apporter à l'exercice des droits et libertés. On est loin d'une interprétation textuelle et qui protège de manière rigide la souveraineté des États... Déjà, dans son arrêt du 27 juin 1968, *Wemhoff*⁹⁹, le juge européen résumait bien sa doctrine : «S'agissant d'un traité normatif, il y a lieu... de rechercher quelle est l'interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l'objet de ce traité, et non celle qui donnerait l'étendue la plus limitée aux engagements des parties» (§ 8).

B. L'étendue de la responsabilité internationale des États parties

L'extension du droit de la *Convention* accroît d'autant la responsabilité internationale de l'État 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'État y exerce une compétence relative aux services publics, ou un contrôle. Tel est par exemple le cas de la Turquie à Chypre (affaire *Loizidou*¹⁰⁰).

Mais *ratione materiae*, il faut préciser qu'aux termes de l'article premier de la *Convention*, les États 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 intervienne en application du droit interne ou d'une obligation *internationale*. Dans l'arrêt *Matthews*¹⁰¹, la Cour européenne constate ainsi 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 rappelle que «La *Convention* n'exclut pas le transfert de compétences à des organisations internationales, pourvu cependant que les droits qu'elle garantit

⁹⁷ *Fressoz et Roire c. France* (1999) Cour Eur. D.H., Rec. 1999-I. Sur cette affaire dite du «Canard Enchaîné», voir notre étude avec E. Dreyer, « Recel de violation de secret professionnel et garantie de la liberté d'information », (1990) 160 II *Legipresse* à la p.33.

⁹⁸ *Goodwin c. Royaume-Uni* (1996) Cour Eur. D.H., Rec. 1996-II

⁹⁹ *Wemhoff c. Allemagne* (1968) 7 (Sér. A) Cour Eur. D.H

¹⁰⁰ *Loizidou c. Turquie* (1995) 310 (Sér. A) Cour Eur. D.H

¹⁰¹ *Matthews c. Royaume-Uni* (1999) Cour Eur. D.H., Rec. 1999-I

continuent d'y être 'reconnus'. Pareil transfert ne fait donc pas disparaître la responsabilité des États 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 communautaire¹⁰².

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'écartait trop sensiblement de la jurisprudence protectrice de Strasbourg, dans la ligne de l'arrêt *Cantoni*¹⁰³. À 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 examine 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, basée notamment sur l'article 6, est dirigée contre les quinze États 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*¹⁰⁴). 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'État, dans son unité, qui est responsable dans l'ordre international. Ceci concerne toutes les autorités de l'État, y compris les autorités *constitutionnelles*, comme l'a précisé la Cour dans son arrêt du 30 janvier

¹⁰² Voir notre commentaire avec J.F. Flauss, «À propos de l'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* (18 février 1999)» 4 R.T.D.eur 637. Voir aussi les deux arrêts du 18 février 1999 concernant l'Agence spatiale européenne (P. Weckel, «Chronique des faits internationaux» (1999) 2 Rev. D.I.P. 455) et notre étude générale sur «la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme et le droit international général (1998-99)» (1999) XLV *Annuaire Français de Droit international*, pp. 767-789.

¹⁰³ *Cantoni c. France* (1996) Cour Eur. D.H., Rec. 1996-V. Voir Y. Petit, (mars 1999), *Europe*, chronique IV.

¹⁰⁴ *Matthews c. Royaume-Uni* (1999) Cour Eur. D.H., Rec. 1999-I

1998, *Parti Communiste Unifié de Turquie*¹⁰⁵. Les textes dotés en droit interne d'une valeur constitutionnelle et le «droit constitutionnel communautaire», ainsi que l'a montré l'arrêt *Matthews*¹⁰⁶ 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 européenne (Grande chambre) dans l'affaire *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c. France*¹⁰⁷ concernant une validation législative affectant le cours d'un procès, texte qui avait reçu un «quitus» du Conseil constitutionnel.

Il faut rappeler que, dans cette affaire, la Commission européenne des droits de l'Homme avait pour sa part déjà censuré une décision de la Cour de cassation qui ne considérait pas comme contraire à l'article 6 § 1 de la *Convention* une loi de validation intervenue au cours d'une instance devant elle, après que les juridictions d'appel eurent donné gain de cause aux requérants. Autrement dit, par la loi de validation, l'État «intervenant» de manière décisive pour orienter en sa faveur l'issue imminente d'une instance déjà fixée au fond en sa défaveur, et à laquelle il était lui-même partie. Cette ingérence a été jugée incompatible avec le droit à un procès équitable, interprété sur ce point dans l'arrêt de principe des *Raffineries grecques*¹⁰⁸. Ce faisant, dans ce rapport du 9 septembre 1997¹⁰⁹, la Commission allait déjà à l'encontre du Conseil Constitutionnel qui s'était prononcé en faveur de la constitutionnalité de la loi de validation. Ceci montre clairement qu'il faut bien distinguer entre constitutionnalité et conventionnalité d'une loi...

En vérité, en cas de conflit de ce genre, la primauté de la *Convention* est, dans l'ordre européen, un principe incontournable, étant donné aussi le nombre d'États parties à la *Convention*. Il y a aujourd'hui 41 États 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*. 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'État, comme une tentation permanente, et quelle que soit la forme de l'État, fut-il démocratique, il y a toujours la tentation de la raison d'État»¹¹⁰.

¹⁰⁵ *Parti Communiste Unifié de Turquie* c. Turquie (1998) Cour Eur. D.H., 1998-I. Voir aussi *Gitonas c. Grèce*, (1997) Cour Eur. DH., Rec. 1997-IV.

¹⁰⁶ *Matthews* c. Royaume-Uni *supra* note 101.

¹⁰⁷ *Supra* note 1.

¹⁰⁸ *Raffineries grecques* (1994), 1 *Justices* à la page 167.

¹⁰⁹ Voir notre chronique, «L'activité de la Commission européenne des droits de l'Homme» (1997) XLIII *Annuaire Français de Droit International*, p. 594.

¹¹⁰ Assemblée Consultative du Conseil de l'Europe, Compte rendus, 1949, tome 1 aux pp. 216-217.

II. L'application du droit de la *Convention*

La mise en œuvre du droit de la *Convention* dans les ordres nationaux doit être améliorée ; elle constitue en effet le relais indispensable pour une mise en œuvre harmonieuse des standards européens sur les droits de l'homme. En effet, pour l'édification d'un ordre européen des libertés, la contribution des États est capitale pour dûment 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 États 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 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*¹¹¹), ou encore permette l'affirmation d'une conscience culturelle minoritaire au sein d'une partie de la population (arrêt *Sidiropoulos et autres c. Grèce*¹¹²).

C'est donc sur ce point que reposent les perspectives les plus sérieuses 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'État en cause.

A. L'exécution des arrêts de la Cour

Dans ce domaine, le bilan est dans l'ensemble très acceptable. Mais 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 (article 46, paragraphe 2 de la *Convention européenne*), le Comité des Ministres incite souvent les États, 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 États 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 États sont parfois particulièrement lents à se soumettre à une telle obligation, alors qu'il s'agit là d'un élément primordial de *prévention* des violations des droits de

¹¹¹ *Airey c. Irlande* (1979) 32 (Sér. A) Cour Eur. D.H

¹¹² (1998) Cour Eur. D.H., Rec. 1998-IV, au par. 44

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 États, non seulement les mesures générales, mais les mesures *particulières* qu'il convient de prendre pour accorder à la victime, en tenant compte de sa situation concrète, une meilleure *réparation*¹¹³. En effet, au-delà d'une indemnité compensatrice, ce que demande la victime, c'est que l'État efface le plus possible les conséquences d'une violation : elle cherchera par exemple à obtenir la restitution d'un bien arbitrairement confisqué, ou la cessation d'une détention illégale, ou encore le droit de rester sur le territoire pour une personne menacée d'expulsion dans des conditions contraires à la *Convention*... En bref, c'est à une véritable *restitutio in integrum* qu'elle prétendra.

Or, 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 février 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. c. France* du 25 mars 1992¹¹⁴ 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 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...

C'est d'ailleurs pourquoi certaines législations nationales prévoient la *réouverture* de la procédure judiciaire nationale dans la cas où les institutions de Strasbourg constateraient l'existence d'une violation de la *Convention*. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe s'est aussi 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* du système européen, qu'il s'agisse des suites de l'affaire des *Raffineries grecques*¹¹⁵ ou de celles concernant l'arrêt *Loizidou*¹¹⁶. En dehors du versement d'une indemnité, les revendications concernent les mesures individuelles que, selon le Comité des Ministres, un État doit prendre comme conséquences inéluctables d'un arrêt de condamnation. Cela vise par exemple, dans l'arrêt *Parti socialiste et autres c.*

¹¹³ G. Cohen-Jonathan, *Aspects européens des droits fondamentaux*, Paris, Montchrestien, 1999 à la p.67.

¹¹⁴ (1992) 232-C (Sér. A) Cour Eur. D.H

¹¹⁵ *Supra* note 10.

¹¹⁶ *Supra* note 49. Conseil de l'Europe, Comité des Ministres, «Recent activities to overcome unacceptable developments in a few member states, inter alia in France (Hakkar case), in Greece (Stran Greek Refineries case), and in Turkey (case of Loizidou, and another 13 cases): Editor's note (1999) 20 H.R.L.J. 134.

Turquie du 25 mai 1998¹¹⁷, la situation du président du parti, M. Perinçek, injustement condamné selon la Cour¹¹⁸. Or la Turquie n'a pris aucune mesure corrective. Les parlementaires estiment que, face à un tel «dénî de justice», l'action du Comité des Ministres pourrait être plus énergique. Tel est également le sentiment de l'Assemblée dans l'affaire *Hakkar c. la France*¹¹⁹. 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 nationale¹²⁰. En bref, la Commission européenne 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 la condamnation du requérant 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 avocat¹²¹. La Commission avait conclu à l'unanimité à la violation de l'article 6, paragraphes 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 du requérant, 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 doit être considérée comme une cause légale de révision ou de reprise d'une procédure¹²².

En ce sens, prolongeant les travaux du Comité d'experts pour l'amélioration des procédures de protection des droits de l'homme, 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 États 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, p.9038). 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

¹¹⁷ (1998) Cour Eur. D.H., Rec. 1998-III

¹¹⁸ Assemblée parlementaire, 21 septembre 1999 –Réponses du Comité des Ministres aux questions écrites. AS (1999) CR 27, addendum 1 à la p.3.

¹¹⁹ Comité des ministres, (1995) Req. n° 19033/91.

¹²⁰ Voir par exemple, le quotidien *Libération* du 8 novembre 1999.

¹²¹ 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.

¹²² Voir notre étude générale, «Quelques considérations sur la réparation accordée aux victimes d'une violation de la *Convention européenne des droits de l'Homme*, dans *Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000 aux pp. 109-140.

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 États parties à la *Convention*. Il serait donc utile que la réforme soit prolongée en ce sens. Tous les États seront invités à tirer les conséquences de la recommandation précitée du Conseil de l'Europe.

Parallèlement, ce dernier sera amené à poursuivre la révision de son règlement intérieur concernant l'article 46 de la *Convention*, afin surtout de permettre à la victime d'une violation de *faire connaître* au Comité ses observations concernant l'octroi d'une satisfaction équitable ou les conditions d'une réparation concrètement appropriée. L'objectif est 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 de l'arrêt en question. 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'État en cause, sans préjudice de la confidentialité de ses délibérations.

Au niveau universel, par comparaison, si, sur un plan formel, les constatations du Comité des droits de l'homme des Nations Unies sont dépourvues de force obligatoire, il ne faudrait pas cependant se contenter de ce trait pour qualifier l'autorité dont elles sont investies. D'abord, ce Comité indépendant se comporte comme un organe quasi-judiciaire pour qualifier juridiquement les agissements incriminés et constater les violations des dispositions du *Pacte*. Aujourd'hui, on constatera que la motivation s'est beaucoup affinée, et qu'elle s'est développée suffisamment pour donner corps à une «jurisprudence» à laquelle le Comité se réfère. En vérité, les constatations du Comité se situent au cœur de l'acte juridictionnel : en théorie générale du droit, l'acte juridictionnel a pour fin de trancher une contestation sur la base du droit, avec, en principe, autorité formelle de chose jugée. Nous retrouvons dès lors dans les constatations ce qui constitue l'essence de l'acte juridictionnel, à l'exception naturellement de l'autorité formelle de la chose jugée. Ainsi, «l'autorité de la chose constatée» a une portée originale, authentifiée par le fait que le Comité est investi par le *Protocole* de la mission d'examiner une communication relative à la violation d'un droit protégé par le *Pacte*, et de se prononcer sur ladite violation. Le fondement de son action est bien un traité international dont il rappelle aux États mis en cause toutes les obligations. En effet, en ratifiant le *Pacte* et le *Protocole*, chaque État partie a «accepté l'obligation juridique de donner effet à leurs dispositions». Dès lors, le Comité estime que «l'État partie est tenu de prendre des mesures appropriées pour donner un effet juridique aux constatations du Comité concernant l'interprétation et l'application du *Pacte* dans des cas particuliers soumis au titre du Protocole facultatif» (1994, *Denzil Roberts c. Barbade*).

Ainsi, les observations générales du Comité constituent sans doute des indications très utiles sur la manière dont ce dernier veut interpréter les dispositions du *Pacte*, d'une certaine façon elles sont exemplaires, puisque saisi au «contentieux», le Comité aura naturellement tendance à les considérer comme les principes de base à

appliquer dans l'examen de cas individuels, comme nous avons d'ailleurs pu le constater plus haut à propos des réserves (décision du 2 novembre 1999, *Kennedy c. Trinidad et Tobago*). Inversement, ces observations générales – qui peuvent être révisées – sont nourries des conclusions que l'institution a adoptées à l'occasion de communications individuelles. Par ailleurs, à ces observations générales, s'ajoutent les observations dites encore «générales», mais en fait individualisées, qui ponctuent l'examen des rapports périodiques. On constate à cet égard que les États n'y sont pas insensibles, et que plusieurs d'entre eux ont été conduits à adapter leur droit interne, ou à modifier certains comportements à la suite de la demande exprimée par le Comité. Au Canada et au Québec, plusieurs modifications significatives de la législation résultent ainsi des observations individualisées du Comité¹²³.

Ce qui est aussi original, c'est que le Comité ne se limite pas à établir l'existence d'une violation, mais qu'il en tire toutes les conséquences appropriées et indique à l'État les mesures, tant générales que particulières, qu'il doit prendre pour se conformer au *Pacte*. En ce sens, il va plus loin que certaines juridictions internationales dans ce même domaine. Ainsi, les arrêts de la Cour européenne ont force obligatoire, mais sont *déclaratoires* : la Cour constate un manquement, et c'est à l'État de tirer les conséquences que nécessite l'arrêt. Heureusement, comme nous l'avons expliqué plus haut, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, ces toutes dernières années, a pris des initiatives pour inciter fortement les États à prendre toutes les mesures appropriées, générales et particulières, propres à éviter la violation pour l'avenir et à aboutir à une véritable *restitutio in integrum* pour la victime¹²⁴. Mais à la limite, l'exemple est venu de ce Comité des Nations Unies, toujours plus précis et pressant dans les demandes qu'il adresse à l'État condamné. Ainsi, dans sa constatation du 29 juillet 1981, après avoir constaté la violation par l'Uruguay de plusieurs articles du *Pacte*, le Comité déclare : «En conséquence, le Comité est d'avis que l'État partie est tenu, en application du paragraphe 3 de l'article 2 du *Pacte*, d'offrir à Lilian Celiberti de Casariégo un recours utile, y compris sa libération immédiate, l'autorisation de quitter le pays et une indemnisation pour les violations qu'elle a subies, et de prendre des mesures pour garantir que d'autres violations similaires ne se reproduiront pas»¹²⁵.

Au surplus, le Comité a pris l'habitude de demander aux États mis en cause de lui faire connaître les *suites* qui ont été données à ses constatations. Dans l'ensemble, les États répondent à cette sollicitation et font savoir les mesures prises pour donner effet aux constatations, qu'il s'agisse par exemple de la libération de prisonniers (Uruguay en 1984...) ou de modifications législatives suggérées (Ile

¹²³ Sur le comportement assez exemplaire du Canada et du Québec, voir D. Turp, *La mise en oeuvre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques à la lumière de l'expérience du Canada et du Québec*, thèse de doctorat en droit, mai 1990, Université Panthéon-Assas, à la p. 137 et s. ; Voir aussi W. Schabas & D. Turp, *Droit international, canadien et québécois des droits et libertés*, Notes et documents, 2^e éd. Cowansville, Yvon Blais, 1998 à la p.367.

¹²⁴ La Cour interaméricaine des droits de l'Homme a quant à elle le pouvoir d'ordonner la *restitutio in integrum*, en application de l'article 63(1) de la *Convention américaine des droits de l'Homme*. A défaut, elle accorde classiquement à la partie lésée une réparation pécuniaire.

¹²⁵ Communication n° 56/1979, *Celiberti de Casariégo c. Uruguay*, voir document d'études n°3.06, *Supra* note 32 à la p. 21.

Maurice, Finlande, Canada...). Mais il y a encore des lenteurs, des «silences», et même parfois des fins de non-recevoir. En 1990, le Comité a ainsi décidé de nommer un Rapporteur spécial chargé du suivi des constatations dans lesquelles une violation a été relevée (on recensait 253 cas de violations constatées durant la période 1979 - juillet 1999). Dès 1991, le Rapporteur spécial a envoyé aux États parties des demandes d'information sur la suite qu'ils ont réservée aux constatations les concernant. En juillet 1999, aucune réponse n'avait été transmise pour plus de 80 constatations (mais dans plusieurs cas, l'auteur de la communication avait fait savoir au Secrétariat qu'aucune suite n'avait été apportée par l'État mis en cause). De plus, sur les 152 réponses reçues, seules 30 % environ peuvent être considérées comme satisfaisantes, l'État en cause ayant pris les mesures particulières ou générales requises par le Comité ou ayant accordé l'indemnité demandée. Dans les autres hypothèses, l'État adopte une attitude dilatoire ou conteste ouvertement les constatations du Comité en invoquant des raisons de fait ou de droit - parfois bien tardivement présentées...

En ce qui concerne la France, une note du 29 janvier 1998 fournit des renseignements sur la suite donnée aux constatations relatives à l'affaire *Hopu* du 29 juillet 1997. Le Comité, s'agissant de requêtes présentées par des polynésiens résidant à Tahiti, avait conclu que «la construction d'un complexe hôtelier sur les lieux de sépulture ancestraux a bien représenté une immixtion dans la vie de la famille et la vie privée», en violation des articles 17 § 1 et 23 § 1 du *Pacte*. En vérité, la condamnation sur cette base n'était pas évidente, tant les notions de «famille» et de «vie privée» sont analysées de manière large, même dans un contexte polynésien. Il semble bien qu'une telle attitude avait pour but de contourner la réserve formulée par la France à propos de l'article 27 sur la protection des minorités¹²⁶. Quoi qu'il en soit, la France donne des informations sur les mesures juridiques récemment adoptées pour la protection des sites culturels. S'agissant du site mis en cause dans l'affaire *Hopu*, l'État partie dit qu'un rapport archéologique de juillet 1996 a circonscrit le site avec précision et qu'après une étude scientifique, il a été décidé de modifier le plan de construction initial pour protéger les tombes proches de la mer. On a bâti un mur de soutènement pour les préserver.

On se doute que les réponses apportées par les États sont inégales. Lorsqu'ils ne demeurent pas silencieux, certains, comme nous l'avons dit, rejettent purement et simplement la recommandation du Comité. Tel est encore le cas récemment de la Géorgie ou de la Jamaïque¹²⁷. La France elle-même a mis davantage de temps à tirer les conséquences des violations constatées le 30 avril 1989 dans l'affaire *Guéyé et consorts*¹²⁸. Sur le fond, la constatation concernait la portée du principe de non-discrimination et d'égalité devant la loi selon l'article 26 du *Pacte*. Les requérants –

¹²⁶ Les difficultés posées par cette réserve française sont bien perceptibles dans les deux séries d'opinions dissidentes, en sens contraire, qui assortissent lesdites constatations (CCPR/6/60/D/549/1993/Rev. 1, 16). Voir aussi M. Bossuyt, «Chronique de jurisprudence du Comité des droits de l'Homme 1993-1997» (1998) 35 Rev. Trimestrielle des Droits de l'Homme à la p. 555.

¹²⁷ *Rapport du Comité des droits de l'Homme*, Doc. off. AG NU, 54^e sess., supp. no 40, Doc. NU A/54/40 (1999), aux pp. 110-11.

¹²⁸ *Supra* note 33 à la p. 425 et s.

744 anciens militaires de carrière retraités de l'armée française résidant au Sénégal – mettaient en cause un régime de « cristallisation » des pensions militaires qui défavorisait les anciens combattants n'ayant pas conservé la nationalité française après l'indépendance du Sénégal. Contrairement à la thèse défendue par le gouvernement français, le Comité confirma une jurisprudence désormais classique (et exposée plus haut), selon laquelle le principe d'égalité énoncé à l'article 26 s'applique non seulement aux droits civils et politiques garantis dans le *Pacte*, mais vise *tout* domaine réglementé et protégé par les pouvoirs publics. Il concerne donc aussi les droits économiques, culturels et sociaux – qui font l'objet d'un *Pacte* distinct – et couvre ainsi les droits à pension. Sans doute, le Comité prend soin de rappeler qu'une différence fondée sur des critères « raisonnables et objectifs » et répondant à un « but légitime » au regard du *Pacte* n'équivaut pas à une discrimination interdite au sens de l'article 26. Toutefois, en l'espèce, la différence de nationalité ne constituait pas une justification suffisante pour fonder une discrimination du régime de pension parmi les anciens militaires de carrière. La constatation a donc été adoptée le 30 avril 1989. Pendant longtemps, le gouvernement français est resté insensible aux demandes du Comité d'en tirer les conséquences. Encore en 1995, son manque de collaboration était dûment relevé avant qu'il ne procède au réajustement de la pension des anciens soldats sénégalais de l'armée française. Il en a ainsi avisé le Comité par une note en date du 30 janvier 1996¹²⁹. Mieux vaut tard que jamais...

Sans doute, pour le Conseil d'État français, le *Pacte international* comporte des obligations normatives qui sont *self-executing* et d'effet direct. Mais il est apparu que le Conseil interprète le *Pacte* de manière textuelle, sans tenir compte du sens et de la portée attribuée par le Comité des droits de l'homme, qui plus est en en prenant parfois le contre-pied. L'exemple le plus connu en l'espèce est l'avis rendu le 15 avril 1996, en Assemblée, dans l'affaire *Doukouré*. Il s'agissait encore du problème de la « cristallisation » d'une pension de réversion concernant la veuve, de nationalité sénégalaise, d'un ancien combattant. La requérante invoquait l'article 26 du *Pacte* selon lequel « toutes les personnes sont égales devant la loi et ont droit, sans discrimination, à une égale protection de la loi ». Le point central du débat était encore de savoir si cette clause s'appliquait également à un droit économique et social (une pension), au-delà des droits civils et politiques énoncés dans le *Pacte*.

La jurisprudence du Comité, que nous avons rappelée plus haut, est des plus claires, et le gouvernement français avait été déjà condamné sèchement dans l'affaire *Guéyé* en 1989 pour avoir refusé d'appliquer le principe de non-discrimination de l'article 26 à des droits sociaux du même genre. C'est pourquoi, les conclusions fort détaillées du commissaire du gouvernement démontrent de façon pertinente – sur la base des travaux préparatoires¹³⁰ et de la jurisprudence – que l'article 26 s'applique

¹²⁹ *Rapport du Comité des droits de l'Homme*, Doc. off. AG NU, 53^e sess., supp. no 40, Doc. NU A/53/40, n° 459. Voir J. Dhommeaux, « L'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le droit des pensions » (1996) 12 R.F.D.adm. 1239 à la p. 1241.

¹³⁰ N'oublions pas que l'article 26 a pour origine l'article 7 de la *Déclaration universelle des droits de l'Homme*, Rés. AG 217(III), Doc. off. AG NU, 3^e sess., supp. n° 13, Doc. NU A/810 (1948) 71, art. 7, qui « interdit toute discrimination de droit ou de fait dans tous les domaines relevant de l'autorité et de la protection des pouvoirs publics ».

aux droits économiques, sociaux et culturels, et qu'il est d'application immédiate. Dans un avis très lapidaire, le Conseil d'État écarte une telle conclusion, au motif que la requérante ne peut utilement se prévaloir de l'article 26 du *Pacte*, qui ne peut concerner que les droits énoncés par ce *Pacte*. Et une telle motivation sera confirmée dans l'affaire *Parodi* (décision du 12 février 1997). Nous comprenons mal cet acharnement du Conseil d'État à rester attaché à son interprétation textuelle de l'article 26, alors que l'interprétation bien établie du Comité va clairement dans le sens contraire. N'était-ce pas dans l'affaire *GISTI* que le commissaire du gouvernement Abraham montrait toute l'utilité d'interpréter les traités internationaux en tenant compte de la «jurisprudence» de l'organe de contrôle institué pour clarifier le contenu des obligations – à l'égard de *tous* les États parties – et contrôler leur application ? À quoi sert donc le Comité d'experts indépendants, et quelle peut être l'utilité du seul grand *Pacte international sur les droits civils* à l'échelle universelle s'il fait l'objet d'une lecture particulière de la part de chaque État partie ?

En réalité, le «choc frontal» avec la jurisprudence du Comité est très rare. Il semble que le Conseil d'État français – face à une interprétation, jugée alors audacieuse, de l'article 26 – ait voulu rester fidèle à la conception de l'article 14 de la *Convention européenne*, selon laquelle la règle de non-discrimination ne concernait que les droits garantis dans la *Convention*. C'est seulement lorsque, depuis 1996, la Cour européenne (arrêt *Gaygusuz*¹³¹), par une interprétation constructive (voir *supra*), a appliqué en fait le principe de non-discrimination à des droits sociaux, que le Conseil d'État a décidé de renverser sa jurisprudence (arrêt du 5 mars 1999, *Rouquette*, précité). Finalement, il s'est donc rangé, indirectement, à l'avis du Comité des droits de l'homme – dans un large domaine tout au moins –, via l'influence du *Pacte* sur la *Convention européenne*¹³²...

Pour le reste, l'impression générale que l'on a en analysant l'application du *Pacte* par les juridictions administratives et judiciaires françaises est assez décevante. Sans doute, les juridictions appliquent-elles les dispositions du *Pacte* qu'elles considèrent comme *self-executing* et d'effet direct, invocables dans les litiges qu'elle examine. Par contre, en schématisant quelque peu, nous avons l'impression, d'abord, que le *Pacte* est interprété textuellement, abstraction faite de la jurisprudence du Comité, et que, d'autre part, sa prise en considération n'est pas décisive. Lorsqu'il est mis en avant, c'est plutôt, précisément, à titre «confortatif», pour souligner un enseignement issu de la *Convention européenne* – fût-elle elle-même influencée par la doctrine onusienne - ou un mouvement amorcé en droit interne.

Dans une étude intitulée «The Status of the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR) in the Domestic Law of State Parties : an Initial Global Survey through UN Human Rights Committee Documents», Christopher Harland passe en revue minutieusement l'application du *Pacte* dans les différents États parties dans le monde¹³³. À part l'île Maurice, l'Équateur, ce sont plutôt des États européens

¹³¹ *Supra* note 31

¹³² Et sans doute à l'évolution amorcée en droit interne même par le Conseil constitutionnel français. Voir *Supra* note 33 à la p. 425 et s.

¹³³ (2000) 22 Hum. Rts. Q. 187 à la p. 193.

(France, Belgique, Espagne, Pays-Bas ou Italie) qui font référence au *Pacte*. En ce sens, ce dernier constitue sans nul doute un instrument qui, dans une certaine mesure, est complémentaire par rapport à la *Convention européenne des droits de l'Homme* ; à cet égard, son effet utile ne peut être nié sur le plan européen. On souhaiterait simplement qu'il en soit ainsi à l'échelle réellement universelle de ses États parties... Mais il s'agit là de l'application du traité en droit interne et de son imprégnation par les autorités nationales, et, sur ce point, il y a tout de même une différence très sensible entre l'application du *Pacte* et celle de la *Convention*.

B. Vers une plus grande prise en considération du droit de la *Convention*

Mais, que ce soit au niveau universel ou au niveau européen, il reste qu'à la fonction contentieuse et réparatrice, tout système de protection doit, pour être viable, ajouter un développement de la fonction de *prévention*.. Celle-ci joue en effet dans le domaine de la protection des droits de l'homme un rôle de plus en plus important. 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*. D'autre part, chacun des droits énoncés dans la *Convention* doit faire l'objet d'un recours effectif (article 13), 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, Monsieur Wildhaber, la marge d'appréciation consentie aux États 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 soit 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'État défendeur, mais de l'ensemble des États parties.

1°) Car en dehors de tout contentieux, les États doivent être conscients de leurs obligations telles qu'elles sont précisées par une jurisprudence bien établie de la Cour, ce qui suppose d'abord une *information* claire et complète dans une langue compréhensible pour tous. Les difficultés et le coût de la traduction ont conduit certains pays, comme la Hongrie, à créer au sein de leur Cour Suprême une cellule des droits de l'homme chargée de diffuser les principaux arrêts rendus par la Cour européenne auprès des milieux judiciaires. Depuis quelques mois, le Bureau des droits de l'homme du Ministère français de la Justice diffuse un bulletin d'information de ce genre auprès des différentes juridictions. Mais, après le constat des lacunes d'*internet* en ce domaine, il faut s'attacher à ce problème très sérieusement et de manière plus générale et rapide si l'on veut parvenir à un résultat satisfaisant sur le plan de la prévention. Une telle prévention serait évidemment utile pour limiter

l'accumulation de recours, à condition que la jurisprudence européenne soit, non seulement lisible, mais qu'elle fasse l'objet d'un effort particulier de traduction, 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 États parties, il serait fondamental, toujours 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'avéreraient nécessaires. D'ailleurs, de telles suggestions sont déjà exprimées dans les rapports annuels de certaines Cours suprêmes des États, mais elles pourraient être développées. Tous les organes du Conseil de l'Europe participent, d'une manière ou d'une autre, à la réalisation de cet objectif : au *monitoring* par thème conduit sous l'autorité du Secrétaire général, s'ajoute le contrôle exercé sur les différents pays par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe. Quant au futur Commissaire aux droits de l'homme, il pourra également fournir des rapports au Comité des Ministres, mais aussi prodiguer des avis, voire des conseils, à certains États en cas de carence déterminée. À cela s'ajoute le Comité européen pour la prévention de la torture¹³⁴, dont le travail inlassable est de faire cesser, avant qu'elles ne se créent ou ne se développent, des pratiques contraires à l'article 3 de la *Convention européenne*. Son rôle en faveur de toutes les personnes internées en Europe mérite d'être ici salué¹³⁵.

Compte tenu de ces différents efforts, surtout dans ce dernier domaine, il est presque anachronique que les *mesures conservatoires* décidées par la Cour ne soient pas respectées par les États pour éviter un préjudice irréparable. Quand donc la Cour européenne reviendra-t-elle à une doctrine qui, s'écartant enfin de l'arrêt *Cruz Vras*¹³⁶, tiendra compte de la *spécificité* du système européen de protection, dont nous avons souligné plusieurs manifestations (*supra*), mais aussi de la *crédibilité* même de son mécanisme de contrôle ? Il est en effet des situations où la Cour européenne peut (article 39 de son règlement intérieur) demander à un État de surseoir à statuer si le préjudice susceptible d'être causé au requérant, en violation des droits de l'homme, risque d'être irréparable. Il nous semble que dans certaines circonstances où la vie ou le respect de l'intégrité physique et de la dignité humaine sont en jeu, une telle demande devrait être considérée par les États comme *obligatoire* sous peine de remettre en cause l'efficacité même du droit de recours individuel, en

¹³⁴ Il s'agit du Comité d'experts indépendants créé dans le cadre de la *Convention européenne de 1987 pour la prévention de la torture et des peines et traitements inhumains ou dégradants*, ratifiée par 40 États membres du Conseil de l'Europe. Voir G. Cohen-Jonathan, «Le Comité européen pour la prévention de la torture et la déclaration publique relative à la Turquie» (1993) 97 Rev. D.I.P. 419.

¹³⁵ Voir le rapport de la Commission présidée par M. Guy sur «L'amélioration du contrôle extérieur des établissements pénitentiaires» *Rapports officiels*, La Documentation française, mars 2000.

¹³⁶ *Cruz Vras et autres c. Suède* (1991) 201 (Sér. A) Cour Eur. D.H.

violation de l'article 34 de la *Convention*. Nous nous sommes déjà largement expliqué sur ce point¹³⁷. Cela concerne surtout, là encore, les articles 2 et 3 de la *Convention*, mais, exceptionnellement, cela risque d'être fondé sur l'article 6 de cet instrument.

Dans l'affaire *Öcalan c. Turquie*¹³⁸, compte tenu du risque que le requérant soit jugé par un tribunal que la Cour européenne a déjà estimé, dans d'autres affaires, ne pas être conforme aux exigences de l'article 6 sur le droit à un procès équitable, et sans doute aussi du fait qu'en l'espèce, l'accusé risquait la peine de mort, la Chambre a tenté d'encadrer méticuleusement les conditions du procès dans des mesures provisoires qui ont été communiquées au Comité des Ministres. Or, sur cette question, la Cour européenne, à une voix de majorité, n'a pas osé déclarer que, dans certaines conditions, de telles mesures provisoires étaient contraignantes pour les États. Nous savons que, dans la grande majorité des cas, les États sont soucieux de respecter les mesures conservatoires indiquées par la Cour, même s'il existe quelques exceptions récentes, en France et en Belgique par exemple. Peut-être la nouvelle Cour reviendrait-elle sur sa regrettable jurisprudence *Cruz Varas*¹³⁹, en s'inspirant par exemple du contentieux interaméricain des droits de l'homme, dont l'originalité en ce domaine doit être relevée. L'article 63, paragraphe 2, de la *Convention américaine relative aux droits de l'Homme* habilite ainsi la Cour interaméricaine à ordonner, en cas de gravité extrême ou d'urgence, toutes les mesures préventives nécessaires pour sauvegarder les droits et libertés particuliers et éviter des torts irréparables à des personnes. À cause sans doute de la spécificité des violations des droits de l'homme perpétrées sur le continent latino-américain, la Cour a jusqu'à présent surtout appliqué cette disposition aux fins de protéger la vie, l'intégrité physique et la sécurité des victimes ou des membres de leur famille, ainsi que celles des témoins appelés à comparaître, voire des juges, procureurs ou avocats impliqués dans les affaires considérées. En ce sens, les mesures provisoires ou conservatoires ordonnées dans le cadre du contentieux latino-américain peuvent être rapprochées de celles que pratiquent, par exemple, les tribunaux pénaux internationaux pour le Rwanda ou pour l'ex-Yougoslavie¹⁴⁰.

Nous ne nous attarderons pas sur l'application de la *Convention* par les juridictions nationales¹⁴¹. Mais on peut dire d'une manière générale que jamais le droit de la *Convention* (entendu comme englobant la *Convention* elle-même, mais aussi la jurisprudence de la Cour, chargée par les États de l'interpréter de manière authentique et de trancher par voie de décision obligatoire tous les incidents d'application) n'a été aussi souvent au centre de la vie juridique nationale et internationale. Rares sont les domaines qui échappent aujourd'hui à son emprise, qu'il

¹³⁷ Voir G. Cohen-Jonathan, «De l'effet juridique des mesures provisoires dans certaines circonstances et de l'efficacité du droit de recours individuel: à propos de l'arrêt de la cour de Strasbourg *Cruz Varas* du 20 mars 1991» (1991) 3 R.U.D.H. 205.

¹³⁸ *Öcalan c. Turquie* (1999) Cour Eur. DH., non publié.

¹³⁹ Supra note 136

¹⁴⁰ Voir notamment R. Nieto Navia, «Las medidas provisionales en la Corte interamericana de derechos humanos : Teoría y Praxis» dans R. Nieto Navia, dir., *La Corte y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, San Jose, CIDH, 1994, aux pp. 369-98.

¹⁴¹ Voir G. Cohen-Jonathan, *Aspects européens des droits fondamentaux*, 2^e ed., Paris, Montchrestien, 1999 à la p. 69 et s.

s'agisse des droits procéduraux ou des droits substantiels, du droit public ou du droit privé, du droit pénal, du droit fiscal, ou désormais du droit international privé (nous songeons ici, par exemple, aux arrêts rendus les 1^{er} juin 1994 et 11 mars 1997, dans lesquels la Cour de cassation s'est appuyée sur l'article 5 du *Protocole 7* pour justifier son refus de reconnaître des répudiations unilatérales intervenues entre deux époux domiciliés en France...). En France, comme dans bien d'autres pays européens, le Gouvernement, le législateur, les Cours suprêmes ont été amenés à le prendre en considération, d'abord dans l'hypothèse où l'État serait effectivement condamné, au titre donc de l'autorité de la chose jugée que revêtent les arrêts de la Cour européenne. Mais, par ailleurs et de plus en plus, l'autorité de la jurisprudence européenne en général, dans la mesure tout au moins où il s'agit d'une jurisprudence bien établie, a aussi sensibilisé, en dehors de tout contentieux et pour le *prévenir*, le juge national, voire le législateur, *lato sensu*. Nous pensons à ce dernier sujet aux inflexions des droits nationaux sur le statut des enfants nés hors-mariage suite au célèbre arrêt *Marckx c. Belgique* du 13 juin 1979¹⁴².

Concernant le juge national, nous voudrions relever spécialement deux arrêts récents de la Cour de cassation française, qui font une exacte application, non seulement du texte de la *Convention*, mais encore des enseignements de la *jurisprudence* européenne. Il s'agit d'abord de l'arrêt rendu le 29 avril 1997 par la Chambre commerciale de la Cour de cassation dans l'affaire *Ferreira*. La Haute Cour, y faisant application des principes dégagés par la Cour européenne dans les arrêts *Bendenoun c. France*¹⁴³, mais aussi *Öztürk*¹⁴⁴ et *Lecompte*¹⁴⁵, analyse l'amende fiscale comme une sanction *pénale* au sens de l'article 6, paragraphe 1, de la *Convention européenne*. Le contribuable avait droit, dès lors, à un recours de pleine juridiction qui permette au juge de se prononcer sur le principe et le montant de l'amende. En second lieu, on choisira de citer à nouveau l'arrêt *Bozkurt*, rendu le 14 janvier 1999 par la Chambre sociale de la même Cour de cassation, qui n'hésite pas à se référer expressément à l'autorité de la *Convention* telle qu'elle est interprétée par la Cour européenne, pour décider l'application combinée des articles 14 de la *Convention* et 1 du *Protocole n° 1* à des droits sociaux ayant une nature patrimoniale (voir *supra*). Les juridictions judiciaires semblent donc 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 heureuse¹⁴⁶.

¹⁴² *Marckx c. Belgique* (1979) 31 (Sér. A) Cour Eur. D.H. Voir aussi, condamnant sèchement la Belgique sur la même question, l'arrêt *Vermeire c. Belgique* (1991) 294-C (Sér. A) Cour Eur. D.H. En ce qui concerne la France, la condamnation (également prévisible) que vient de prononcer la Cour européenne, pour discrimination à l'égard de l'enfant naturel adultérin en matière successorale, devrait aussi susciter une intervention législative prochaine (*Mazurek c. France* (2000) Req n° 34406/97, non publié).

¹⁴³ (1994) 284 (Sér. A) Cour Eur. D.H.

¹⁴⁴ *Öztürk c. République Fédérale d'Allemagne* (1984) 73 (Sér. A) Cour Eur. D.H.

¹⁴⁵ *Lecompte c. Belgique* (1981) 43 (Sér. A) Cour Eur. D.H.

¹⁴⁶ On citera à cet égard deux colloques particulièrement significatifs: colloque organisé le 22 mars 1996 par la Cour de Cassation et l'Université Robert Schuman, P. Draï, *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruylant, Bruxelles, 1996. (notre rapport de synthèse aux pp. 158-97) ; P. Truche, *Réunion multilatérale sur l'application de la CEDH par les juridictions supérieures*, Paris, Éd. du Conseil de l'Europe, 1996. Signalons aussi

De la même manière, les juridictions administratives sont très sensibles désormais aux enseignements de la *Convention européenne* ; le comportement du juge administratif a en effet profondément évolué, et sa jurisprudence est en général significative¹⁴⁷. Sans doute, en France comme dans d'autres pays, cette attitude n'exclut pas des pôles de résistance sur certains sujets. Cela vaut, par exemple, en France, de la question du rôle des membres du Parquet à la Cour de cassation (distinct de celui assumé par les juridictions du fond), ou de celui des commissaires du gouvernement devant le Conseil d'État. Nous rappellerons que 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*¹⁴⁸). Or, pour sa part, le Conseil d'État français estime que le principe du contradictoire n'exige pas que les conclusions du commissaire du gouvernement soient communiquées aux parties avant leur prononcé¹⁴⁹. De son côté, la Cour des Communautés européennes (affaire *Emesa Sugar*¹⁵⁰ 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*¹⁵¹, en remarquant, au passage, que, contrairement au commissaire du gouvernement, l'avocat général n'est pas un juge... Quoi qu'il en soit, la requête *Kress c. France*¹⁵², jugée recevable le 29 février 2000 par la Cour de Strasbourg, donnera au juge européen l'occasion d'apporter d'utiles précisions en ce qui concerne la conformité à l'article 6 de la *Convention* - et en particulier au caractère contradictoire de la procédure - des modalités d'intervention du commissaire du gouvernement devant le Conseil d'État français. La solution qui sera adoptée par la Cour risque d'avoir cependant une incidence sur certains attributs de l'avocat général devant la Cour de justice des Communautés européennes.

Il reste donc des zones de résistance. Nous pensons que, souvent, le juge européen aurait intérêt à établir un dialogue plus suivi et plus poussé avec les juridictions supérieures des États. Une telle «communication» ne peut être que fructueuse. Les États devraient d'ailleurs fournir les moyens à la Cour d'avoir davantage de juristes spécialistes de droit comparé à sa disposition. Mais le juge national doit comprendre à l'inverse que les États ont donné mission à la Cour européenne d'interpréter la *Convention* de manière authentique. C'est une fonction très originale dans le monde ; lorsque la jurisprudence est claire et bien établie, elle fait corps avec le texte de la *Convention*. Sous réserve d'une marge d'autonomie qui

que 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.

¹⁴⁷ Voir J. Andriantsimbazovina et L. Sermet, «Jurisprudence administrative et Convention européenne des droits de l'Homme» (1999) 15 R.F.D. adm. 799.

¹⁴⁸ (1996) Cour Eur. D.H., Rec. 1996-I

¹⁴⁹ *Esclatine*, 29 juillet 1998, J.C.P. 1998. 1945, n° 45-46, avec une note intéressante de J.-C. Bonichot et R. Abraham sur «Le Commissaire du gouvernement dans la juridiction administrative et la Cour européenne des droits de l'Homme».

¹⁵⁰ C.J.C.E *Emesa Sugar* C-380/97 [2000] *Radiation du 20/01/2000*

¹⁵¹ *Supra* note 148

¹⁵² *Kress c. France*, (2000) Req. n° 39594/98 Cour Eur. DH., *non publié*

est variable selon les droits, et qui ne doit jamais être excessive, les différentes autorités nationales doivent finalement y souscrire sous peine de mettre en péril l'existence même de l'ordre européen des libertés.

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 aussi que davantage d'États ratifient la *Charte sociale européenne* (1961) et la *Charte révisée* (1996), en en acceptant le plus grand nombre de dispositions, et adhèrent également au protocole concernant les réclamations collectives¹⁵³. D'autres *Conventions* complètent utilement les droits garantis dans la *Convention*, telle la *Convention-cadre de 1994 sur la protection des minorités nationales*¹⁵⁴. 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)¹⁵⁵? 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 torture.

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

¹⁵³ Intégré dans la *Charte révisée*, un *Protocole additionnel* du 9 novembre 1995 ouvre en effet un droit de réclamation aux seules «organisations» (organisations internationales d'employeurs et de travailleurs, ONG dotées du statut consultatif auprès du Conseil de l'Europe, organisations nationales représentatives d'employeurs et de travailleurs relevant de la juridiction de l'État partie en cause). Le mécanisme de contrôle «normal» par voie de rapports et permettra éventuellement au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, après qu'un Comité d'experts indépendants aura examiné la recevabilité de la réclamation (dont l'objet ne peut être individualisé) et le bien-fondé de celle-ci, d'adopter à la majorité des deux tiers une recommandation adressée à l'État en cause. Sur la base de ce texte, entré en vigueur le 1er juillet 1998, la première réclamation a ainsi été déposée dès le 13 octobre 1998 par la Commission Internationale de Juristes à l'encontre du Portugal, à propos du travail des enfants (art.7 de la Charte). On signalera aussi que, sur une question de droit de négociation collective (art. 6) et de droit à la non-discrimination dans le travail (art. E), deux réclamations collectives dirigées contre la France viennent d'être jugées recevables par le Comité européen des droits sociaux (réclamations n° 2/1999 et n°6/1999, 10 février 2000). Voir G. Cohen-Jonathan, *La protection internationale des droits de l'Homme dans le cadre des Organisations régionales : I. Europe*, Document d'études n° 3.05, La Documentation Française, 1999, aux pp. 30-40.

¹⁵⁴ Au 4 août 2000, 32 États l'avaient ratifiée.

¹⁵⁵ 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.

des droits fondamentaux de l'Union européenne le confirme¹⁵⁶. 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 en tant que telle, à la *Convention européenne des droits de l'Homme*? Mais d'autres voies sont possibles, qui permettraient également d'établir une telle synergie.

Un tel mouvement est sans doute nécessaire dans le cas où des violations graves et massives se perpétuent. Mais en dehors de ces (rares) cas, il existe quelques pays - qui ont accédé peut-être trop tôt à la *Convention européenne* - dans lesquels le principe de subsidiarité perd tout son sens (voir nos développements *supra*). 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, et au fil du temps, 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 États adoptent d'urgence un véritable *plan Marshall pour le développement de l'Europe du droit et des libertés*. Les États 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. Mais cela passe sans doute 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, etc. Pour le moment, ce «plan Marshall» pour la liberté est d'autant plus nécessaire que toute amélioration ou *survie* du mécanisme contentieux devant la Cour suppose que soit en grande partie résorbé un obstacle «structurel» de ce genre.

2°) 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 États 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. C'est en ce sens que doit être entendu le grand projet d'*éducation* aux droits de l'homme, sur lequel, après René Cassin, le regretté Bâtonnier Pettiti avait à cœur de mettre l'accent. Ce programme est déjà largement entamé, mais il faut encore l'approfondir. L'enseignement devrait être dispensé très tôt, dans les écoles, lycées et établissements professionnels, afin de sensibiliser et de modeler déjà les mentalités. Concernant l'enseignement supérieur, sous réserve de

¹⁵⁶ Voir les actes du Colloque de Paris II, «Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne» dans *Regards sur l'actualité*, *Supra* note 36.

quelques Universités qui seront toujours en retard, les enseignements de base se sont généralisés dans le premier et, surtout, le deuxième cycle. Il existe bien sûr des diplômes spécialisés de troisième cycle à l'intention de ceux qui, au Barreau, dans la magistrature, dans les administrations, dans les ONG, auront à appliquer ces normes¹⁵⁷. Naturellement, l'enseignement dispensé dans les Facultés de médecine, et plus largement, aux personnels de santé, de police, ou de l'armée, doit être aussi assorti d'éléments de droit humanitaire. L'effort est multiforme, qu'il s'agisse de la formation initiale ou de la formation permanente. Il doit être encore développé et surtout généralisé. Le Conseil de l'Europe s'y emploie. Les États doivent lui donner les moyens nécessaires et suivre eux-mêmes cet exemple. Sur tous ces points, la prise de conscience par les États doit être en effet plus vive et mener à une action constructive. Ne dit-on pas couramment que le juge national est le juge de droit commun de la *Convention européenne des droits de l'Homme*? À partir de là, on pourrait concevoir que chacun des États parties soit principalement responsable de la mise en œuvre de standards communs, dont la définition serait la mission essentielle de la Cour européenne.

III. Pour une amélioration du mécanisme international de contrôle actuel

Le principal mérite du *Protocole II* 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 Cour¹⁵⁸. 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 (et cela en particulier à l'égard de pays dans lesquels une «pratique administrative» a déjà été mise en lumière). Inversement, il est

¹⁵⁷ À l'initiative des Professeurs Mario Bettati et Gérard Cohen-Jonathan, l'Université Paris II (Panthéon-Assas) délivre ainsi, depuis 1995, un D.E.S.S. de Droits de l'Homme et Droit humanitaire.

¹⁵⁸ 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...

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 États. 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 jamais oublier les *victimes* des violations des droits de l'Homme. Ceci étant, en espérant peut-être une réforme plus générale de la Cour¹⁵⁹, des mesures *immédiates* doivent être prises pour assister la Cour dans l'accomplissement de ses fonctions¹⁶⁰.

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

Une possibilité radicale consiste à effacer l'erreur des rédacteurs du *Protocole n° 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 n° 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 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 inadaptée¹⁶¹. 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'Homme¹⁶², composé de quarante et un juges, et une Cour européenne des droits de l'Homme, qui ne statuerait que sur les grandes affaires de

¹⁵⁹ 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.

¹⁶⁰ Nous reprenons ici les grandes lignes de notre intervention lors de la réunion du 8 juin 2000 au Palais des droits de l'Homme de Strasbourg sur «L'efficacité du système de la Convention européenne des droits de l'Homme» (2000) 44 *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme* 637.

¹⁶¹ L.-E. Pettiti, «Le Protocole n° 11, son historique et son avenir» (1997) 6 *Justices* 71. G. Cohen-Jonathan, «Le Protocole n° 11 et la réforme du mécanisme international de contrôle de la Convention européenne des droits de l'Homme» (1994) 8 *Europe* 1. J.-F. Flauss, «Le Protocole n°11 à la convention européenne des droits de l'Homme», *Droit et Justice*, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 1995, n°15 à la p. 194 (voir notamment les interventions de M.-A. Eissen, J.-F. Flauss, P. Lambert, F. Sudre et G. Cohen-Jonathan).

¹⁶² 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 (R. Badinter, «Du protocole 11 au protocole 12», *Mélanges en hommage à Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 103 aux pp. 103-112). Nous pensons en effet qu'elle serait la source d'une justice à plusieurs vitesses...

principe, mais qui ne serait composée que de quinze juges. L'articulation pourrait être, sommairement, la suivante :

1. INTERVENTION DU TRIBUNAL DE PREMIERE 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 épurée, la saisine de la Cour européenne devant demeurer tout à fait exceptionnelle.

2. 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 État partie, mais cette condition doit être acceptée si l'on comprend que le fait de bénéficier d'un juge au titre d'un État partie n'a d'intérêt que parce qu'il est censé mieux connaître le droit interne de cet État. Or, outre le fait, dans notre hypothèse, que chaque État 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 État 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 interétatiques¹⁶³, et chaque fois qu'il s'agira d'une question ou d'un avis. À 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 (article 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... À 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. À partir du moment 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 pourquoi 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

¹⁶³ 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.

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 trois ou quatre 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 États 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) 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. 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 (article 47), sur le modèle esquissé plus haut.

Voilà un ensemble de révisions minima¹⁶⁴, 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.

* * *

Pour conclure, nous savons que certains États risquent 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 le sont, sur un autre plan, les horreurs de la guerre en Tchétchénie, ou les discussions ayant précédé l'adoption, le 28 avril 1999, de la Recommandation n° 1403 de l'Assemblée Parlementaire du Conseil de l'Europe sur la crise au Kosovo. Cependant, nous voulons croire à un *ordre européen des droits de l'Homme* pour tous les citoyens des pays qui veulent rester démocratiques. N'oublions jamais que la *Convention européenne* a permis à l'individu de devenir un *véritable sujet du Droit des Gens*, dont les droits sont définis directement par le droit international et dont le respect est assuré par un instrument unique au monde : le droit de recours supranational auprès d'un juge indépendant et international. Les États doivent clairement comprendre l'impérieuse nécessité de sauvegarder ce patrimoine commun de valeurs et de garanties. Quelle autre richesse mériterait d'ailleurs d'être mieux sauvegardée?

¹⁶⁴ En tant que mesures purement ponctuelles, ces toutes dernières suggestions ont été adoptées pour l'essentiel pas la Commission française consultative des droits de l'Homme dans son avis du 29 juin 2000.