

LE CONSEIL DE L'EUROPE ET LA CONSTITUTION D'UN ESPACE EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME

Frédéric SUDRE*

I. UN ESPACE DE PROTECTION

A. Le déploiement de droit de recours individuel

1. Le bouleversement de l'équilibre initial entre le recours étatique et le recours individuel

- a) La résistance de la souveraineté
- b) La banalisation du droit de recours individuel

2. L'effectivité du droit de recours individuel

- a) L'élargissement de l'accès au droit de recours à emprunté deux voies principales
- b) L'assouplissement de la règle de l'épuisement des voies de recours internes

B. La juridictionnalisation accrue du système de contrôle

1. L'intervention normalisée du Conseil des ministres

- a) La réduction de l'intervention du Comité des ministres
- b) La correction partielles des anomalies

2. La progression du règlement judiciaire

- a) L'acceptation générale de la compétence de la Cour
- b) L'accès de l'individu à la Cour

II. UN ESPACE NORMATIF

A. La formation d'un droit commun européen des droits de l'Homme

1. L'interprétation dynamique de la Convention

- a) Une interprétation constructive
 - b) Une interprétation consensuelle
- ##### 2. Le développement des droits garantis
- a) Les droits économiques et sociaux
 - b) Les droits des étrangers et des détenus
 - c) Le droit à ne pas subir de discrimination

B. La diffusion du droit de la C.E.D.H. dans l'ordre juridique interne

1. L'autorité renforcée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme

- a) Le principe du libre choix des moyens
- b) L'aménagement du principe

2. L'incitation à la « normalisation » des droits nationaux

- a) La voie jurisprudentielle
- b) La voie législative

Prééminence du droit, régime politique véritablement démocratique, respect des droits de l'Homme, forment le « patrimoine commun » des États parties au *Statut du Conseil de l'Europe* et à la *Convention européenne des droits de l'Homme*¹. Le lien établi par le *Statut de Londres*² du 5 mai 1949 et la *Convention de Rome*³ du 4 novembre 1950 entre l'idéal démocratique, que le Conseil de l'Europe a pour vocation de préserver et de faire triompher progressivement⁴, et la protection des droits de l'Homme, que la Convention assure, a été approfondi par la Cour européenne des droits de l'Homme. Celle-ci, dans sa décision *Mathieu-Mohin et Clerfayt* se référant au Préambule de la Convention, affirme que le *Protocole 1*⁵, qui garantit le droit à « des élections libres », consacre « un principe caractéristique » d'un régime véritablement démocratique et « revêt donc dans le système de la Convention une importance capitale »⁶. Fort nettement, la Cour considère que « l'esprit général » de la Convention « est de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les valeurs d'une société démocratique »⁷, dont elle trace la définition : « il n'est pas de

société démocratique sans que le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture se traduisent effectivement dans son régime institutionnel, que celui-ci soit soumis au principe de la prééminence du droit, qu'il comporte essentiellement un contrôle efficace de l'exécutif, exercé sans préjudice du contrôle parlementaire, par un pouvoir judiciaire indépendant, et qu'il assure le respect de la personne humaine »⁸. La « société démocratique », est le « véritable lieu de convergence idéologique des droits de l'Homme »⁹, le concept rassembleur de l'espace européen des droits de l'Homme, constitué dans le cadre du Conseil de l'Europe et dont la Convention européenne des droits de l'Homme est la loi fondamentale. Certes, l'expérience européenne en matière de protection des droits de l'Homme ne se réduit ni au Conseil de l'Europe ni à la seule C.E.D.H.¹⁰. Dans le cadre de la Communauté européenne, la protection des droits fondamentaux est une création purement prétorienne, réalisée par la C.J.C.E. depuis sa décision *Stauder* du 12 novembre 1989¹¹. La Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe, quant à elle, depuis le document de Vienne adopté le 15 janvier 1989¹², a sa « Dimension humaine » dotée d'un mécanisme de surveillance de nature diplomatique. Ce mécanisme a

* Professeur à l'Université de Montpellier I et directeur de l'Institut de Droit européen des droits de l'Homme (I.D.E.D.H.)

1 *Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, (1955) 213 R.T.N.U., 221, préambule et art. 1.

2 27 R.T.N.U. 103; S.T.E., n° 1

3 *Convention pour la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales*, 213 R.T.N.U. 221; S.T.E., n° 5

4 Le Préambule du Statut (§2), fait référence « aux valeurs spirituelles et morales qui sont le patrimoine commun de leurs peuples et qui sont à l'origine des principes de liberté individuelle, de liberté politique et de prééminence du droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable ». Le Préambule de la C.E.D.H. se réfère aussi au « patrimoine commun » (§5) et réaffirme (§4) que le maintien de la justice et de la paix repose à la fois sur « un régime politique véritablement démocratique » et sur « un commun respect des droits de l'Homme ».

5 *Protocole supplémentaire à la Convention européenne des droits de l'homme*, S.T.E., n° 9.

6 Cour eur. D.H., Affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, arrêt du 2 mars 1987, série A, n° 113, §47.

7 Cour eur. D.H., Affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A, n° 161, §87.

Revue québécoise de droit international, vol. 7 n° 2, pp. 187-197 (1991-1992) 7 R.Q.D.I. 187-197

8 Cour eur. D.H., Affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, série A, n° 30.

9 O. JACOT-GUILLEMMOT, « Rapports entre démocratie et droits de l'Homme », dans *Démocratie et droits de l'Homme*, Kehl, Éditions N. P. Engels 1990, p. 70.

10 Voir, P. LEUPRECHT, « La coopération européenne dans le domaine des droits de l'Homme », dans *S.F.D.I., L'Europe dans les relations internationales : unité et diversité*, Paris, Pédone, 1982, p. 162.

11 CJCE 12 novembre 1989, 22/69 Recueil 1989, p. 419. Pour un examen des rapports entre la Communauté européenne et la C.E.D.H., voir, G. COHEN-JONATHAN, « La C.E.D.H., caractères généraux », *Juriscasseur Europe*, 1990, fasc. 6500, n°68 et s.

12 Voir : V.-Y. GHEBALI, *La diplomatie de la détente : la C.S.C.E., 1973-1989*, Paris, Bruylant, 1989; « Le thème des droits de l'Homme dans le processus de la C.S.C.E. », dans P. MEYER-BISCH (dir), *Le noyau intangible des droits de l'Homme*, Fribourg, Éd universitaires, 1991, p. 173; E. DECAUX, *La Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (C.S.C.E.)*, QSJ n° 2661, 1992; (...)

fait l'objet d'un renforcement, lors des conférences de Copenhague en 1990¹³ puis de Moscou de 1991, par la création de missions d'experts indépendants¹⁴. La prolifération de plusieurs systèmes de protection des droits de l'Homme dans le seul cadre européen n'est pas nécessairement une bonne chose. L'adoption par la Communauté européenne comme il en a été question un temps¹⁵ de son propre « catalogue » des droits de l'Homme aurait pour conséquence d'entraîner le développement de deux ordres indépendants en matière de droits de l'Homme : ce serait une source de conflits entre des ensembles rivaux de normes et, par là même, de confusion pour les juges nationaux chargés d'appliquer à la fois la norme communautaire et la norme de la Convention. De même, il n'apparaît pas souhaitable que le mécanisme de la dimension humaine de la C.S.C.E. qui, dans sa forme actuelle, est complémentaire du système de la C.E.D.H., se transforme en un mécanisme pan-européen de garantie collective des droits de l'Homme — vraisemblablement moins exigeant que celui de la Convention — alors que le Conseil de l'Europe a vocation à accueillir tous les États qui se réclament de l'idéal démocratique; le risque serait alors de créer une Europe des droits de l'Homme à « deux vitesses ».

Si l'œuvre conventionnelle du Conseil de l'Europe a débuté par la Convention de Rome, elle s'est prolongée, en matière de droits de l'Homme, par de nombreux autres instruments juridiques très variés. Qu'il s'agisse de traités internationaux — Convention européenne d'extradition de 1957¹⁶, Charte sociale européenne du 18 octobre 1961¹⁷, plusieurs conventions sur la protection de l'enfant¹⁸ Accord de 1969 concernant les personnes participant aux procédures devant la Commission et la Cour européennes des droits de l'Homme¹⁹, Convention européenne relative au statut juridique du travailleur migrant de 1977²⁰, Convention pour la protection des personnes à l'égard du traitement automatisé des données à caractère personnel de 1981²¹, ou encore Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants du 26 novembre 1987, qui met en place un mécanisme non judiciaire à caractère préventif — ou de déclarations, recommandations ou résolutions²² — telles, la Recommandation

relative à l'objection de conscience au service militaire obligatoire (1987), la Recommandation relative aux sanctions administratives (1991)²³ ou les Recommandations en matière de bioéthique²⁴.

S'il est naturel que la Convention européenne des droits de l'Homme soit l'instrument de référence obligé pour ces divers instruments émanant du Conseil de l'Europe, il est remarquable de constater qu'elle joue aussi ce rôle de norme standard tant au plan communautaire que de la C.S.C.E. La C.E.D.H. est devenue, en matière de protection de droits fondamentaux, la source d'inspiration privilégiée de la Cour de Luxembourg, depuis son arrêt Rutili du 28 octobre 1975²⁵. Dans ses décisions plus récentes, la C.J.C.E. semble par ailleurs « aller dans le sens de la reconnaissance de la portée de la Convention de Rome dans l'ordre juridique communautaire »²⁶. De plus, si l'Acte unique européen du 14 février 1986 se contente d'une référence à la Convention de sauvegarde dans son Préambule (§3), le Traité sur l'Union européenne, signé à Maastricht le 7 février 1992, contient l'engagement de l'Union de respecter les droits fondamentaux « tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne des droits de l'Homme... »²⁷. De manière spectaculaire, la C.S.C.E., dès le Document de Copenhague du 29 juin 1990, adhère aux principes qui fondent le Conseil de l'Europe et la C.E.D.H., en reconnaissant que « la démocratie pluraliste et l'État de droit sont essentiels pour garantir le respect de tous les droits de l'Homme »²⁸.

Le modèle de société démocratique proposé par le Conseil de l'Europe s'avère aujourd'hui suffisamment attrayant pour que les États « postcommunistes » demandent à y adhérer. Déjà, la Hongrie (le 6/11/1990), la Tchécoslovaquie (le 21/2/1991), et la Pologne (le 26/11/1991) ont rejoint le Conseil de l'Europe, qui se prépare à accueillir de nouveaux membres tel les États baltes, la Bulgarie, entre autres. Surtout, la Tchécoslovaquie a été la première des ex-démocraties populaires, à ratifier la C.E.D.H. le 18 mars 1992²⁹, consacrant ainsi la vocation de la Convention à être la véritable Charte constitutionnelle de l'espace européen des droits de l'Homme qui réunit aujourd'hui les vingt-six États membres du Conseil de l'Europe.

La Convention européenne des droits de l'Homme a autant une dimension institutionnelle, par le mécanisme de contrôle qu'elle instaure — dont les grands équilibres ont été modifiés

(...) H. TRETTER, « La réunion de Paris sur la dimension humaine de la C.S.C.E. et les droits de l'Homme dans la Document de clôture de la réunion de Vienne adoptée le 15/1/1989 », (1989) *R.U.D.H.* 287.

13 J.-D. VIGNY, « La Réunion de Copenhague sur la dimension humaine de la C.S.C.E., 29/6/1990. Introduction et commentaires », (1990) *R.U.D.H.* 305.

14 Document de la Réunion de Moscou de la Conférence sur la dimension humaine de la C.S.C.E. du 3/10/1991, reproduits dans (1991) *R.U.D.H.* 521.

15 Le Parlement européen a adopté, le 12 avril 1989, la *Déclaration des droits et libertés fondamentaux*, reproduite dans (1989) *R.U.D.H.* 345.

16 L'article 11 de la Convention prévoit que l'extradition peut être refusée si le fait à raison de laquelle elle est demandée est punie de la peine capitale par la loi de l'État requérant alors que cette peine n'est pas prévue par la législation de l'État requis ou n'y est pas exécutée.

17 La Charte de Turin énonce sept droits sociaux prééminents (droit au travail, droit syndical, droit à la négociation collective, à la sécurité sociale, à l'assistance sociale et médicale, droit de la famille, droit des travailleurs migrants) et a été complétée par un Protocole additionnel du 5/5/1988 qui protège quatre nouveaux droits (égalité des chances et de traitement en matière d'emploi et de profession; information et consultation au sein de l'entreprise; amélioration des conditions et du milieu de travail; protection sociale des personnes âgées), STE, n° 35.

18 Convention en matière d'adoption des enfants, S.T.E., n° 58; Convention sur le statut juridique des enfants nés hors-mariage, S.T.E., n° 85, Convention sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants, S.T.E., n° 105.

19 S.T.E., n° 67.

20 S.T.E., n° 93.

21 S.T.E., n° 108.

22 Pour des exemples, voir, CONSEIL DE L'EUROPE, CONSEIL DES MINISTRES, *Collection des recommandations, résolutions et déclarations du Comité des Ministres portant sur les droits de l'Homme, 1949-1987*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1989, 216 p.; à *Id.*, *Recommandation R(87)8*, 9/4/1987, p. 187 et Conseil de l'Europe, conseil des ministres.

23 Respectivement, *Recommandation R(91)1*, 13/2/1991, Feuille d'information, n° 28 p.176.

24 Voir : CONSEIL DE L'EUROPE, Direction des affaires juridiques, *Recommandations adoptées par le Comité des Ministres et l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe sur les problèmes de bioéthique*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, CONSEIL DE L'EUROPE, *Recommandation R(90)13*, 21/6/1990 feuille d'information n° 27, p.234; CONSEIL DE L'EUROPE, COMITÉ AD HOC D'EXPERTS SUR LES PROGRÈS DES SCIENCES BIOMÉDICALES, *Rapport sur la procréation artificielle humaine*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1989.

25 CJCE., 28 octobre 1975, 36/75, Recueil 1975, p.1219.

26 V. CONSTANTINESCO et D. SIMON, note sous C.J.C.E. 18/10/1989, aff. 374/87, Solvay et Orkem c. Commission, « Chronique de jurisprudence de la C.J.C.E. », J.D.I., 1990, p. 459.

27 Cependant, le Traité (article F du titre I) ajoute « ... et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ». Cette formulation alambiquée interdit, nous semble-t-il, de considérer que le Traité de Maastricht modifie le statut de la C.E.D.H. en droit communautaire, en l'intégrant dans le bloc de la légalité communautaire.

28 « Document de la Réunion de Copenhague de la Conférence sur la dimension humaine de la CSCE », (1990) *R.U.D.H.* 339. Il est significatif que la Charte de Paris pour une nouvelle Europe, adoptée par la C.S.C.E. le 21 novembre 1990, s'ouvre par le titre « Droits de l'Homme, démocratie et État de droit »; la Charte se réfère, plus loin, à l'œuvre du Conseil de l'Europe en matière de promotion des droits de l'Homme et à la C.E.D.H. (*cf.* (1990) *R.U.D.H.*, 490).

29 La Hongrie et la Pologne ont, pour l'instant, seulement signé la Convention.

depuis son entrée en vigueur le 3 septembre 1953 — qu'une dimension normative, par les droits qu'elle garantit et auxquels la jurisprudence des organes de contrôle a donné corps.

La mise en œuvre de la Convention³⁰ a ainsi dessiné un espace européen des droits de l'Homme, à la fois espace de protection (I) et espace normatif (II).

I. Un espace de protection

La Convention européenne des droits de l'Homme était en 1950 un texte international totalement novateur, moins par les droits qu'elle énonce, que par le mécanisme institutionnel de contrôle mis en place. Pour la première fois en droit international, les droits individuels sont érigés en catégorie juridique et se voient conférer un régime protecteur tel qu'un organe de jugement est susceptible de statuer sur un cas d'espèce de violation des droits de l'Homme par une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée. S'ouvre ainsi la première brèche dans la forteresse des souverainetés étatiques: désormais, un contrôle international s'exerce sur le respect des droits de l'Homme dans les ordres juridiques internes.

Si les États européens acceptent l'institutionnalisation d'un tel contrôle, c'est au nom du principe de solidarité, énoncé par le Préambule de la Convention: tous les États membres du Conseil de l'Europe ont solidairement en charge « un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit » (§5). C'est là une idée totalement neuve qui ne va trouver que partiellement son expression dans le texte de la Convention, du fait des résistances étatiques, dont la pratique des réserves (article 63) fournit un bon exemple. Accord intergouvernemental, la C.E.D.H. est en effet le résultat de négociations diplomatiques: Elle est un compromis entre une audace — la solidarité — et un dogme — la souveraineté — entre la volonté de protéger les intérêts individuels et la nécessité de ménager les intérêts étatiques.

Le mécanisme de contrôle porte initialement la marque de cette ambivalence, qui se traduit notamment dans la structure même du système de contrôle (Commission – Cour – Comité des ministres). Quoique antinomiques, les deux principes — solidarité/souveraineté — ne se sont pas neutralisés. Une dynamique s'est instaurée, telle qu'il semble possible de constater aujourd'hui le recul de la souveraineté dans le système de protection.

Les mécanismes, originellement facultatifs, du droit de recours individuel et du règlement judiciaire, impriment leur marque à cet espace de protection, qui se caractérise par le déploiement du droit de recours individuel (A) et par la juridictionnalisation accrue du système de contrôle (B).

A. Le déploiement du droit de recours individuel

L'initiative du contrôle du respect des droits de l'Homme repose sur la notion de « garantie collective ». Comme le dit la Cour européenne des droits de l'Homme, « la Convention doit se lire en fonction de son caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'Homme »³¹. C'est là l'expression du principe de solidarité, évoqué plus haut. La mise en œuvre de cette garantie collective et solidaire est confiée à la fois à tout État et à chaque individu. Force est de constater que le recours individuel a totalement supplanté le recours étatique dans le déclenchement du contrôle européen.

³⁰ Pour une étude d'ensemble de la C.E.D.H., voir: G. COHEN-JONATHAN, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Economica, 1989; 616p.; F. SUDRE, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, P.U.F., Collection Que sais-je?, n° 2513, 1990, 127p.

³¹ Voir *Affaire Soering*, *supra*, note 5.

1. Le bouleversement de l'équilibre initial entre le recours étatique et le recours individuel

Si, selon la Convention, le premier est un recours ouvert de plein droit par l'article 24, le second n'est qu'un recours facultatif. L'ordre des priorités est désormais inversé: le recours étatique est devenu un recours exceptionnel alors que le recours individuel fait figure de recours ordinaire.

a) La résistance de la souveraineté

L'article 24 de la Convention, en accordant au nom de l'intérêt général à tout État partie le droit de dénoncer tout manquement à la Convention commis par tout autre État partie, porte directement atteinte au sacro-saint principe de la non-ingérence et instaure une sorte d'action publique qui constitue l'essence même de la garantie collective et du caractère « objectif » des droits de l'Homme³². La pratique en a été décevante et consacre le retour de la souveraineté: six groupes d'affaires seulement ont fait l'objet de requêtes étatiques³³, camouflant, bien souvent, des arrières-pensées politiques. À une exception près³⁴, les États n'ont agi que dans des hypothèses de violations massives et particulièrement graves (article 2, article 3) de la Convention. De plus, ces affaires ont trouvé leur dénouement non pas devant la Cour (sauf pour l'affaire *Irlande c. Royaume-Uni*³⁵) mais dans un cadre diplomatique tel un « règlement amiable », ou politique de par l'intervention du Conseil des ministres.

La solidarité est ici interétatique. On ne saurait vraiment s'en étonner: le recours en manquement ouvert aux États par l'article 170 du traité C.É.E n'a pas suscité non plus un réel engouement ...

b) La banalisation du droit de recours individuel

S'il constituait une innovation majeure — l'individu pouvait traduire un État devant un organe de jugement pour obtenir réparation — le droit de recours individuel était cependant tempéré par les exigences de la souveraineté étatique, qui s'exprimaient dans le mécanisme, classique en droit international, de la compétence facultative de la Commission (article 25). Il est remarquable de constater que tous les États parties à la Convention ont désormais accepté la compétence de la Commission pour connaître des requêtes individuelles, soit que cette acceptation ait été concomitante à la ratification de la Convention (la Finlande: 10/5/1990, et la Tchécoslovaquie: 18/3/92 en fournissent les derniers exemples), soit qu'elle ait été différée (ainsi de la France: 3/5/1974 - 2/10/1981, ou de la Turquie: 18/5/1954 - 28/1/1987).

³² Voir, Comm. eur. D.H., 11 janvier 1961, Requête 788/60, Autriche c. Italie, (1961) 4 Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme 117, 139.

³³ Comm. eur. D.H., 12 octobre 1957, Grèce c. Royaume-Uni, Annuaire de la C.E.D.H. 1957, 129, concerne le statut de Chypre; Comm. eur. D.H., 11 juillet 1960, Autriche c. Italie, Annuaire de la C.E.D.H. 1960, 169, concerne les procédures pénales en Haut-Adige; Comm. eur. D.H., 20 septembre 1967, Danemark, Norvège, Suède, Pays-Bas c. Grèce, Annuaire de la C.E.D.H. 1967, 587, concerne le régime dictatorial dit « des colonels »; Comm. eur. D.H., 16 décembre 1971, Irlande c. Royaume-Uni, Annuaire de la C.E.D.H. 1971, 101; Comm. eur. D.H., Chypre c. Turquie, Annuaire de la C.E.D.H. 1977, 101, concerne l'intervention militaire turque dans la partie nord de l'île de Chypre; Comm. eur. D.H., 1 juillet 1982, Danemark, France, Norvège, Suède, Pays-Bas c. Turquie, Requêtes 9940 à 9944/82, Annuaire de la C.E.D.H. 1983; Comm. eur. juris 1; concerne la situation existant en Turquie entre le 12/9/1980 et le 1/7/1982.

³⁴ Voir *Autriche c. Italie*, *supra*, note 31.

³⁵ Voir, *supra*, note 31.

De plus, le droit de recours individuel est devenu en pratique la pierre angulaire du mécanisme de sauvegarde. 19 216 requêtes individuelles ont été enregistrées par la Commission de 1955 à la fin de l'année 1991; 1 648 requêtes l'ont été pour la seule année 1991.

Le revers de ce succès incontestable est la longueur de la procédure devant la Commission (3 à 4 ans entre la saisine de la Commission et la transmission de son rapport au Comité des ministres) due à la surcharge de travail de cette dernière : à la fin de l'année 1991, 2332 requêtes étaient en instance devant la Commission et 67% d'entre elles n'avaient pas encore fait l'objet d'un premier examen. Il faut cependant remarquer qu'en 1991 la Commission a rendu autant de décisions qu'elle a enregistré de requêtes. C'est sans doute là le résultat bénéfique de l'entrée en vigueur du Protocole 8, le 1 janvier 1990, qui instaure des Chambres de 7 membres au sein de la Commission, compétentes pour connaître des requêtes individuelles ne soulevant pas de question grave d'interprétation ou d'application de la Convention. De même, le Protocole 8 crée des comités de trois membres, chargés de rejeter, à l'unanimité, des requêtes qui semblent manifestement irrecevables : il n'est pas sûr que le justiciable trouve son compte à cette justice expéditive, comme l'a montré la décision *Van Volssem* du 9 mai 1990³⁶. Quoiqu'il en soit, une réforme du mécanisme de contrôle s'impose, principalement au niveau de l'organe d'examen de la recevabilité des requêtes individuelles, la charge de travail de ce dernier ne pouvant que s'accroître avec l'arrivée des États dits « postcommunistes »³⁷. Deux projets principaux sont en discussion : l'un vise à fusionner la Commission et la Cour et à créer un organe judiciaire unique, l'autre à transformer la Commission en tribunal de première instance et la Cour en instance d'appel³⁸. Si ces propositions tendent à assurer une plus grande transparence du système de contrôle, il n'est pas certain qu'elles permettent une réduction significative de la durée de la procédure. Une meilleure répartition des tâches entre les organes existants serait peut-être préférable, afin de décharger, notamment, la Commission de l'examen au fond de la requête, effectué aussi par la Cour.

2. L'effectivité du droit de recours individuel

Les organes de contrôle se sont efforcés de donner tout leur effet utile aux dispositions de la Convention relatives au droit de recours individuel : deux tendances fortes nous paraissent ici devoir être dégagées.

a) L'élargissement de l'accès au droit de recours a emprunté deux voies principales

Le titulaire du droit de recours individuel est non seulement l'individu mais aussi, selon les termes de l'article 25, l'« organisation non gouvernementale ». Interprétant cette expression comme signifiant « qui n'est pas gouvernementale », la Commission a ainsi ouvert le droit de recours individuel aux associations à but non lucratif, aux partis politiques, aux syndicats ou encore aux sociétés commerciales, qui, de la sorte, bénéficient de la protection de la C.E.D.H. L'exemple des sociétés commerciales est topique. La Cour européenne des droits de l'Homme a expressément reconnu à plusieurs reprises

qu'une telle société pouvait se prévaloir de la liberté de communiquer et de recevoir des informations, garantie par l'article 10, même si l'information concernée était de nature purement commerciale³⁹. Le droit de propriété accordé aux personnes morales par l'article 1 du premier Protocole a connu une consécration jurisprudentielle avec l'arrêt *Pine Valley Development Ltd*⁴⁰, relatif à l'annulation d'un certificat d'urbanisme délivré à ladite société en vue d'un projet immobilier. Dans l'arrêt *Chappell*⁴¹ du 30 mars 1989 (A.152), concernant des fouilles de locaux au Royaume-Uni en exécution d'une injonction délivrée dans le cadre d'une procédure civile, la Cour a estimé que le droit au respect de la vie privée, du domicile et de la correspondance (article 8) couvrirait aussi bien le domicile privé que les locaux commerciaux. Cette décision, même si elle a été rendue sur une requête émanant d'une personne physique, est riche de potentialités : l'article 8 semble susceptible d'offrir aux entreprises une protection appropriée au regard des pouvoirs d'enquête et de perquisition dont disposent les organes, tant nationaux que communautaires, chargés de la répression économique. Enfin, le dernier mais non le moindre, le droit à un procès équitable (article 6) bénéficie aux entreprises, comme le confirme, après l'arrêt *Union Alimentaria Sanders SA* relatif à la durée d'une procédure civile en Espagne⁴², les récentes décisions rendues par la Cour dans des affaires françaises⁴³.

L'exercice du droit de recours individuel est subordonné à la qualité de victime : le requérant individuel doit avoir un intérêt personnel à agir et se plaindre d'une décision ou d'une mesure individuelle portant atteinte à ses droits. Ainsi qu'elles l'affirment, la Commission comme la Cour statuent *in concreto* et non pas *in abstracto*. En accueillant la notion de victime potentielle, les organes de contrôle ont néanmoins accepté qu'une personne, susceptible de tomber sous le coup d'une législation prétendument incompatible avec la Convention, puisse exercer le droit de recours individuel, en l'absence de toute mesure d'application de ladite loi. *L'actio popularis* ne paraît plus très loin⁴⁴. De même, l'effectivité de la garantie conventionnelle commande que les organes de la Convention acceptent de connaître des recours formés contre des décisions d'éloignement du territoire non encore exécutées : la violation de la Convention est ici virtuelle⁴⁵.

Mieux, dans sa décision *Soering* du 7 juillet 1989⁴⁶, la Cour accepte d'accorder une « satisfaction équitable » (article 50) au

39 Cour eur. D.H., Affaire *Sunday Times*, arrêt du 26 avril 1979, série A, n° 30; Cour eur. D.H., Affaire *Markt intern Verlag GmbH*, arrêt du 22 novembre 1989, série A, n° 165; Cour eur. D.H., Affaire *Groppera Radio AG*, arrêt du 28 mars 1990, série A, n° 173; Cour eur. D.H., Affaire *Autronic AG*, arrêt du 22 mai 1990, série A, n° 178; Cour eur. D.H., Affaire *Observer et Guardian*, arrêt du 26 novembre 1991, série A, n° 216; Cour eur. D.H., Affaire *Sunday-Times*, arrêt du 26 novembre 1991, série A, n° 217.

40 Cour eur. D.H., Affaire *Pine Valley Development Ltd.*, arrêt du 29 novembre 1991, série A, n° 221.

41 Cour eur. D.H. Affaire *Chappell*, arrêt du 30 mars 1989, série A, n° 152.

42 Cour eur. D.H., Affaire *Union Alimentaire SA*, arrêt du 7 juillet 1989, série A, n° 157.

43 Cour eur. D.H., Affaire *Société Stenuit*, arrêt du 27 février 1992, série A, n° 232, concerne une infraction au droit de la concurrence; Cour eur. D.H., Affaire *Éditions Périscope*, arrêt du 26 mars 1992, série A, n° 234, concerne la procédure administrative.

44 Par exemple: Cour eur. D.H., Affaire *Klass*, arrêt du 6 septembre 1978, série A, n° 28; Cour eur. D.H., Affaire *Dudgeon*, arrêt du 23 octobre 1981, série A, n° 45; Cour eur. D.H., Affaire *Norris*, arrêt du 26 octobre 1988, série A, n° 142.

45 Pour une illustration récente, Cour eur. D.H., Affaire *Beldjoudi* arrêt du 26 mars 1992, série A, n° 234A.

46 Cour eur. D.H., Affaire *Soering*, arrêt du 7 juillet 1989, série A, n° 161; le requérant était sous le coup d'une décision d'extradition, non exécutée, du Royaume-Uni vers les États-Unis, où il était passible de la peine de mort; notes : H. LABAYLE, « Droit de l'homme, traitement inhumain et peine capitale : Réflexions sur l'édification d'un ordre public européen en matière d'extradition par la Cour européenne des droits de l'homme », (1990) *J.C.P.* I-3452; F.SUDRE, « Extradition et peine de mort : Arrêt *Soering* de la Cour Européenne des droits de l'homme, du 7 juillet 1989 », (1990) *94 R.G.D.I.P.*, 103.

36 F. SUDRE, « La première décision "quart-monde" de la Commission européenne des droits de l'Homme : une "bavure" dans une jurisprudence dynamique », (1990) *R.U.D.H.* 349.

37 La montée en charge du « contentieux français » est significative : de 115 requêtes enregistrées contre la France en 1987 nous sommes passés à 400 en 1991. Ce sont au total, de 1981 à la fin 1991, 1474 requêtes qui ont été enregistrées contre la France.

38 Voir, O. JACOT-GUILLERMOT (dir), *La fusion de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'Homme*, Paris, Engel, 1986.

requérant en l'absence, par hypothèse, d'infraction réalisée à la Convention et de dommage causé. Il serait juridiquement plus satisfaisant d'admettre, comme le propose la Commission au terme d'une interprétation constructive de l'article 25⁴⁷, que l'obligation qu'a l'État partie de ne pas entraver l'exercice efficace du droit de recours individuel implique celle de respecter les mesures provisoires (ainsi, de surseoir à l'exécution d'une décision d'éloignement du territoire) indiquées par la Commission ou la Cour.

b) L'assouplissement de la règle de l'épuisement des voies de recours internes

Cette règle classique du droit international général, énoncée à l'article 26, marque, au plan procédural, le caractère subsidiaire du mécanisme de contrôle. Comme le rappelle une jurisprudence constante, l'article 26 « se fonde sur la nécessité de donner d'abord à l'État défendeur la faculté de remédier à la situation litigieuse », par ses propres ressources et dans son ordre juridique interne⁴⁸. La Commission a fait prévaloir une interprétation souple de l'article 26, afin de faciliter l'exercice du droit de recours.

En premier lieu, pour que la condition d'épuisement soit remplie, il suffit que le grief tiré de la violation de la Convention ait été présenté « en substance » devant les juridictions nationales: la Commission estime que des moyens équivalents à ceux tirés de la Convention répondent à la condition du « en substance »; Cependant, la Cour, par sa décision *Cardot*⁴⁹, semble avoir voulu mettre un coup d'arrêt à pareille extension⁵⁰.

En second lieu, la Commission dispense le requérant d'exercer les recours internes « inutiles » ou « inefficaces » : soit que le recours soit voué à l'échec en raison d'une jurisprudence bien établie⁵¹ ou que le juge national se contente d'un contrôle restreint là où le juge européen procède à un plein contrôle sur la violation alléguée⁵²; soit que le recours soit insusceptible de permettre le redressement des griefs allégués, tel « un recours qui n'a pas pour effet de suspendre l'exécution d'une décision de renvoi d'un étranger dans un pays déterminé »⁵³ ou encore celui qui vise la réparation du dommage dû à une privation de liberté et non pas la cessation de privation de liberté, alors que le requérant se plaint de la durée excessive d'une détention provisoire⁵⁴.

Cette jurisprudence a pour effet de transformer la règle de l'épuisement des voies de recours internes, initialement

protectrice de la souveraineté étatique, en un mécanisme « boomerang » qui, à la fois, facilite la saisine de la Commission et renforce le contrôle des organes de la Convention sur le droit interne.

B. La juridictionnalisation accrue du système de contrôle

Telle qu'elle est prévue à l'origine, la procédure de contrôle, dans sa phase finale, relève d'un système bâtarde : l'individu ne peut saisir la Cour et celle-ci partage avec le Comité des ministres du Conseil de l'Europe le pouvoir de décision quant à une éventuelle violation de la Convention par l'un des États membres (article 32). La pratique et l'évolution conventionnelle⁵⁵ ont procédé à une double correction du système initial, qui renforce heureusement la protection judiciaire.

1. L'intervention normalisée du Conseil des ministres

Organe politique investi d'un pouvoir de nature juridictionnelle⁵⁶, le Comité des ministres a concentré sur lui les critiques de la doctrine. Celles-ci, semble-t-il, n'ont pas été vaines puisqu'une double évolution s'est réalisée.

a) La réduction de l'intervention du Comité des ministres

Elle est le fait de la Commission puisque c'est elle, en pratique, qui, conformément à l'article 32 §1, va décider de porter une affaire devant la Cour ou le Comité. Or, la préférence de la Commission, en raison notamment des anomalies de procédure devant le Comité, va à la Cour : en 1990 et 1991, le Comité des ministres a respectivement réglé 11 et 20 affaires individuelles alors que la Cour rendait, pour la même période, 30 et 72 arrêts. C'est dire que 30 % environ des affaires individuelles sont traitées au stade de la décision définitive par le Comité.

De surcroît, l'entrée en vigueur tôt ou tard du Protocole 9⁵⁷ aura inéluctablement pour effet de marginaliser le Comité des ministres, en réduisant son activité à une simple activité de classement des affaires individuelles, et ainsi d'opérer une juridictionnalisation quasi-totale de la procédure européenne dans sa phase décisive. On ne peut que s'en réjouir. Faut-il, pour autant, aller plus loin et prévoir l'exclusion totale du Comité des ministres en tant qu'organe de décision, ainsi que le font les projets de réforme évoqués plus haut? Si cela va dans le sens d'une plus grande cohérence du mécanisme de protection, il n'est pas certain, en revanche, qu'une telle solution, par la rigidité accrue qu'elle confère à ce mécanisme, soit très opportune au moment où de nombreux États sont candidats au Conseil de l'Europe et, partant, à la C.E.D.H. : La possibilité — qui, à notre sens, doit rester limitée — d'obtenir une décision par un organe politique donne au système actuel une souplesse qui peut s'avérer à la fois utile et attractive.

47 Commission, Rapp 7/6/1990 Cruz Varas. Dans sa décision du 20/3/1991 (A.201), la Cour a refusé de suivre la Commission sur cette voie.

48 Par exemple, Cour eur. D.H., Affaire De Cubber, arrêt du 26 octobre 1984, série A, n° 86.

49 Cour eur. D.H., Affaire Cardot, arrêt du 19 mars 1991, série A, n° 200

50 Voir, les deux notes de J-F. FLAUSS, « La condition de l'épuisement des griefs au sens de l'article 26 C.E.D.H. : les enseignements de l'arrêt Cardot », (1991) 12 *R.U.D.H.* 529 et « L'invocation en substance de la C.E.D.H. devant le Juge national », (1992) *R.U.D.H.*, 178.

51 Par exemple : Comm. eur. D.H. K c. Royaume-Uni, décision du 14 mai 1987, requête n° 9856/82, Décision et rapports de la Commission Européenne des droits de l'homme, 13 juillet 1987, 52, p. 38, Cour eur. D.H. De Wilde, Ooms et Versyp, arrêt du 18 juin 1971, série A, n° 12.

52 Par exemple : Comm. eur. D.H., Farragut c. France, décision du 6 juillet 1984, requête n° 10103/82, Décisions et Rapports de la Commission Européenne des droits de l'homme 39, p. 186; Comm. eur. D.H., Société Stenuit c. France, décision du 30 mai 1991, requête n° 11598/85, §72, Décisions et Rapports de la Commission Européenne des droits de l'homme.

53 Cour eur. D.H., V et P c. France, rapport du 30 mai 1991; requêtes n° 17550/90 et 17825/91, reproduites dans (1991) 6 *R.U.D.H.*, 253.

54 Ainsi, le recours ouvert par l'article L 781.1 du Code français de l'organisation judiciaire, qui permet la mise en jeu de la responsabilité de l'État pour faute lourde du fait du fonctionnement défectueux du service de la justice, est inefficace aux yeux de la Commission (Déc 1/10/1990 et Rapp 5/12/1991 Leperlier c/France, req 13091/87). De même ce recours est inefficace, lorsque le requérant se plaint de la durée déraisonnable d'une procédure (article 6§1), en raison de l'absence de jurisprudence véritablement stable qui retiendrait le caractère non raisonnable de la durée de procédure comme faute lourde (ibid).

55 Pour des études récentes, voir: P-H. IMBERT, « La réforme de la procédure devant les organes de contrôle de la C.E.D.H. : quelques observations prospectives », (1990) *E.J.I.L.* 292; J-F. FLAUSS, « Vers une régénération du Comité des ministres du Conseil de l'Europe, organe de contrôle de la C.E.D.H. », et F. SUDRE, « De quelques interrogations sur l'évolution du mécanisme européen de garantie des droits de l'Homme », in *Mélanges Apollis*, (à paraître aux Éd. Pédone).

56 Le caractère politique d'un organe ne le libère en rien, en principe, des dispositions conventionnelles qui le régissent : CIJ, AC 28/5/1948 Conditions de l'admission d'un État aux Nations Unies, Rec, 1948 p.57.

57 Protocole n° 9 à la Convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'Homme, Vol. 33, 1990, pp. 3-5.

b) La correction partielle des anomalies

Deux des anomalies les plus flagrantes dans le traitement des affaires individuelles par le Comité des ministres au titre de l'article 32 ont été gommées. D'abord, en modifiant en 1987 puis en 1991 ses Règles de procédure relatives à l'article 32, le Comité des ministres s'est reconnu le pouvoir d'imposer à l'État d'accorder à la victime une réparation pécuniaire, alignant ainsi sa position, en matière de « satisfaction équitable », sur celle de la Cour. Ensuite la règle de vote, prévue à l'article 32 §1, relative à la constatation de la violation, a été aménagée : la nouvelle Règle 9 bis⁵⁸ prévoit qu'un deuxième vote a lieu si, à l'issue du premier, la majorité requise des 2/3 n'a pas été atteinte; Surtout, le Protocole 10⁵⁹, adopté le 25 mars 1992 mais non encore en vigueur, substitue à la règle de la majorité des 2/3 la règle de la majorité simple. Une telle disposition devrait éviter, à l'avenir, que le Comité des ministres, ne rende, comme il l'a fait par cinq fois dans le passé, faute de majorité, des « non décisions » qui constituaient des véritables dénis de justice⁶⁰. Ajoutons que ce « toilettage » du Comité des ministres s'est traduit aussi sur le plan de la surveillance de l'exécution des arrêts de la Cour (article 54), puisque, depuis 1988⁶¹, le Comité a renforcé sa fonction d'organe de contrôle par la pratique des résolutions intérimaires.

L'inégalité de traitement procédural accordé aux États et aux individus continue néanmoins à caractériser l'intervention du Comité des ministres comme organe de décision sur les requêtes individuelles : l'exclusion totale de l'individu de la procédure (à tout le moins, la communication de ses observations écrites devrait être autorisée), d'une part, la possibilité pour l'État en cause de voter sur sa propre affaire, d'autre part, jettent le discrédit sur le système européen de contrôle. Il paraît souhaitable que le maintien du Comité des ministres comme organe de décision au titre de l'article 32 s'accompagne, là aussi, d'une révision des règles en vigueur.

2. La progression du règlement judiciaire

Elle se marque tant au plan quantitatif qu'au plan qualitatif, avec un aménagement de la procédure devant la Cour.

a) L'acceptation générale de la compétence de la Cour

La C.E.D.H. contient, on le sait, à son article 46§1 une clause facultative d'acceptation de la juridiction obligatoire de la Cour. Cette disposition fonde, très classiquement, le contrôle judiciaire du respect des droits de l'Homme sur le consentement étatique. Il faut alors relever que le système européen de garantie des droits de l'Homme a progressivement désarmé les réticences étatiques : tous les États parties à la Convention ont aujourd'hui reconnu la compétence de la Cour. Le dernier État à l'avoir fait de façon différée a été la Turquie, le 22 Janvier 1990.

La généralisation de cette acceptation de la clause de l'article 46 a pour conséquence un accroissement sensible de l'activité de la Cour : au 31 décembre 1991, 307 arrêts avaient été prononcés par la Cour; sur les cinq dernières années (1987-1991), la Cour a rendu en moyenne 35 arrêts par an, soit plus, en une année, que durant les vingt premières années de son existence (1959-1978)⁶².

58 Conseil de l'Europe, Feuille d'information n°28, 1991, p.73.

59 Protocole n° 10, Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, vol. 35, 1992, pp. 3-4.

60 Rés. D.H. (75)2 Huber c. Autriche; Rés. D.H. (77)2 Asiatiques de l'Afrique orientale c. Royaume-Uni; Rés. D.H. (85)7 Dorès e Silveira c. Portugal; Rés. D.H. (88)12 Dobbertin c. France; Rés. D.H. (89)5 Warwick c. Royaume-Uni, dans *Recueil des résolutions du Comité des ministres adoptées en application des articles 32 et 54 de la C.E.D.H.*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1984, 1986, 1989 et 1990.

61 Rés. D. H (88)13 Ben Yaacoub c. Belgique, *ibid.*

62 Voir, COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, *Aperçu des activités 1959-1991*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1992.

On constate ainsi la part prépondérante prise par le règlement judiciaire dans le système de contrôle du respect des droits de la C.E.D.H.

b) L'accès de l'individu à la Cour

Privé, à l'origine, du droit de saisir la Cour — accordé seulement à la Commission et à l'État —, l'individu ne se voyait pas reconnaître la qualité de « partie » (article 44). Paradoxalement, la procédure devant la Cour ne pouvait alors revêtir un caractère contradictoire. Le nouveau règlement intérieur de la Cour, entré en vigueur le 1 janvier 1983, consacrant une remarquable évolution jurisprudentielle antérieure⁶³, consent à l'individu un *locus standi* devant la Cour et l'associe étroitement au déroulement de la procédure. Cette évolution a été achevée au plan conventionnel par l'adoption, le 6 novembre 1990, du Protocole 9 qui accorde à l'individu le droit de saisir la Cour dans le délai de trois mois de la transmission du rapport de la Commission au Comité des ministres. C'est là la suite logique de la reconnaissance, dès 1950, du droit de recours individuel.

Cependant, la solution retenue par le Protocole 9 n'est pas pleinement satisfaisante. L'« égalité des armes » entre l'individu et l'État défendeur n'est pas totalement assurée. D'abord, parce que saisissant la Cour, l'individu n'est pas certain d'obtenir un règlement judiciaire. En effet, la saisine individuelle de la Cour est, curieusement, médiatisée par un comité de 3 juges. Ce comité, chargé de filtrer les affaires individuelles, pourra décider à l'unanimité de transmettre l'affaire au Comité des ministres s'il apparaît qu'il y a une jurisprudence établie relative à la violation alléguée et que l'État concerné ne conteste pas le rapport de la Commission. Ensuite, parce qu'il n'est pas certain, si la requête individuelle est transmise par le comité de trois juges à la Cour, que cette dernière se prononce sur le fond de l'affaire. La Cour, malgré les sollicitations répétées de la Commission, se reconnaît compétente au nom de sa plénitude de juridiction pour connaître d'exceptions préliminaires présentées par l'État défendeur portant sur l'incompétence du juge ou l'irrecevabilité de la requête, alors même que la Commission a rejeté de telles exceptions. Une telle attitude entraîne un double dysfonctionnement procédural : alors que l'individu ne dispose d'aucune voie de recours contre une décision d'irrecevabilité de sa requête, une décision de recevabilité pourra, au contraire, être infirmée par la Cour; De plus, il est fâcheux pour le requérant, ainsi que l'illustre l'arrêt *Cardot*⁶⁴, que la Cour se déclare incompétente pour examiner au fond une requête pour laquelle la Commission a conclu à une violation de la Convention.

Relevons, enfin, que l'entrée en vigueur du Protocole 9⁶⁵ opérera un déplacement de l'équilibre existant au sein du mécanisme de contrôle : la Commission, concurrencée par l'individu dans la possibilité de saisir la Cour, se trouve dessaisie, au profit du comité de trois juges de la Cour, du rôle stratégique qui était le sien d'« aiguilleur » des affaires vers la Cour ou le Comité des ministres; Par ailleurs, la compétence de ce dernier organe, subordonnée à la décision du comité de trois juges, devient proprement résiduelle en matière d'affaires individuelles.

La constitution progressive de cet espace européen de protection des droits de l'Homme, malgré les lacunes subsistantes que nous avons notées, résulte de la convergence remarquable d'une triple évolution : évolution de la pratique des États dans l'acceptation des clauses facultatives des articles 25 et 46 de la Convention, évolution conventionnelle par l'adoption des

63 Voir, F. SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'Homme*, Paris, P.U.F. 1989, n°231-232.

64 Cour eur. D.H., Affaire Cardot c. France, arrêt du 19 mars 1991, série A, n° 200.

65 Dix ratifications sont nécessaires. Au 2 mars 1992, seule la Norvège avait ratifié.

Protocoles additionnels 8, 9, 10⁶⁶, et évolution jurisprudentielle visant à garantir l'effectivité du droit de recours individuel.

Espace de protection, l'espace européen des droits de l'Homme est aussi un espace normatif dont la dimension prétorienne paraît ici déterminante.

II. Un espace normatif

Ainsi que l'affirme la Cour, dans sa décision *Handyside*⁶⁷, la C.E.D.H. « revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de protection des droits de l'Homme ». La Convention confie en premier lieu aux autorités nationales le soin d'assurer, dans leurs rapports avec les individus, le respect des droits qu'elle édicte. La C.E.D.H. et les ordres juridiques internes sont donc dans un rapport de complémentarité. La Convention n'impose pas aux États d'introduire dans leur droit interne des règles juridiques identiques sur les droits de l'Homme mais elle présente des exigences minimales, qui constituent le « patrimoine commun » des sociétés démocratiques et institue un minimum de protection qu'elle définit de façon uniforme pour tous les États contractants. La Convention européenne atteint donc son objectif en harmonisant les ordres juridiques nationaux en fonction de ce standard minimum. De cette action conjuguée, c'est-à-dire la formation d'un droit commun européen des droits de l'Homme (A) et la diffusion de ce droit dans les ordres juridiques internes (B), naît l'espace normatif européen des droits de l'Homme.

A. La formation d'un droit commun européen des droits de l'Homme

Ce droit européen des droits de l'Homme puise aujourd'hui à deux sources : la Convention elle-même, telle qu'elle a été complétée par les Protocoles additionnels, et la jurisprudence européenne, riche de 307 arrêts de la Cour et de 574 rapports au fond de la Commission (au 31/12/1991). Vivifié par l'interprétation dynamique de la Convention à laquelle la Commission et la Cour ont procédé, ce droit a vu croître son champ d'application.

1. L'interprétation dynamique de la Convention

Cette interprétation de la Convention présente la caractéristique d'être à la fois constructive et consensuelle.

a) Une interprétation constructive

La Cour européenne des droits de l'Homme entend assurer non seulement la sauvegarde des droits énoncés par la Convention mais aussi leur développement, selon l'objectif fixé par le Préambule du texte (§3). Pour ce faire, elle tend, très tôt⁶⁸, à privilégier une interprétation téléologique de la Convention, accordant une importance principale, parmi les moyens d'interprétation préconisés par la Convention de Vienne sur le droit des traités, à « l'objet » et au « but » du traité. La théorie des « éléments nécessairement inhérents à un droit » est caractéristique de cette interprétation de la Convention : se fondant notamment sur la notion de « prééminence du droit » qui figure dans le Préambule, la Cour considère, dans son arrêt *Golder*⁶⁹, que le droit d'accès à un tribunal « constitue un élément inhérent » au droit à un procès équitable. Comme le note le Professeur

Ost⁷⁰, l'objet et le but de la Convention sont « conçus comme des objectifs à atteindre, et donc susceptibles de progrès et d'extension ».

Cette démarche conduit logiquement à une interprétation évolutive : Selon la Cour, la Convention est « un instrument vivant, à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelle »⁷¹. La Cour se ménage ainsi, par l'interprétation dynamique qu'elle pratique, la possibilité d'ajuster constamment la Convention au changement social, à l'évolution des mœurs et des mentalités mais aussi de la science et des techniques : se mesure là le souci de la Cour de préserver l'instrument conventionnel, daté de 1950, de tout anachronisme. Cette interprétation évolutive de la Convention prend largement appui sur l'évolution convergente du droit interne des États contractants afin d'adapter la Convention au temps présent. Il s'agit moins d'imposer une évolution du droit européen des droits de l'Homme que d'enregistrer dans ce droit une évolution déjà accomplie dans la majorité des droits internes, afin de dénoncer les législations désuètes de tel ou tel État : Citons ici la législation belge, discriminatoire en matière d'établissement de la filiation d'un enfant naturel⁷² ou la législation pénale irlandaise relative à l'homosexualité masculine⁷³.

b) Une interprétation consensuelle

L'interprétation jurisprudentielle de la Convention prend appui sur des principes juridiques communs et des notions « européennes ».

Comme l'affirme clairement la Cour dans sa décision *Guzzardi*, « la Convention s'interprète à la lumière des conceptions prévalant de nos jours dans les États démocratiques »⁷⁴. Évolutive, l'interprétation de la Convention est ainsi, également, « consensuelle »⁷⁵. L'existence ou non d'un « dénominateur commun » aux systèmes juridiques des États membres est donc un élément déterminant de la décision de la Cour : constatant l'absence de « communauté de vues » des États contractants, la Cour estime ainsi que les États n'ont pas l'obligation de reconnaître le droit au mariage des transsexuels car, dit-elle, « l'évolution enregistrée jusqu'ici ne saurait passer pour la preuve d'un abandon général du concept traditionnel de mariage »⁷⁶. À l'inverse, la présence de principes juridiques communs vient réduire la « marge d'appréciation » que la Cour, tirant la conséquence du fait que la Convention n'impose pas aux États une uniformité absolue, a reconnue aux autorités nationales pour la mise en oeuvre de la Convention (notamment des restrictions qu'elle autorise aux droits garantis), afin de ne pas « négliger les caractéristiques de fond et de procédure (des) droits internes respectifs »⁷⁷.

L'interprétation consensuelle ne doit toutefois pas être comprise comme susceptible de mettre en péril la nécessaire uniformité d'interprétation de la Convention. Les normes européennes protectrices des droits de l'Homme ne sauraient en effet

70 F. OST, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'Homme », dans M. DELMAS-MARTY, *Raisonner la raison d'État*, Paris, P.U.F., 1989, p.405. Voir aussi, P. ROLLAND, « Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'Homme », dans D. ROUSSEAU et F. SUDRE, *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, éd. STH, 1990, p. 47.

71 Cour eur. D.H., Affaire *Marckx*, arrêt du 13 juin 1979, série A, n° 31, § 58.

72 Voir : Affaire *Marckx*, *supra*, note 68.

73 Cour eur. D.H., Affaire *Norris*, arrêt du 26 octobre 1988, série A, n° 142.

74 Cour eur. D.H., Affaire *Guzzardi*, arrêt du 6 novembre 1980, série A, n° 39, § 95.

75 À la suite de P. ROLLAND (*op. cit.*, *supra*, note 67), nous utiliserons le qualificatif de « consensuelle » de préférence à celui de « communautaire », qui prêterait à confusion dans le cadre européen.

76 Cour eur. D.H., Affaire *Cossey*, arrêt du 27 septembre 1990, série A, n° 184, § 46.

77 *supra*, note 6, § 61.

66 Voir : P.-H. IMBERT, « L'action intergouvernementale du Conseil de l'Europe en matière de droits de l'Homme : sauvegarde ou développement », dans *Mélanges Wiarda*, C. Heymanns, 1987, p. 258; J.-F. FLAUSS, « L'activité conventionnelle du Conseil de l'Europe », (1989) *A.F.D.I.* 484.

67 Cour eur. D.H., Affaire *Handyside*, arrêt du 7 décembre 1976, série A, n° 24, § 48.

68 Cour eur. D.H., Affaire *Wemhoff*, arrêt du 27 juin 1969, série A, n° 7, § 8.

69 Cour eur. D.H., Affaire *Golder*, arrêt du 21 février 1979, série A, n° 18, § 76.

varier selon les qualifications juridiques propres aux droits nationaux. Confrontée à des notions revêtant des significations différentes selon les législations nationales, la Cour va détacher ces notions de leur contexte juridique national et les doter d'un sens « européen ». Ces « concepts autonomes » de la Convention permettent alors une définition uniforme des engagements étatiques et préservent l'égalité de traitement des États face à la Convention. Par exemple, les notions de « droits et obligations de caractère civil » et d'« accusation en matière pénale », qui conditionnent l'applicabilité de l'article 6§1 (droit à un procès équitable), vont ainsi être dotées d'un « sens européen », conférant au « droit à un procès équitable » une portée « tous azimuts ». De même, la Cour a jugé que le terme « loi », qui figure dans la Convention notamment au titre des « restrictions prévues par la loi », devait être entendu dans « son acception matérielle » et non « formelle » et que « dans un domaine couvert par le droit écrit, la "loi" est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété »⁷⁸. Se dégage de l'interprétation de la Convention faite par la Cour une notion uniforme de la loi qui, en plaçant sur un même pied le droit écrit et le droit non écrit, prend en considération la spécificité du système juridique de certains États membres. La Cour parvient ainsi à clarifier ces normes et à leur donner un sens commun.

Ce dynamisme constructif, dont la jurisprudence européenne a fait preuve, a largement contribué par les effets qui s'y attachent à recomposer le paysage européen des droits de l'Homme tracé par la Convention de Rome en 1950.

2. Le développement des droits garantis

L'interprétation jurisprudentielle de la Convention, quoique dynamique, a ses limites, que la Cour a fixées : elle ne saurait dégager de la Convention un droit qui n'aurait pas été inséré au départ dans le texte (tel le droit au divorce)⁷⁹. Une telle tâche appartient en effet aux États membres du Conseil de l'Europe et nécessite leur consentement : l'élargissement du champ des droits garantis s'opère par la voie de l'adoption de Protocoles facultatifs additionnels à la Convention. Il faut bien reconnaître ici que l'action conventionnelle des États membres du Conseil de l'Europe dans le domaine du développement des droits garantis « ne peut guère être qualifiée de promotionnelle »⁸⁰. Depuis près de 30 ans⁸¹, seuls deux protocoles additionnels ont été adoptés : le Protocole 6, du 28 avril 1983, abolissant la peine de mort⁸², et le Protocole 7, du 22 novembre 1984, qui est modérément novateur puisqu'il introduit dans la Convention des droits déjà énoncés par le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques⁸³. D'autres domaines, où la jurisprudence européenne a accompli des avancées audacieuses, mériteraient une intervention conventionnelle. Nous en donnerons trois exemples.

a) Les droits économiques et sociaux

En affirmant sa volonté « de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs »⁸⁴, la Cour invite à renoncer à la conception traditionnelle selon laquelle les droits

civils et politiques supposent, pour leur réalisation, une simple abstention de l'État. Précisant elle-même que nombre de droits énoncés par la Convention européenne des droits de l'Homme ont « des prolongements d'ordre économique et social » et que « nulle cloison étanche » ne sépare la Convention de la sphère des droits économiques et sociaux, la Cour a entendu fournir à l'individu les conditions matérielles nécessaires à l'exercice réel des droits protégés⁸⁵. Pour ce faire, elle n'hésite pas à juger que la réalisation de nombreux droits fait peser à la charge des États une obligation d'adopter des mesures positives, bien souvent d'ordre économique ou social : par exemple, obligation d'organiser un système d'assistance judiciaire gratuite⁸⁶ ou un système de traduction pour les étrangers⁸⁷ afin que soit garanti le droit effectif à un procès équitable, obligation d'adopter des mesures garantissant à un enfant naturel les moyens « de mener une vie familiale » normale⁸⁸. L'inertie du législateur, est ainsi susceptible d'être sanctionnée.

Pour hardie qu'elle soit cette jurisprudence ne va cependant pas jusqu'à étendre le champ de la Convention par le biais de l'article 3 à l'état de pauvreté, refusant de reconnaître dans la misère matérielle une atteinte à la dignité de l'Homme constitutive d'une violation de la Convention⁸⁹. Aussi la pauvreté se situe-t-elle hors le droit européen des droits de l'Homme⁹⁰. Par ailleurs, on doit regretter qu'ait été abandonné le projet de Protocole additionnel à la C.E.D.H. énonçant quatre droits économiques et sociaux — le droit à l'indemnisation en cas de privation de propriété pour cause d'utilité publique, l'égalité de rémunération des hommes et des femmes pour un travail de valeur égale, l'égalité en droit de l'homme et de la femme en matière d'emploi et de profession, le droit à la gratuité de l'enseignement primaire public. Or, rien ne s'oppose à l'introduction de certains droits économiques et sociaux dans la Convention, dès lors que ces droits répondent au critère de « justiciabilité », c'est-à-dire font l'objet d'une formulation suffisamment précise pour entraîner des obligations juridiques de la part de l'État susceptibles de relever du contrôle juridictionnel européen⁹¹ : Il suffit de constater ici que nombre de ces droits font souvent l'objet d'un contrôle judiciaire tant au plan national que communautaire.

L'adjonction d'un volet social à la Convention semble d'autant plus nécessaire que la Charte sociale européenne, en raison notamment de la faiblesse de son mécanisme de contrôle⁹², ne constitue pas véritablement un « espace social européen »⁹³. Or, l'exigence de droits sociaux risque de se faire plus forte avec l'arrivée au Conseil de l'Europe des pays d'Europe centrale et orientale.

85 Voir, M. E. MAS, « Les droits sociaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'Homme », (1992) R.T.D.H. 147.

86 Cour eur. D.H., Affaire Artico, arrêt du 13 mai 1980, série A, n° 37.

87 Cour eur. D.H., Affaire Oztürk, arrêt du 21 février 1984, série A, n° 73.

88 Voir : Affaire Marckx, supra, note 68.

89 Commiss. Déc 9/5/1990 Van Voise, voir F. SUDRE, op. cit., supra, note 60.

90 Voir P.-H. IMBERT, « Droits des pauvres, pauvre(s) droits(s) ? », (1989) R.D.P. 739; J. FIERENS, « Égalité et non-discrimination: pauvreté, exclusion sociale et droits de l'Homme », dans CONSEIL DE L'EUROPE, 7^e colloque international sur la C.E.D.H., 1990.

91 Voir, « Ass. Parl. du Conseil de l'Europe, Rec 838(1978), relatif à l'élargissement du champ d'application de la C.E.D.H. », dans P.-H. IMBERT, op. cit., supra, note 49, p. 757.

92 Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a décidé, en décembre 1990, la création d'un comité ad hoc, « le Comité pour la C.S.E. », chargé de faire des propositions pour améliorer le mécanisme de contrôle (Feuille d'information 28, 1991, p. 68). Dès 1978, l'Assemblée parlementaire recommandait la reconnaissance aux individus, associations et organisations syndicales d'un droit de pétition et la création d'une Cour sociale européenne ou d'une Chambre sociale de la Cour européenne des droits de l'Homme (Rec 839 (1978) relative à la révision de la C.S.E., dans P.-H. IMBERT, op. cit., supra, note 87, p. 758).

93 Voir, Ass. Parl. du Conseil de l'Europe, Avis 156 (1991) relatif au onzième cycle de contrôle de la C.S.E., Feuille d'information 28, 1991, p.161.

78 Cour eur. D.H., Kruslin c. France, arrêt du 24 avril 1990, série A, n° 176. Voir G. MALINVERNI, « La réserve de la loi dans les conventions internationales de sauvegarde des droits de l'Homme », (1990) R.U.D.H., 401.

79 Cour eur. D.H., Affaire Johnston, arrêt du 18 décembre 1986, série A, n°112.

80 J.-F. FLAUSS, « L'activité conventionnelle du Conseil de l'Europe », op. cit., supra, note 67, p. 490.

81 Le précédent Protocole garantissant de nouveaux droits est le 4^e Protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme de 1950, S.T.E., n° 46.

82 S.T.E., n° 114.

83 Principe du double degré de juridiction, garanties procédurales pour les étrangers qui font l'objet d'une mesure d'expulsion, règle « non bis in idem ».

84 Cour eur. D.H., Affaire Airey, arrêt du 9 octobre 1979, série A, n° 32, § 26.

b) Les droits des étrangers et des détenus

Ces deux catégories de personnes particulièrement vulnérables ne bénéficient d'aucun droit spécifique au titre de la Convention⁹⁴. Cette lacune a été partiellement comblée par la technique toute prétorienne de « la protection par ricochet »⁹⁵ qui a permis à la Commission et à la Cour d'étendre la protection de certains droits garantis par la Convention — tel le droit de ne pas subir de traitement inhumain ou dégradant (article 3) ou le droit au respect de la vie familiale (article 8) — à des droits non expressément protégés par le texte. Cette technique a été utilisée au bénéfice des détenus : la Commission admet que des conditions de détention peuvent constituer un traitement dégradant au sens de l'article 3, alors même que la Convention ne garantit aucun droit à des conditions de détention déterminées⁹⁶. De même, une mesure d'éloignement d'un étranger est susceptible de constituer une violation de l'article 3 ou de l'article 8 alors que le droit de ne pas être expulsé ou extradé n'est aucunement garanti par la Convention⁹⁷. Ainsi, l'État national, quoique disposant d'un pouvoir discrétionnaire dans ces matières non régies par la Convention — police des étrangers, condition de détention — n'est pas pour autant affranchi du respect du texte européen.

La protection jurisprudentielle n'est qu'un palliatif. S'agissant des étrangers, il convient à la fois de corriger l'anomalie que constitue l'article 16 de la Convention, qui permet aux États d'imposer discrétionnairement des restrictions à l'activité politique des étrangers et d'énoncer des droits spécifiques, tel le droit à la réunion des familles des travailleurs étrangers⁹⁸. S'agissant des détenus, un protocole additionnel s'inspirant de l'article 10 §1⁹⁹ serait bienvenu et permettrait de donner une garantie contraignante à certaines des « Règles pénitentiaires européennes » adoptées par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe en 1987¹⁰⁰.

c) Le droit à ne pas subir de discrimination

La Cour européenne, soucieuse de donner tout son effet utile à la clause de non-discrimination énoncée à l'article 14 de la Convention¹⁰¹, lui a conféré une portée autonome : l'article 14 « fait partie intégrante de chacune des dispositions garantissant des droits et libertés »¹⁰². La clause de non-discrimination peut ainsi entrer en jeu en l'absence même de manquement à l'un des droits garantis et permet de censurer la discrimination dans la jouissance d'un droit respecté¹⁰³. Il n'en reste pas moins que cette clause n'a pas d'existence indépen-

dante et joue uniquement pour les droits et libertés garantis par la Convention.

L'introduction dans la Convention d'une clause générale de non-discrimination, similaire à celle figurant à l'article 26 du P.I.D.C.P. permettrait à la fois d'offrir des garanties effectives à certaines catégories de personnes vulnérables (étrangers, enfants, pauvres, handicapés, par exemple) et d'étendre la sphère des droits protégés par la C.E.D.H. La pratique du Comité des droits de l'homme des Nations Unies relative à l'article 26 est riche d'enseignements. Considérant que l'article 26 prévoit « un droit autonome » qui « interdit toute discrimination en droit ou en fait dans tout domaine réglementé et protégé par les pouvoirs publics »¹⁰⁴, le C.D.H. a fait application du principe de non-discrimination à des droits non énoncés dans le P.I.D.C.P. : par exemple, en matière de prestations sociales¹⁰⁵, d'allocation d'études¹⁰⁶ ou de prestations diverses (cantine, manuels gratuits) fournies aux élèves de l'enseignement public¹⁰⁷. De plus, une clause générale de non-discrimination serait de nature à fournir une première réponse à la question, qui risque de devenir pressante au sein du Conseil de l'Europe élargi, des droits des minorités¹⁰⁸ : elle permettrait de garantir aux membres des minorités la jouissance, sans distinction aucune et sur un pied d'égalité, des mêmes droits que les autres citoyens.

En contribuant au développement des droits garantis par la C.E.D.H., la jurisprudence européenne a sensiblement élargi le champ de protection de celle-ci et, partant, accru l'influence de la Convention sur le droit interne.

B. La diffusion du droit de la C.E.D.H dans l'ordre juridique interne

La Convention, ainsi qu'on l'a dit, est « un instrument d'harmonisation à effet minimum du droit interne des États contractants »¹⁰⁹. Cette harmonisation prend à la fois une forme correctrice et une forme incitatrice.

1. L'autorité renforcée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme

Le principe de subsidiarité gouverne les relations entre l'ordre juridique conventionnel et l'ordre juridique national et se traduit, au plan de l'exécution des arrêts de la Cour, par le

94 Exception faite, pour les étrangers du Protocole 4 qui interdit les expulsions collectives et du Protocole 7 qui prévoit des garanties procédurales minimales en cas d'expulsion.

95 Voir : G. COHEN-JONATHAN, *op cit, supra*, note 8, pp 84 et suiv; F. SUDRE, *op cit, supra*, note 48, n° 179 et suiv.

96 Par exemple Comm. eur. D.H., Mac Feeley et al c. Royaume-Uni, décision du 15 mai 1980, requête 8317/78. Décisions et rapports de la Commission européenne des droits de l'homme 20, p.44.

97 Par exemple, Affaire Soering, *supra*, note 34; Affaire Beldjoudi, *supra*, note 33. Voir, H. STOREY, « The right to family life and immigration case law at Strasbourg », (1990) *J.C.L.Q.* 2, p. 328-344.

98 Se reporter à CONSEIL DE L'EUROPE, *Actes du colloque sur « Les droits de l'Homme des étrangers en Europe »*, Funchal, 1983.

99 « Toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine ».

100 Ces règles, quoique fort détaillées, ne sont pas juridiquement obligatoires pour les États membres.

101 « La jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion... »

102 Cour eur. D.H., Affaire linguistique belge, arrêt du 23 juillet 1968, série A, n° 8, § 9.

103 Pour une illustration, en matière de vie familial : Cour eur. D.H., Affaire Abdulaziz, Cabales et Balkandali, arrêt du 28 mai 1985, série A, n° 94.

104 Comité des droits de l'homme, observation générale 18/37 du 9 novembre 1989 sur la non-discrimination, Rapport à l'Assemblée générale, 1990, vol I, A/45/40, p.189.

105 Communication 182/1984 Zwaan de Vries c. Pays-Bas, décision du 9 avril 1987, (1990) *R.D.H.U.* 95.

106 Communication 191/1985, CH. Blom c Suède, décision du 4 avril 1985, *Sélection de décisions du Comité de droits de l'homme prises en vertu du protocole facultatif*, 1982-1988, vol. 2, 1988, p.227.

107 Communication 299/1988, G et L. Lindgren et al c. Suède, décision du 9 novembre 1990, Rec. A/46/40, p. 264.

108 À la différence du P.I.D.C.P. (article 27), la C.E.D.H. ne contient aucune disposition relative aux minorités. L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, s'est prononcée en faveur de l'introduction d'une clause générale de non-discrimination dans la C.E.D.H. (Rec 1134 du 1/10/1990 relative aux droits des minorités, Feuille d'information 27, p. 206). De même, la Proposition pour une Convention européenne pour la protection des minorités, adoptée à Venise le 8/2/1991 par la Commission européenne pour la démocratie par le droit, organe consultatif du Conseil de l'Europe, prévoit une telle clause ainsi que des mesures spéciales en faveur des minorités (discrimination « positive », droits protégeant les caractéristiques ethniques, linguistiques et religieuses, droit pour les membres des minorités de s'associer et d'entretenir des contacts avec d'autres membres de leur groupe, y compris au delà des frontières nationales). Voir, G. MALINVERNI, « Le projet de Convention pour la protection des minorités élaboré par la Commission européenne pour la démocratie par le droit », (1991) *R.U.D.H.* 157 (texte du projet, p. 189); G. ALFREDSSON, « Égalité et non discrimination : droits des minorités », CONSEIL DE L'EUROPE, septième colloque international sur la C.E.D.H., 1990.

109 D. EVRIGENIS, « Réflexions sur la dimension nationale de la C.E.D.H. », in CONSEIL DE L'EUROPE, *Actes du colloque sur la C.E.D.H.* Par rapport à d'autres instruments internationaux. Pour la protection des droits de l'Homme, 1979, p. 70.

principe du libre choix des moyens; toutefois, une jurisprudence récente vient singulièrement aménager cette règle¹¹⁰.

a) Le principe du libre choix des moyens

Aux termes des articles 50 et 53 de la Convention, la Cour procède par la voie d'arrêts déclaratoires et obligatoires, revêtus de l'autorité relative de la chose jugée¹¹¹. La Cour a pour mission de « déclarer » la compatibilité ou l'incompatibilité des mesures nationales avec la Convention. En cas d'inconventionnalité constatée par la Cour¹¹², l'État est dans l'obligation d'exécuter l'arrêt mais, comme l'affirme la Cour, sa décision « déclaratoire pour l'essentiel, (...) laisse à l'État le choix des moyens à utiliser pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53 »¹¹³. Il appartient donc à l'ordre interne de remédier à la violation constatée.

L'arrêt n'obligeant que les parties au litige et pour le seul cas tranché (article 53), l'obligation de résultat qui pèse sur l'État condamné est, en droit strict, limitée¹¹⁴: prendre les mesures individuelles propres à mettre fin à la violation constatée et à en effacer les conséquences. La pratique montre que ces mesures peuvent être fort diverses : versement d'une indemnité, annulation de l'acte administratif incriminé¹¹⁵, réduction de peine, révision d'une décision de justice¹¹⁶...

La liberté de l'État n'est cependant pas totale, ainsi qu'il résulte de la décision *Vermeire* rendue par la Cour¹¹⁷.

b) L'aménagement du principe

L'arrêt *Vermeire* précise à deux égards les obligations de l'État¹¹⁸. En premier lieu, lorsqu'un État a été condamné par la Cour européenne du fait d'une mesure individuelle d'application d'une législation interne incompatible avec la Convention, il lui appartient sans trop tarder de modifier sa législation¹¹⁹ : « la liberté de choix reconnue à l'État quant aux moyens de

s'acquitter de son obligation au titre de l'article 53 ne saurait lui permettre de suspendre l'application de la Convention en attendant l'aboutissement d'une pareille réforme (législative) » (§26). En d'autres termes, l'obligation de résultat qui pèse sur l'État doit être accomplie avec diligence. En second lieu, dans l'intervalle de temps s'écoulant entre l'arrêt de condamnation de la Cour de Strasbourg et la réforme législative, les juges nationaux ont l'obligation d'écarter la loi interne, contraire à la Convention, et d'appliquer la décision de la Cour européenne dès lors que la règle dégagée par celle-ci n'est « ni imprécise ni incomplète » (§27). Même si la Cour de Strasbourg, à la différence de celle de Luxembourg, n'a développé aucune doctrine sur l'effet direct, sa décision tend bien à donner un tel effet à son arrêt à l'égard du juge national.

D'une manière générale, la décision *Vermeire* ne peut qu'inciter l'État à mettre son droit national en harmonie avec les exigences européennes.

2. L'incitation à la « normalisation » des droits nationaux

L'examen de la pratique étatique¹²⁰ montre que la jurisprudence de Strasbourg, tant de la Commission que de la Cour, conduit les autorités nationales à adopter des mesures générales pour remédier aux carences de leur droit interne et ajuster ce dernier à la « norme » européenne (au demeurant minimale). L'explication de cette attitude est, à notre sens, double. Chargée de fournir une commune interprétation de la Convention par l'article 45 du texte, la Cour rend des arrêts dont l'autorité de « chose interprétée » déborde leur stricte portée juridique. D'autre part, les autorités nationales peuvent d'autant moins ignorer la jurisprudence de la Cour que l'État national, en acceptant le droit de recours individuel, s'expose à être traduit devant les organes de contrôle de Strasbourg si sa législation nationale paraît défectueuse.

C'est là sans doute l'élément décisif qui encourage les États parties à s'aligner sur l'ordre public européen des droits de l'Homme. Cette normalisation emprunte la voie jurisprudentielle et la voie législative.

a) La voie jurisprudentielle

La C.E.D.H est d'applicabilité directe dans la quasi-totalité des États parties¹²¹ : elle tient cette qualité à la fois de la volonté exprimée par les États de créer directement des droits au profit des particuliers¹²², de la suffisante précision de ses dispositions et des solutions constitutionnelles nationales¹²³. Le juge national est donc le juge de droit commun de la Convention, c'est à lui qu'il appartient au premier chef de la faire respecter, le recours au juge européen n'étant qu'un recours subsidiaire. Pèse alors sur ce juge, dont les décisions peuvent faire l'objet d'un recours à Strasbourg, un véritable « impératif de discipline juridictionnelle »¹²⁴. Les exemples d'ajustement ou de revirement opérés par les juridictions nationales pour prendre en compte l'interprétation de la Convention faite par la Cour ou la Commission

120 Voir, J. POLACIEWICZ et V. JACOB-FOLTZER « The E.H.R.C. in domestic law : the impact of the Strasbourg case-law in States where direct effect is given to the Convention », (1991) 3 *H.R.L.J.* 65 et (1991) 4 *H.R.L.J.* 125. Consulter : CONSEIL DES MINISTRES, *Recueil des décisions du Comité des ministres adoptées en application des articles 32 et 54 de la C.E.D.H.*, Strasbourg, Conseil de l'Europe.

121 À l'exception du Danemark, de l'Islande, de la Norvège, de la Suède, du Royaume-Uni et de l'Irlande.

122 Article 1 : « Les H.P.C. reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I de la présente Convention ».

123 L'incorporation de la Convention dans l'ordre juridique interne s'opère à des rangs divers : constitutionnel (Autriche), infra-constitutionnel et supralégislatif (Espagne, France, Pays-Bas), législatif (Italie, R.F.A., Turquie).

124 B. GENEVOIS, « concl. Cons d'Et Ass 11/7/1984 Subrini », *Dalloz*, 1985, p. 150.

110 Sur cette problématique, voir F. SUDRE, « L'influence de la C.E.D.H. sur l'ordre juridique interne », dans « *Le juge administratif français et la C.E.D.H.* », (1991) *R.U.D.H.* 259.

111 Article 53 : « Les H.P.C. s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ».

112 Au 31/12/1991, la Cour avait rendu 229 arrêts au principal, dont 174 constatant une violation de la Convention.

113 Voir : *Arrêt Marckx*, *supra*, note 68, § 58.

114 Voir, G. REES, « Effet des arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme en droit interne et pour les tribunaux nationaux », dans CONSEIL DE L'EUROPE, cinquième colloque international sur la C.E.D.H., Pédone, 1982, p. 235; J. VELU, « Responsabilités incombant aux États parties à la Convention européenne », dans CONSEIL DE L'EUROPE, sixième colloque international sur la C.E.D.H., Séville, 1985.

115 Dans le cadre du règlement amiable constaté par la Cour dans son arrêt, *Cour eur. D.H.*, *Affaire Djeroud*, arrêt du 23 janvier 1991, la France s'engage à abroger l'arrêté d'expulsion frappant le requérant et à lui accorder un certificat de résidence de 10 ans.

116 Par exemple, annulation par la Cour suprême autrichienne d'un arrêt de cour d'appel, à la suite de l'arrêt *Unterpertinger* de la Cour européenne (*Cour eur. D.H.*, *Affaire Unterpertinger*, arrêt du 24 novembre 1986, série A, n°110; concerne la violation des droits de la défense); la Cour d'appel, lors du réexamen de l'affaire, annula la condamnation antérieure prononcée en violation de la Convention (rés DH(89)12.27/4/1989). Aussi, cassation par la Cour suprême islandaise, au vu du rapport de la Commission dans l'affaire *J. Kristinnsson*, du jugement d'un tribunal correctionnel violant l'article 6 §1 de la C.E.D.H. (Cour, règlement amiable, 1/3/1990, A/171-B, §14 et 18). De plus, certaines législations nationales ont mis en place, en matière pénale, des procédures ad hoc de réformation de décisions de justice ayant force de chose jugée, déclarées par la Cour de Strasbourg incompatibles avec la Convention (Autriche, Luxembourg, Malte, Norvège, Suisse).

117 *Cour eur. D.H.*, *Affaire Vermeire*, arrêt du 29 novembre 1991, série A, n° 214.

118 F. SUDRE, « Chronique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme », (1991) *R.U.D.H.* 1.

119 Est en cause le statut en droit belge de l'enfant né hors mariage, jugé contraire à la Convention par la Cour dans son arrêt *Marckx* (*Cour eur. D.H.*, *Affaire Marckx*, arrêt du 13 juin 1979, série A, n° 31). La Belgique a attendu huit ans avant de se doter d'une nouvelle législation.

sont multiples. Bornons nous à citer la décision du tribunal fédéral suisse jugeant le système du droit fribourgeois, qui permet au greffier de fonctionner successivement au cours de l'enquête pénale, puis au sein de l'autorité de jugement, contraire à l'article 6 de la C.E.D.H. et sa jurisprudence, qui interdit le cumul des fonctions d'instruction et de jugement¹²⁵; L'arrêt de la Cour de cassation belge déclare la pratique belge des écoutes judiciaires contraires aux exigences de la C.E.D.H.¹²⁶; Les arrêts de la Cour de cassation française appliquent la jurisprudence de la Cour européenne relative à la publicité des débats devant les juridictions disciplinaires¹²⁷, interdisant à un magistrat ayant siégé en première instance de juger en appel dans la même affaire¹²⁸ ou obligeant les juges d'appel à entendre les témoins à charge lorsque cette audition est demandée¹²⁹; Le revirement du Conseil d'État français accepte de connaître du moyen tiré de l'article 8 de la C.E.D.H. à l'appui d'un recours en annulation d'une mesure d'éloignement du territoire et d'exercer un contrôle de proportionnalité en la matière¹³⁰.

Si, à l'évidence, le juge national n'ignore plus le droit qui se forme à Strasbourg, il en va de même du législateur.

b) La voie législative

Il est remarquable que l'harmonisation des droits internes par la voie législative s'opère aussi bien dans les États où la Convention fait partie du droit interne que dans ceux où elle n'en fait pas partie. Pour s'en convaincre, il suffit de noter que sous l'influence de la jurisprudence européenne des droits de l'Homme, ont été récemment adoptés ou modifiés : une loi belge relative aux garanties judiciaires accordées aux anormaux et aux récidivistes¹³¹; une loi britannique établissant notamment un tribunal indépendant chargé d'examiner les plaintes dirigées contre les mesures de surveillance prises par les services de sécurité¹³²; des instructions pénitentiaires permanentes pour l'Écosse garantissant qu'il n'y aura plus d'interception de correspondance des détenus¹³³; les dispositions du code de procédure pénale vaudois relatives aux poursuites pour violation du secret de l'instruction¹³⁴; une nouvelle loi autrichienne d'organisation judiciaire¹³⁵; des décrets-lois portugais visant à remédier à la lenteur de la justice administrative¹³⁶; une loi danoise sur l'administration de la justice tendant à éviter qu'un juge ayant pris des mesures d'instruction ne soit aussi juge du fond¹³⁷; une loi suédoise organisant une voie de recours judiciaire contre une décision de retrait

de l'autorisation de visite parentale¹³⁸; ou encore, une loi française relative aux écoutes téléphoniques, tant judiciaires qu'administratives¹³⁹

C'est donc, à l'instigation de la jurisprudence de la Cour et de la Commission européennes des droits de l'Homme, un mouvement général d'harmonisation de la règle interne et de la règle européenne qui est entrepris, concourant à la formation d'un corpus juridique commun, issu de la volonté conjugée du juge, tant européen que national, du gouvernant et du législateur. C'est là sans doute l'originalité profonde de ce droit commun européen des droits de l'Homme que d'avoir été fécondé par le principe de subsidiarité, instaurant entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques nationaux non des rapports conflictuels mais des rapports de complémentarité. C'est là aussi, alors que l'Europe des droits de l'Homme accueille de nouveaux membres, la source de développements futurs.

125 *Achtari c. tribunal correctionnel de l'arrondissement de la Glâne*, Tribunal fédéral suisse, 29 novembre 1989, 1991, 8 *R.T.D.H.* 507, obs C. Lombardini.

126 Cité par J.-F. FLAUSS, « Écoutes téléphoniques : le point de vue de Strasbourg », (1991) *R.F.D.A.* 1.

127 Cour de cassation française, civ 1^{re}, 10 janvier 1984, n°8, 6 (Rennemann, Bull).

128 Cour de cassation française, civ. 2^e, 3 juillet 1985, n°133, Bull II.

129 Cour de cass. franc., crim., 12 janvier 1989, n°13, 37, Randhava, Bull.

130 CE Ass 19/4/1991 Belgacem et Mme Babas (2 espèces), concl Abraham, *RFDA* 1991.3 p.497; note D. TURPIN, *R.C.D.I.P.*, 1991, p. 681.

131 Comité des ministres, Rés D.H. (90)31, 16 novembre 1990, *Affaire Van Droogenbroeck*, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1990, p. 232.

132 Comité des ministres, Rés D.H. (90)36, 13 décembre 1990, *Affaire Hewitt et Harmann et al.*, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1990, p. 206.

133 Comité des ministres, Rés D.H. (90)38, 13 décembre 1990, *Affaire Mac Callum*, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1990, p. 239.

134 Comité des ministres, Rés D.H. (90)39, 13 décembre 1990, *Affaire Weber*, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1990, p. 241.

135 Comité des ministres, Rés D.H. (90)41, 13 décembre 1990, *Affaire B c. Autriche*, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1990, p. 244.

136 Comité des ministres, Rés D.H. (91)5, 13 février 1991, *Affaire Macedo*, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1991, p. 272. CM.

137 Comité des ministres, Rés D.H. (91)9, 13 février 1991, *Affaire Hauschildt*, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1991, p. 289.

138 Comité des ministres, Rés D.H. (91)14, 13 février 1991, *Affaire Eriksson*, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, 1991, p. 293.

139 La loi n° 91-646 du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications ((1991) *R.U.D.H.* 427; J. PRADEL, *Un exemple de restauration de la légalité criminelle : le régime des interceptions de correspondances émises par la voie des télécommunications*, Paris, Dalloz, 1992, p. 49) est la suite directe des arrêts de la Cour européenne : *Affaire Kruslin et Huvig*, arrêts du 24 avril 1990, série A, n° 176.