

ENJEUX ET PERSPECTIVES

*Par Emmanuel Decaux**

La *Convention européenne* est au carrefour de deux grandes idées qui ont marqué l'après-guerre, la construction européenne et la protection des droits de l'Homme. Depuis 50 ans, la Cour européenne a construit une jurisprudence riche de plus d'un millier d'arrêts qui concerne désormais 41 États parties à travers une Europe libre et réunie. Pour autant, la *Convention* se trouve menacée, de l'intérieur, par la démission politique des États face aux violations massives des droits de l'Homme, et de l'extérieur, par le développement du noyau dur de l'Union européenne et le risque de double standards dans une Europe à deux vitesses. Seule la réaffirmation de l'universalité et de l'indivisibilité des droits de l'Homme peut permettre de surmonter ces contradictions pour être fidèle à l'œuvre des Pères fondateurs.

The European Convention is at the crossroads of two great post-war ideas, the European adventure and the protection of Human Rights. For the past fifty years, the European Court has built an extensive case law of more than one thousand decisions which are relevant today for forty-one State Parties across a free and reunified Europe. Nevertheless, the Convention is undermined, from the inside, by the political abdication of States in the face of gross Human Rights violations, and from the outside, by the development of the European Union and the risk of double standards in a two-tier Europe. Only the reaffirmation of the universality and indivisibility of Human Rights can help overcome these contradictions and fulfil the work of the founding fathers.

* Professeur à l'Université Panthéon-Assas Paris II.

Lorsque la *Convention européenne des droits de l'Homme* a été ouverte à la signature de l'Allemagne, de la Belgique, du Danemark, de la France, de la Grèce, de l'Irlande, de l'Islande, de l'Italie, du Luxembourg, des Pays-Bas, de la Norvège, du Royaume-Uni, de la Suède et de la Turquie, le 4 novembre 1950 à Rome, deux grandes idées - longtemps deux utopies au fil des siècles - prenaient corps : l'idéal des droits de l'Homme et le rêve de l'unité européenne. Vieilles nations, ennemies d'hier et rivales de toujours, et petits États, fiers d'une liberté farouchement défendue, se réunissaient tous ensemble, égaux en droit dans le respect des valeurs communes, pour fonder la première Europe des juges, l'Europe des droits de l'Homme¹.

Les droits de l'Homme avaient été consacrés par la *Charte des Nations Unies* et définis par la *Déclaration universelle* de 1948, mais leur garantie juridique restait largement du domaine interne, tandis que la négociation des *Pactes* internationaux était paralysée par la guerre froide pendant près de 20 ans. D'une certaine manière, la rédaction de la *Convention européenne* a été un substitut à cette absence d'instruments conventionnels de portée internationale. Le préambule de la *Convention européenne* l'indique sans ambiguïté en assumant pleinement cette filiation:

Considérant la Déclaration universelle des droits de l'Homme proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948;

Considérant que cette Déclaration tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés; [...]

Résolus en tant que gouvernements d'États européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle.

Pour autant, la *Convention* n'embrasse pas tout le champ des droits de l'Homme, mais se borne à assurer la garantie collective de *certain*s de ces droits, sans qu'on sache si cette restriction tient de la nature juridique, en raison du caractère justiciable ou non de certains droits, ou de la contingence historique, liée à un choix des priorités s'agissant de *premières mesures* devant être complétées par la suite. Force est de reconnaître que, sur ce terrain, cinquante ans après, l'ambiguïté demeure. À tout le moins, l'argument idéologique doit être écarté et les travaux préparatoires, notamment les débats devant l'Assemblée consultative, montrent assez l'influence des courants socio-démocrates ou démocrates-chrétiens de l'immédiat après guerre, faisant toute leur part aux droits économiques et sociaux à côté des droits civils et politiques.

¹ Pour cette genèse, voir «Introduction» dans L.-E. Pettiti, E. Decaux et P.-H. Imbert, dir., *La Convention européenne des droits de l'Homme*, 2^e éd., Paris, Economica, 1999.

Face aux dictatures, le plus urgent sur le plan politique et le plus *facile* à mettre rapidement en oeuvre sur le plan juridique, a été de consacrer la garantie collective des *libertés publiques* classiques, déjà fortement établies dans le cadre interne. Il est significatif que les droits les plus sensibles et les plus difficiles à définir en équilibrant des principes contradictoires, comme le droit de propriété individuelle - en pleine vague d'étatisme et de nationalisations - ou la liberté de l'enseignement - en période de «guerre scolaire» entre «école libre» et école publique - ne figurent pas dans la *Convention* mais ont été renvoyés, faute de temps, à un Protocole additionnel adopté en 1952. *A fortiori*, les droits économiques et sociaux sont renvoyés à de «meilleurs jours»... Mais quelles qu'en soient les causes profondes, un clivage durable s'est établi entre les droits de l'Homme, introduisant un divorce entre les droits justiciables, pleinement consacrés par la *Convention européenne*, et les droits non-justiciables qui correspondent aux «objectifs» énumérés dans la *Charte sociale européenne*.

Ce clivage *ratione materiae* a longtemps correspondu à un clivage géographique. L'idée européenne est en effet au coeur même de la *Convention*. Une nouvelle Europe née du Congrès de La Haye avait réuni militants, intellectuels et responsables politiques en 1948 pour tracer les contours de l'Europe de l'après-guerre dans les domaines politique, économique et culturel. Ce rêve allait être fragmenté par le rideau de fer et le «coup de Prague», introduisant une coupure idéologique entre les deux moitiés de l'Europe pendant près de 40 ans, même si l'Europe esquissée à La Haye était une Europe sans rivages, réunissant pour la première fois les grands belligérants de la veille et associant symboliquement les représentants en exil des peuples asservis par le communisme. Mais une division institutionnelle plus durable encore devait marquer les premiers pas de la construction européenne.

Le Conseil de l'Europe, institué par une douzaine d'États dès 1949, a réalisé sa première mission en élaborant la *Convention européenne*, selon une procédure originale fondée sur un dialogue permanent entre le Comité des ministres et l'Assemblée consultative, combinant ainsi la logique des États et celle des peuples. Le Statut du Conseil de l'Europe, comme le préambule de la *Convention européenne* rappellent l'ambition commune: «Considérant que le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres, et que l'un des moyens d'atteindre ce but est la sauvegarde et le développement des droits de l'Homme et des libertés fondamentales».

Or, si les États fondateurs du Conseil de l'Europe partageaient «une conception commune» des droits de l'Homme, fondement de l'identité européenne en gestation, ils étaient loin de concevoir de la même manière le lien fondateur à établir entre les vieux États du continent. Le mot *union plus étroite* retenu était lui-même un pis-aller imposé par les Britanniques pour éviter le terme plus fort d'unification, préconisé notamment par la France et les pays du Benelux. Ainsi, d'emblée, le Conseil de l'Europe avait-il comme principal atout un idéal partagé, fondé sur la démocratie parlementaire et l'État de droit - la *prééminence du droit* selon la traduction retenue par le préambule pour l'expression *rule of law* - et fortement marqué par les traditions juridiques de la *common law* et du droit continental.

Mais cet héritage juridique n'allait pas de pair avec une même vision de l'avenir. Il est significatif que dès le mois de mai 1950, Robert Schuman, le ministre des affaires étrangères français qui signera à Rome la *Convention européenne des droits de l'Homme*, lance un nouveau chantier à travers la Communauté européenne pour le charbon et l'acier, la CECA, avec une «Europe à Six», fondée sur la réconciliation franco-allemande et l'adhésion de l'Italie et du Benelux. Cette «petite Europe», marquée par l'intégration économique, puis politique de ses États membres, n'allait cesser d'éclipser la «grande Europe» du Conseil de l'Europe, réduite à une coopération intergouvernementale de plus en plus formelle. Pendant quelques années, le Conseil de l'Europe a pu se concevoir comme une «organisation ombrelle», à vocation générale, chapeautant des agences spécialisées, mais la croissance de l'Union européenne tant sur le plan quantitatif que qualitatif a vite renversé les rôles. Reste le domaine d'excellence du Conseil de l'Europe avec le mécanisme privilégié que représente encore aujourd'hui la *Convention européenne des droits de l'Homme*.

C'est à travers ce double éclairage - la consécration juridique des droits de l'Homme et la construction politique de l'unité européenne - qu'il convient de cerner l'apport irremplaçable de la *Convention européenne*, cinquante ans après son adoption. Il faut souligner que ces cinquante années n'ont pas été tout d'une pièce. Chacun des quarante-et-un États parties a sa propre histoire se mêlant à l'histoire collective... Si la *Convention* est entrée en vigueur en septembre 1953, à la suite des dix premières ratifications, les mécanismes institutionnels prévus n'ont été mis en place que peu à peu. Le premier arrêt, *Lawless c. Irlande*, a été rendu par la Cour européenne des droits de l'Homme en 1960 et le contentieux a été assez lent à décoller, n'atteignant pas la dizaine d'arrêts par an avant les années quatre-vingt pour finir par dépasser la centaine, à la fin des années quatre-vingt-dix. Ainsi sur le millier d'affaires jugées par la Cour entre 1960 et 1998, plus de la moitié des arrêts ont été prononcés dans les quatre dernières années².

Bien plus jusqu'à l'entrée en vigueur du *Protocole n°11* en novembre 1998, les engagements des États sont restés précaires, qu'il s'agisse de l'acceptation des requêtes individuelles ou de celle de la compétence de la Cour, subordonnées à des déclarations facultatives faites pour une durée limitée et périodiquement révocables. Toutefois, par un phénomène de «boule de neige», le nombre des acceptations n'a cessé de s'accroître, la réforme introduite par le *Protocole n°11* venant verrouiller juridiquement une évolution acquise peu à peu sur le plan politique. Le fait que 41 États, couvrant l'ensemble du continent européen - à la triste exception de la Belarus, de la Yougoslavie ainsi que de la Bosnie-Herzégovine³- soient désormais liés par la *Convention européenne* est sans nul doute un succès en soi. À commencer par la France qui, comme on le sait, a attendu 1974 pour ratifier la *Convention européenne*

² Pour un bilan chiffré, voir Cour européenne des droits de l'Homme, *Aperçus, quarante ans d'activités*, Greffe de la Cour, Strasbourg, 1999.

³ La Bosnie-Herzégovine, qui possède le statut d'invité spécial au Conseil de l'Europe, a déposé sa candidature, tout comme l'Arménie et l'Azerbaïdjan. Au contraire, le Belarus s'est vu retirer son statut d'invité spécial. Quant à la Fédération de Yougoslavie (Serbie-Monténégro), elle avait elle-même déposé une candidature au début 1999, à la veille de la crise du Kosovo, alors qu'elle restait en quarantaine diplomatique.

et 1981 pour accepter les requêtes individuelles, soit plus de 30 ans pour pleinement honorer sa signature de 1950. Ainsi, ce cinquantenaire - avec ses «dix lustres pesants» - n'est pas le même pour tous. Encore faut-il y regarder d'un peu plus près et voir ce que représente aujourd'hui la *Convention*, avec ses forces et ses faiblesses, ses atouts et ses lacunes. Au-delà des congratulations rétrospectives, un anniversaire n'a de véritable sens que s'il est l'occasion d'un «examen de conscience» tourné vers l'avenir.

I. Le bilan de la *Convention*

A. Les fondements de la *Convention*

Le grand mérite de la *Convention européenne* est d'avoir établi un pont entre le droit interne et le droit international. La *Convention* a été rédigée en tenant compte de l'expérience des mécanismes de règlement pacifique des différends, perfectionnés depuis les Conventions de La Haye de 1899 et de 1907, et la création de la Cour permanente de justice internationale. De plus, plusieurs générations de grands internationalistes ont siégé parmi les juges de Strasbourg, à la suite de lord McNair et de Henri Rolin. Mais la notion d'*épuisement des voies de recours internes* trouve ici un nouveau sens. Elle n'est pas seulement une condition de recevabilité de nature procédurale, prévue à l'article 35(1) - «tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus» - elle consacre un principe de subsidiarité qui implique que les droits consacrés par la *Convention* doivent d'abord être garantis et protégés dans le cadre national. En ce sens, la *Convention* ne remet pas en cause les traditions judiciaires qui fondent l'État de droit, elle les prolonge. C'est dire si le débat classique sur le dualisme et le monisme est ici un faux problème: seule l'incorporation de la *Convention européenne* dans l'ordre interne permet au juge national de pleinement exercer sa mission de contrôle; à défaut c'est le juge européen qui sera amené à sanctionner les violations commises, faute pour l'État mis en cause d'avoir su prévenir une condamnation en «balayant devant sa porte». En ce sens, le *Human Rights Act* de 1998, loin de limiter les pouvoirs du juge britannique, ne fait au contraire que les renforcer.

La notion de recours interne va plus loin encore. Elle correspond à une exigence substantielle de la *Convention*, prévue à l'article 13, en vertu duquel «toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente *Convention* ont été violés a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles». Certes la formulation reste prudente, en mentionnant «une instance» et non «un juge», mais il s'agit bien d'une sorte d'*habeas corpus* européen⁴. La jurisprudence de Strasbourg a été très loin pour interpréter la notion de «recours effectif», lorsque la justice nationale n'est pas à même d'assurer la garantie d'un

⁴ Il est significatif de l'évolution intervenue depuis cinquante ans que le projet de *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* aille encore plus loin en prévoyant expressément le «droit à un juge».

procès équitable. Non seulement la Cour européenne se reconnaît compétente au regard des critères de recevabilité de l'article 35, mais elle dénonce une violation sur le fond au regard de l'article 13. Bien plus, dans la mesure où le recours européen est lui-même prévu par l'article 34 sur les requêtes individuelles, qui précise que «les Hautes parties contractantes s'engagent à n'entraver par aucune mesure l'exercice efficace de ce droit», la Cour peut être amenée, dans des situations limites, à constater une violation de l'article 34, lorsque l'État a tenté d'entraver l'accès à la justice européenne, par des mesures d'intimidation notamment.

Cette convergence de garanties de procédure et de fond consacrant l'accès à la justice - le *droit au droit* - est fondamentale dans le système de la *Convention européenne*. Elle explique la place central du juge, le juge national comme le juge européen, dans le fonctionnement de la *Convention*. La Cour européenne des droits de l'Homme ne saurait être un premier degré de juridiction - le juge national doit être à même de faire son propre travail - ni même un nième degré de juridiction, constituant une voie d'appel supplémentaire s'ajoutant à tous les recours internes. Il s'agit d'un ultime recours, qui doit rester exceptionnel si le système ne veut pas être submergé par le contentieux. Plus qu'un juge du plein contentieux, la Cour européenne est - et deviendra de plus en plus, par la force des choses - un juge du droit, un juge des garanties et des procédures.

Le grand avantage du système tel qu'il s'est peu à peu développé depuis cinquante ans est en somme d'avoir donné des juges aux juges. Longtemps les vieux États européens ont eu une vision hypertrophiée de la souveraineté : souveraineté nationale s'incarnant dans la souveraineté parlementaire, juridictions souveraines ayant le dernier mot... L'idée européenne est d'abord un fédéralisme juridique, où l'exécutif, comme le Parlement - jusque dans l'expression solennelle de la loi «expression de la volonté nationale» - pas plus que les Cours suprêmes n'ont désormais le dernier mot. Seule l'histoire peut expliquer cette confiance collective dans un droit *supranational* qui est également fortement ancré dans les traditions juridiques nationales. Lors des premiers débats de l'assemblée parlementaire, lord Layton, pouvait souligner «toute l'importance» que cette garantie des droits de l'Homme

présente, en premier lieu pour chaque citoyen européen appelé à en bénéficier; en second lieu, comme moyen de renforcer, dans nos pays respectifs, la résistance opposée aux tentatives insidieuses qui ont pour objet de miner du dedans ou du dehors notre système de vie démocratique, et grâce à cette résistance accrue, d'assurer à l'Europe occidentale dans son ensemble, une plus grande stabilité politique; enfin comme pierre de touche qui permettra de juger si tel ou tel pays doit être admis à siéger dans ce Conseil qui est celui d'une Europe démocratique⁵.

⁵ *Convention européenne des droits de l'Homme, Recueil des travaux préparatoires*, t. 1, Dordrecht, Nijhoff, 1975 à la p. 31.

Cette exigence profonde se retrouve dans des décisions de principe des organes de Strasbourg, à commencer dès 1961 par la justement célèbre décision de la Commission des droits de l'Homme dans l'affaire *Autriche c. Italie* décrivant la *Convention* non comme un traité synallagmatique mais comme la «garantie collective» d'un idéal commun:

En concluant la *Convention*, les États contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et des obligations réciproques utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux respectifs, mais réaliser les objectifs et idéaux du Conseil de l'Europe tels que les énonce le Statut et instaurer un ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe afin de sauvegarder leur patrimoine commun de traditions politiques, d'idéaux de liberté et de prééminence du droit⁶.

Ce faisant, la Commission écartait toute question préalable relative à «l'intérêt pour agir» d'un État partie, au bénéfice d'une *actio popularis* exercée au nom d'une communauté de valeurs. Par la suite, la référence sans doute prématurée à un *ordre public communautaire* a dû être abandonnée, pour éviter toute confusion avec le *droit communautaire* proprement dit. Mais la Cour européenne dans son premier arrêt relatif à l'affaire *Loizidou*, n'a pas hésité en 1995 à faire écho à la décision de la Commission, en définissant «la *Convention en tant qu'instrument conventionnel de l'ordre public européen*»⁷.

B. La mise en oeuvre des garanties

Reste à voir, au delà des proclamations de principe, comment cette garantie collective est exercée. La *Convention*, on le sait, offre deux voies complémentaires au contentieux. La voie des recours étatiques qui, dans la logique du droit international public, constituait sans doute la *voie royale* du contentieux⁸. Non seulement elle permet à un ou à plusieurs États de faire trancher par un juge supranational les différends juridiques qui les opposent, mais également elle réussit à soumettre au juge l'ensemble d'une situation qui serait émiettée à travers une série de requêtes individuelles fragiles, aléatoires et contingentes. Au lieu de voir les litiges par «le petit bout de la lorgnette», elle permet d'affronter le contentieux par «le gros bout»... Loin de la protection diplomatique classique, même si celle-ci subsiste à travers certaines formes de contentieux étatique où un État prend fait et cause pour un de ses ressortissant, il devrait s'agir d'une véritable action collective fondée sur des *test cases*.

⁶ «Req. n° 788/60, 11 janvier 1961» dans *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'Homme*, t. IV, Cologne, Carl Heymanns Verlag, à la p. 139.

⁷ *Loizidou c. Turquie* (1995), 310A (Sér. A) Cour Eur. D.H., au par. 75.

⁸ Pour plus d'information, voir «L'avenir du règlement des différends interétatiques au sein du Conseil de l'Europe» dans, *Protection des droits de l'Homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymanns Verlag, 2000 aux pp. 387 et s.

Force est de reconnaître que cette fonction essentielle n'a été que très exceptionnellement remplie. Les États ont eux-mêmes été très réticents à saisir la Commission européenne de contentieux interétatiques. Si le mécanisme a pu jouer son rôle, lors des affaires grecques en 1967, puis des affaires turques en 1981, il faut relever que c'est une minorité de «petits» États nordiques - Pays-Bas, Danemark, Suède et Norvège auxquels s'était jointe la France en 1981 - qui ont déposé ces requêtes contre deux dictatures militaires bafouant les droits garantis par la *Convention* et remettant en cause *l'ordre public européen* en gestation. On aurait pu imaginer une réaction solidaire, autrement plus forte, de toutes les démocraties se mobilisant pour saisir la Commission européenne des droits de l'Homme. Les choses ne semblent guère avoir évolué sur ce point, à en juger par les réactions à la Résolution de l'Assemblée parlementaire invitant les États parties à saisir la Cour européenne des droits de l'Homme des violations massives et systématiques des droits de l'Homme commises en Tchétchénie par la Fédération de Russie.

En fait, les États restent des «monstres froids», soit qu'ils aient eux-mêmes des «cadavres dans le placard» et préfèrent pratiquer la «realpolitik», soit qu'ils cherchent à éviter un contentieux jugé inamical pour maintenir ouvert le canal diplomatique. La voie de la sagesse serait sans doute de donner le droit de saisine à d'autres entités au sein du Conseil de l'Europe, comme les organes statutaires, notamment l'Assemblée parlementaire et le Secrétaire général, voire au nouveau Commissaire aux droits de l'Homme du Conseil de l'Europe. Mais au-delà, il faudrait ouvrir la Cour européenne plus largement aux ONG, qui restent les grands absents du système, même si l'article 34 sur les requêtes individuelles prévoit que «La Cour peut être saisie d'une requête par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers qui se prétend victime d'une violation»... À défaut d'être une victime directe, une ONG ne peut saisir la Cour de Strasbourg, alors même qu'elle a un plein accès à la Commission des droits de l'Homme des Nations Unies, par le canal de la procédure 1503! Tout au plus, le juge européen lui a-t-il fait en pratique une place officieuse, en ouvrant un accès limité à l'intervention des ONG, en tant qu'*amicus curiae*, en marge du contentieux individuel. Mais cette procédure indirecte, greffée sur un contentieux individuel - qui garde ses caractéristiques et ses défauts intrinsèques, qu'il soit spontané ou suscité - ne saurait remplacer un accès direct, de plein droit. Strasbourg se doit d'être aussi ouvert aux forces vives de la société civile que Genève !

On doit à la vérité d'ajouter que la frilosité des États rencontre la prudence des juges. La Commission d'hier comme la Cour d'aujourd'hui considèrent que les différends de «nature politique» ne sont pas de leur ressort. C'est le cas depuis plus de vingt-cinq ans pour la question cypriste que les organes de la *Convention* - Commission, Cour et plus que tout Comité des ministres - ont été incapables de régler malgré une multiplication des contentieux... Affirmer que la *Convention* n'est pas faite pour les «différends politiques», c'est contredire les intentions profondes des Pères fondateurs de la *Convention européenne des droits de l'Homme* au lendemain de la dernière guerre. La *Convention* était pour eux une question de survie de la démocratie européenne et non de délai raisonnable. La distinction entre différends politiques et différends juridiques peut d'ailleurs sembler tout à fait artificielle dans le

cadre d'un *ordre public européen* fondé sur la démocratie, les droits de l'Homme et l'État de droit. Or tout se passe trop souvent comme si les juges cherchaient à renvoyer les organes politiques à leurs responsabilités, inversant à leur profit le principe de *minimis non curat praetor*, comme si les choses importantes les dépassaient.

Dans ce jeu de cache-cache où les juges et les responsables politiques cherchent à esquiver des choix difficiles, la synergie qui devrait exister en temps de crise entre les organes du Conseil de l'Europe disparaît, chacun temporisant sans «politique juridictionnelle». Reste un contentieux individuel, ce dont le bilan est loin d'être négligeable, mais qui risque d'être hypothéqué si des «doubles standards» politiques viennent miner la crédibilité du système dans son ensemble. On retrouve là le troisième objectif mis en relief par Lord Layton au sujet du test de l'adhésion pour les nouveaux États parties. Le paradoxe serait que, parce que les organes statutaires ont atténué leurs exigences pour des raisons diplomatiques, les garanties offertes à l'intérieur du système soient à leur tour ébranlées. Mais la vitalité du contentieux individuel apporte un premier démenti à ces craintes.

La *Convention* comporte une liste relativement succincte de droits, ouvrant une grande marge de manoeuvre à l'interprétation. Tout le prix de l'expérience actuelle vient du fait que la Cour de Strasbourg n'a pas fait une lecture passéiste de la *Convention*, figée dans la lettre d'un traité adopté en 1950, contrairement aux principes classiques d'interprétation codifiés par la *Convention de Vienne* de 1969, mais au contraire, a eu une conception ouverte, fondée sur l'esprit des textes. Cette souplesse dans l'interprétation a permis au juge de développer des jurisprudences audacieuses, allant bien au-delà des intentions des rédacteurs de 1950 pour faire de la *Convention* un *instrument vivant*, adapté aux nécessités de notre temps⁹. Cette dynamique trouve toutefois ses limites dans le texte de la *Convention*, comme on l'a vu, relativement à la peine de mort, où un Protocole additionnel a été nécessaire pour abolir la peine de mort en complétant les dispositions de l'article 2 sur les exceptions légales au droit à la vie. Cette révision de la *Convention* va de pair avec une jurisprudence protectrice fondée par ricochet sur la prohibition des traitements inhumains ou dégradants de l'article 3, comme dans l'affaire *Soering c. Royaume-Uni*¹⁰.

L'interprétation constructive de la Cour européenne trouve également une auto-limitation dans la prudence des juges qui - sous l'influence de sir Humphrey Waldock d'abord à la Commission puis au sein de la Cour - ont su mettre à l'avant la notion de *marge nationale d'appréciation*. Sur des sujets sensibles, notamment en matière de religion ou de morale, le juge européen préfère s'effacer derrière l'appréciation du juge national, plus proche des réalités du pays et des exigences de la «société civile». La Cour reconnaît ainsi la diversité des traditions juridiques des États membres, sans chercher à imposer un «moule» uniforme. La balance entre

⁹ F. Sudre, dir., *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1998.

¹⁰ *Soering c. Royaume-Uni* (1989), 161A (Sér. A) Cour Eur. D.H. 1.

l'interprétation européenne, fondée sur des standards progressistes, s'imposant aux États à la traîne, et l'acceptation de conceptions nationales différentes repose sur un équilibre délicat. La Cour européenne a été critiquée tant pour son audace à imposer des «réformes de société» à des États récalcitrants, que pour son habileté à se décharger sur le juge interne à la moindre difficulté, alors même que des questions de principe étaient en cause.

On retrouve ainsi sur le terrain matériel la dialectique entre création d'un «droit commun» et respect de la subsidiarité qui est au coeur de tout le système. Un grand apport de la Cour a été de donner une interprétation autonome aux notions évoquées par la *Convention*, qu'il s'agisse de notions abstraites, comme celle de *société démocratique*, ou de notions techniques, *ingérence prévue par la loi*, *accusation de matière pénale*, entre autres. La Cour a évité l'éclatement de la *Convention* par la multiplication des interprétations nationales plus ou moins intéressées. Mais au-delà de ce travail essentiel d'interprétation uniforme, la Cour a également enrichi ces notions, leur apportant une substance qui parfois leur faisait défaut. Ainsi ce n'est pas une définition formelle de la loi qui a été retenue, la loi incluant le droit de *common law* et la jurisprudence étant prise en compte comme composante de la «loi» au sens de la *Convention*, s'appliquant pour les États de droit continental comme la France. Cependant, c'est surtout la loi matérielle qui a été visée, à travers les *qualités substantielles* exigées de la loi, comme la stabilité, la prévisibilité, et la sécurité juridique. Le meilleur exemple que l'on puisse en donner est la jurisprudence de l'article 8 à propos des écoutes téléphoniques, dans les affaires *Huvig et Kruslin c. France*¹¹.

Ainsi, l'interprétation dynamique de notions autonomes a-t-elle contribué à créer un droit original, prolongeant les systèmes nationaux, sans appartenir à une tradition particulière ? Ce laboratoire juridique est devenu la matrice d'un *droit commun* finement analysé par Mireille Delmas-Marty. Il ne s'agit plus seulement de droit comparé, et d'influences réciproques entre systèmes cloisonnés, mais d'interaction permanente entre des idées de droit. Ce faisant, les tenants des traditions nationales peuvent parfois se montrer frustrés et incompris, notamment aux plus hauts degrés de la hiérarchie judiciaire, mais ce regard neuf constitue un atout très précieux pour moderniser des systèmes trop souvent repliés sur eux-mêmes. Malgré des malentendus inévitables face à une telle révolution juridique, les systèmes nationaux se sont le plus souvent adaptés avec efficacité.

On peut certes critiquer tel ou tel arrêt de la Cour, faiblement motivé et voté par une fragile majorité, alors que des questions fondamentales étaient en cause. Un juge supranational se doit d'être plus «pédagogique» que le juge national, de montrer son unité derrière les grands principes, de démontrer une argumentation cohérente dans le temps et dans l'espace. Trop souvent la Cour a étalé ses faiblesses, à travers des opinions dissidentes qui minaient l'autorité d'une majorité peu convaincante et parfois peu convaincue. Mais dans l'ensemble, l'effort entrepris par des générations de juges, avec autant de sagesse que d'indépendance, constitue une oeuvre remarquable.

¹¹ *Huvig c. France et Kruslin c. France* (1990), 176 (Sér. A) Cour Eur. D.H. 1

En permettant à chaque individu, y compris aux étrangers, de saisir la Cour européenne des droits de l'Homme, la *Convention*, loin d'étaler les faiblesses des systèmes internes, a contribué à les renforcer. Elle constitue un «test» permanent d'ingénierie juridique. Ce qu'il faut déplorer ce n'est pas la place prise par la jurisprudence européenne, mais au contraire le faible usage qui en est fait. Les Parties s'en tiennent à l'interprétation la plus étroite possible de l'autorité relative de la chose jugée. Ils exécutent avec diligence les arrêts les mettant en cause, en particulier sur le terrain financier de la réparation. Plus récemment, dans le fil des recommandations du Comité des ministres, certains États ont pris les dispositions nécessaires pour réviser des procédures internes, afin de pleinement tenir compte des arrêts de la Cour constatant une violation substantielle de la *Convention*. Mais il s'agit là de solutions de cas par cas. Plus rarement, un État est amené à introduire une réforme législative pour adapter une situation ou une législation jugées contraires à la *Convention*. Dans ce cas, c'est bien le Parlement qui tire toutes les conséquences d'une condamnation qui, aussi ponctuelle qu'elle puisse être formelle, est symptomatique non d'un dysfonctionnement du système interne, mais bien du système lui-même.

C'est cette aptitude à dépasser le cas par cas, à anticiper et à prévenir les condamnations qui le plus souvent fait défaut aux États. Ceux-ci restent sur la défensive, multiplient les échappatoires pour éviter le procès, évitent d'intervenir dans les procès mettant en cause un autre État et refusent de reconnaître qu'une cause est insoutenable avant que celle-ci soit perdue. Du coup, le banc de la Cour est encombré de procès mineurs et répétitifs, qui dispersent les efforts du juge et hypothèquent l'avenir, en affaiblissant la visibilité de la jurisprudence de routine. Les torts sont sans doute partagés et les requérants qui multiplient les procès abusifs contribuent pour une bonne part à l'engorgement du système. De même, l'opinion publique a du mal à admettre que les premiers bénéficiaires du système, par rapport aux garanties du procès pénal, soient justement des «condamnés», comme si les droits de l'Homme profitaient d'abord aux trafiquants ou aux terroristes, selon l'image caricaturale donnée trop souvent par la presse en Grande-Bretagne ou en France. Si les droits de l'Homme valent pour tous, il est de fait que les victimes les plus faibles de nos sociétés, qui n'ont ni le moyen de mobiliser des avocats ni même la conscience de leurs droits, restent à l'écart de la *Convention européenne*. Le bilan matériel de la jurisprudence, avec l'hypertrophie des articles 5 et 6, laisse une place réduite aux droits des plus faibles, doublement exclus de notre système juridique.

À côté de ces lacunes inévitables, dans la mesure où le contentieux individuel reste contingent, dépendant des cas introduits et des moyens soulevés, le principal défaut qui menace la *Convention* est le risque de dilution et de banalisation de la jurisprudence. Jusqu'à la réforme de 1998, les arrêts étaient marquants parce que rares, sans que le juge européen fasse le travail du juge interne à sa place. Cela suppose avant tout, on l'a vu, que les garanties judiciaires soient efficaces dans le cadre national, le juge européen prenant appui sur les constatations et les décisions du juge national pour faire respecter les droits fondamentaux. La nouvelle Cour fait face à un défi important, soit celui d'un afflux du contentieux, dans un cadre géographique et une culture juridique largement bouleversés par l'élargissement du Conseil de l'Europe qui a vu doubler le nombre de ses États membres en moins de dix ans. Loin

d'être victime de son propre succès, comme on le dit trop souvent, la *Convention* risque d'être victime d'une absence de vision d'ensemble de la part des États parties.

II. L'AVENIR DE LA *CONVENTION*

A. Le nouveau contexte

Alors que le Conseil de l'Europe a joué un rôle de pionnier, il y a cinquante ans, il faut s'interroger sur l'actualité du «modèle» qu'il constitue aujourd'hui. Le rayonnement de la *Convention européenne* est évident et des systèmes conventionnels ont été mis en place en Amérique latine, ou sont encore en gestation comme en Afrique, pour créer des Cours régionales des droits de l'Homme, transposant ainsi l'expérience de la Cour européenne des droits de l'Homme. La tentative de mettre en place une *Convention des droits de l'Homme de la Communauté des États indépendants* est quant à elle d'autant plus ambiguë qu'elle vient chevaucher l'espace juridique créé par la *Convention européenne* avec des garanties au rabais, avec le risque que la mauvaise monnaie ne chasse la bonne.

Par ailleurs, de manière unilatérale, la greffe de la *Convention* a été prévue dans des situations de transition, comme avec les accords de Dayton - signés à Paris le 14 décembre 1995 - dont l'annexe 6 met en place pour cinq ans une Chambre des droits de l'Homme pour la Bosnie et Herzégovine. Cette chambre a pour compétence d'une part de faire respecter les droits fondamentaux mentionnés dans la *Convention européenne des droits de l'Homme* et, d'autre part, de garantir l'application du principe de non discrimination au regard d'une série de traités internationaux relatifs aux droits de l'Homme. Sur cette base, la Chambre des droits de l'Homme a développé sa propre interprétation de la *Convention* de manière particulièrement originale, sans pour autant être liée par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme¹². Plus récemment, une ordonnance du 12 décembre 1999 du Représentant spécial du Secrétaire général des Nations Unies sur le droit applicable au Kosovo, stipule

In exercising their functions, all persons undertaking public duties or holding public office in Kosovo shall observe internationally recognized human rights standards, as reflected in particular in (...) The *European Convention for the Protection of Human rights and Fundamental Freedoms* of 4 November 1950 and the protocols thereto [...]¹³.

¹² Voir E. Decaux, «La Chambre des droits de l'Homme pour la Bosnie et Herzégovine» 44 *Rev. Trim. D.H.* aux pp. 709-728.

¹³ *Regulation on the Law applicable in Kosovo*, UNMIK/REG/1999/24.

Ainsi dans les deux cas, la *Convention* se trouve directement appliquée sur une base *ad hoc*, en dehors même du cadre du Conseil de l'Europe, en échappant ainsi à l'interprétation en dernier ressort qui appartient à la Cour européenne des droits de l'Homme.

D'une certaine manière, ces greffons sont encore un hommage à la *Convention européenne des droits de l'Homme*, même si Gret Haller, l'Ombudsperson pour les droits de l'Homme en Bosnie-Herzégovine, retient surtout une mise en garde de cette innovation entreprise, il est vrai, dans une situation de crise où les bases de l'État de droit restent fragiles:

La Convention européenne des droits de l'Homme a été intégrée dans le droit national de la Bosnie, mais sans être ratifiée par ce pays, donc sans que la Cour européenne des droits de l'Homme ait le dernier mot. Selon moi, il ne faut plus jamais faire cela. C'est dangereux. La *Convention européenne* ne se prête pas à l'application dans un pays qui sort de la guerre. La Chambre des droits de l'Homme en Bosnie, qui est l'organe placé au-dessus du médiateur, a pris parfois des décisions en opposition avec la jurisprudence de Strasbourg. Cela n'est pas acceptable¹⁴.

Mais, à côté de ces expériences qui restent ponctuelles, c'est tout l'environnement de la *Convention européenne* qui a peu à peu été bouleversé, sans que les responsables politiques en prennent à temps toute l'ampleur, préférant l'autosatisfaction aveugle ou la fuite en avant. Cette évolution profonde concerne les deux grands utopies qui sont à la racine du système mis en place en 1950. La plus évidente est la reconstruction en cours de l'architecture européenne. Déjà le processus de la CSCE, qui s'inscrivait dès l'origine dans le cadre de l'hémisphère Nord, de Vancouver à Vladivostock, a pu sembler un concurrent direct au développement du Conseil de l'Europe comme expression politique d'une «maison commune européenne» fondée sur les droits de l'Homme. En fait, les mécanismes diplomatiques mis en place dans le cadre de l'OSCE n'ont pas remis en cause les procédures juridictionnelles de la *Convention européenne*. C'est surtout la visibilité politique du Conseil de l'Europe dans la «gestion des crises» qui a été affaiblie, avec la multiplication des organisations européennes ayant vocation à intervenir. À cet égard, la répartition des rôles et la coordination sur le terrain des interventions de l'OSCE, du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne dans le domaine civil, face au poids diplomatique et militaire de l'OTAN, ne peut être qu'un facteur de division et de faiblesse pour les États européens.

La nécessité d'un leadership européen n'a fait que renforcer le poids de l'Union européenne à l'extérieur. Cette dynamique des Quinze se traduit par le pouvoir d'attraction que l'Union européenne exerce sur les pays d'Europe centrale et orientale, la douzaine de PECO candidats à l'adhésion ainsi que la Turquie. Déjà ces

¹⁴ Interview de Mme Gret Haller paru dans *La Tribune [de Genève]* (15-16 avril 2000).

États s'alignent sur les positions de principe de l'Union européenne en matière de diplomatie des droits de l'Homme, notamment au sein des Nations Unies où la présidence européenne parle non seulement au nom des Quinze mais au nom de ces États partenaires. Alors que ces États y siègent tous déjà sur un pied d'égalité, une telle concertation et une telle convergence publique ne se sont jamais manifestées au sein du Conseil de l'Europe. C'est bien plus en lançant, après la crise du Kosovo, le Pacte de stabilité pour le sud-est européen, que l'Union européenne a marqué sa vocation globale pour stabiliser le continent, ne laissant que la portion congrue au Conseil de l'Europe, y compris dans ses domaines d'excellence comme la promotion des droits de l'Homme et de «la démocratie par le droit»

Le décalage diplomatique entre le poids d'une «grande Europe» diluée et affaiblie par ses contradictions politiques - que l'on songe à la crise en Tchétchénie - et l'influence d'une «petite Europe» sûre d'elle-même et volontiers donneuse de leçons est saisissant. Mais peut-on encore parler de «petite Europe», depuis que les premières Communautés à Six ont fait place à un projet politique d'ensemble réunissant déjà 370 millions d'habitants?

Or ce poids diplomatique de l'Union européenne, de plus en plus marqué depuis les années quatre-vingt-dix, en réaction même à la trop longue impuissance européenne dans les Balkans, va de pair avec une nouvelle ambition politique sur le plan interne. Les droits de l'Homme figurent désormais au premier rang de l'agenda européen. Et pas plus que de «petite Europe», on ne saurait désormais parler d'une «Europe des marchands» pour l'opposer à l'Europe des droits de l'Homme. Pendant longtemps, l'Union européenne s'est contentée d'une référence indirecte aux droits de l'Homme, d'abord de manière prétorienne, par le biais de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes - dès la ratification française de la *Convention européenne des droits de l'Homme* en 1974, la dernière à intervenir au sein des États membres des Communautés - puis, sur une base conventionnelle, par le renvoi fait à la *Convention européenne* dans les traités européens.

Le débat central portait alors sur les relations à instituer entre la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'Homme, certains à l'instar de Gérard Cohen-Jonathan préconisant une adhésion formelle des Communautés à la *Convention européenne des droits de l'Homme*, pour garantir l'unité d'interprétation de la *Convention*¹⁵. Si ce débat n'est pas clos, il est manifeste que plusieurs États - et non des moindres - refusent d'envisager toute subordination du juge de Luxembourg à l'égard du juge de Strasbourg. Derrière les arguments techniques visant l'absence de personnalité juridique de l'Union européenne en tant que telle ou la difficulté d'ajouter un nouveau «renvoi en interprétation» à une procédure déjà longue, c'est une réticence politique qui transparait, avec le refus de donner un droit de regard sur la construction communautaire à des juges issus de pays tiers. Le paradoxe est que ce sont les mêmes «grands» États occidentaux qui ont choisi l'élargissement du Conseil de l'Europe à des États, à peine sortis de décennies

¹⁵ Voir notamment l'étude de G. Cohen-Jonathan dans *Les mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984.

de communisme, où les bases de l'État de droit étaient encore fragiles. Bien plus en imposant l'adhésion à la *Convention européenne des droits de l'Homme* comme une carte forcée aux nouveaux États membres, ces mêmes États ont transformé ce qui n'aurait pu être qu'un pari politique sur la pédagogie des valeurs européennes en impasse juridique. Du jour au lendemain, les nouveaux États se trouvaient confrontés aux standards juridiques particulièrement détaillés et contraignants hérités de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Face à cette situation, où la *Convention européenne des droits de l'Homme* se trouve entravée par les difficultés inhérentes à une période de transition et de «rodage», l'Union européenne a choisi manifestement de poursuivre sa route, sans se retourner. Dans un premier temps, l'initiative lancée par l'Allemagne lors du sommet de Cologne en juin 1999, vise à la rédaction d'une *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, qui doit être soumise aux instances européennes pour être adoptée sous forme d'une déclaration tripartite du Parlement, du Conseil et de la Commission, en marge du sommet de Nice de décembre 2000 et sous la présidence française. Mais l'exercice va bien au-delà, dans la mesure où cette *Charte* pourrait constituer le premier volet d'une «constitution européenne» en gestation. Cette ambition politique, récemment relancée conjointement par l'Allemagne et la France, a déjà suscité bien des réserves, à commencer par celles de la Grande-Bretagne, ce qui contribue à hypothéquer le résultat de toute l'entreprise. Quelle que soit la valeur juridique de la *Charte* - et même en cas d'échec - la démarche est significative. Désormais les Quinze entendent pouvoir se référer à leur propre corpus de droits fondamentaux, afin de lui donner «une visibilité pour le citoyen européen». Dans un premier temps, ces droits ne visent qu'à combler les vides des systèmes nationaux à l'égard des décisions prises par les institutions communautaires. Cependant, la référence à la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* ne fera que croître avec le développement des compétences communautaires au risque d'éclipser la *Convention européenne des droits de l'Homme* dont elle se veut une paraphrase modernisée. À terme, c'est un niveau supplémentaire de garantie supranationale des droits fondamentaux qui va prendre corps, à côté des garanties constitutionnelles propres aux États membres et des engagements internationaux déjà assumés. Les citoyens européens seront ainsi protégés par une pyramide de normes où s'entasseront pêle-mêle les principes constitutionnels, les droits fondamentaux du droit communautaire, la *Convention européenne des droits de l'Homme*, voire les principes et engagements de l'OSCE, les deux *Pactes* et les autres instruments internationaux pertinents...

Sur le terrain du droit international, les choses ont également bien changé. Pendant toute la période de la coexistence pacifique, la crédibilité et l'efficacité des mécanismes onusiens ont pu être mises en doute. Le ralliement de M. Gorbatchev aux «valeurs universelles» a permis de dépasser les faux-semblants hérités de la guerre froide, avec l'opposition des conceptions «libérales» ou «socialistes» des droits de l'Homme. La Conférence mondiale sur les droits de l'Homme de Vienne de 1993 a pleinement consacré l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'Homme face aux nouvelles tentatives de relativisme culturel ou religieux. Devant ce triomphe des valeurs occidentales pleinement reconnues dans leur dimension universelle, il faut

s'interroger sur le sens du régionalisme en matière de droits de l'Homme pour notre continent. S'agit-il d'une survivance historique de la division idéologique du monde, d'une occasion de défendre des valeurs spécifiques dont l'Europe aurait en quelque sorte le privilège et «l'exclusivité», de l'intention de promouvoir un «projet politique original», ou d'une volonté technique d'efficacité fondée sur une solidarité de proximité ?

Ces questions méritent doublement d'être posées. D'abord parce qu'elles conditionnent la nature de la construction européenne en elle-même, noyau dur de l'Union européenne visant à une exclusivité politique à travers un projet fédéral qui n'ose dire son nom, ou espace juridique commun ouvert à tous les États de droit pour assurer une garantie collective des droits de l'Homme. Relativement au Conseil de l'Europe, l'ambiguïté créatrice des Pères fondateurs visant *une union plus étroite* tend à s'épuiser dans l'impuissance politique. Par contrecoup, c'est la crédibilité de la *garantie collective des droits de l'Homme* qui se trouve en cause. Mais ces questions intéressent tout autant les États tiers : comment dénoncer la régression que constitue la référence floue à des «valeurs asiatiques», si l'on ne cesse d'invoquer la spécificité des «valeurs européennes» ? Comment éviter le reproche de néo-colonialisme, lorsqu'il s'agit de défendre, partout et toujours, les droits de tous les Hommes ?

L'Europe des droits de l'Homme doit se renforcer sans affaiblir l'universalité et l'indivisibilité de ces droits. Cela impose aux Européens un regard nouveau sur la substance même de leurs droits, en tirant tout le parti de l'apport des instruments internationaux à vocation universelle. La Cour européenne des droits de l'Homme a montré la voie, n'hésitant pas à invoquer les dispositions précises de la *Convention des Nations Unies contre la torture* pour développer des «obligations positives» de l'État en cas de violation de l'article 3 de la *Convention européenne*. La jurisprudence européenne ne peut que s'enrichir en prenant pleinement en compte les développements positifs du droit international des droits de l'Homme, au lieu de s'enfermer dans une monade, une bulle juridique coupée du monde extérieur. Le monde a changé depuis cinquante ans, trop souvent le Conseil de l'Europe donne l'impression de ne pas le voir ou de ne pas vouloir le reconnaître. De même, une réflexion d'ensemble s'impose sur la portée des droits économiques et sociaux, pour réconcilier pleinement l'universalité et l'indivisibilité des droits de l'Homme, en dépassant la schizophrénie qui caractérise la *Convention européenne* depuis 1950.

B. La nécessaire refondation

C'est dans ce contexte inédit qu'une réforme de la *Convention européenne* s'impose. Les négociateurs sont souvent en retard d'une réforme, comme les militaires sont en retard d'une guerre. La mise en place du *Protocole n°11* aurait pu être l'occasion d'un nouveau départ pour un système rénové, mais pour une grande part, il s'agit sans doute d'une occasion manquée. Ce n'est pas le lieu de faire l'inventaire des occasions manquées depuis que la nécessité d'une réforme profonde du système s'est

imposée, dès le milieu des années quatre-vingt¹⁶. Au lieu de faire cette réforme «à froid», pour consolider un système bien rodé, les Parties se sont contentées de «réformettes», avec le *Protocole n°9* puis le *Protocole n°10*, de palliatifs de détail, lents et complexes à entrer en vigueur, sans pour autant apporter de solutions durables aux défauts intrinsèques du système.

Lorsqu'en 1993, une réforme de compromis s'est imposée «à chaud», à la suite du premier Sommet des chefs d'État et de gouvernement du Conseil de l'Europe, un temps précieux avait été perdu et, entre-temps, l'Europe avait changé... Il ne faut pas minimiser l'apport du *Protocole n°11* qui a effacé les compromis politiques initiaux de 1950 qui, malgré les développements de la pratique, continuaient à rendre peu lisible un système «quasi-juridictionnel» fait de mécanismes facultatifs et d'alternatives boiteuses. Désormais, la Cour est seule et directement compétente pour juger l'ensemble des requêtes, sans l'intervention d'une justice politique «retenue» par le Comité des ministres. Mais cette consécration tardive du caractère pleinement juridictionnel du système n'apportait aucune solution aux problèmes de fond qui se posaient à la nouvelle Europe née des années quatre-vingt-dix. Cette réforme de façade - qui supprimait d'un trait de plume les trésors d'expérience de la Commission, sans donner de moyens supplémentaires à la Cour - semblait plus tournée vers le passé que vers l'avenir. Significativement, dès l'entrée en vigueur du *Protocole n°11*, à compter du 1er novembre 1998, de bons esprits comme Robert Badinter¹⁷ ont évoqué la nécessité d'une réforme de la réforme, à travers un futur *Protocole n°12*...

Plus que jamais, une réflexion sur les droits garantis s'impose. Sur ce terrain, on doit déplorer la réticence des États parties qui, depuis la *Convention* de 1950 et le reliquat du *Protocole additionnel* de 1952, ont toujours craint de consacrer de nouveaux droits substantiels. Seule l'impulsion donnée par le *Pacte international relatif aux droits civils et politiques* a permis une mise à niveau du contenu de la *Convention*, en dehors de la mise en cause de la peine de mort à travers le *Protocole n°6*. Ce n'est faute de tentatives, notamment au regard des droits économiques et sociaux, au sein du Comité directeur des droits de l'Homme du Conseil de l'Europe, dans les années quatre-vingt, ou pour les droits culturels dans les années quatre-vingt-dix. Le recul en la matière est tel que dans le document adopté lors du deuxième Sommet des chefs d'État et de gouvernement du Conseil de l'Europe à Strasbourg en 1997, sous la présidence française, les droits économiques et sociaux ne figurent même plus sous le chapeau des droits de l'Homme, mais sont relégués au titre concernant la *cohésion sociale*. Cette régression est d'autant plus surprenante que le suivi de la *Charte sociale européenne* a été rattaché à la direction des droits de l'Homme du Conseil de l'Europe pour souligner la complémentarité entre les deux séries d'instruments. En même temps, la *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* vise à consacrer un *modèle social européen* dépassant les seuls droits civils et politiques.

¹⁶ Voir O. Jacot-Guillarmod, dir., «La fusion de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'Homme», Colloque de Neufchâtel, Strasbourg, Engel, 1987.

¹⁷ R. Badinter, «Pour un Protocole n° 12» dans, *Mélanges en l'honneur de Louis-Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1999.

Face à ce défi, une première réaction du Conseil de l'Europe a été de mettre au point une révision de l'article 14 de la *Convention* pour lui donner une portée autonome, comme principe de non-discrimination devant la loi et dans la jouissance des droits, et non plus seulement comme simple accessoire des droits garantis par la *Convention*. Cette réforme réclamée de longue date¹⁸, aussi fondamentale qu'elle soit, ne fait que transposer la jurisprudence du Comité des droits de l'Homme dans l'application de l'article 26 du *Pacte relatif aux droits civils et politiques*. Le Comité s'en est servi comme d'un relai pour atteindre des droits qui ne figuraient pas en tant que tels dans le *Pacte*, notamment dans le domaine économique et social. Par ce biais, l'extension potentielle du champ des droits de l'Homme est considérable, qu'il s'agisse de discrimination sexuelle, de discrimination raciale ou de toute forme de discrimination. Cette réforme a été préparée à la *Convention*, sous la forme d'un *Protocole n°12*, ouvert à la signature des États à l'occasion de la réunion des ministres des droits de l'Homme du Conseil de l'Europe à Rome, le 4 novembre 2000, pour les cérémonies du 50ème anniversaire de la *Convention*.

Certains États ont tenté jusqu'au dernier moment de repousser la réforme, en réclamant un «moratoire» pour un délai de réflexion supplémentaire, mais on peut supposer que le principe de la réforme étant acquis, il sera difficile pour un État partie de justifier son refus, au moment même où, face aux résurgences du racisme et de l'intolérance, la lutte pour la dignité et l'égalité est au coeur de tous les discours politiques. Au moment même où, en application du traité d'Amsterdam, l'Union européenne entend avec volontarisme faire toute sa place au principe de non-discrimination dans les politiques communautaires, il s'agit surtout d'une dernière chance de «mise à jour» pour la *Convention européenne des droits de l'Homme*. La laisser passer, c'est risquer une fossilisation de la *Convention européenne* qui deviendra vite un objet de musée, alors que des références plus efficaces seront invoquées par les justiciables.

Mais cette réforme ne doit pas mettre le point final à la réflexion sur les droits de l'Homme garantis par la *Convention*. La consécration indirecte des droits économiques et sociaux devrait être un premier pas pour mieux cerner le contour de ces droits, et notamment pour déterminer des obligations positives pesant sur les États et des éléments de justiciabilité. À cet égard, le travail du Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies a été exemplaire et devrait nourrir une réflexion propre des États européens sur la synergie à établir entre la *Convention européenne* et la *Charte sociale européenne* révisée. Si l'on ne peut que déplorer que l'adhésion à la *Charte sociale européenne* révisée et à son Protocole sur les réclamations collectives n'aient pas été imposées aux nouveaux États du Conseil de l'Europe, l'objectif d'une ratification par tous les membres du Conseil de l'Europe devrait s'imposer, au même titre que la ratification universelle des deux *Pactes*. Cela permettrait de lutter contre la fracture sociale qui menace les États européens, notamment les PECO, au risque de rendre illusoire la garantie de droits de l'Homme

¹⁸ Voir L. Joinet, «Les droits de l'Homme des étrangers en Europe», Colloque de Funchal, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1985 ou «Ce racisme qui menace l'Europe», Colloque de Strasbourg, Paris, La Documentation française, 1996.

devenus purement formels. Cela permettrait également de concilier démocratie et développement, dans le fil de la conférence mondiale de Vienne de 1993. Faute de quoi, il semble difficile d'invoquer *un modèle social européen* face aux États du Tiers monde et de réclamer une *clause sociale* en matière de commerce international.

Parallèlement à ces réformes de fond, les mécanismes de la *Convention* doivent eux-mêmes être profondément révisés. La grande toilette de la réforme de 1998 a elle-même été bien timide sur de nombreux points. Rien n'a pu être fait pour remédier à certains défauts manifestes. En matière de mesures conservatoires ou d'exécution des arrêts, c'est le bon vouloir des États qui continue à dominer. Attribuer à la Cour la possibilité d'ordonner des mesures conservatoires ou de préciser les modalités de mise en oeuvre d'un arrêt, au-delà de la simple réparation pécuniaire, serait un gage d'efficacité du système. De même le *Protocole n°11* s'est contenté d'incorporer dans la version révisée de la *Convention* les dispositions à l'évidence impraticables du *Protocole n°2* attribuant à la Cour la compétence de donner des avis consultatifs. Un assouplissement des conditions de saisine pourrait permettre à la Cour d'exercer une fonction consultative, à l'instar de la Cour internationale de justice ou de juridictions régionales¹⁹. Face aux crises politiques, la compétence consultative de la Cour pourrait être une solution plus souple, plus rassurante pour les États - en raison même de l'expérience acquise au contentieux par les juges de Strasbourg - que des mécanismes «en veilleuse» comme ceux de la *Convention européenne pour le règlement pacifique des différends* de 1957 ou même ceux de la *Convention de 1992* créant une Cour de conciliation et d'arbitrage de l'OSCE.

Mais il faut surtout renforcer les pouvoirs de la Cour européenne pour faire face au contentieux. Dans un premier temps, des réformes ponctuelles permettraient sans doute à la Cour de faire face à l'afflux des affaires et de se concentrer sur les questions juridiques essentielles afin de laisser à la jurisprudence toute sa portée, son autorité et son rayonnement. L'unité de la Cour, si chèrement acquise, ne peut être remise en cause en créant une instance de premier appel qui serait une sorte de Commission ressuscitée. De même, l'idée de chambres régionales semble particulièrement mal venue car on voit mal comment il serait acceptable de rétablir des divisions géographiques en Europe. Si les chambres régionales sont composées de juges issus de la seule sous-région, c'est envenimer les risques de mauvais voisinage ou les tentations hégémoniques des grandes puissances : on voit mal une chambre où le juge russe serait face aux trois juges baltes... Si les chambres sont composées de juges venant d'autres sous-régions, comment éviter le reproche d'incompréhension des réalités locales et de néo-colonialisme de la part d'Occidentaux donneurs de leçons à des États qui ne sont pas leurs «élèves»...

Évidemment, la Cour européenne ne peut remplacer les garanties judiciaires sur le plan national, et une trame de chambres régionales ne ferait que menacer l'unité de la jurisprudence sans répondre pour autant au besoin de justice sur le plan local. La

¹⁹ Curieusement, le blocage juridique actuel va de pair avec l'improvisation politique la plus complète, comme on le voit avec la demande faite, au nom de l'Union européenne, par la France au président de la Cour européenne de désigner « trois sages » pour se prononcer sur la situation autrichienne...

solution se retrouve au sommet et non à la base. C'est au sein de la Cour elle-même qu'il faut recréer les mécanismes de filtrage indispensables, en élargissant la fonction des comités de trois juges prévus à l'article 28 de la *Convention* révisée. La marge d'opportunité, relative aux affaires «irrecevables et manifestement mal fondées», devrait être élargie. Une compétence sur le fond pourrait être également étudiée par les comités dès ce stade, pour régler les affaires simples et rechercher activement, dès ce stade, un règlement amiable avec la coopération des parties. Ce premier examen pourrait même être délégué à des référendaires sous la responsabilité d'un juge de la Cour. De même, s'agissant des affaires courantes qui encombrant le prétoire, notamment en matière de «délai raisonnable» - dont la caricature reste l'interminable série des affaires italiennes - la Cour devrait pouvoir imposer un règlement d'ensemble négocié à l'État défaillant, sur le plan législatif, en imposant les réformes nécessaires, comme sur le plan financier, à travers des fonds d'indemnisation. Enfin, la procédure incohérente d'appel interne découlant du jeu combiné des articles 30 et 43 - qui est le ver dans le fruit de la réforme du *Protocole n°11* - devrait être strictement limitée par le «collège» de la Grande chambre pour éviter les abus de la part des parties, en accélérant la procédure et renforçant l'autorité de la chose jugée. À tout le moins, une révision du texte devrait expressément empêcher une partie de s'opposer au désaïssement d'une chambre pour mieux réclamer ultérieurement le renvoi à une Grande chambre.

À plus long terme, une différenciation plus grande des missions entre les trois types de formation, Comités, chambres et Grandes chambres, semble inévitable. D'une certaine manière, cette différenciation reviendra sans doute à spécialiser les fonctions qui étaient celles de la Commission, mais en évitant les empiètements et les contrariétés inhérents au système initial où la Commission se comportait en véritable juge du fond, alors qu'elle n'avait pas, au sens strict, de caractère judiciaire. Pour remédier à ce défaut, le *Protocole n°11* a procédé à une méthode radicale en supprimant la Commission, au risque de *jeter le bébé avec l'eau du bain*. Cette situation a évidemment l'avantage de renforcer le poids de la Cour comme organe judiciaire «permanent», mais a aussi comme conséquence de conférer à la Cour certaines fonctions classiques relevant du règlement pacifique des différends, comme l'enquête ou la conciliation, qui sont plus aisément effectuées par un organe distinct de l'instance de jugement. Enfin, l'existence d'un organe indépendant comme la Commission avait l'avantage d'éclairer le travail de la Cour elle-même, en amont, à travers ses rapports, mais aussi ultérieurement avec les prises de position du représentant de la Commission lors de la procédure devant la Cour.

Recréer aujourd'hui la Commission n'aurait guère de sens, pas plus que d'imiter la Cour de justice des Communautés européennes qui n'est pas la panacée. Mais une solution simple, peu «coûteuse» mais efficace, serait d'instituer un corps d'avocats généraux, pleinement indépendants, comme la France l'avait d'ailleurs préconisé lors des travaux préparatoires du *Protocole n°11*. La fonction propre d'analyse juridique des avocats généraux pourrait grandement contribuer à donner lisibilité et cohérence à la politique jurisprudentielle de la Cour, en dépassant la casuistique (purement factuelle du cas par cas) et l'habituelle «économie de moyens» qui permet d'escamoter les difficultés, pour mettre en perspective les enjeux et les

solutions des affaires. Loin d'affaiblir la Cour, une telle mission renforcerait la légitimité de la fonction judiciaire qui semble parfois - du moins aux yeux des États - être dans la dépendance informulée mais exclusive du Greffe. Et, inversement, la présence d'avocats généraux en son sein permettrait à la Cour d'exercer un rôle pédagogique essentiel en matière de jurisprudence vis-à-vis de l'extérieur, en particulier des juridictions et des gouvernements des États parties.

* * *

Au delà des textes, et de toutes les réformes imaginables, c'est en effet la volonté des protagonistes qui reste la clé de tout. Il appartient à la Cour de veiller à tout ce qui peut renforcer la légitimité des choix assumés, sans se contenter de se reposer sur ce qui relève ponctuellement de l'autorité relative de la chose jugée. Une juridiction supranationale, comme la Cour européenne, ne doit pas seulement vaincre, elle doit sans cesse convaincre. Des décisions collégiales, solidement motivées et acquises à l'unanimité, ont, à l'évidence, plus de poids «politique» que des arrêts rendus à une majorité étroite, minés par les impasses juridiques du raisonnement, et par les opinions dissidentes des juges minoritaires, comme cela a été le cas pour des décisions particulièrement sensibles avec l'ancienne Cour²⁰. Cette nécessaire cohérence intellectuelle propre à chaque arrêt va de pair avec la continuité dans le temps et avec la congruité de la jurisprudence entre les différentes formations de jugement. C'est par son unité derrière le *leadership* du président et du bureau de la Cour qu'une juridiction internationale peut surmonter les réticences nationales face à des décisions qui heurtent le plus souvent les traditions juridiques et les opinions publiques. A cet égard le rôle du juge «national» est crucial et l'on ne peut que regretter tout ce qui dans la réforme de 1998 peut miner son indépendance statutaire, notamment le raccourcissement du mandat avec la nécessité d'une nouvelle présentation par l'État et d'une réélection au terme de six ans, voire au bout de trois ans.

Dans le système actuel, la Cour est d'autant plus en porte-à-faux que ce sont les États parties qui doivent lui donner les moyens juridiques et financiers d'exercer sa mission. Dans le même temps, les États devraient tout faire, individuellement et collectivement, pour tirer le meilleur profit du système. Trop souvent, on a dit que les États restent sur la défensive, quitte à multiplier les moyens d'irrecevabilité pour échapper au juge, dans l'attente, au lieu d'intervenir dans les procédures. Il serait pourtant plus prometteur de prévenir le contentieux ou de remédier à une condamnation en allant de l'avant. La jurisprudence de la Cour européenne doit être un «moteur» de réforme pour les États parties, et non un alibi à leur impuissance, à leur indifférence et parfois à leur lâcheté.

²⁰ On pense en particulier à l'affaire *Mc Cann c. Royaume-Uni* (1995), 324 (Sér. A) Cour Eur. D.H. (Sér. A) 1, traitant de la lutte anti-terroriste, et à l'affaire *Vogt c. RFA* (1995), 324 (Sér. A) Cour Eur. D.H. 1, en matière d'interdiction professionnelle.

La *Convention européenne des droits de l'Homme* reste une chance pour l'Europe, *pour toute l'Europe*. Mais sans une telle prise de conscience collective, le système risque de s'enliser. Il y a dix ans déjà, le regretté juge Pettiti évoquait - avec une lucidité et une prémonition extraordinaires - le risque de voir la *Convention* devenir «une nouvelle Atlandide», une cathédrale engloutie, un continent perdu, un monde oublié après avoir eu son heure de gloire²¹. Le cinquantième anniversaire de l'acte fondateur doit être l'occasion d'un renouveau, dans l'esprit des Pères fondateurs de la *Convention*, ces hommes d'avenir et de courage nés de la Résistance, comme Pierre-Henri Teitgen et René Cassin. Ils ont tout imaginé sauf la banalisation des droits de l'Homme, avec le verbalisme des uns et l'indifférence des autres. Un sursaut politique au sein du Conseil de l'Europe est aujourd'hui indispensable pour éviter de transformer la grande Europe des droits de l'Homme, annoncée depuis dix ans, en un village à la Potemkine, fait de faux semblants et de doubles standards. C'est toute l'Europe qui y perdrait son âme.

²¹ H. Thierry et E. Decaux, dir., *Droit international et droits de l'Homme. La pratique juridique française dans le domaine de la protection internationale des droits de l'Homme*, Montchrestien, Cahiers du CEDIN n° 5, 1990.