



sais-je?



# LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Frédéric Sudre



QUE SAIS-JE ?

# La Convention européenne des droits de l'Homme

**FREDERIC SUDRE**

Professeur agrégé des facultés de droit

Université de Montpellier I

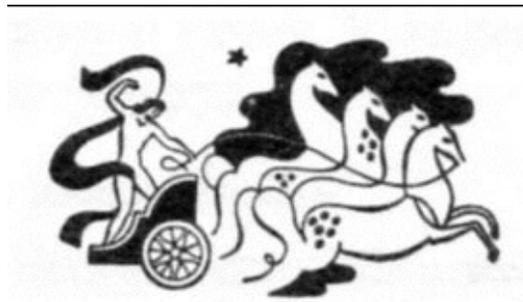
Directeur de l'Institut de droit européen

des droits de l'homme

(IDEDH)

Neuvième édition mise à jour

32e mille



# Introduction

La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ou Convention européenne des droits de l'homme, signée à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953, fonde la protection européenne des Droits de l'homme. Inspirée de la Déclaration universelle des droits de l'homme, adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948, qui a lancé le processus de proclamation internationale des Droits de l'homme, la CEDH fournit aujourd'hui le modèle le plus perfectionné de garantie effective des Droits de l'homme proclamés sur le plan international : elle offre aux individus le bénéfice d'un contrôle juridictionnel du respect de leurs droits.

## 1. L'idéal démocratique

Lancé par le Mouvement européen, lors du Congrès de La Haye de mai 1948, le projet d'une Convention européenne des droits de l'homme devait se réaliser dans le cadre du Conseil de l'Europe, dont le statut, adopté à Londres le 5 mai 1949, est tout entier imprégné par la volonté de défendre et de promouvoir la liberté et la démocratie. Selon le préambule du statut, les États signataires sont « inébranlablement attachés aux valeurs morales et spirituelles 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 ». Premier traité multilatéral conclu dans le cadre du Conseil de l'Europe, la Convention a des attaches tant idéologiques qu'institutionnelles avec le Conseil. Rappelant que la sauvegarde et le développement des Droits de l'homme sont l'un des moyens d'atteindre le but du Conseil de l'Europe qui est de « réaliser une union plus étroite entre ses membres », son préambule souligne l'attachement des États parties au « patrimoine commun » et affirme que le maintien des libertés fondamentales « repose essentiellement sur un régime politique véritablement démocratique, d'une part, et d'autre part, sur une conception commune et un commun respect des Droits de l'homme » (§ 4). Est exprimé là ce qu'il y a de fondamental, dans les règles que formule la Convention, pour la communauté des États contractants, et la Cour européenne des droits de l'homme peut ainsi souligner que la démocratie est « l'unique modèle politique envisagé par la Convention et, partant, le seul qui soit compatible avec elle » (Parti communiste unifié de Turquie c/ Turquie, 30 janvier 1998, *GACEDH*, n° 6) [\[1\]](#). En mettant fortement l'accent sur la prédominance de l'intérêt commun, le préambule marque formellement que la matière des Droits de l'homme « touche aux intérêts essentiels de la collectivité ». C'est ce qu'exprime la Cour européenne dans son arrêt *Loizidou* contre Turquie du 23 mars 1995 (*GACEDH*, n° 1) : qualifiant la Convention d'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen », la Cour pose le postulat de l'existence d'un ordre public européen, c'est-à-dire d'un ensemble de règles perçues comme fondamentales pour la société européenne et s'imposant à ses membres.

## 2. La Convention européenne, « instrument constitutionnel de l'ordre public européen »

a) Axe privilégié de la construction d'une Europe unie et démocratique, la Convention fait figure de « constitution » du Conseil de l'Europe. Conçu comme le « club » des démocraties, ce dernier, depuis l'effondrement de l'Empire soviétique, s'est singulièrement élargi et a accueilli 22 nouveaux pays d'Europe centrale et orientale. Ainsi, l'appartenance au Conseil de l'Europe détermine la participation à la Convention. Seul l'État membre du Conseil de l'Europe peut devenir partie à la Convention, par signature et ratification (art. 59) : tour à tour, le Portugal (en 1978), l'Espagne (en 1979), la Hongrie (en 1992), la Russie (en 1998) ou la Géorgie (en 1999) le deviendront après avoir rejoint le Conseil de l'Europe. Inversement, l'État qui perd la qualité de membre du Conseil de l'Europe cesse d'être partie à la Convention : l'hypothèse s'est produite une fois, lorsque la Grèce des « colonels » a dénoncé la Convention en même temps qu'elle se retirait du Conseil de l'Europe, le 12 décembre 1969 ; la démocratie rétablie, la Grèce a réintégré le Conseil et la CEDH (le 28 novembre 1974). En revanche, l'appartenance au Conseil de l'Europe n'emporte pas obligation de ratifier la Convention, du moins en droit strict : la France, membre originaire du Conseil, attendit un quart de siècle avant de ratifier la Convention, le 3 mai 1974. En pratique, cependant, les deux vont de pair et, depuis 1989, l'adhésion des États « postcommunistes » a été subordonnée à la ratification rapide de la CEDH, véritable condition « statutaire ». La Convention lie les 47 États membres du Conseil de l'Europe : Albanie, Allemagne, Andorre, Arménie, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Chypre, Croatie, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Malte, Moldova, Monaco, Monténégro, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, « ex-République yougoslave de Macédoine », République tchèque, Roumanie, Royaume-Uni, Russie, Saint-Marin, Serbie, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Turquie, Ukraine.

L'élargissement du Conseil de l'Europe opéré au bénéfice d'États incapables de respecter l'engagement fondamental inscrit dans l'article 3 du statut n'est pas sans soulever la question de l'abaissement des standards du Conseil de l'Europe et de la crédibilité du système européen. Cependant, pour la Cour européenne des droits de l'homme, un État n'est pas « démocratique », au sens de la CEDH, du seul fait qu'il est membre du Conseil de l'Europe. La Cour a défini de manière dynamique la notion de société démocratique. Selon la Cour, « 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 » (*Sunday Times*, 26 avril 1979).

b) La Convention est également un instrument de référence pour l'Union européenne. Le Traité sur l'Union européenne (art. 2) érige les trois principes – respect des Droits de l'homme, démocratie, prééminence du droit – qui forment le « patrimoine commun » de valeurs énoncé par le statut du Conseil de l'Europe et la CEDH en véritables principes constitutionnels de l'Union européenne, dont le respect devient une condition statutaire de l'adhésion à l'Union (TUE, art. 49), et renvoie formellement à la Convention (art. 6, § 3). La CJCE fait une application de plus en plus fréquente de la Convention telle qu'interprétée par la CEDH (par ex., CJCE, 8 juillet 1999, *Montecatini SpA c/ Commission*). Enfin, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, adoptée à Nice le 7 décembre 2000, renvoie à la CEDH et dispose que le niveau de protection des droits qu'elle offre ne peut être inférieur à celui de la Convention, érigée en standard minimum de référence (art. 52, § 3 ; art. 53).

### 3. L'économie de la Convention

Telle qu'amendée par le Protocole 11, entré en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1998, et assortie de sept protocoles additionnels, la Convention de 1950 possède une double dimension, normative et institutionnelle.

a) La dimension normative : ce sont la Convention elle-même et les protocoles 1, 4, 6, 7, 12 et 13 qui énumèrent les droits protégés, que l'on peut qualifier de « classiques » : il s'agit de droits individuels (dont l'individu est titulaire) ayant pour objet essentiel de préserver l'intégrité et la liberté de la personne humaine. L'inspiration de la Convention européenne est ici identique à celle de la Déclaration universelle et procède du postulat de l'égalité de tous les hommes : « Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits » (art. 1, DUDH). Les Droits de l'homme renvoient à l'identité de la personne humaine et transcendent leur proclamation par les textes nationaux ou internationaux : comme la Déclaration universelle, la Convention européenne n'est pas une activité de création des Droits de l'homme, mais de « reconnaissance » (art. 1) du « droit d'être un homme », valeur permanente et antérieure à tout acte politique. Mais, à la différence de la Déclaration universelle qui, simple résolution émanant de l'Assemblée générale des Nations unies, ne crée pas d'obligations pour les États et s'analyse comme un instrument préjuridique, la Convention européenne a force juridique obligatoire pour les États parties : elle ne se contente pas de reconnaître les droits individuels, mais elle les érige en catégorie juridique et, pour la première fois en droit international, leur confère un régime protecteur. En matière de Droits de l'homme plus encore qu'ailleurs, la « justiciabilité » de la règle conditionne l'efficacité de la garantie et de sa sanction. Aucune protection internationale des Droits de l'homme ne peut être sérieusement mise en œuvre si elle ne s'accompagne pas de mécanismes juridictionnels appropriés.

b) La dimension institutionnelle : l'originalité de la Convention européenne réside incontestablement dans le mécanisme institutionnel de protection mis en place – à bien des égards révolutionnaire en droit international. Le système originaire de contrôle de la Convention, tout en ouvrant une brèche dans la forteresse des souverainetés étatiques, s'efforce à la fois de protéger les droits individuels et de ménager les intérêts étatiques. Le dispositif est ainsi de compromis : si l'individu peut saisir directement d'une atteinte à ses droits l'organe d'enquête et de conciliation (la Commission), il ne peut saisir l'organe juridictionnel (la Cour). Si la Cour a un pouvoir de décision quant à une éventuelle violation de la Convention par l'un des États parties, sa juridiction est facultative, et le pouvoir de décision est partagé avec un organe politique (le Comité des ministres), qui a un pouvoir subsidiaire au fond. Il en résulte initialement un édifice institutionnel complexe avec trois organes de contrôle de la CEDH, dont le siège est à Strasbourg : deux organes spécifiques, la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme, et un organe préexistant, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

Ce système (voir schéma n° 1, p. 49) souffrait de deux déficiences : sa complexité rendait la procédure de contrôle peu « lisible » pour le requérant ; son caractère hybride, mi-juridictionnel mi-politique, affectait sa crédibilité. Surtout, victime de son propre succès, le système de contrôle s'est avéré inadapté au volume de requêtes individuelles à traiter (5 006 requêtes enregistrées par la Commission pour la seule année 1998 !), d'où un engorgement du rôle des organes de contrôle et une

lenteur « déraisonnable » de la procédure (durée totale moyenne de cinq ans et demi). Le Protocole 11 porte « restructuration du mécanisme de contrôle établi par la Convention » et procède à une unification organique en substituant aux trois organes de décision existants un seul organe – permanent –, la Cour européenne des droits de l’homme. Cet aménagement a pour conséquence principale d’exclure le Comité des ministres comme organe de décision (mais non de surveillance de l’exécution de l’arrêt de la Cour) et, partant, de réaliser la « juridictionnalisation » du système de contrôle. Par ailleurs, le secrétaire général du Conseil de l’Europe peut demander à tout État partie de lui fournir des informations sur l’état d’application, dans son droit interne, de la Convention (art. 52).

Avec la Convention européenne, les Droits de l’homme sont pleinement entrés, sur le plan européen, dans le domaine du droit positif : un régime juridique des droits est organisé tel que le droit invoqué soit protégé par une action en justice. Considérablement enrichie et vivifiée par la jurisprudence de la Cour (et celle de l’ancienne Commission), qui lui donne plein effet en conférant aux droits proclamés un contenu concret, la Convention telle qu’elle est interprétée par la Cour européenne des droits de l’homme donne naissance au droit européen des Droits de l’homme.

Les principes directeurs en seront analysés avant l’étude successive du mécanisme de contrôle et des droits garantis.

## Notes

[1] La connaissance des décisions de principe de la Cour européenne s’avère indispensable. On se reportera à F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet, *Les Grands Arrêts de la Cour européenne des droits de l’homme*, Puf, coll. « Thémis », 6<sup>e</sup> éd., 2011 (cité, dans le présent ouvrage, *GACEDH*)

# Chapitre I

## Les principes directeurs

Née de la prise de conscience, après les atrocités de la Seconde Guerre mondiale, que la violation des règles de droit les plus élémentaires sur le plan national génère une violation symétrique des règles du droit international, la Convention européenne des droits de l'homme marque, comme l'avait fait avant elle la Déclaration universelle, l'interdépendance de la paix et de la sécurité internationale, d'une part, et du respect des Droits de l'homme, d'autre part : selon son préambule, les libertés fondamentales « constituent les assises mêmes de la justice et de la paix dans le monde ». L'introduction de la protection des Droits de l'homme dans l'ordre juridique international abolit la distinction radicale entre l'ordre interne et l'ordre international sur laquelle est fondé le droit international classique. Alors que ce dernier est avant tout un droit interétatique, élaboré en fonction des intérêts des États, le droit européen des Droits de l'homme tend à assurer, au nom de valeurs communes et supérieures aux États, la protection des intérêts des individus vivant sous l'autorité nationale, c'est-à-dire d'intérêts infraétatiques. L'idée d'un ordre commun donnant son plein effet aux droits et libertés de la personne anime à la fois le texte conventionnel lui-même et la jurisprudence qu'il a engendrée.

## I. Les principes conventionnels

### 1. La solidarité

Les Droits de l'homme, procédant de l'identité de la personne humaine, présentent un *caractère objectif* : on signifie par là que ces droits ne sont pas attribués aux individus par le biais d'un statut juridique particulier révocable, mais qu'ils sont attachés par principe à la seule qualité de personne humaine. La CEDH présente ce caractère objectif, que la Cour a expressément reconnu : « À la différence des traités internationaux de type classique, [la Convention] déborde le cadre de la simple réciprocité entre États contractants. En sus d'un réseau d'engagements synallagmatiques bilatéraux, elle crée des obligations objectives qui, aux termes de son préambule, bénéficient d'une «garantie collective» » (Irlande c/ Royaume-Uni, 18 janvier 1978). Ce caractère objectif du système conventionnel transcende les intérêts étatiques et fonde la solidarité commune, qui se marque tant sur le plan de la jouissance que sur celui de l'exercice des droits.

### A) La jouissance des droits

1° *La non-réciprocité* est le signe distinctif des textes conventionnels protecteurs des Droits de l'homme. Selon la convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, la violation, même substantielle, par un État partie à une convention de Droits de l'homme de « dispositions relatives à la protection de la personne humaine » n'autorise pas les autres parties contractantes à mettre fin au

traité ou à en suspendre l'application : l'inexécution de ces dispositions protectrices porterait en effet préjudice plus aux individus qu'à l'État fautif (en ce sens, l'avis consultatif de la CIJ du 21 juin 1971 sur les conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie).

Le régime juridique de la Convention européenne, comme celui des conventions similaires, se démarque donc du régime de principe du droit international général. À la différence d'un traité multilatéral classique qui impose des obligations aux États dans leurs relations mutuelles, la CEDH impose des obligations aux États à l'égard des individus. La Convention est rebelle à toute idée de contrat et ignore le principe de réciprocité : la jouissance par l'individu des droits énoncés n'est pas conditionnée par l'attitude des États à l'égard de la convention de Rome.

La décision Autriche c/ Italie de la Commission (11 janvier 1961) est très nette : « ...en concluant la Convention, les États contractants n'ont pas voulu se concéder des droits et 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 droit. »

L'application de la CEDH en droit français ne saurait donc être subordonnée à la condition de réciprocité de l'article 55 de la Constitution, qui dispose : « Les traités... ont une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie. »

2° *L'applicabilité directe* de la Convention européenne tient à sa spécificité, inhérente à son caractère objectif, de convention protectrice des droits individuels. Si, en principe, les traités internationaux ne peuvent engendrer de droits et d'obligations qu'entre les États et non pas créer directement des droits pour les particuliers (CPJI, avis 3 mars 1928, aff. de la compétence des tribunaux de Dantzig), il en va autrement lorsque l'objet du traité international est de viser directement les particuliers. En d'autres termes, la norme internationale n'atteint l'individu que si elle est « individualisée » : lors de son adoption, les États doivent avoir exprimé leur intention de conférer aux particuliers des droits et obligations dans l'ordre juridique international. Il en est ainsi de la CEDH, qui confère aux individus des droits spécifiques. Selon l'article 1<sup>er</sup> du texte, « les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés » définis dans la Convention. La Convention institue directement dans le chef de l'individu des droits dont il va pouvoir se prévaloir devant les juridictions internes. Le caractère directement applicable (ou *self-executing*) de la norme conventionnelle doit cependant être précisé, car il recouvre deux significations.

En premier lieu, l'applicabilité directe renvoie au droit public interne des États et suppose que la règle internationale n'a pas besoin, pour être applicable, d'être introduite dans l'ordre interne par une disposition spéciale. De ce point de vue, la lettre de la Convention européenne n'impose pas l'intégration de la Convention en droit interne, mais comme la Cour le relève dans son arrêt *Irlande c/ Royaume-Uni*, l'intention des rédacteurs du texte « se reflète avec une fidélité particulière là où la Convention a été incorporée à l'ordre juridique interne ».

En pratique, la CEDH est intégrée dans l'ordre juridique interne des États parties soit indirectement après transposition dans l'ordre interne par une loi spéciale (Finlande, Danemark, Irlande, Suède, Royaume-Uni...), soit directement par l'effet des dispositions constitutionnelles nationales (Belgique, Espagne, France, Bulgarie...) et à un rang qui peut être constitutionnel (Autriche),

infraconstitutionnel, mais supralégislatif (France, Espagne, Luxembourg, Suisse, République tchèque) ou législatif (Allemagne, Turquie, Hongrie) : ses normes substantielles y sont d'applicabilité directe.

En second lieu, l'applicabilité directe signifie que la règle en cause est suffisamment précise, à la fois dans son objet et dans sa forme, pour être appliquée dans l'ordre interne sans mesures complémentaires d'exécution. À la différence des conventions internationales proclamant des droits économiques, sociaux ou culturels (Charte sociale européenne de 1961, Pacte international des Nations unies relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, de 1966), qui contiennent des « dispositions-programmes » dont la mise en œuvre progressive laisse aux États une grande latitude, la Convention européenne énonce, dans son Titre I et ses protocoles additionnels des dispositions suffisamment précises pour permettre leur application immédiate, sans qu'il y ait besoin d'autres mesures : tel est le cas, par exemple, du droit au respect de la vie privée (art. 8), dont la Cour a rappelé le caractère directement applicable dans sa décision *Van Oosterwijck* de 1980.

En France, la Convention prime sur la loi interne, qu'elle soit antérieure ou postérieure, et peut être invoquée directement par le justiciable devant les juridictions nationales : la Cour de cassation comme le Conseil d'État acceptent ainsi d'écarter la loi nationale incompatible avec les dispositions conventionnelles (par ex., Cass. crim., 4 septembre 2001, *Amaury* : loi du 19 juillet 1977 interdisant la publication des sondages dans la semaine précédant un scrutin ; CE, 11 juillet 2001, *ministre de la Défense c/ M. Préaud* : loi faisant obstacle au versement de primes de qualification et de service à des militaires ayant servi à l'étranger).

## **B) L'exercice des droits**

Le caractère objectif des engagements souscrits par les États parties à la Convention apparaît également dans le mécanisme érigé par la Convention pour garantir l'exercice effectif des droits et leur respect. Ce mécanisme de contrôle repose sur la notion de *garantie collective*. Selon le préambule du statut du Conseil de l'Europe comme celui de la Convention, le respect des Droits de l'homme et des libertés fondamentales fait partie du « patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques » des États membres du Conseil de l'Europe. Parce qu'il s'agit d'un patrimoine commun, la Convention charge les États contractants d'assurer collectivement et solidairement la sauvegarde des droits qu'elle énonce. La mise en mouvement de cette garantie collective et solidaire est confiée à la fois aux États et aux individus.

1° *Le droit d'action étatique* est institué par l'article 33 de la CEDH, qui autorise *tout* État contractant à saisir la Commission pour *tout* manquement à la Convention commis par un autre État partie. La Convention européenne déroge là aux principes fondamentaux du droit international classique.

– D'abord, au principe de la compétence nationale exclusive, incarné par l'institution de la protection diplomatique, selon lequel le rattachement national effectif de l'individu à un État déterminé autorise le déclenchement d'une éventuelle protection (CPJI, arrêt *Mavrommatis*, 30 août 1924). À l'inverse, la CEDH fait naître à la charge des États contractants des obligations dont l'exécution n'est pas soumise au principe de réciprocité : l'État partie n'est pas seulement tenu de garantir les droits protégés à ses propres nationaux, mais il doit aussi se conformer à cette obligation à l'égard de tous les individus relevant de sa juridiction, quelle que soit leur nationalité. Cette obligation générale a pour corollaire un droit d'action étatique reconnu à l'État partie, de la sorte qu'il puisse engager contre une autre partie, au bénéfice de ses propres ressortissants comme au bénéfice d'individus qui ne le sont pas, une

procédure relative à la violation d'une obligation conventionnelle par cet État.

Cette procédure représente, sur le plan théorique, une rupture radicale avec la protection diplomatique traditionnelle : l'action étatique permet à n'importe quel État partie d'exercer la garantie des Droits de l'homme dans l'intérêt de la communauté en vue de la protection des valeurs communes que le système consacre. L'article 33 de la Convention instaure une sorte d'action publique, qui constitue l'essence même de la garantie collective et du caractère « objectif » des Droits de l'homme : l'État qui intervient au titre de l'article 33 « ne doit donc pas être considéré comme agissant pour faire respecter ses droits propres, mais plutôt comme soumettant à la Commission une question qui touche à l'ordre public de l'Europe » (Commission, 11 janvier 1961, Autriche c/ Italie).

– La Convention européenne porte alors directement atteinte au sacro-saint principe de non-ingérence dans les affaires intérieures, affirmé solennellement par l'Assemblée générale des Nations unies dans sa Déclaration du 24 octobre 1970 sur les principes devant régir les relations amicales entre les États, qui fait du respect des Droits de l'homme une affaire purement interne relevant du « domaine réservé » de l'État. La Convention est le seul des instruments internationaux de protection des Droits de l'homme à lever l'obstacle de la non-ingérence, accordant de plein droit (le mécanisme de recours interétatique de la Convention américaine des droits de l'homme de San José, du 22 novembre 1969, est facultatif et soumis à réciprocité) à chaque État partie un droit de regard sur la politique pratiquée par les autres États contractants en matière de Droits de l'homme : l'État contractant peut intervenir, au nom de tous, au bénéfice de tout individu. L'État requérant n'a donc nul besoin d'être « victime » d'une violation de la Convention pour agir contre un autre État partie : peu importe que le manquement visé concerne ou non un de ses ressortissants. Les requêtes déposées en 1982 par les États scandinaves, les Pays-Bas et la France contre la Turquie sont exemplaires du droit des États parties d'intervenir au nom des nationaux d'un autre État.

Cette innovation remarquable de la CEDH au regard du droit international classique a cependant été cantonnée dans des limites étroites par la pratique étatique. Les États membres du Conseil de l'Europe, sans doute par crainte d'un éventuel « effet retour », ont exercé très rarement leur droit d'action étatique. Les requêtes interétatiques sont peu nombreuses (neuf groupes d'affaires) et présentent trois caractéristiques majeures. En premier lieu, les États (à l'exception de l'Autriche en 1960) n'ont usé de leur droit de regard mutuel que dans des cas de violations particulièrement graves des droits relatifs à l'intégrité de la personne (torture, traitements inhumains...). En deuxième lieu, ces affaires, hormis l'affaire grecque en 1967-1970 (requêtes des pays scandinaves et des Pays-Bas), l'affaire turque en 1982 (préc.) et la requête déposée en 1997 par le Danemark contre la Turquie (relative à la situation d'un citoyen danois détenu en Turquie qui alléguait de mauvais traitements contraires à l'article 3), s'inscrivent dans un différend politique débordant le seul problème du respect des Droits de l'homme : statut de Chypre (Grèce c/ Royaume-Uni, 1956-1957), problème du Haut-Adige (Autriche c/ Italie, 1960), affaire de l'Irlande du Nord (Irlande c/ Royaume-Uni, 1971-1972), intervention militaire turque dans la partie nord de l'île de Chypre (Chypre c/ Turquie, 1974-1975-1977-1994), harcèlement de la population géorgienne immigrée en Russie et intervention militaire russe en Ossétie du Sud (Géorgie c/ Russie, 2007 et 2008). Enfin, le règlement de ces affaires s'est généralement opéré dans un cadre « diplomatique » (les requêtes déposées contre la Turquie ont ainsi abouti à un règlement amiable devant la Commission, le 7 décembre 1985) et non par la voie d'une décision judiciaire, illustrant ainsi les résistances étatiques à toute procédure contraignante : les arrêts *Irlande c/ Royaume-Uni* (18 janvier 1978) et *Chypre c/ Turquie* (10 mai 2001) constituent les seules exceptions à cette dénaturation de la Convention européenne.

2° *Le droit de recours individuel.* Titulaire de droits et d'obligations, qui lui sont conférés par le traité international protecteur des Droits de l'homme, l'individu doit pouvoir agir directement, par le moyen de procédures adaptées, pour se prévaloir des droits dont il bénéficie et en faire respecter l'exercice effectif : la capacité d'agir de l'individu est le critère déterminant de sa personnalité juridique.

– L'innovation principale de la CEDH en 1950 est d'instituer un droit de recours individuel (art. 25) conférant à l'individu le droit de saisir directement la Commission d'une requête relative à la violation par l'un des États parties d'un des droits protégés par la Convention. Cependant, le droit de recours individuel, dont seule la Convention américaine offre l'équivalent, ne permettait pas de saisir directement la Cour et, inscrit dans une clause facultative (art. 25), était subordonné à une déclaration préalable d'acceptation de la compétence de la Commission en la matière, émanant de l'État mis en cause. La pratique des États membres du Conseil de l'Europe a progressivement effacé cette limite considérable à l'exercice du droit de recours. Si certains États ont différé, parfois longuement (telle la France, le 2 octobre 1981), la déclaration d'acceptation de la compétence de la Commission, celle-ci deviendra, selon la pratique suivie depuis 1990, concomitante à la ratification de la Convention par les États et, dès lors, tous les États parties à la CEDH seront liés par la clause de l'article 25 : le droit de recours individuel est donc devenu, en pratique, d'application automatique dans le cadre européen.

La Convention révisée par le Protocole 11 lève formellement l'obstacle de la compétence nationale de l'État et, supprimant la clause facultative, ouvre de plein droit le droit de recours individuel : désormais au cœur du mécanisme de contrôle, l'individu peut saisir directement la Cour (art. 34). Ce véritable recours contentieux (dont seule la Convention américaine fournit l'équivalent), aboutissant à une décision obligatoire revêtue de l'autorité de la chose jugée, permet à l'individu d'obtenir réparation si la violation de l'un des droits protégés est établie.

– En pratique, le droit de recours individuel est devenu la pierre angulaire du mécanisme de sauvegarde instauré par la CEDH : sans lui, l'appareil institutionnel fonctionnerait au ralenti. La multiplicité des requêtes individuelles, facilitées par la gratuité de la procédure devant les organes de Strasbourg et l'instauration d'un système d'assistance judiciaire, en témoigne : 37 399 décisions rendues de 1955 au 31 octobre 1998 ; plus de 52 000 décisions pour la seule année 2011. À titre indicatif, notons que de 1982 à 1998 (inclus) la France a été l'État le plus souvent traduit devant la Commission (4 873 requêtes enregistrées), devançant largement le Royaume-Uni (3 745 requêtes) et l'Allemagne (2 903 requêtes). Mille six cents requêtes ont été enregistrées contre la France en 2011.

## **2. La souveraineté**

Instrument conventionnel à caractère obligatoire, la Convention européenne traduit la volonté des États de s'engager de façon explicite dans le domaine des Droits de l'homme et repose sur le consentement définitif de l'État, exprimé par la ratification, à être lié par elle (art. 59). La nécessité, inhérente à un instrument conventionnel multilatéral, d'obtenir l'acceptation des États conduit à ménager les souverainetés étatiques, par des dispositions qui autorisent la modulation des engagements étatiques (A) et qui permettent la préservation des intérêts étatiques (B).

### **A) La modulation des engagements étatiques**

Elle s'opère par le biais des réserves et des dispositions facultatives qui confèrent à l'instrument

conventionnel (convention et protocoles) un champ d'application à géométrie variable : tous les États parties ne sont pas pareillement engagés.

1° *Les réserves* à la CEDH sont un moindre mal. La Convention, par la procédure de contrôle qu'elle institue, compte parmi les traités qui portent le plus atteinte à la souveraineté étatique. Seule la pratique des réserves et celle, voisine, des déclarations interprétatives, en autorisant l'État contractant à préciser l'étendue de ses obligations, rendent possible une large participation au traité, indispensable pour fonder l'autorité des principes qu'il renferme.

– Encore faut-il, comme la CIJ l'a noté dans son avis consultatif du 28 mai 1951 sur les réserves à la Convention sur le génocide, que les réserves ne portent pas atteinte à l'intégrité de la Convention. La CEDH est fausement rigoureuse en la matière. Si son article 57 prohibe « les réserves de caractère général », c'est-à-dire celles rédigées en termes trop vagues pour que l'on puisse en apprécier la portée exacte (Cour, arrêt *Belilos*, 29 avril 1988), il aboutit cependant à dispenser expressément les États parties de mettre leur législation en harmonie avec la Convention : ceci va à l'encontre de l'efficacité même de la Convention, qui suppose que les législations nationales atteignent un niveau de protection minimum commun. De plus, assez curieusement, la pratique suivie autorise les États à formuler des réserves aux dispositions de la Convention qui sont insusceptibles de dérogation, dès lors que ces réserves ne sont pas incompatibles avec l'objet et le but du traité (par ex., réserve de Malte à l'art. 2 sur le droit à la vie). Néanmoins, et heureusement, la conformité à la Convention européenne d'une réserve ou d'une déclaration interprétative reste subordonnée au contrôle qu'exercent en la matière la Commission et la Cour (arrêt *Belilos* : déclaration interprétative de la Suisse sur l'art. 6, § 1, non valide ; arrêt *Chorherr*, 25 août 1993 : validité de la réserve autrichienne à l'article 5). De plus, les réserves à la procédure internationale de contrôle sont inacceptables : la Cour a ainsi jugé qu'un État ne pouvait, à l'occasion de sa déclaration d'acceptation du droit de recours individuel (ex-art. 25) ou de la juridiction de la Cour (ex-art. 46), réduire la portée de son engagement normatif initial en excluant de la compétence de l'organe de contrôle un certain nombre de domaines (*Loizidou c/ Turquie*, 23 mars 1995, *GACEDH*, n° 1).

– Les États parties à la Convention ont largement utilisé le mécanisme des réserves et déclarations interprétatives, visant au premier chef le droit à un procès équitable (art. 6) et le droit à l'instruction (Protocole 1, art. 2). Cela induit un morcellement du régime conventionnel, et l'intégrité du champ d'application de la Convention et de ses protocoles additionnels n'est aujourd'hui préservée qu'au regard de quelques États (Belgique, Islande, Norvège, Pologne, Slovaquie). En revanche, le Portugal a initialement émis sept réserves, l'Autriche quatre réserves et deux déclarations interprétatives.

La situation de la France est loin d'être exemplaire : sa ratification – tardive (1974) – de la Convention voit sa portée limitée par deux réserves et une déclaration interprétative. L'une des réserves vise à écarter les articles 5 et 6 de la Convention (droit à la liberté et à la sûreté, droit à un procès équitable) au profit des dispositions nationales relatives au régime disciplinaire dans les forces armées. La seconde réserve porte sur l'article 15, § 1, de la Convention, relatif aux dérogations autorisées en cas de circonstances exceptionnelles, et singularise la France, qui est le seul État contractant à avoir fait une réserve à cet article. Cette réserve s'explique par la crainte du Gouvernement français que le contrôle exercé par les organes de la Convention au titre de l'article 15 ne permette de censurer les décisions prises par le président de la République sur la base de l'article 16 de la Constitution et a pour effet de substituer le champ d'application de l'article 16 de la Constitution à celui de l'article 15 de la Convention : paradoxalement, la réserve française réalise la

mise en compatibilité... de la Convention au droit interne ! La déclaration interprétative, selon laquelle le régime du monopole de l'ORTF s'accordait à l'article 10 de la Convention sur la liberté d'information, a été retirée le 24 mars 1988, en raison de l'évolution du droit interne en matière de communication audiovisuelle.

2° *Les dispositions facultatives* tiennent aux seuls protocoles additionnels, dont le sort est lié à l'acceptation des États, dès lors que les clauses facultatives d'acceptation de la compétence de la Commission (art. 25) et de la Cour (art. 46), inspirées de la clause facultative de juridiction obligatoire du statut de la CIJ (art. 36, § 2), ont été supprimées par le Protocole 11. Les protocoles additionnels élargissant le champ des droits protégés par la CEDH ou reconnus à l'individu dans le cadre du mécanisme de sauvegarde sont purement facultatifs : leur entrée en vigueur est subordonnée à un nombre déterminé de ratifications et, une fois en vigueur, ils ne lient que les seuls États qui les ont ratifiés. Ainsi, le Protocole 1 lie 45 États (Monaco et la Suisse ne l'ont pas ratifié) ; le Protocole 6, sur l'abolition de la peine de mort, 46 États (la Russie fait exception) ; et le Protocole 7, seulement 42 États. En revanche, chaque État dispose de la faculté de s'opposer à l'entrée en vigueur des protocoles additionnels amendant les dispositions de la Convention relatives au système de contrôle. La ratification par tous les États parties à la Convention est en effet requise : signé le 13 mai 2004, le Protocole 14 n'est ainsi entré en vigueur que le 1<sup>er</sup> juin 2010.

## **B) La préservation des intérêts étatiques**

La Convention européenne des droits de l'homme reconnaît un « espace de liberté » aux États en prévoyant que certains droits reconnus peuvent subir des limitations (restrictions et dérogations).

1° *Les droits conditionnels*. La CEDH, à l'instar des autres instruments conventionnels des Droits de l'homme (PIDCP, art. 4, § 2 ; CADH, art. 27, § 2), établit, par son article 15, § 2, une *hiérarchie formelle* des Droits de l'homme en distinguant des droits intangibles et des droits conditionnels. Les *droits intangibles* sont ceux auxquels l'État partie ne peut porter atteinte et qu'il doit maintenir intacts : ils bénéficient à toute personne, en tous lieux et en toutes circonstances. Ces droits intangibles sont au nombre limité de cinq : droit à la vie (art. 2 et Prot. 6 et 13), droit à ne pas être torturé et à ne pas subir de traitements inhumains ou dégradants (art. 3) ; droit à ne pas être placé en esclavage et en servitude et à ne pas être astreint à un travail forcé (art. 4) ; droit à la non-rétroactivité de la loi pénale (art. 7), règle *non bis in idem* (art. 4, Prot. 7). Ces droits individuels, relatifs à l'intégrité physique et morale de la personne humaine et à la liberté, forment le standard minimum du droit européen des Droits de l'homme, le noyau dur des Droits de l'homme : de manière significative, le « minimum humanitaire » garanti aux victimes des conflits armés internationaux et non internationaux par l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève de 1949 coïncide avec ce noyau dur.

Les autres droits individuels sont des *droits conditionnels* : ils sont susceptibles, à titre exceptionnel, de non-application temporaire par le jeu des dérogations (art. 15, § 1) et surtout, plus fréquemment, d'application imparfaite, par le jeu des restrictions prévues par le texte conventionnel. Ces droits conventionnels, parmi les plus importants des droits individuels (droit à la vie privée et familiale, droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, droit à la liberté d'expression, droit à la liberté de réunion et d'association, droit de propriété...), sont les droits « ordinaires », les droits « communs » des Droits de l'homme. Ils illustrent la dialectique classique entre la sauvegarde des droits individuels et la défense de l'intérêt général. L'exercice de ces droits est alors rendu plus ou moins aléatoire selon l'ampleur des atteintes subies et la rigueur du contrôle exercé.

2° *Les restrictions aux droits* trouvent leur fondement dans la nécessité de protéger l'ordre public, d'une part, et, d'autre part, de protéger contre les abus de droits.

– À l'exception du droit à un procès équitable (seule la publicité des audiences peut faire l'objet de limitations) et du droit à la liberté et à la sûreté (*infra*), la CEDH énonce, pour la plupart des droits conditionnels, une *clause générale d'ordre public* autorisant l'État partie à restreindre l'exercice du droit proclamé tout en laissant subsister le droit. Selon cette clause (figurant au § 2 de la plupart des articles énonçant un droit), l'exercice du droit en cause peut faire l'objet des seules restrictions prévues par la loi et nécessaires dans une société démocratique à la protection de l'ordre public. Pour être admissible, l'ingérence de l'État dans le droit garanti est donc subordonnée à une triple condition. Être prévue par la loi, d'abord : c'est à l'État lui-même que revient le soin de définir les atteintes au droit reconnu mais, selon la jurisprudence de la Cour (*Sunday Times*, 26 avril 1979), la loi interne – qui doit être entendue dans son acception matérielle et non formelle et inclut à la fois le droit écrit et non écrit (Kruslin, 24 avril 1990, *GACEDH*, n° 5) – doit être accessible aux citoyens et définir avec une précision suffisante les conditions et modalités de la limitation au droit. Viser un but légitime, ensuite : les restrictions aux droits doivent être prises dans l'intérêt de la vie étatique (sécurité nationale, sûreté publique, bien-être économique ou général du pays), de la vie sociale (sécurité publique, ordre public, santé ou moralité publique) ou des droits d'autrui au sein de la société. Ainsi, en matière de liberté d'expression, la défense de l'ordre au sein des forces armées (arrêt Engel, 8 juin 1976, *GACEDH*, n° 4) ou la protection de la morale des jeunes (arrêt Handyside, 7 décembre 1976, *GACEDH*, n° 7) justifient les restrictions apportées au droit (sanctions disciplinaires contre des soldats néerlandais ayant publié des articles hostiles à la discipline militaire ; saisie et destruction de livres pornographiques destinés à la jeunesse). Être nécessaire dans une société démocratique, enfin : selon une jurisprudence bien établie (arrêts *Sunday Times* et Handyside), cette troisième condition suppose que la mesure réponde à « un besoin social impérieux » dans le cadre d'une société dont « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture » sont les éléments constitutifs.

– La Convention, par ailleurs, prévoit moins une restriction des droits garantis que la déchéance du droit de s'en prévaloir dans le but de détruire les droits de l'homme ou de les limiter au-delà de ce qui est prévu. L'article 17 n'est guère appliqué que pour empêcher que la liberté d'expression ne soit invoquée pour promouvoir le national-socialisme ou les doctrines « révisionnistes » (Garaudy c/ France, 24 juin 2003).

3° *Les dérogations aux droits* procèdent de la théorie des circonstances exceptionnelles. L'article 15, § 1 de la CEDH autorise l'État partie à *suspendre* la jouissance et l'exercice des droits proclamés en cas de guerre ou de danger public exceptionnel.

– Une telle clause dérogatoire, qui confie à l'État le soin d'apprécier les circonstances en cause et donc de se libérer de ses obligations relatives aux Droits de l'homme, met d'autant plus en péril les Droits de l'homme que ceux-ci sont plus fragiles dans ces périodes exceptionnelles. Cependant, l'État ne dispose pas de pouvoirs arbitraires en la matière : la clause dérogatoire substitue à la légalité normale une légalité exceptionnelle adaptée aux circonstances. Plusieurs États se sont prévalus de cette possibilité : l'Irlande (terrorisme de l'IRA), la Grèce (« régime des colonels »), le Royaume-Uni (situation en Irlande du Nord), la Turquie (état de siège de septembre 1980 à juillet 1987, situation au Kurdistan) ou encore la France (état d'urgence en Nouvelle-Calédonie du 12 janvier au 30 juin 1985). Le contrôle exercé par les organes de la Convention sur l'usage du droit de dérogation interdit à la « raison d'État » de prévaloir purement et simplement sur la « raison démocratique ».

– Le recours à la clause dérogatoire est subordonné à trois conditions, dont la Cour a fait un examen systématique dans sa décision *Lawless* contre République d’Irlande (1<sup>er</sup> juillet 1961 ; aussi, *A et al. c/Royaume-Uni*, 19 févr. 2009, *GACEDH*, n° 8). La première condition tient à l’existence d’un danger public menaçant la vie de la nation. L’État ne peut exercer son droit de dérogation que dans le but de sauvegarder la « vie » ou l’« existence » de la nation et non pour un quelconque but d’utilité publique ; seule « une situation de crise ou de danger exceptionnel et imminent qui affecte l’ensemble de la population et constitue une menace pour la vie organisée de la communauté composant l’État » (*Lawless*) peut justifier l’usage du droit de dérogation. Cette première condition faisait défaut dans l’affaire grecque. En deuxième lieu, les mesures dérogatoires doivent revêtir un caractère de nécessité absolue et être prises « dans la stricte mesure où la situation l’exige » (art. 15) : sont telles, dans l’affaire *Lawless*, l’arrestation et la détention administrative d’individus soupçonnés d’activités terroristes, dès lors que le fonctionnement des juridictions pénales ou des tribunaux militaires ne suffisait pas à rétablir la paix et l’ordre public. L’État ne peut donc suspendre les droits et libertés garantis que dans la mesure où l’exercice de ceux-ci serait de nature à l’empêcher de faire face au danger public. La dernière condition a trait à l’objet des mesures dérogatoires : celles-ci ne peuvent porter atteinte aux droits intangibles, limitativement énumérés par l’article 15, § 2. La Cour, dans son arrêt *Irlande c/ Royaume-Uni* (18 janvier 1978), a sanctionné le Royaume-Uni pour avoir, dans le cadre des mesures exceptionnelles de maintien de l’ordre en Irlande du Nord, pratiqué des « traitements inhumains ou dégradants » en violation de l’interdiction absolue de l’article 3 de la Convention.

## II. Les principes jurisprudentiels

La jurisprudence européenne s’efforce de donner tout son effet à la Convention. Le recours par les organes de la Convention à une interprétation à la fois téléologique et évolutive de la Convention est, sans doute, l’une des marques les plus originales de cette jurisprudence. Parmi les moyens d’interprétation préconisés par l’article 31 de la convention de Vienne, du 23 mai 1969, sur le droit des traités, la Cour a accordé rapidement une attention prioritaire à l’objet et au but du traité : la Convention est un « traité normatif », et il y a lieu de « rechercher quelle est l’interprétation la plus propre à atteindre le but et à réaliser l’objet de ce traité et non celle qui donnerait l’étendue la plus limitée aux engagements des Parties » (*Wemhoff*, 27 juin 1968, art. 7). Cette interprétation est aussi guidée par une volonté progressiste : il s’agit d’assurer non seulement la sauvegarde, mais aussi le *développement* des Droits de l’homme. Selon la Cour, la Convention est « un instrument vivant » (*Tyrer*, 25 avril 1978) qui « doit s’interpréter à la lumière des conditions d’aujourd’hui » (*Marckx*, 13 juin 1979, *GACEDH*, n° 51). La Cour réalise ainsi, de manière prétorienne, l’adaptation de la Convention au changement social (droits des enfants naturels, statut des homosexuels et des transsexuels, châtiments corporels...). Seul interprète autorisé de la Convention, la Cour se ménage, par le biais de cette interprétation extensive, la possibilité d’ajuster constamment la Convention à l’évolution des mœurs et des mentalités, afin de la préserver de tout anachronisme et de dénoncer, en contrepoint, les législations désuètes (voir les arrêts *Marckx* ; *Dudgeon*, 22 octobre 1981, *GACEDH*, n° 44 ; *Mazurek*, 1<sup>er</sup> février 2000, *GACEDH*, n° 54 ; *C. Goodwin*, 11 juillet 2002, *GACEDH*, n° 45).

Néanmoins, cette vitalité jurisprudentielle n’est pas exempte de réalisme, et la jurisprudence européenne porte la marque de la recherche d’un équilibre entre solidarité et souveraineté : l’effectivité du système de sauvegarde se concilie avec sa subsidiarité.

# 1. L'effectivité

C'est peut-être en ce domaine que la démarche du juge européen est la plus novatrice et contribue le mieux à une dynamique du respect des Droits de l'homme. La préoccupation dominante dans l'esprit de la Commission et de la Cour est d'assurer au système de sauvegarde et aux droits garantis une véritable effectivité : il s'agit d'abord, dit la Cour dans sa décision Airey du 9 octobre 1979 (*GACEDH*, n° 2) relative au droit d'accès aux tribunaux, de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs ».

À cette fin, la Cour européenne manifeste un dynamisme interprétatif qui la conduit à découvrir des « éléments nécessairement inhérents » au droit proclamé – ainsi le droit d'accès à un tribunal est-il inhérent au droit à un procès équitable de l'article 6 (*Golder*, 21 février 1975, *GACEDH*, n° 27) – et à utiliser des techniques qui concourent incontestablement au développement des droits garantis.

## A) Les obligations positives

1° *L'affirmation que pèsent sur l'État des obligations positives.*

– La notion d'*obligations positives* forgée par les organes de la Convention invite à dépasser le clivage artificiel, systématisé par les pactes des Nations unies de 1966, entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels, entre « les droits de... », supposant une abstention de l'État, et « les droits à... », réclamant des prestations de l'État. Il y a là une terminologie abusivement simplificatrice, qui suppose une opposition tranchée entre deux catégories de droits. Les libertés individuelles ne sont pas irréductibles à l'environnement social : tous les droits sont vécus dans et par la société et sont des Droits de l'homme en société ; par ailleurs, certains droits sont de nature « mixte » et participent à la fois des droits économiques, sociaux et culturels et des droits civils et politiques, au titre desquels ils sont garantis (ainsi, la liberté syndicale ou le droit à l'éducation).

Certes, la Convention européenne « énonce pour l'essentiel des droits civils et politiques », mais la Cour constate que nombre d'entre eux ont des « prolongements d'ordre économique et social », « nulle cloison étanche » ne séparant la CEDH de la sphère des droits économiques et sociaux (*Airey*, préc.). La Cour européenne entend fournir à l'individu les conditions matérielles nécessaires à l'exercice réel de ces libertés.

– La Cour européenne, tout en refusant d'élaborer une théorie générale des obligations positives découlant de la Convention, constate que la réalisation de nombreux droits énoncés par la CEDH fait peser à la charge des États une obligation – substantielle ou procédurale – d'adopter des « mesures positives », bien souvent d'ordre économique ou social. Il suffit d'en donner quelques exemples. Le droit effectif à un procès équitable suppose que soit organisé un système d'assistance judiciaire gratuite (*Artico*, 13 mai 1980) ou encore un système de traduction pour les étrangers (*Ozturk*, 21 février 1984). Le droit au respect effectif de la vie familiale fait peser sur l'État l'obligation d'adopter des mesures garantissant à un enfant naturel les moyens de « mener une vie familiale normale », en matière, notamment, d'établissement de la filiation, mais aussi dans le domaine des successions et libéralités (*Marckx*, préc. ; *Johnston*, 18 décembre 1986). Le droit effectif à l'instruction implique que l'État garantisse à tous un droit d'accès aux établissements scolaires existants et assure la reconnaissance officielle des études accomplies afin de permettre l'utilisation professionnelle des

diplômes (Affaire linguistique belge, 23 juillet 1968, *GACEDH*, n° 9). De même, l'État partie a l'obligation de procéder à une enquête effective en vue de l'identification et de la punition des responsables en cas d'allégation défendable de traitements contraires à l'article 3 commis par des agents de l'État (Selmouni c/ France, 28 juillet 1999, *GACEDH*, n° 14) comme il doit prendre les mesures requises pour empêcher que la vie d'une personne soit inutilement mise en danger (LCB c/ Royaume-Uni, 9 juin 1998).

2° *Les rapports entre particuliers.* Cette conception exigeante du respect des Droits de l'homme conduit la Cour à donner à certains droits une portée qui va bien au-delà de ce que la Convention semble avoir prévu.

La CEDH régit les rapports entre État et particuliers : les organes de la Convention n'ont ainsi qu'à contrôler le respect par les États contractants de leurs engagements (art. 19). Malgré cela, la Cour européenne s'est orientée vers l'applicabilité de la Convention aux rapports interindividuels. Semblant s'inspirer de la théorie allemande de la *Drittwirkung* (« effets vis-à-vis des tiers »), selon laquelle les droits fondamentaux définis dans les textes constitutionnels doivent être respectés aussi bien par les pouvoirs publics que par les particuliers vis-à-vis d'autres particuliers, la Cour confère à certains droits une efficacité « horizontale ». Il en est ainsi, en premier lieu, du droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8) : les atteintes à ce droit sont fréquemment le fait des particuliers eux-mêmes. La Cour affirme, dans sa décision X et Y contre Pays-Bas du 26 mars 1985, que les obligations positives inhérentes à l'article 8 « peuvent impliquer l'adoption de mesures visant au respect de la vie privée jusque dans les relations des individus entre eux » (en l'espèce, obligation d'assurer à une handicapée mentale une protection pénale efficace contre l'auteur des violences sexuelles subies par elle). Cette construction doctrinale a pour effet d'étendre les obligations de l'État : la violation de l'article 8 peut résulter non seulement d'une ingérence de l'État, mais aussi d'une abstention de l'État constitutive d'une méconnaissance des droits garantis (arrêts Marckx et Johnston, préc.) et d'une abstention de l'État permettant aux tiers de s'immiscer dans le droit garanti (X et Y c/ Pays-Bas, préc.).

La Cour européenne fait notamment application de cette jurisprudence, visant à protéger le droit garanti contre les ingérences des simples particuliers, en matière de liberté syndicale (Young, James et Webster c/ Royaume-Uni, 13 août 1981), de droit à la vie (Osman c/ Royaume-Uni, 28 octobre 1998), d'interdiction de la torture et des traitements inhumains et dégradants (A c/ Royaume-Uni, 23 septembre 1998). De même, en matière de droit à l'instruction (art. 2, Protocole 1), l'État doit également veiller à ce que les actes, en matière de discipline scolaire, du directeur d'une école privée ne portent pas atteinte au droit à l'intégrité physique et morale (art. 3) et au droit au respect de la vie privée (art. 8) des élèves (Costello-Roberts, 25 mars 1993).

La Cour de cassation n'a pas hésité à faire application de l'article 8 aux relations interindividuelles, que ce soit dans le domaine du droit des obligations (Cass., 3<sup>e</sup> civ., 6 mars 1996, OPAC de la ville de Paris c/ Mme Mel Yedei) ou des relations du travail (Cass. soc., 12 janvier 1999, Spileers).

## **B) L'effet utile**

Le souci d'effectivité conduit la Cour à donner aux dispositions de la Convention tout leur effet utile.

1° *Les notions autonomes de la Convention* ne peuvent, selon la Cour, être interprétées par simple

référence au droit interne : dotées d'un sens « européen », les « notions autonomes » permettent une définition uniforme des engagements étatiques et préservent l'égalité de traitement entre les États contractants. Faisant usage d'un critère finaliste – « la prééminence du droit » –, la Cour a ainsi étendu singulièrement le champ d'application du droit à un procès équitable, limité selon le texte de la Convention, d'une part, aux « contestations sur les droits et obligations de caractère civil » et, d'autre part, aux accusations « en matière pénale ». La Cour a estimé qu'il s'agissait là de « notions autonomes », les détachant de leur contexte juridique national. La Cour définit la première notion comme « toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé » (König, 28 juin 1978, *GACEDH*, n° 4) : le critère de l'*incidence* d'une situation ou d'un acte sur les droits patrimoniaux du justiciable apparaît désormais comme le critère décisif de l'applicabilité de l'article 6 (Éditions Périscope, 26 mars 1992). Cela permet à la Cour de faire valoir le droit au juge, en matière « civile », à propos d'une décision administrative de refus ou de retrait d'autorisation d'exercer une activité professionnelle (Benthem, 23 octobre 1985), de prestations d'assurance sociale (Feldbrugge, 29 mai 1986, *GACEDH*, n° 22) ou d'aide sociale (Salesi, 26 février 1993 ; ce, 29 juillet 1994, département de l'Indre), de mesures disciplinaires prises par des juridictions ordinaires (Le Compte, Van Leuven et De Meyere, 23 juin 1981, *GACEDH*, n° 21 ; Cass. civ. 1<sup>re</sup>, 10 janvier 1984, Rennemann ; ce, 30 décembre 1996, L'Hermitte), de décisions administratives touchant le droit de propriété (Geouffre de La Pradelle, 16 décembre 1992), d'action en réparation de préjudices subis du fait d'une décision ou d'un agissement de l'Administration (H c/ France, 24 octobre 1989) ou encore de procédures devant les juridictions constitutionnelles (Ruiz-Mateos, 23 juin 1993, *GACEDH*, n° 24).

Le contentieux de la fonction publique fait ici exception, puisque la Cour européenne retient un autre critère d'applicabilité de l'article 6 : l'accès à un tribunal ouvert au fonctionnaire par le droit interne entraîne l'applicabilité automatique de l'article 6 aux litiges de la fonction publique (Vilho Eskelinen *et al.*, 19 avril 2007, *GACEDH*, n° 23). Néanmoins, par « dérogation », celle-ci est écartée si deux conditions cumulatives sont remplies : le droit interne de l'État concerné doit avoir expressément exclu l'accès à un tribunal s'agissant du poste ou de la catégorie de salariés en question, et, surtout, l'État doit démontrer que l'objet du litige est lié à l'exercice de l'autorité étatique ou remet en cause le lien spécial de confiance et de loyauté entre l'agent et l'État employeur.

La notion de « matière pénale » est définie par un faisceau d'indices : la qualification de l'infraction par le droit interne, la nature de l'infraction, la nature et la gravité de la peine encourue (Engel, 8 juin 1976, *GACEDH*, n° 4). Relèvent ainsi de la « matière pénale » les poursuites disciplinaires militaires (Engel, préc.), la répression disciplinaire pénitentiaire (Campbell et Fell, 28 juin 1984), les dispositions répressives du droit douanier (Salabiaku, 7 octobre 1988), les sanctions fiscales (Bendenoun, 24 février 1994 ; CE, avis, 31 mars 1995, ministre du Budget c/ SARL AutoIndustrie Méric et autres ; Cass. com., 29 avril 1997, Ferreira) et certaines sanctions administratives (Oztürk, 21 février 1984, *GACEDH*, n° 24), telles les sanctions pécuniaires prononcées par les autorités administratives indépendantes (COB : Cass. ass. plén., 5 février 1999, COB c/ Oury ; Conseil de la concurrence : Cass. com., 5 octobre 1999, Campenon Bernard SGE ; Conseil des marchés financiers : CE, 3 décembre 1999, Didier).

2° *La portée autonome du droit à la non-discrimination.* Forme moderne du principe général d'égalité devant la loi, le principe de non-discrimination suppose qu'un traitement égal soit réservé à des individus égaux et implique l'existence d'une norme prescrivant l'égalité de traitement : selon l'article 14 de la CEDH, « la jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention

doit être assurée sans distinction aucune... ». Toute discrimination, que la Cour a définie comme une différence de traitement manquant de justification objective et raisonnable entre individus placés dans des situations analogues (Affaire linguistique belge, 23 juillet 1968, *GACEDH*, n° 9), est interdite, quel que soit le critère qui la fonde – sexe, race, langue, religion ou toute autre situation telle l'orientation sexuelle (Salgueiro Da Silva Mouta, 21 décembre 1999). La Cour retient aussi une approche concrète de l'égalité et juge que le droit à la non-discrimination est également transgressé « lorsque, sans justification objective et raisonnable, les États n'appliquent pas un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes » (Thlimmenos, 6 avril 2000). Le juge européen admet sans conteste la compatibilité avec l'article 14 CEDH d'une législation « positive » accordant un traitement préférentiel à telle ou telle catégorie de personnes (en pratique, aux femmes ; *Stec et al.*, 12 avr. 2006), sans pour autant faire naître à la charge de l'État une obligation d'adopter les mesures d'« action positive » adéquates pour garantir l'exercice effectif de l'égalité de traitement.

Sont prohibées les discriminations directes mais aussi indirectes : est discriminatoire « une politique ou une mesure générale qui [a] des effets préjudiciables disproportionnés sur un groupe de personnes même si elle ne vise pas spécifiquement ce groupe » (*D. H. et al.*, 13 novembre 2007).

Le droit de ne pas subir de discrimination n'a pas d'existence indépendante au sein de la Convention : la discrimination n'existe que par rapport à l'existence d'un droit garanti, et l'article 14 ne peut être mis en oeuvre que conjointement à un autre article de la Convention. Le droit à la non-discrimination est un droit complémentaire des autres droits. Néanmoins, le juge européen a donné une portée autonome à ce droit, considérant que l'applicabilité de l'article 14 ne saurait être limitée aux seules hypothèses de violation concomitante d'un autre article de la Convention. Soucieuse de donner tout son effet utile à la clause de non-discrimination, la Cour estime que l'article 14 « fait partie intégrante de chacune des dispositions garantissant des droits et libertés ». La clause de non-discrimination peut alors 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 respecté : par exemple, une mesure conforme au droit au respect de la vie privée et familiale mais revêtant un caractère discriminatoire sera incompatible avec la Convention, par le jeu combiné des articles 8 et 14 (voir *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, 28 mai 1985). En définitive, l'applicabilité de l'article 14 est soumise à la seule condition que les faits ou mesures litigieux « se situent dans le domaine » ou « tombent sous l'empire » de l'une des dispositions substantielles de la Convention.

Le champ de protection de l'article 14 a été sensiblement élargi. D'abord, par son extension aux droits sociaux. Interprétant très soupagement la condition précitée, la Cour n'hésite pas à rattacher au droit de propriété le droit d'un chômeur à l'allocation d'urgence (*Gaygusuz c/ Autriche*, 16 septembre 1996 ; *Cass. soc.*, 14 janvier 1999, *Bozkurt* ; *CE, Ass.*, 5 mars 1999, *Rouquette*) et au droit au respect de la vie familiale le droit à une allocation de congé parental (*Petrovic c/ Autriche*, 27 mars 1998). Cette interprétation constructive de la Convention contribue à « autonomiser » le droit à la non-discrimination et aboutit, en garantissant le droit à la non-discrimination dans la jouissance d'un droit à une prestation sociale, à faire bénéficier, *in fine*, bon nombre de droits économiques et sociaux du mécanisme de protection de la CEDH. Ensuite, par son application aux relations interindividuelles (*Pla et Puncernau*, 13 juillet 2004). Enfin, par la dimension procédurale qui lui est reconnue. La Cour juge en effet qu'en cas d'actes de violence meurtrière (art. 2) ou de brutalités (art. 3) commis par des agents publics ou des particuliers contre les membres d'une minorité ethnique, l'État partie a l'obligation procédurale, s'il y a des allégations de discrimination raciale, de procéder à une enquête officielle efficace et impartiale afin d'établir si des motifs racistes sont à l'origine de

ces actes (Natchova *et al.* c/ Bulgarie, 6 juillet 2005).

Le Protocole 12 va bien au-delà de cette clause puisqu'il garantit le droit à la non-discrimination dans la jouissance de tout droit accordé à l'individu par le droit national et interdit toute discrimination, quel qu'en soit le motif, de la part d'une autorité publique.

Notons que, dans une démarche similaire, le juge européen a également conféré une portée autonome au droit au recours effectif (art. 13) : ce droit est reconnu à quiconque *allègue* d'une violation de ses droits et libertés protégés par la Convention et peut alors être violé sans qu'un autre droit ait subi le même sort (Klass, 6 septembre 1978).

3° *L'interprétation restrictive des limitations aux droits.* Ce principe répond au caractère finaliste de l'interprétation de la Cour : il s'agit d'assurer la garantie du droit invoqué, même quand ce droit est susceptible de limitations autorisées par la Convention (*supra*). Toute la jurisprudence de la Cour européenne conduit à l'affirmation du principe que les limitations aux droits doivent faire l'objet d'une interprétation restrictive : une restriction, dit la Cour, ne doit jamais porter atteinte à la « substance même » d'un droit. La Cour exerce en la matière un contrôle juridictionnel maximum, ne s'interdisant aucune appréciation, contrôle la qualification juridique des faits et, comme le veut le texte de la Convention, la « nécessité » de la limitation au droit, qui intègre par nature son opportunité. Pour ce faire, la Cour s'assure de la proportionnalité de la mesure restrictive au but poursuivi : elle a fait particulièrement usage de ce concept à propos des limitations au droit de propriété (Protocole 1, art. 1), estimant qu'un « juste équilibre » devait être maintenu entre les exigences de l'intérêt général de la communauté et les impératifs de la sauvegarde de l'intérêt individuel.

Une telle démarche permet à la Cour, dans une jurisprudence florissante, de définir le *contenu concret* des droits proclamés. Ainsi, du droit au respect de la correspondance (art. 8), qui revêt une importance toute particulière pour les détenus : la saisie de la correspondance des détenus (Silver, 25 mars 1983), la non-transmission d'une lettre à un détenu (Schönenberger et Durmaz, 20 juin 1988), la limitation de la possibilité de correspondre aux seuls parents et amis (Campbell et Fell, 28 juin 1984), des obstacles à la possibilité même de correspondre (Golder, 21 février 1975, *GACEDH*, n° 27) ou le contrôle de la correspondance du détenu avec son conseil (Campbell, 25 mars 1992) constituent des ingérences non nécessaires à ce droit, bien que visant un but légitime (défense de l'ordre, prévention des infractions pénales). Ainsi, encore, du droit pour toute personne arrêtée ou détenue d'« être aussitôt traduite devant un juge » (art. 5, § 3) : la Cour juge, dans une décision Brogan et autres du 29 novembre 1988, que, si les nécessités de la défense des institutions démocratiques contre le terrorisme peuvent justifier l'augmentation de la durée d'une garde à vue policière, celle-ci ne saurait en aucune manière atteindre quatre jours sans violer le droit de l'article 5, § 3.

## 2. La subsidiarité

Comme l'illustre sur le plan procédural la règle classique de l'épuisement des voies de recours internes (art. 35), « le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des Droits de l'homme » (Handyside, 7 décembre 1976, *GACEDH*, n° 7). Ce principe de subsidiarité implique la reconnaissance de l'autonomie nationale et fonde la théorie toute prétorienne de la « marge d'appréciation ».

## A) L'autonomie nationale

La Convention fixe des normes internationales à respecter par les États contractants dans leurs rapports avec les individus et confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre. La Convention a donc un caractère second par rapport au droit interne : elle ne vise pas à supplanter le droit interne, mais, si besoin, à le compléter ou à en pallier les défaillances. Dès lors, la Cour affirme, dans l'un de ses premiers arrêts (Affaire linguistique belge, 23 juillet 1968, *GACEDH*, n° 8), qu'« elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention ». C'est là la reconnaissance de l'autonomie nationale : aucune uniformité absolue ne s'impose, et les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées pour la mise en œuvre de leurs obligations conventionnelles. Le contrôle de la Cour ne porte alors que sur la compatibilité à la Convention de ces mesures nationales.

L'imprécision ou la généralité de l'énoncé par la Convention de certains droits postule parfois cette liberté de choix des moyens : lorsqu'un droit n'est pas défini de manière concrète (par ex., le droit syndical), la Cour reconnaît que l'État a le choix entre « de multiples moyens » pour en assurer le respect (Syndicat national de la police belge, 27 octobre 1975) ; il en est de même lorsque le texte conventionnel renvoie expressément aux lois nationales pour les modalités d'exercice d'un droit (tel le droit au mariage, art. 12). On a vu aussi que la Convention confiait aux États le soin d'aménager, par des ingérences ou dérogations, le régime juridique des droits proclamés.

– Par ailleurs, la Cour se montre sensible à la diversité européenne, notamment des cultures juridiques : elle ne peut, dit-elle, « négliger les caractéristiques de fond et de procédure [des] droits internes respectifs » (*Sunday Times*, 26 avril 1979). Le pluralisme est au cœur de la conception que la Cour se fait de la démocratie (*supra*) et joue à l'intérieur de la communauté des États européens, renforçant de deux manières l'autonomie nationale. D'abord, la Cour prête attention aux particularismes locaux : le climat moral en matière sexuelle en Irlande du Nord (Dudgeon, 22 octobre 1981, *GACEDH*, n° 44), la tradition locale en matière de châtiments corporels dans les écoles écossaises (Campbell et Cosans, 25 février 1982)... Mais cette référence aux conditions locales n'entraîne aucune automaticité : ainsi, le fait qu'une législation nationale se trouve isolée en matière de mariage, à l'issue d'une évolution graduelle des législations des autres États parties, n'est pas en soi contraire à la Convention, surtout dans un domaine étroitement lié aux traditions culturelles et historiques de chaque société (F. c/ Suisse, 18 décembre 1987 : interdiction temporaire de remariage après divorce ; la Cour, cependant, conclut en l'espèce à la violation de la CEDH) ; inversement, le seul fait d'invoquer des particularités locales (tradition, usage approuvé par la population) ne suffit pas à assurer la conformité à la Convention d'une mesure nationale (Tyrer, 25 avril 1978 : peine judiciaire de la fustigation infligée dans l'île de Man). Ensuite, l'absence d'uniformité européenne accroît la marge de manœuvre des États dans la mise en œuvre de la Convention. S'agissant des restrictions à la liberté d'information afin de protéger la morale, la Cour relève que le pluralisme interdit de concevoir « une notion européenne uniforme de la morale », les exigences de la morale variant dans le temps et dans l'espace, particulièrement en matière de morale sexuelle (Handyside, préc. ; Müller, 24 mai 1988, *GACEDH*, n° 60 : confiscation de tableaux obscènes). De même, la Cour juge impossible de « discerner à travers l'Europe une conception uniforme de la signification de la religion dans la société » (Otto-Preminger-Institut, 20 septembre 1994) ou une « approche européenne uniforme » en matière de fécondation *in vitro* (Evans, 10 avril 2007). En d'autres termes,

il peut y avoir une grande variété de solutions nationales sans qu'il y ait pour autant violation de la Convention : constatant l'absence de « communauté de vues » des États contractants, la Cour estime que les États n'ont pas l'obligation d'assurer une égalité de traitement entre les époux en matière d'actions en contestation de paternité (Rasmussen, 28 novembre 1984), d'octroyer des droits parentaux aux transsexuels (X, Y et Z c/ Royaume-Uni, 22 avril 1997) ou de divulguer le secret de la naissance (Odièvre, 13 février 2003).

Cela conduit la Cour, lorsqu'elle a à connaître de requêtes individuelles, à refuser de statuer *in abstracto* : la tâche de la Cour se limite, autant que faire se peut, à l'examen du cas concret dont elle est saisie. Elle n'a pas à apprécier *in abstracto* la conformité d'un texte de droit interne à la Convention, mais seulement la manière dont ce texte a été appliqué à l'intéressé ou l'a touché. Par là, la Cour refuse, en théorie, de s'ériger en législateur et d'édicter des normes générales fixant le comportement des États.

## **B) La marge d'appréciation**

Du caractère subsidiaire du système européen de sauvegarde, la Cour a tiré une conséquence qui ne ressort pas de la Convention : les États disposent d'une certaine « marge d'appréciation » dans l'application de la Convention. La théorie de la marge d'appréciation confère tout particulièrement aux États un pouvoir discrétionnaire dans la mise en œuvre des limitations aux droits protégés. Elle fixe l'étendue de ce pouvoir discrétionnaire et, par voie de conséquence, l'étendue du contrôle exercé par la Cour sur ces mesures limitatives. La Cour pratique ainsi une sorte d'« autolimitation judiciaire ».

– La justification de cette notion réside dans une constatation fonctionnelle : ce sont les autorités nationales, parce qu'elles sont en contact direct et permanent avec « les forces vives de leur pays », qui ont la meilleure connaissance des circonstances et des conditions locales d'application de la Convention. Dès lors, selon la Cour, « les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer » sur la présence d'un danger public nécessitant le recours à des mesures dérogatoires comme sur la nature et l'étendue des mesures nécessaires pour le conjurer (Irlande c/ Royaume-Uni, préc.) ou encore sur la nécessité d'une restriction à une liberté : il en est ainsi, par exemple, en matière de privation de propriété, les autorités nationales étant les mieux à même de déterminer ce qui est d'« utilité publique » grâce à leur « connaissance directe de la société et de ses besoins » (James, préc.).

– Cependant, la marge d'appréciation des États demeure sous le contrôle de la Cour : c'est elle qui fixe les limites du pouvoir discrétionnaire des États, faisant varier l'intensité de son contrôle en matière de limitations aux droits selon divers paramètres : à une liberté d'appréciation moins discrétionnaire de l'État correspond un contrôle plus poussé de la Cour.

L'étendue de la marge d'appréciation est ainsi fonction des circonstances de temps et de lieu : celles-ci justifient directement le droit de dérogation (art. 15) et un large pouvoir discrétionnaire des États dans la qualification d'un danger public (Brannigan et McBride, 26 mai 1993). Elle varie aussi selon le but de l'ingérence au droit : en matière de restriction à la liberté d'expression, la protection de l'autorité judiciaire est une notion « objective » qui laisse aux États une marge d'appréciation moindre que la protection de la morale, notion contingente (*Sunday Times*, préc. ; Handyside, préc.). Le troisième élément de variation tient à la nature du droit en cause ou des « activités en jeu » : la

marge d'appréciation de l'État sera d'autant plus réduite que l'ingérence est relative à un droit qui touche à la sphère d'intimité de l'individu, tel le droit d'avoir des relations homosexuelles (Dudgeon, préc.), le droit parental de visite (B. c/ Royaume-Uni, 8 juillet 1987) ou le droit au respect du domicile (Gillow, 24 novembre 1986) ; à l'inverse, la technicité et la complexité d'une matière amènent la Cour à accorder aux États un large pouvoir discrétionnaire (par ex., pour mener leur politique urbanistique, Sporrang et Lönnroth, 23 septembre 1982, *GACEDH*, n° 67). Enfin, l'existence ou non d'un « dénominateur commun » aux systèmes juridiques des États contractants est un élément pertinent en la matière. La présence de principes juridiques communs réduit normalement la marge d'appréciation des États : la Cour prend ainsi appui sur la convergence des droits nationaux des États membres du Conseil de l'Europe pour affirmer que l'État doit se garder de toute discrimination fondée sur la naissance hors mariage (Marckx, préc. : législation belge discriminatoire quant à l'établissement de la filiation d'un enfant naturel ; Mazurek c/ France, 1<sup>er</sup> février 2000, préc. : législation discriminatoire en matière successorale à l'encontre de l'enfant naturel) ou sur le sexe (Schuler-Zraggen, 24 juin 1993), ou que la protection des sources journalistiques doit être assurée (Goodwin, 27 mars 1996). À l'inverse, l'absence de dénominateur commun accroît la marge d'appréciation des États : ainsi, pour le droit syndical de négociation collective (Gustaffson, 25 avril 1996), la possibilité de changer de nom (Stjerna, 25 novembre 1994), la protection des convictions religieuses contre des attaques gravement offensantes (Wingrove, 25 novembre 1996 : interdiction d'un film vidéo jugé blasphématoire) ou le droit au mariage des couples homosexuels (Schalk et Kopf, 24 juin 2010). Ce respect de la diversité européenne, déjà évoqué, est cependant parfois mis à mal par la Cour, qui n'hésite pas à condamner l'Irlande pour avoir interdit la communication d'informations sur les possibilités d'avorter (Open Door, 29 octobre 1992, *GACEDH*, n° 72). Surtout, l'interprétation « consensuelle » porte la marque du pouvoir discrétionnaire du juge européen. Ainsi, malgré l'absence de consensus européen, la Cour juge à la fois que les États ont l'obligation de procéder à la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle d'un transsexuel et qu'ils ne disposent plus, de nos jours, d'une marge d'appréciation telle qu'ils puissent priver les transsexuels du droit de se marier (C. Goodwin, 11 juillet 2002, préc.).

Au bout du compte, l'interprétation « consensuelle » de la Convention est principalement utilisée par le juge européen pour contrôler la justification, au regard de la Convention, des ingérences dans les droits garantis, et elle est un élément essentiel de la variation des limites du pouvoir discrétionnaire reconnu aux États dans la mise en œuvre des restrictions aux droits.

Globalement, la jurisprudence européenne traduit la recherche d'un délicat équilibre entre la définition d'une norme commune en matière de Droits de l'homme (d'un « standard » commun) et la préservation des particularismes étatiques. La démarche de la Cour européenne est à la fois discrétionnaire et pragmatique, le juge européen disposant d'une très grande liberté dans la détermination du standard européen et se ménageant la possibilité de réviser la définition d'un droit au regard, notamment, de « l'évolution de la science et de la société » (Rees, 17 octobre 1986 : droit de changer d'identité sexuelle). Ce qui confère à la jurisprudence européenne à la fois sa richesse et son caractère déconcertant.

# Chapitre II

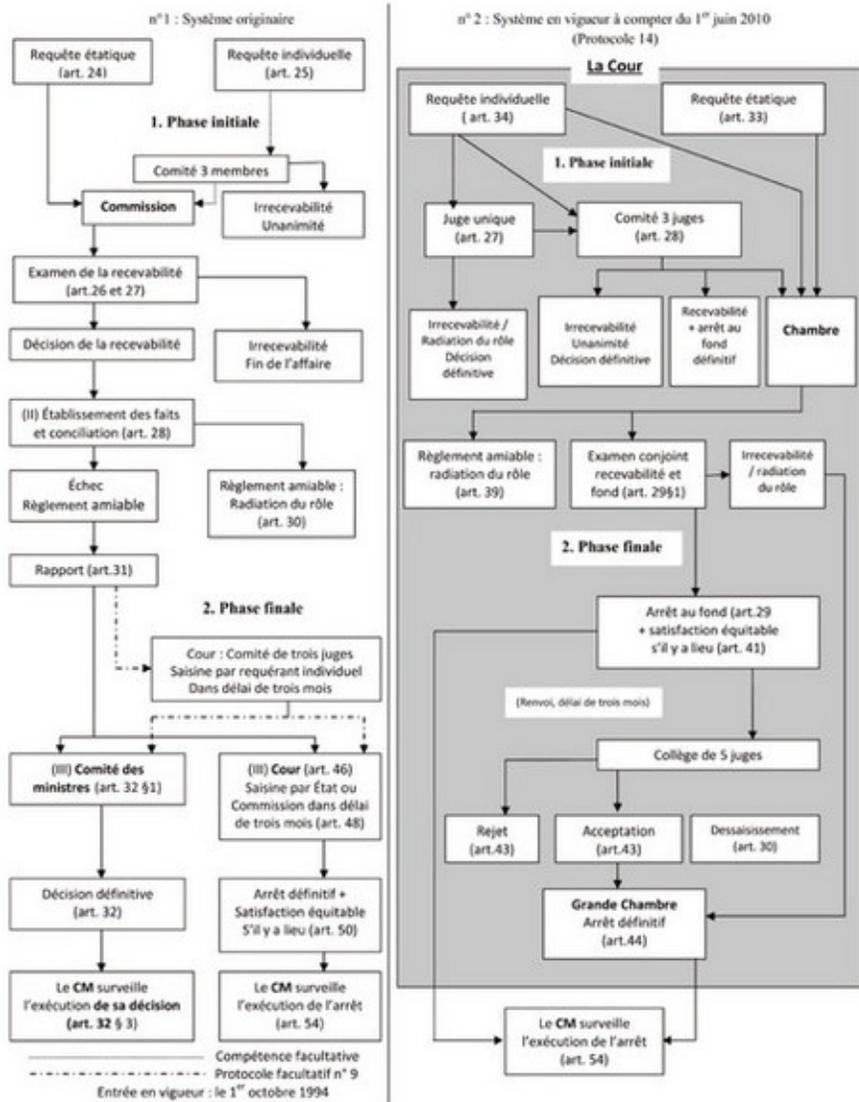
## Le contrôle juridictionnel

La Convention européenne des droits de l'homme est, avec la Convention américaine qui s'en inspire, le seul instrument international protecteur des Droits de l'homme qui organise un contrôle juridictionnel de l'application de ses dispositions : un organe de jugement statue sur un cas d'espèce (de violation des Droits de l'homme) par une décision obligatoire revêtue de l'autorité de la chose jugée. Confiée à une juridiction unique, la procédure de contrôle comporte trois phases : la recevabilité de la requête, la conciliation, le jugement au fond (schéma n° 2, p. 49).

### I. Une juridiction unique

La CEDH, telle qu'amendée par le Protocole 11 et le Protocole 14, respectivement entrés en vigueur le 1<sup>er</sup> novembre 1998 et le 1<sup>er</sup> juin 2010, institue une Cour européenne des droits de l'homme, dénommée « la Cour » (art. 19). Originellement installée en 1959, après que huit États eurent accepté sa juridiction, la Cour de Strasbourg est une juridiction internationale indépendante qui est désormais permanente. Elle se compose d'un nombre de juges égal à celui des États parties à la Convention. Les juges sont élus pour six ans, avec renouvellement partiel triennal et possibilité de réélection, par l'Assemblée du Conseil de l'Europe, à la majorité des voix exprimées, sur une liste de trois candidats présentée par chaque État membre du Conseil de l'Europe. Leur mandat s'achève dès qu'ils atteignent l'âge de 70 ans. Les juges siègent naturellement à titre individuel ; leur indépendance est garantie par les qualifications requises, les immunités accordées et les incompatibilités édictées : les juges sont à plein-temps et ne peuvent donc « exercer aucune activité incompatible avec les exigences d'indépendance, d'impartialité ou de disponibilité » requises par leur fonction (art. 21, § 3). La Cour établit elle-même son règlement intérieur et elle élit pour une durée de trois ans son président, qui est rééligible (actuellement, M. Nicolas Bratza, Royaume-Uni). La Cour statue à la majorité, les juges pouvant joindre leur opinion individuelle à l'arrêt ; ses délibérés sont secrets. La Cour dispose enfin des services d'un greffe, qui jouit d'une très large autonomie par rapport au secrétaire général du Conseil de l'Europe, et est assisté de référendaires qui ne sont pas affectés à un juge déterminé mais font partie du greffe.

## Schémas de la procédure



## 1. Formations de jugement

Juridiction unique, la Cour comporte quatre formations contentieuses. *Le juge unique*, institué par le Protocole 14, a pour unique fonction de rejeter une requête individuelle manifestement irrecevable (ou de la rayer du rôle). *Le Comité de trois juges* a une double compétence : rejeter à l'unanimité une requête individuelle manifestement irrecevable ; toujours à l'unanimité et par un même arrêt, déclarer la requête recevable, statuer au fond – dès lors que l'affaire fait l'objet d'une « jurisprudence bien établie » de la Cour –, ainsi que sur la satisfaction équitable. En l'absence d'unanimité, la procédure en Chambre s'applique. Les *chambres* de sept juges (est membre de droit, le juge élu au titre de l'État partie au litige ou, à défaut, un juge *ad hoc* choisi par cet État) sont les formations ordinaires de jugement. La Chambre exerce les fonctions précédemment dévolues à la Commission (schéma n° 1, p. 49) : examen de la recevabilité de la requête, établissement des faits, conciliation, décision au fond (alors que la Commission rendait un avis, la Chambre rendra un arrêt obligatoire). La *Grande Chambre* de 17 juges est la formation supérieure de jugement, chargée de veiller à la cohérence et à la continuité de la jurisprudence de la Cour (art. 27 CEDH).

La transparence de la procédure reste, toutefois, relative : après avoir été « filtrée » par le Comité de

trois juges, la requête individuelle sera portée devant une Chambre qui décidera de la recevabilité de la requête puis, après tentative de conciliation, statuera au fond. Cet arrêt ne deviendra définitif que si, dans un délai de trois mois, l'une des parties n'a pas demandé le renvoi de l'affaire à la Grande Chambre. La restructuration du mécanisme de contrôle effectuée par le Protocole 11 laisse donc subsister la diversité fonctionnelle existant initialement (recevabilité, conciliation, double examen au fond) et ne change pas fondamentalement le déroulement de la procédure (comparer les schémas 1 et 2).

## **2. Compétence contentieuse de la Cour**

Depuis le 1<sup>er</sup> novembre 1998, le système de contrôle de la Convention est devenu pleinement contraignant dès lors que la Convention révisée supprime la clause facultative de juridiction obligatoire de l'ancien article 46, § 1. Selon cette disposition, la Cour était un rouage facultatif dans le mécanisme de contrôle et présentait, quant à sa saisine, les caractéristiques d'une juridiction internationale classique respectueuse des souverainetés nationales : sa compétence ne s'exerçait qu'à l'égard des États l'ayant acceptée. Il convient cependant de noter que, à compter de la déclaration de la Turquie du 26 décembre 1989, tous les États parties à la Convention avaient accepté la juridiction obligatoire de la Cour. La Convention révisée met le droit en accord avec la réalité et institutionnalise cet état de fait, qui montre que le système européen de garantie des Droits de l'homme a progressivement désarmé les réticences étatiques. Désormais, l'adhésion à la Convention emporte par elle-même reconnaissance de la compétence obligatoire de la Cour : est ainsi constitué un véritable espace européen de protection juridictionnelle des Droits de l'homme.

La Cour européenne a affirmé très nettement dans sa jurisprudence (voir *Handyside*, 7 décembre 1976, *GACEDH*, n° 7) sa plénitude de juridiction, fondée sur l'article 32 de la Convention qui lui donne compétence pour « toutes les affaires concernant l'interprétation et l'application » de la Convention et de ses protocoles additionnels. Comme tout juge, la Cour est juge de sa propre compétence (art. 32, § 2) et peut accueillir, à un stade ultérieur de la procédure d'examen de la recevabilité, des exceptions préliminaires, sous réserve qu'elles aient été déposées par l'État défendeur *in limine litis* – c'est-à-dire devant la Chambre au stade de l'examen de la recevabilité – sous peine de forclusion : en conséquence, la Grande Chambre n'est pas liée par les conclusions de la Chambre sur la recevabilité et a compétence pour connaître d'une exception d'irrecevabilité et, s'il y a lieu, l'accueillir (Gr. Ch., 12 juillet 2001, *K et T c/ Finlande*).

Précisons, enfin, que la Cour est aussi dotée d'une étroite compétence consultative (art. 47), qu'elle entend strictement (avis du 2 juin 2004 sur sa compétence pour rendre un avis consultatif).

## **3. Procédure contradictoire**

La procédure devant la Cour est publique et est à la fois écrite (à titre principal lors de l'examen de la recevabilité devant la Chambre) et orale (à titre principal lors de la phase postérieure à l'examen de la recevabilité). La Cour a le pouvoir d'entendre toute personne en qualité de témoin ou d'expert, d'ordonner une enquête, de procéder à une visite des lieux.

En conférant à l'individu le droit de saisir directement la Cour, la Convention révisée confère nécessairement au requérant individuel la qualité de partie devant la Cour, garantissant dans les

affaires individuelles portées devant la Cour le respect du principe du contradictoire qui faisait initialement défaut dès lors que l'individu requérant ne pouvait saisir directement la Cour et avoir la qualité de partie (ex-art. 44).

La pratique de la Commission et de la Cour avait néanmoins audacieusement corrigé cette anomalie, en associant, d'abord, indirectement l'individu à la procédure, par le truchement des délégués de la Commission, puis, avec le règlement intérieur de la Cour entré en vigueur le 1<sup>er</sup> janvier 1983, en l'autorisant à participer directement, telle une véritable partie à l'instance, à la procédure pendante devant la Cour. La Convention révisée vient donc normaliser la situation existante : l'« égalité des armes » entre l'État et l'individu est désormais entière, le second pouvant notamment solliciter comme le premier l'interprétation ou la révision d'un arrêt.

## II. La recevabilité de la requête

Confié dans le système originaire de contrôle à la Commission européenne des droits de l'homme, l'examen de la recevabilité des requêtes individuelles ou étatiques est, selon la Convention révisée, de la compétence de l'une des trois formations suivantes, juge unique, comité de trois juges, Chambre de sept juges. La Chambre procède au « filtrage » des requêtes et joue, à ce stade, le rôle d'une véritable chambre des requêtes : elle retient les requêtes juridiquement recevables et rejette les autres. La Chambre ne tranche pas un litige au fond, mais rend un jugement avant dire droit qui s'impose aux parties. De plus, la Chambre a le pouvoir de proposer à l'État incriminé des mesures conservatoires (par exemple, surseoir à l'exécution d'une décision d'extradition) ; revenant sur une solution ancienne (Cruz Varas, 20 mars 1991), la nouvelle Cour juge que le non-respect par l'État desdites mesures emporte violation de son obligation de ne pas entraver l'exercice efficace du droit de recours individuel (Mamatkulov et Abdurasulovic, 6 février 2003).

La décision de la Chambre sur la recevabilité, qui n'est pas en principe distincte de l'arrêt sur le fond, doit être motivée et est en principe définitive. Une distinction doit cependant être faite. La décision d'irrecevabilité, qui peut être rendue selon une procédure accélérée par le juge unique ou le Comité de trois juges statuant à l'unanimité, est définitive : elle met fin à l'instance (celle-ci pourra, cependant, être rouverte si la décision d'irrecevabilité était fondée sur des faits inexacts ; Déc. 5 juillet 2005, Ölmez c/ Turquie) et ne peut faire l'objet d'aucun recours. En revanche, la décision de recevabilité peut être ultérieurement revue par la Chambre elle-même et, dans l'hypothèse d'un renvoi, par la Grande Chambre (*supra*, p. 52 ; pour un exemple de contrariété entre la Commission et l'ancienne Cour, Cardot, 19 mars 1991).

Le cap de la recevabilité est particulièrement difficile à franchir pour les requêtes individuelles : 12 310 requêtes seulement ont été déclarées recevables sur les 175 502 requêtes ayant fait l'objet d'une décision de 1955 à fin 2006, soit 7 % des requêtes. Ce chiffre peut paraître modeste, mais il est en soi important, car sans équivalent ailleurs ; de plus, la Chambre (comme autrefois la Commission) mène en matière de recevabilité une véritable politique jurisprudentielle, qui reflète une interprétation dynamique de la Convention et s'avère protectrice des intérêts individuels.

Statuant sur la recevabilité de la requête, la Chambre examine aussi sa compétence : les chefs d'incompétence (*ratione materiae, personae, temporis, loci*) et d'irrecevabilité *stricto sensu* sont étroitement mêlés (art. 35, § 3). Pour que la requête soit recevable, il faut d'abord que l'allégation de

violation soit relative à un droit protégé par la Convention (ce n'est pas le cas, par exemple, du droit à l'autodétermination), qu'elle vise un État partie à la Convention et qu'elle concerne des faits relevant de la juridiction de l'État partie. La notion de « juridiction » (art. 1) s'entend au sens large de compétences, que les faits incriminés aient été commis sur le territoire national ou en territoire étranger par des agents exerçant l'autorité de l'État (il en va ainsi de l'exercice par un État partie d'un « contrôle effectif », du fait notamment d'une intervention militaire, sur une partie du territoire d'un autre État (Al Jeda, 7 juill. 2011), que les actes en cause soient accomplis en application du droit interne ou d'obligations internationales (Comm., déc. 9 février 1990, M et Co c/ rfa ). En conséquence, le juge européen s'estime compétent pour connaître des actes nationaux d'application du droit communautaire dérivé (Cantoni c/ France, 15 novembre 1996) et originaire (Matthews, c/ Royaume-Uni, 18 février 1999). Plus précisément, les requêtes individuelles, qui sont le lot habituel de la Chambre, doivent satisfaire à la fois des conditions qui leur sont propres et des conditions communes aux requêtes étatiques.

## 1. Les conditions spécifiques aux requêtes individuelles

Elles tiennent au requérant, à l'interdiction de cumuler les recours et au fondement de la requête.

### A) Le requérant

1° *Le droit de recours individuel est ouvert à trois catégories de requérants (art. 34) :*

- *toute personne physique* : aucune condition de nationalité, de résidence, d'état civil ou de capacité de l'individu n'est exigée par la Convention. Dès lors, les nationaux d'un État partie et les ressortissants d'un autre État (partie ou non à la Convention), les réfugiés ou apatrides mais encore les incapables (mineurs, aliénés) peuvent exercer le droit de recours contre un État partie à la Convention. D'une manière générale, les conditions régissant les requêtes individuelles ne coïncident pas nécessairement avec les critères nationaux du *locus standi* (Scozzari et Giunta c/ Italie, 13 juillet 2000). De plus, l'État défendeur ne saurait entraver l'exercice efficace du droit de recours, en contrôlant, par exemple, l'opportunité de la requête (ainsi, dans le cas d'un détenu) ou en exerçant des pressions sur la victime, son conseil ou des proches (Akdivar c/ Turquie, 16 septembre 1996, *GACEDH*, n° 73). Cette large ouverture du droit de recours est favorisée par l'Accord européen du 5 mars 1996 qui donne diverses immunités et facilités aux personnes participant aux procédures devant la Cour européenne des droits de l'homme ;
- *toute organisation non gouvernementale* : cette expression, peu claire, est entendue par la Cour comme désignant tout sujet de droit autre que les personnes physiques et les personnes morales qui participent à l'exercice de la puissance publique ou qui gèrent un service public sous le contrôle des autorités (Les Saints Monastères, 9 décembre 1994 ; Déc. 23 septembre 2003, Radio-France). Les sociétés commerciales (Éditions Périscope, 26 mars 1992), les syndicats, les partis politiques, les associations, les organisations religieuses bénéficient ainsi du droit de saisir la Cour, mais non les collectivités locales ;
- *tout groupe de particuliers* : il faut comprendre par là une association informelle, en général temporaire, de deux ou plusieurs personnes défendant des intérêts identiques.

Ajoutons que la requête individuelle ne doit pas être anonyme.

2° *Le requérant individuel doit être victime* d'une violation des droits garantis et doit donc avoir un intérêt personnel à agir (à la différence du requérant étatique). En effet, l'article 34 n'institue pas une sorte d'*actio popularis* : la Cour ne statue pas *in abstracto* sur la conformité d'une loi à la Convention, mais se prononce sur le point de savoir si les droits d'un requérant ont été lésés d'une manière concrète par une mesure d'ordre interne. La jurisprudence européenne a sensiblement assoupli cette condition. D'abord en accueillant la notion de victime potentielle ou éventuelle : toute personne susceptible de subir les effets d'une législation prétendument incompatible avec la Convention peut se prétendre victime au sens de l'article 34 en l'absence de toute application effective de la loi (Klass, 6 septembre 1978) ; il en est particulièrement ainsi de l'étranger sous le coup d'une mesure d'éloignement du territoire et qui court un « risque réel » de subir une violation de l'un de ses droits si cette mesure est exécutée (Soering, 7 juillet 1989, *GACEDH*, n° 16). La Cour va ainsi jusqu'à reconnaître comme victimes d'une atteinte au droit de recevoir des informations en matière d'avortement des femmes non enceintes mais « en âge de procréer » (Open Door, 29 octobre 1992, *GACEDH*, n° 70). Ensuite, en recourant à la notion de victime indirecte : peut agir au titre de l'article 34 toute personne ayant un lien étroit et personnel avec la victime directe et ayant un intérêt personnel valable à ce qu'il soit mis fin à la violation (par ex., intérêt d'une mère à agir en raison de la détention abusive de son fils). Enfin, en décidant qu'en cas de décès du requérant et en l'absence d'héritier, il lui incombe de poursuivre l'examen de la requête si celle-ci a trait à une question d'intérêt général intéressant non seulement l'État partie, mais aussi les autres États membres (Karner, 24 juillet 2003, discrimination fondée sur l'orientation sexuelle en matière de droit au bail).

## **B) Le non-cumul des recours**

En application du principe *non bis in idem* (art. 35, § 2 b), la requête ne doit pas être « essentiellement la même » qu'une requête déjà soumise à la Cour ou être identique, quant aux faits et à la violation alléguée, à une communication déjà portée devant le Comité des droits de l'homme, institué dans le cadre du Protocole facultatif au Pacte des Nations unies relatif aux droits civils et politiques. Il s'agit donc d'éviter un cumul de procédures, favorisé par l'identité partielle des droits garantis par le Pacte et par la Convention, tel que la Cour, statuant en second, se transformerait en instance de réexamen des « constatations » du Comité.

## **C) Le fondement de la requête**

Si la requête ne doit pas être « incompatible » avec les dispositions de la Convention (ce qui implique qu'elle doit rentrer dans le champ de la compétence de la Commission), elle doit aussi ne pas être abusive (l'attitude du requérant peut en être la cause) et surtout ne pas être « manifestement mal fondée » (art. 35, § 3).

La requête abusive est celle qui poursuit un but autre que celui de la Convention (par ex., requête par laquelle un détenu s'efforce d'échapper aux conséquences d'une condamnation pénale et non de faire valoir un droit garanti) ou qui témoigne d'un usage frivole du droit de recours (requête alléguant que les feux tricolores de croisement sont contraires à la dignité humaine !).

Le défaut manifeste de fondement, comme cause d'irrecevabilité, traduit une extension sensible du concept de recevabilité et conduit la Chambre à procéder, dès le stade de la recevabilité, à un examen préliminaire du bien-fondé de la requête individuelle (ce qu'elle n'a pas à faire pour la requête étatique). La Chambre recherche si les faits allégués révèlent *prima facie* une apparence de violation.

Bien que le mal-fondé de la requête doive « tomber sous le sens », la Chambre est amenée, dans des cas difficiles, à procéder à un examen assez poussé du fond de l'affaire : elle prononce, d'une manière générale, l'irrecevabilité en cas d'absence de commencement de preuve à l'appui des faits invoqués, d'absence évidente de violation de la Convention d'après les faits allégués (par ex., l'obligation faite à un chômeur d'accepter un emploi réservé aux handicapés ne peut être assimilée à un « traitement dégradant ») ou d'absence de violation après exercice d'un contrôle au fond. Dans ce dernier cas, la décision d'irrecevabilité devient une véritable décision au fond de non-violation (par ex., déc. 27 avril 2000, *Tiemann c/ France et Allemagne*).

## **2. Les conditions communes aux requêtes individuelles et étatiques**

L'article 35, § 1 de la Convention énonce deux conditions en étroite corrélation : la requête adressée à la Cour doit être présentée dans un délai de six mois à compter de la « décision interne définitive », qui est celle ayant épuisé les voies de recours offertes à l'individu dans l'ordre juridique interne.

### **A) La règle du délai de six mois**

Cette règle suppose d'abord que les faits incriminés soient postérieurs à la date d'entrée en vigueur de la Convention à l'égard de l'État mis en cause. Toutefois, selon une jurisprudence fixée par la Commission (déc. 9 juin 1958, *De Becker*), la Cour a accepté de connaître de faits antérieurs à cette date, s'ils sont susceptibles d'entraîner une violation continue de la Convention se produisant après cette date.

Le point de départ du délai de six mois est la décision de justice ayant épuisé les voies de recours offertes dans l'ordre juridique interne, réserve faite que le délai ne saurait commencer à courir qu'à partir du moment où l'intéressé a une connaissance effective et suffisante de la décision interne définitive (*Baghli*, 30 novembre 1999). En l'absence de recours internes efficaces et suffisants, le délai de six mois court dès que l'acte ou la décision qui font grief ont pris effet (*Comm.*, déc. 6 juillet 1988, *Hilton c/ Royaume-Uni*) ; lorsque le grief porte sur une situation continue contre laquelle il n'existe aucun recours (par ex., la durée d'une procédure ou d'une détention), la règle des six mois ne trouve pas à s'appliquer tant que cette situation perdure (*Varnava et al. c/ Turquie*, 10 janvier 2008).

### **B) L'épuisement préalable des voies de recours internes**

La Convention européenne précise que la Cour « ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes ».

1° *Fondement de la règle.* Empruntée au domaine classique de la protection diplomatique, la règle de l'épuisement des voies de recours internes, sécurisante pour les États, équilibre l'audace de la reconnaissance du droit de recours individuel et illustre le caractère complémentaire, par rapport au droit interne, du dispositif européen de protection et, en premier lieu, de la saisine de la Chambre. Selon une jurisprudence constante de la Commission, la règle de l'article 35 « 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 interne ». La condition d'épuisement des voies de recours internes trouve son prolongement dans l'obligation faite aux États d'offrir aux individus des voies de recours effectives devant les instances nationales (art. 13).

2° *Les conditions d'application de la règle.* Trois séries d'observations doivent être faites.

– La preuve de l'épuisement des voies de recours internes pèse sur le requérant, mais c'est à l'État défendeur qui soulève devant la Cour une exception préliminaire de non-épuisement de prouver l'existence, dans son ordre juridique interne, d'une voie de recours non exercée.

– Si la condition d'épuisement des voies de recours internes vaut pour les requêtes individuelles comme pour les requêtes étatiques, elle est cependant écartée dans le cas de requêtes étatiques relatives non pas à des cas individuels de violation, mais à des « pratiques administratives » incompatibles avec la Convention : la « pratique administrative » suppose à la fois la répétition d'actes contraires à la Convention (torture, mauvais traitements) et la tolérance officielle de ces actes (voir Déc. 8 juin 1999, *Danemark c/ Turquie*). De même, la Cour juge qu'une telle « pratique administrative » ou certaines circonstances particulières – telle la passivité totale des autorités nationales face à des allégations sérieuses de violation de la Convention par les agents de l'État – dispensent le requérant individuel de l'obligation d'exercer les recours internes qui s'offrent à lui (*Akdivar*, 16 septembre 1996, *GACEDH*, n° 73).

– Quels recours doivent être exercés ? Les organes de la Convention ont assoupli les conditions d'accès à la Cour, en refusant de faire une application automatique de la règle d'épuisement des voies de recours internes. Sous réserve que le requérant ait soulevé « en substance » devant le juge national un grief équivalent à celui tiré de la Convention (*Geouffre de la Pradelle*, 16 décembre 1992), l'obligation d'épuiser les voies de recours internes se limite à celle de faire un usage normal des recours « utiles ». L'usage normal implique que seule la non-utilisation d'un recours essentiel (ce qui inclut les recours devant les juridictions constitutionnelles, s'ils existent) entraîne l'irrecevabilité de la requête. Les recours « utiles » sont ceux « à la fois relatifs aux violations alléguées, accessibles et adéquates » (arrêt *De Jong, Baljet et Van den Brink*, 22 mai 1984). En d'autres termes, la règle de l'épuisement des voies de recours internes cesse d'être opposable lorsque les recours locaux existent mais sont illusoire : il en est ainsi lorsque l'insuccès de la voie de recours est probable (en raison, notamment, d'une jurisprudence bien établie) ou lorsque les recours sont inefficaces parce qu'impropres à redresser les griefs allégués (ainsi, un recours non suspensif contre une décision d'expulsion ou d'extradition).

S'agissant de la France, la Cour a ainsi pu juger que le recours en responsabilité de l'État du fait du fonctionnement défectueux des services de la justice (art. L. 781. 1 du Code de l'organisation judiciaire) était un recours « inutile » pour celui qui se plaint de la durée d'une détention provisoire (*Woukam Moudefo*, 11 octobre 1988) ou qui invoque la violation du droit d'obtenir à bref délai une décision sur la légalité de sa détention (*Navarra*, 23 novembre 1993).

## **III. La conciliation**

Une fois la requête recevable, la Chambre doit simultanément établir les faits et faciliter un règlement amiable entre les intéressés (art. 38).

### **1. L'établissement des faits**

La Chambre se mue en juge collégial d'instruction : l'article 38, § 1 *a* la charge d'établir les faits en procédant à un examen contradictoire de la requête avec les représentants des parties. Le caractère contradictoire de la procédure permet de garantir l'égalité entre les parties – à savoir, l'individu et l'État. La Chambre, comme autrefois la Commission, dispose des plus larges pouvoirs pour conduire l'instruction : demande de renseignements adressée aux parties, demande de production de preuves écrites, communication des mémoires, audition des parties, de témoins, d'experts... Surtout, la Chambre peut procéder à une enquête : elle peut ainsi effectuer une descente sur les lieux, visiter des centres de détention, auditionner sur place le requérant, des témoins ou toute personne (journalistes, syndicalistes...). La Commission a usé de cette faculté tant dans des affaires étatiques (relatives à Chypre, à la Grèce des colonels, à l'Irlande du Nord, à la Turquie) que dans des affaires individuelles (visites de prison en Belgique ou en Allemagne). L'État défendeur est tenu de coopérer avec la Chambre et de faciliter la conduite efficace de l'enquête, ce qui n'est pas sans poser parfois des difficultés (par ex., aff. grecque ; Tanrikulu c/ Turquie, 8 juillet 1999).

## 2. Le règlement amiable

L'article 38 de la Convention attribue à un organe judiciaire, la Chambre, la fonction de conciliation précédemment dévolue à la Commission : la Chambre « se met à la disposition des intéressés en vue de parvenir à un règlement amiable de l'affaire... ». La conciliation est, avec la décision judiciaire, l'un des deux moyens de parvenir au règlement du litige. Son originalité réside ici dans le fait que l'individu peut mener de véritables négociations avec le Gouvernement de l'État défendeur, dont il est le plus souvent le ressortissant.

En cas de succès de la conciliation, la Chambre prend un arrêt de radiation du rôle (art. 39) qui entérine le règlement amiable et lui donne un caractère définitif (il ne peut être remis en cause devant la Grande Chambre) ; le Comité des ministres en surveille l'exécution. La Convention révisée inscrit la fonction de conciliation dans une procédure judiciaire qu'elle vient altérer, puisque la Cour renonce à statuer sur le fond du litige. Cette observation doit, cependant, être tempérée.

D'abord, parce que le règlement amiable, qui prend le plus souvent la forme d'un arrangement sur le dédommagement pécuniaire du préjudice subi par l'individu, s'opère sous les auspices de la Cour. Celle-ci doit veiller à ce que l'arrangement soit conforme à la Convention et s'inspire du respect des Droits de l'homme (art. 38, § 1 *b*) : particulièrement, le règlement amiable doit satisfaire l'intérêt général, et la Cour recherche toujours si un motif d'ordre public n'exige pas de poursuivre la procédure (par ex., Woukam Moudefo, 11 octobre 1988).

Ensuite, parce que l'arrêt de radiation du rôle contient généralement (pour un exemple contraire, Hurtado, 28 janvier 1994) des considérations relatives au fond de l'affaire, qui permettent à la Cour de ne pas renoncer à dire le droit : soit que la Cour fasse référence à sa jurisprudence antérieure en la matière, afin de préciser la portée des obligations de l'État, soit que le règlement amiable constitue lui-même une reconnaissance explicite (Nyberg, 31 août 1990) ou implicite de la violation constatée par la Commission et contienne l'engagement de l'État de modifier sa législation interne en conséquence (Can, 30 septembre 1985).

– La portée pratique de la procédure de conciliation ne doit pas être négligée : au 31 octobre 1998, 412 requêtes avaient fait l'objet d'un règlement amiable devant la Commission, dont une seule requête interétatique (req. France, Norvège, Danemark, Suède et Pays-Bas c/ Turquie), et 34 devant la

Cour. Ces règlements amiables peuvent être rangés en deux catégories. Les plus nombreux se bornent au cas d'espèce et visent à accorder satisfaction au requérant : par exemple, suspension conditionnelle ou remise d'une peine par voie de grâce, de réduction d'une peine de prison, d'abrogation d'arrêtés d'expulsion ou d'extradition (Rapp. 7 juillet 1992, Abbas c/ France), délivrance d'un titre de voyage pour étrangers, et, le plus fréquemment, versement d'une indemnité en réparation du dommage subi (Rapp. 3 juillet 1985, Farragut c/ France).

Certains règlements amiables débordent le cas d'espèce et prévoient que des mesures d'ordre général, voire législatif, seront prises afin de faire disparaître en droit interne les règles qui sont constitutives d'une violation de la Convention : il en est ainsi des règlements qui contiennent l'annonce d'une révision de la réglementation concernant l'expulsion (Rapp. 8 décembre 1984, Bulus c/ Suède), du dépôt d'un projet de loi relatif à la transsexualité (Rapp. 11 octobre 1979, X c/ RFA), de l'adoption d'une directive sur la correspondance des détenus (Rapp. 15 mai 1986, Mac Comb c/ Royaume-Uni).

Pour faire face à l'engorgement de son rôle (151 624 requêtes pendantes au 1<sup>er</sup> janvier 2012 !), la nouvelle Cour a incontestablement tendance à favoriser la conclusion systématique de règlements amiables dans les affaires concernant le délai raisonnable d'une procédure (par ex., les 123 arrêts de radiation du rôle du 23 juin 2000).

L'échec du règlement amiable ouvre la phase du jugement sur le fond par la Chambre. L'instance introduite devant la Chambre peut donc connaître trois issues principales au stade de l'examen préliminaire de la requête : décision d'irrecevabilité ; décision de recevabilité, règlement amiable et radiation du rôle ; décision de recevabilité et poursuite de l'instance.

## **IV. Le jugement sur le fond**

La Convention de 1950 prévoyait l'alternative d'un règlement judiciaire et d'une décision rendue par un organe politique (le Comité des ministres) ; la Convention révisée « judiciarise » totalement la procédure et confie à la Cour seule le soin de se prononcer sur le fond de l'affaire.

### **1. La solution de l'instance**

Le règlement de l'instance devant la Cour aboutit à l'adoption d'un arrêt, qui doit être motivé (art. 45). Normalement, la décision sur le fond appartient à la Chambre qui statue sur la recevabilité de la requête, mais elle peut, à titre exceptionnel, revenir à la Grande Chambre.

#### **A) L'arrêt de la Chambre**

La Chambre a une compétence de principe pour se prononcer sur la violation de la Convention et, s'il y a lieu, sur la satisfaction équitable (art. 41).

1° *La constatation de la violation.* Statuant sur la conformité à la Convention d'une décision ou d'une mesure nationale, la Cour rend un arrêt à caractère déclaratoire. Le contentieux des Droits de l'homme est un contentieux de la légalité et non un contentieux de l'annulation : la Cour ne peut

annuler la décision incriminée, mais doit, selon l'article 41 de la Convention, « déclarer » la compatibilité ou l'incompatibilité de la mesure nationale avec la Convention. La déclaration d'incompatibilité que prononce la Cour n'entraîne pas l'invalidité de l'acte illicite : il appartient à l'ordre interne de remédier à la violation constatée. La Cour ne peut donc prescrire des mesures correctives à l'État ou lui adresser des injonctions (par ex., d'effacer des sanctions disciplinaires et pénales, *Le Compte*, 24 octobre 1983).

2° *La réparation*. Si l'arrêt de la Cour « au principal » a constaté un manquement de l'État à la Convention, la Cour peut être amenée à statuer sur une seconde question de fond, touchant à la réparation du manquement. Selon une tradition du droit judiciaire international, la Cour a en effet compétence pour rendre un arrêt de prestation sur le terrain indemnitaire : en vertu de l'article 41 (ex-art. 50) de la Convention, elle peut accorder à « la partie lésée » une « satisfaction équitable ». La réparation se situe donc dans le cadre classique du contentieux de l'indemnité, dont on est tenté de dire qu'il a le mérite d'exister quoiqu'il paraisse inadapté à des violations des Droits de l'homme particulièrement graves ou de grande ampleur (telles les pratiques systématiques de tortures ou de mauvais traitements).

a) *Caractère subsidiaire de la réparation*. L'intervention de la Cour en matière de réparation est, selon l'article 41 de la CEDH, subordonnée à la condition que le droit interne ne puisse pas, ou imparfaitement, effacer les conséquences de la mesure incriminée. C'est dire que la satisfaction équitable est le seul mode de réparation prévu par la Convention puisque l'octroi d'une éventuelle *restitutio in integrum* est du ressort du droit interne. La Cour affirme le principe que la *restitutio in integrum* constitue le mode adéquat de réparation (*Papamichalopoulos*, 31 octobre 1995, *GACEDH*, n° 73) et qu'il s'agit d'une obligation juridique issue de l'article 46 (ex-art. 53) de la Convention, qui impose à l'État de prendre à l'égard de la victime les mesures individuelles – et/ou, le cas échéant, générales – propres à effacer la violation et à assurer une remise des choses en l'état (*Scozzari et Giunta c/ Italie*, 13 juillet 2000). L'État défendeur reste cependant libre du choix des moyens pour s'acquitter de son obligation, exception faite en matière de privation de propriété, où le juge européen le place devant l'alternative de restituer la propriété au requérant dans un délai déterminé ou de verser une indemnité appropriée (*Hentrich*, 22 septembre 1994 ; *Papamichalopoulos*, préc.).

b) *Les modalités de la réparation*. L'octroi d'une réparation par équivalent par la Cour européenne n'intervient qu'en cas d'impossibilité d'une *restitutio in integrum*. La Cour dispose d'un pouvoir discrétionnaire en la matière : elle accorde une satisfaction équitable à la victime « s'il y a lieu ».

La Cour subordonne la réparation du préjudice à trois conditions classiques : le préjudice subi doit être personnel, direct et certain. Quant au caractère direct, la Cour exige une stricte causalité entre le manquement constaté et le préjudice allégué (voir *Ekbatani*, 26 mai 1988). La Cour fait notamment preuve d'une grande rigueur dans l'appréciation du lien de causalité lorsqu'elle refuse de « spéculer » sur la décision qui aurait pu être prise par les autorités judiciaires, par exemple, s'il n'y avait pas eu violation de la Convention : elle refuse ainsi de considérer, aux fins d'indemnisation, l'emprisonnement subi par le requérant à l'issue d'un procès inéquitable (*Saïdi*, 20 septembre 1993). Quant au caractère certain, la Cour accepte de réparer aussi bien le préjudice matériel que le préjudice moral, résultant d'une situation de détresse, d'inquiétude ou d'un sentiment de frustration, dont l'existence semble de plein droit admise en cas de violation (voir *Weeks*, 5 octobre 1988 ; *Keegan*, 26 mai 1994). Il n'est alors guère compréhensible que la Cour refuse de réparer le dommage moral résultant d'une détention provisoire faite au mépris de l'article 5, § 3 ou § 4 (*Nikolova c/*

Bulgarie, 25 mars 1999). Il faut noter que la Cour a assoupli les conditions relatives à la fois à la causalité et à l'existence du préjudice matériel : la « perte de chances » justifie l'octroi d'une satisfaction équitable quand elle est « réelle » (voir Lechner et Hess, 23 avril 1987), mais également quand elle est « douteuse » (Weeks, préc.).

La satisfaction équitable peut prendre plusieurs formes. Le constat d'une violation, par l'arrêt rendu « au principal », peut constituer en soi une satisfaction équitable (voir Huber, 23 octobre 1990). Plus généralement, la satisfaction équitable revêtira la forme d'un dédommagement des frais et dépens du requérant et d'une réparation pécuniaire du préjudice subi, qui fait souvent l'objet d'une évaluation globale et « en équité » (voir De Cubber, 14 septembre 1987).

Depuis 1991 (Moreira de Azevedo, 28 août 1991), la Cour prescrit systématiquement un délai de trois mois à l'État pour s'acquitter de ses obligations financières au titre de l'article 41 et, depuis 1996, ordonne le versement d'intérêts moratoires en cas de dépassement du délai d'exécution (Murray, 8 février 1996, *GACEDH*, n° 35).

*c) L'arrêt sur la satisfaction équitable.* Le fait que c'est d'abord au droit interne qu'il appartient de redresser la violation emporte pour conséquence que, normalement, la Cour statue sur la satisfaction équitable par un arrêt distinct de l'arrêt « au principal » et postérieur à celui-ci. Cependant, la pratique dominante de la Cour est de donner des suites immédiates à l'arrêt en manquement en se prononçant par un seul arrêt sur la violation et sur la réparation. Consacrée par le Protocole 14 (art. 29 § 1), cette nouvelle politique jurisprudentielle, particulièrement marquée depuis 1988 (voir, par ex., Martins Moreira, 26 octobre 1988), permet d'accélérer la procédure devant la Cour et renforce aussi sensiblement les garanties offertes aux victimes : le contentieux de l'indemnité devient un contentieux ordinaire lié au contentieux de la légalité.

## **B) L'arrêt de la Grande Chambre**

La Convention révisée donne compétence, à titre exceptionnel, à la Grande Chambre pour se prononcer sur les requêtes (individuelles ou interétatiques) qui lui sont déférées soit que la Chambre se dessaisisse en sa faveur (art. 30), soit que l'une des parties demande le réexamen de l'affaire (art. 43).

1° *Le dessaisissement.* Afin de garantir l'unité de la jurisprudence européenne, l'article 30 organise le dessaisissement de la Chambre au profit de la Grande Chambre, qui fait là office de formation plénière, lorsque l'affaire examinée soulève une question grave d'interprétation de la Convention ou de ses protocoles ou bien risque de conduire à une solution contraire à la jurisprudence établie (par ex., *Maaouia c/ France*, 5 octobre 2000). Cette procédure présente deux originalités. D'une part, la Chambre n'a pas l'obligation de se dessaisir lorsqu'il y a un risque de contrariété de jurisprudence. D'autre part, la Chambre ne dispose pas de la maîtrise du dessaisissement puisque celui-ci est subordonné à l'approbation des parties : il s'agit d'éviter le dessaisissement automatique afin de permettre à l'État défendeur de disposer en toute hypothèse d'une faculté de réexamen.

2° *Le réexamen.* L'article 43 organise une procédure dite de « renvoi » : « Dans un délai de trois mois à compter de la date de l'arrêt d'une Chambre, toute partie à l'affaire peut, dans des cas exceptionnels, demander le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre » (§ 1). Cette disposition permet en réalité le réexamen par la Grande Chambre de la chose jugée par la Chambre : le « renvoi » a lieu

postérieurement à l'arrêt rendu par la Chambre et n'est pas décidé par celle-ci, mais doit être demandé par l'une des parties, dans un délai de trois mois ; seule une affaire (individuelle ou interétatique) terminée par le jugement d'une Chambre peut faire l'objet du « renvoi ».

La procédure de réexamen n'est destinée à jouer que dans des « cas exceptionnels » et ne revêt aucune automaticité. La saisine de la Grande Chambre n'est pas laissée à la discrétion des parties, mais appartient à un collège de cinq juges, constitué au sein de la Grande Chambre, chargé de filtrer les demandes de réexamen. Le réexamen n'est prévu que dans deux hypothèses. Soit que l'affaire soulève une question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention : le réexamen est ici fait dans l'intérêt du droit de la Convention et vise à assurer la cohérence de la jurisprudence et l'uniformité d'interprétation de la Convention. Soit que l'affaire soulève « une question grave de caractère général » pour l'État partie (par ex., une modification notable du droit national imposée par l'arrêt de la Chambre) ; le réexamen a ici lieu dans l'intérêt de l'État. Cette procédure de « renvoi » nuit à la cohérence du système de contrôle de la CEDH, car, introduisant un double contrôle, elle remet nécessairement en cause le principe d'une cour unique ; il importe que le collège de cinq juges en réserve strictement l'exercice aux seuls « cas exceptionnels ». Si le collège retient la demande de réexamen, la Grande Chambre statue par un arrêt sur le fond de l'affaire : sa compétence pour examiner l'ensemble de l'affaire est entière et ne saurait se limiter à l'examen de la seule question « grave » ayant motivé le renvoi (Gr. Ch., 12 juillet 2001, K. et T. c/ Finlande).

## 2. La portée des arrêts de la Cour

On distinguera les effets juridiques *stricto sensu* des arrêts de la Cour et leur autorité.

### A) Les effets juridiques

Revêtu, comme tout acte juridictionnel, de l'autorité de chose jugée, l'arrêt de la Cour est définitif et obligatoire.

1° *L'arrêt est définitif.* La procédure de réexamen emporte pour conséquence que l'arrêt de la Chambre n'est pas immédiatement définitif. Cet arrêt ne devient définitif, et par voie de conséquence obligatoire, que s'il n'y a pas eu de demande de renvoi à la Grande Chambre dans un délai de trois mois ou si la demande de réexamen a été rejetée par le collège de cinq juges (art. 44, § 2). À l'inverse, si cette demande est acceptée, l'arrêt définitif est celui de la Grande Chambre.

Le caractère définitif de l'arrêt ne fait pas obstacle à une demande en révision ou en interprétation adressée par toute partie à la Cour elle-même (art. 79 et 80 du règlement intérieur). La première procédure a pour objet de faire préciser par la Cour le sens et la portée d'une de ses décisions antérieures, mais ne doit rien ajouter à la chose jugée (Allenet de Ribemont, 7 août 1996). La seconde, rarement utilisée, ne peut être déclenchée qu'en cas de découverte d'un fait nouveau de nature à remettre en cause la décision rendue (Pardo, 10 juillet 1996).

2° *L'arrêt est obligatoire.* Selon l'article 46 de la Convention, « les HPC s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ».

Les arrêts de la Cour sont revêtus de l'autorité de la chose jugée, mais, en principe, celle-ci est relative et ne vaut donc pas *erga omnes* : l'arrêt n'oblige que les parties au litige et pour le seul cas

tranché. L'État défaillant est dans l'obligation d'exécuter l'arrêt de la Cour ayant constaté une violation de la Convention, mais l'arrêt ne vaut pas titre exécutoire sur le territoire de l'État : comme l'affirme la Cour depuis sa décision Marckx du 13 juin 1979 (*GACEDH*, n°51), 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 ». Pèse sur l'État condamné une simple obligation de résultat : il doit prendre les mesures individuelles corrigeant la violation dans le cas d'espèce, mais il a le libre choix des moyens pour parvenir à ce résultat et reste libre de prendre des mesures générales – telles l'abrogation ou la modification de sa législation – débordant le cas d'espèce (par ex., *Klass*, 6 septembre 1978). Cela est conforme à la mission de la Cour qui ne statue pas *in abstracto* sur la compatibilité de la norme interne avec la Convention, mais statue seulement sur l'application concrète de la norme interne à l'égard du requérant : en bref, l'État n'est tenu que de prendre des mesures. Mais la jurisprudence marque un dépassement du caractère déclaratoire des arrêts.

S'agissant des mesures individuelles, l'obligation de *restitutio in integrum (supra)* implique l'adoption de mesures appropriées afin de remettre les choses en l'état antérieur à la violation, et le juge européen se reconnaît de manière ponctuelle un pouvoir d'injonction (privation de propriété ; détention arbitraire). En cas de violation du droit à un procès équitable en matière pénale, la Cour n'hésite pas à indiquer à l'État qu'il convient de réexaminer l'affaire. Plusieurs États (Autriche, Danemark, Suisse) ont ainsi institué une procédure de réexamen des décisions pénales définitives jugées par la Cour européenne des droits de l'homme contraire aux dispositions de la Convention ; la France a fait de même (loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence ; par ex., Commission de réexamen, Déc. 30 novembre 2000, aff. Hakkar).

Lorsque la violation résulte directement des textes incriminés et non de mesures individuelles d'exécution, la distinction tenant à la nature (individuelle ou générale) des mesures à prendre est malaisée à maintenir, comme la Cour le constate dans l'affaire Norris (législation irlandaise sur l'homosexualité, 26 octobre 1988), lorsque la violation résulte directement des textes incriminés et non de mesures individuelles d'exécution : la décision de la Cour produit alors des effets débordant les limites du cas d'espèce et suppose que l'État mette son ordre juridique interne en harmonie avec la Convention. La Cour juge ainsi que les autorités nationales ne doivent pas laisser subsister trop longtemps la législation incriminée et que le juge national, dès lors que la solution dégagée par la Cour n'est « ni imprécise ni incomplète », doit, dans des affaires similaires, appliquer cette solution, au besoin en écartant la loi nationale jugée contraire à la Convention, sauf à encourir une nouvelle condamnation (Vermeire, 29 novembre 1991, et Marckx, 13 juin 1979, préc.). De même, l'État tiers ne peut ignorer l'arrêt de la Cour et devra faire disparaître de son droit les dispositions législatives similaires à celles qui ont valu au premier État d'être condamné, sous peine de se rendre également coupable d'une violation de la Convention (Modinos, 22 avril 1993, et Dudgeon, 22 octobre 1981, *GACEDH*, n°44). En bref, les effets d'un arrêt constatant une violation de la Convention du fait d'une législation nationale contraire à la Convention ne se limitent pas au seul cas d'espèce et au seul État condamné. De plus, la procédure de l'« arrêt pilote » permet à la Cour, lorsqu'elle a identifié un « problème structurel » à la source de la violation, de prescrire à l'État les mesures générales à adopter pour y remédier (Broniowski, 22 juin 2004, *GACEDH*, n°74).

3° *La surveillance de l'exécution de l'arrêt*. L'article 46, § 2 (ex-art. 54) de la Convention confie cette mission au Comité des ministres du Conseil de l'Europe, qu'il s'agisse d'un arrêt sur la violation, la réparation ou de radiation du rôle. L'arrêt de la Cour n'ayant pas force exécutoire, le Comité des ministres n'est donc pas habilité à décider des mesures à prendre pour faire exécuter l'arrêt.

Le Comité s'est doté en février 1976 de règles pour l'application de l'article 54, qui définissent la procédure de contrôle. Celle-ci se déroule en deux temps : le Comité des ministres « invite » d'abord l'État à l'informer des mesures prises à la suite de l'arrêt et, si nécessaire, réitère cette demande ; ensuite, il prend une décision, sous forme de résolution, par laquelle il constate, au vu des informations fournies par l'État, qu'il a bien rempli les fonctions que lui confère l'article 54.

Jusqu'à la fin de l'année 1988, le Comité a borné sa mission de surveillance à une simple fonction d'enregistrement des informations (souvent vagues et générales) fournies par les États, s'interdisant d'apprécier si les mesures (individuelles ou générales) prises par l'État remédiaient effectivement à la violation : la surveillance était purement formelle. Depuis 1989 (Rés. DH 89-8 et DH 89-9 du 2 mars 1989 dans les affaires *Oztürk c/ RFA et F. c/ Suisse*), le Comité a abandonné sa prudence d'organe intergouvernemental pour mieux remplir sa fonction d'organe de contrôle et se reconnaît le pouvoir de vérifier si l'État a réellement pris les mesures redressant la violation constatée : si tel n'est pas le cas, le Comité adopte une résolution intérimaire et décide de reprendre l'examen de l'affaire à une date ultérieure qu'il fixe. De plus, s'agissant du contrôle de l'exécution de mesures individuelles, le Comité des ministres décide désormais des modalités de l'exécution de l'arrêt : ainsi, en 1999, le Comité des ministres, après avoir, pour la première fois, pris une résolution intérimaire demandant à un État partie de procéder à la libération d'un détenu puis constaté qu'il n'en avait rien fait, a conclu que cet État avait violé ses obligations conventionnelles en ne donnant pas plein effet à l'arrêt de la Cour et à ladite résolution (Rés. DH[99]245, 4 mars 1999, et Rés. DH[99]529, 28 juillet 1999, aff. Parti socialiste et autres c/ Turquie). Enfin, le Comité des ministres n'hésite plus, dans le cadre des résolutions intérimaires, à reprendre l'examen d'une affaire sous l'angle des mesures de caractère général nécessitées par l'arrêt de la Cour (Rés. DH[99]724, 3 décembre 1999, *SA Pressos Compania Naviera et autres c/ Belgique*).

L'exécution des arrêts de la Cour est en règle générale – réserve faite du cas de la Turquie – satisfaisante, même si elle s'avère parfois fort tardive (adoption par la Belgique d'une nouvelle législation en matière de filiation huit ans après l'arrêt *Marckx* (préc.)).

## **B) L'autorité des arrêts**

Comme le prouve la pratique étatique, l'autorité réelle des arrêts de la Cour européenne est beaucoup plus large que leur stricte portée juridique de jugements déclaratoires. Les arrêts de violation ont une incontestable efficacité corrective. Soit qu'ils provoquent une « normalisation » des législations internes – l'État condamné adoptant des mesures générales destinées à rendre sa législation compatible avec la Convention (par ex., *X et Y c/ Pays-Bas*, 26 mars 1985 : modification du Code pénal néerlandais) –, soit qu'ils favorisent aussi un ajustement des jurisprudences nationales à la jurisprudence européenne.

1° En témoignent, pour la France, les modifications législatives et les revirements jurisprudentiels opérés consécutivement à une condamnation par la Cour de Strasbourg. Ainsi, les arrêts *Huvig* et *Kruslin* du 24 avril 1990, sanctionnant la violation de l'article 8 du fait d'écoutes téléphoniques judiciaires, sont directement à l'origine de la loi du 10 juillet 1991 relative au secret des correspondances émises par la voie des télécommunications comme l'arrêt *Mazurek*, du 1<sup>er</sup> février 2000 (*GACEDH*, n°54), l'est des dispositions de la loi du 3 décembre 2001 abrogeant l'ensemble des articles du Code civil établissant une discrimination successorale à l'encontre de l'enfant naturel adultérin. De même, les arrêts *B* (15 mars 1992), *Poitrinol* (23 novembre 1993), *Beldjoudi* (26 mars

1992), ont contraint la Cour de cassation et le Conseil d'État à abandonner leur jurisprudence antérieure relative, respectivement, au refus de modifier l'état civil du transsexuel (Cass., Ass. plén., 11 décembre 1992, Marc X... et René X...), à l'irrecevabilité du pourvoi en cassation formé par un condamné qui n'a pas déféré au mandat d'arrêt décerné contre lui (Cass. crim., 30 juin 1999, Reboah) et au refus de contrôler une mesure d'expulsion d'un immigré de la deuxième génération au regard du droit au respect de la vie familiale garanti par l'article 8 de la CEDH (CE, Ass., 19 avril 1991, Belgacem).

La mise en conformité du droit national au standard européen s'est opérée aussi spontanément : la jurisprudence européenne relative à la publicité des débats devant les juridictions ordinaires est ainsi appliquée par la Cour de cassation depuis 1984 (1<sup>re</sup> civ., 10 janvier 1984, Rennemann : ordre des avocats) et a provoqué l'adoption du décret du 5 février 1993, relatif à la publicité des audiences disciplinaires du Conseil national de l'ordre des médecins, afin de vaincre la résistance du Conseil d'État (CE, Ass., 11 juillet 1984, Subrini), qui finit, cependant, par reconnaître l'applicabilité de l'article 6 de la CEDH aux procédures disciplinaires ordinaires (CE, Ass., 14 février 1996, Maubleu). De même, la loi du 10 janvier 1990, relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers, instaurant un recours suspensif contre l'arrêté de reconduite à la frontière, comme la décision Randhawa de la Cour de cassation sur l'audition des témoins à charge (Crim., 12 janvier 1989) ou l'avis du Conseil d'État du 31 mars 1995 estimant que les majorations d'impôts pour manœuvres frauduleuses sont des « accusations en matière pénale » au sens de l'article 6 de la Convention (SARL AutoIndustrie Méric) trouvent leur origine dans les exigences européennes.

2° S'affirme ainsi la vocation de la jurisprudence européenne à être un instrument d'harmonisation des régimes juridiques des Droits de l'homme dans les États contractants. Aux yeux mêmes de la Cour, « ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, à sauvegarder et à développer les normes de la Convention, et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assurés en leur qualité de parties contractantes » (Irlande c/ Royaume-Uni, 18 janvier 1978). L'efficacité du droit européen des Droits de l'homme ne saurait en effet varier selon les qualifications juridiques propres aux droits nationaux.

Alors même que les arrêts de la Cour n'ont qu'une autorité relative de chose jugée, la Cour, par des méthodes d'interprétation qui « européanisent » sa jurisprudence et lui donnent sa cohérence et son autorité (par ex., la notion de « concept autonome »), dégage *un droit commun européen* des droits et libertés, qui est la traduction du « patrimoine commun » évoqué dans le Préambule. Sans aller jusqu'à affirmer que les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sont dotés de l'« autorité de la chose interprétée », qui serait « l'autorité propre de la jurisprudence de la Cour en tant que celle-ci interprète les dispositions de la Convention » (J. Velu), il est incontestable que la jurisprudence de la Cour bénéficie d'une autorité persuasive et produit un effet d'orientation des jurisprudences nationales. Les juridictions supérieures – Conseil d'État, Cour de cassation, pour la France – ne s'écartent en effet qu'exceptionnellement de la jurisprudence européenne, dont elles reprennent les solutions.

De plus, il ne faut pas négliger l'effet incitatif du droit de recours individuel : l'État condamné par la Cour (de même que les États voisins, s'ils sont dans une situation comparable) s'expose à de nombreuses requêtes similaires à celle qui a motivé la condamnation et est alors encouragé à mettre son droit interne en compatibilité avec le droit jurisprudentiel européen. Le mécanisme du recours individuel pousse l'État à s'aligner sur l'ordre public européen des Droits de l'homme.



# Chapitre III

## Les droits garantis

Les droits protégés sont énoncés par la Convention dans son titre I et ses protocoles 1, 4, 6, 7 et 13. Il s'agit avant tout de droits individuels, c'est-à-dire de droits dont *l'individu* est titulaire. Ces droits individuels visent, pour l'essentiel, à protéger la liberté et la dignité de l'homme : ce sont, principalement, des droits civils et politiques, selon la terminologie habituelle ; sur le plan européen, les droits économiques et sociaux sont, par ailleurs, énoncés par la Charte sociale européenne de Turin, du 18 octobre 1961 (et révisée en 1996), qui fait l'objet d'un contrôle par voie de rapports et bénéficie, depuis le 1<sup>er</sup> juillet 1998, d'un mécanisme de réclamations « collectives ». Il faut cependant relever la présence, au sein des droits protégés par la CEDH, du *droit de propriété*. Il s'agit là d'un droit inclassable, dont la nature est contestée (droit civil, droit économique ?), qui n'est pas inscrit dans les conventions universelles pertinentes (pactes de 1966). Bien que la Convention (art. 1, Protocole 1) se contente d'énoncer laconiquement que « toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens », en assortissant ce droit des restrictions d'usage tenant à l'intérêt général, la Cour européenne a défini, à compter de sa décision Sporrong et Lönnroth (23 septembre 1982, *GACEDH*, n° 67), un régime juridique du droit de propriété qui singularise le droit européen des Droits de l'homme au sein de la proclamation internationale. Le juge européen retient une acception très large du droit de propriété. D'une part, c'est non seulement le droit de propriété sur tous biens à valeur patrimoniale (Van Marle, 26 juin 1986) qui est protégé, mais aussi le droit à indemnité (Lithgow, 8 juillet 1986) ; d'autre part, le « droit au respect de ses biens » peut être invoqué en l'absence d'un quelconque titre juridique (Oneryildiz, 18 juin 2002, *GACEDH*, n° 66). S'agissant des limitations qui peuvent être apportées au droit de propriété, la Cour contrôle non seulement que la réglementation de l'usage des biens poursuit un but d'intérêt général ou que l'utilité publique, justifiant une privation de propriété, a bien fait l'objet d'une appréciation « raisonnable » de l'autorité nationale (James, 21 février 1986, *GACEDH*, n° 68), mais encore qu'il n'y a pas eu d'atteintes disproportionnées à la « substance » du droit de propriété : il en est ainsi quand le droit de propriété est rendu précaire par les limitations apportées (par ex., interdiction de construire et permis d'exproprier frappant des propriétés immobilières mais non exécutés pendant une vingtaine d'années ; Sporrong et Lönnroth, préc.). De plus, le juge européen considère que la protection effective du droit de propriété peut exiger des mesures positives de protection de la part des autorités nationales (Oneryildiz, préc.).

Les droits garantis ont vu leur contenu largement précisé par la jurisprudence européenne : leur analyse ne peut se faire qu'au vu de cette lecture prétorienne de la Convention. Précision faite que l'ensemble des droits garantis est gouverné par le principe de l'interdiction de discrimination (*supra*, p. 36), nous regrouperons ces droits autour de trois thèmes qui nous paraissent animer cette jurisprudence : l'intégrité de la personne (I) ; la prééminence du droit (II) ; le pluralisme et la tolérance (III).

# I. L'intégrité de la personne

Les droits protecteurs de l'intégrité physique et morale de la personne sont des droits intangibles et, de manière significative, le Pacte international sur les droits civils et politiques, la Convention européenne et la Convention américaine des droits de l'homme s'accordent pour disposer que ces droits ne peuvent jamais être supprimés ou limités : ils constituent les attributs inaliénables de la personne humaine.

## 1. Le droit à la vie

Droit suprême de l'être humain, son respect est la condition nécessaire à l'exercice de tous les autres : « Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi » (art. 2). Paradoxalement, il s'agit d'un droit incertain.

### A) Définition

La Convention européenne garantit le droit à la vie mais ne définit pas « la vie ». À la différence de la Convention américaine, elle ne précise pas que la vie doit être protégée « en général à partir de la conception » et semble ainsi, implicitement, se rallier à la Déclaration universelle, qui définit l'être humain par le critère de la vie spirituelle et non par celui de la vie biologique (art. 1 : « Tous les êtres humains... sont doués de raison et de conscience »). Le juge européen se refuse à dire si l'article 2 de la Convention protège le droit à la vie de l'enfant à naître et renvoie à la marge d'appréciation de l'État (Vo, 10 avril 2007, *GACEDH*, n° 10), notamment en matière d'avortement thérapeutique.

En revanche, la Cour européenne s'est prononcée avec netteté sur la question du « suicide assisté » pour affirmer que l'article 2 ne saurait garantir « un droit à mourir » (Pretty, 29 avril 2002).

### B) Conditions d'exercice

Le droit à la vie est « protégé par la loi » : la Cour européenne en déduit des obligations positives à la charge des États, telle l'obligation procédurale de mener une enquête efficace sur tout recours à la force meurtrière par les agents de l'État permettant de conduire à l'identification et à la punition des responsables (McCann, 27 septembre 1995, *GACEDH*, n° 11) ou l'obligation de prendre préventivement des mesures concrètes pour protéger les personnes placées sous sa juridiction dont la vie est menacée de manière certaine et immédiate par les agissements criminels d'autrui (Osman, 28 octobre 1998, *GACEDH* n° 12) ou est mise inutilement en danger par les négligences des autorités publiques en matière de santé ou d'environnement (Oneryildiz, 30 novembre 2004, *GACEDH*, n° 66).

À l'instar des conventions internationales similaires, la CEDH affirme que le droit à la vie est insusceptible de dérogation mais autorise la peine de mort. Cependant, par une interprétation audacieuse de l'article 2, la Cour juge désormais que la peine de mort est « une forme de sanction inacceptable, voire inhumaine » qui n'est plus autorisée par l'article 2 en toutes circonstances (Al-Saadoon et Mufdhi, 2 mars 2010). De surcroît, pour les États qui y sont parties, le Protocole 6 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> mars 1985) et le Protocole 13 (entré en vigueur le 1<sup>er</sup> juillet 2003) additionnels à la Convention abolissent respectivement la peine de mort en temps de paix (« Nul ne peut être condamné

à une telle peine ni exécuté ») et en toutes circonstances (y compris, donc, en temps de guerre).

Par ailleurs, la Convention européenne prévoit, dans une disposition dont on ne trouve pas l'équivalent dans les autres conventions internationales, que la mort provoquée par un recours à la force rendu « absolument nécessaire », dans des hypothèses limitativement énumérées (par ex., répression d'une émeute ou d'une insurrection), ne constitue pas une violation du droit à la vie. Selon la Commission européenne, cette disposition est d'interprétation restrictive et « la force employée doit être strictement proportionnée à la réalisation du but autorisé » (Kathleen Steward c/ Royaume-Uni, 10 juillet 1984). La Cour confirme cette analyse (McCann, préc.).

## **2. Le droit de ne pas être soumis à la torture et à des peines ou traitements inhumains ou dégradants**

Énoncé en termes lapidaires par l'article 3 de la Convention, ce droit a été substantiellement enrichi par une jurisprudence européenne abondante et diversifiée. De plus, le contrôle judiciaire de la CEDH est, dans ce domaine, désormais complété par un mécanisme non judiciaire à caractère préventif.

### **A) Qualification des mauvais traitements**

L'article 3 ne définit pas la torture, le traitement inhumain, le traitement dégradant et ne distingue pas ces notions. La torture, par son poids symbolique, occulte les autres concepts et semble réduire la portée de l'article 3 aux seuls cas extrêmes. Or, le spectre de l'article 3 est beaucoup plus large.

C'est dans l'affaire grecque que la Commission européenne a énoncé les trois éléments constitutifs de la torture : intensité des souffrances, intention délibérée, but déterminé (*Annuaire*, XII, p. 186 et 461). La définition de la torture donnée par la Convention des Nations unies sur la torture et autres traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée le 3 décembre 1984 et entrée en vigueur le 26 juin 1987, intègre ces trois éléments : la torture est un acte par lequel des souffrances aiguës, physiques ou mentales, sont intentionnellement infligées à une personne par un agent de la fonction publique, ou à son instigation, dans un but déterminé (aveu, punition, intimidation...). Mais cette définition de la torture « officielle » est muette sur les traitements inhumains ou dégradants, qui apparaissent seulement comme « moins » que la torture : les formes les moins spectaculaires et les plus insidieuses d'atteinte à la dignité de l'homme sont ainsi laissées dans une zone d'ombre où, nécessairement, les droits fondamentaux sont moins bien protégés. C'est le mérite de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme que d'avoir procédé à la différenciation des concepts de torture, de traitements inhumains, de traitements dégradants, et précisé leur champ d'application respectif.

– L'intensité des souffrances infligées aux victimes, appréciée en fonction de l'ensemble des données de la cause (rigueur et durée du traitement, effets sur la victime, objectif poursuivi...) et non pas *in abstracto*, permet de distinguer les trois notions, le traitement inhumain faisant office de notion médiane. La Cour le définit dans son arrêt Tyrer du 25 avril 1978 comme celui provoquant volontairement des souffrances mentales ou physiques d'une intensité particulière, alors que le terme « torture » doit être réservé à « des traitements inhumains délibérés provoquant de fort graves et cruelles souffrances » (Irlande c/ Royaume-Uni, 18 janvier 1978). La torture est donc une forme aggravée du traitement inhumain, le traitement dégradant se situant en deçà de ce dernier : c'est celui

qui « humilie l'individu grossièrement devant autrui ou le pousse à agir contre l'individu ou sa conscience » (Tyrrer, préc.). Distincts de la torture, le traitement inhumain et le traitement dégradant font alors figure de concepts utiles, possédant leur propre champ de protection.

Seront qualifiés de traitements inhumains, les mauvais traitements infligés aux détenus (Comm., Rapp., 12 décembre 1981, Reed), les interrogatoires « approfondis » pratiqués par les forces armées britanniques en Irlande du Nord (Irlande c/ Royaume-Uni, préc.) ou encore les brutalités commises par les forces de police à l'occasion de l'arrestation d'un suspect (Cour, Klaas, 22 septembre 1993, art. 269) ou d'une garde à vue (Tomasi, 27 août 1992). La Cour européenne, dans plusieurs affaires turques (par ex., Aksoy, 18 décembre 1996, Aydin, 25 septembre 1997) et une affaire française (Selmouni, 28 juillet 1999, *GACEDH*, n° 14), a retenu la qualification de « torture » à l'encontre de mauvais traitements infligés par des policiers à des personnes placées en garde à vue. Après avoir énoncé dans sa décision Tomasi (préc.) que tout usage de la force physique sur une personne placée en garde à vue est inacceptable, l'intégrité physique de la personne bénéficiant d'une garantie absolue, la Cour européenne, par sa décision Selmouni, signifie clairement que la notion de « torture » doit faire l'objet d'une interprétation actualisée et que, en raison des exigences présentes en matière de Droits de l'homme, des actes autrefois qualifiés de « traitements inhumains et dégradants » doivent désormais recevoir la qualification de « torture ».

La notion de traitement dégradant a été étendue par les organes de la Convention à des domaines *a priori* extérieurs à l'article 3, puisque n'ayant aucun lien avec l'exercice d'une activité répressive. Les traitements discriminatoires fondés sur des motifs raciaux (Comm., Rapp., 14 décembre 1973, Patel), les punitions corporelles dans les écoles britanniques (arrêt Campbell et Cosans, 29 janvier 1982), la prostitution contrainte (Tremblay, 11 septembre 2007) sont visés. On regrettera, cependant, que la Commission ait refusé de qualifier de traitement dégradant des conditions de vie misérables tenant à une situation de grande pauvreté (Déc. Van Volsem, 9 mai 1990, RUDH, 1990, p. 349, note F. Sudre).

– Procédant à un renversement de la charge de la preuve lorsque sont en cause des mauvais traitements commis par des agents publics, le juge européen recourt à une véritable présomption de causalité pour considérer comme établies les allégations du requérant, sauf preuve contraire apportée par l'État défendeur (Tomasi, préc. ; Selmouni, préc.). L'application de l'article 3 en est ainsi facilitée.

## **B) Obligations des États**

L'article 3 édicte une double obligation à la charge de l'État partie. Obligation substantielle, d'abord, de ne pas porter atteinte à l'intégrité physique et morale de la personne, mais aussi obligation positive de protéger toute personne contre des mauvais traitements contraires à l'article 3 (par ex., en fournissant des soins appropriés aux personnes blessées lors d'une arrestation ou d'une détention, Ilhan, 27 juin 2000), y compris dans le cadre des relations interindividuelles (prendre les mesures propres à empêcher que des châtiments corporels soient infligés par un adulte à un enfant, *A. c/ Royaume-Uni*, 23 septembre 1998). À cet égard, l'article 3 protège notamment les enfants contre les actes de maltraitance commis par leurs proches et fait obligation aux services sociaux de prendre les mesures propres à prévenir de tels actes ou à les faire cesser, dès lors qu'ils ont été mis en mesure d'avoir connaissance des sévices incriminés (*Z et autres c/ Royaume-Uni*, 10 mai 2001). Obligation procédurale, ensuite, de procéder à une enquête officielle approfondie et effective en vue de l'identification et de la punition des responsables, chaque fois qu'il y a des motifs raisonnables de croire que des traitements contraires à l'article 3 ont été commis par des agents de l'État (Assenov, 28

### **C) Extension du champ d'application de l'article 3**

1° *La protection par ricochet*, mécanisme de création purement prétorienne, permet aux organes de la Convention d'étendre la protection de l'article 3 à des droits non expressément protégés par elle. Cette technique va être utilisée au bénéfice de deux catégories de personnes particulièrement vulnérables : les étrangers et les détenus. En effet, les matières relatives à la police des étrangers et aux conditions de détention ne sont pas régies, comme telles, par la Convention : les États parties y disposent d'un pouvoir discrétionnaire. Néanmoins, dans l'exercice de leurs pouvoirs en ces domaines, les États doivent respecter les autres droits garantis à l'intéressé par la Convention. Si, par exemple, une décision d'éloignement d'un étranger ne peut être la cause de la violation d'un droit qui n'est pas protégé par la Convention (droit à ne pas être expulsé ou extradé), elle peut, en revanche, être la cause de la violation d'autres droits protégés par la CEDH et, à ce titre, soumis au contrôle des organes de la Convention.

2° *Les droits dérivés des étrangers*. La Convention ne garantit pas le droit d'entrer, de demeurer ou de s'établir sur le territoire des États contractants. À la différence des conventions générales similaires (notamment de la CADH), elle ne protège pas le droit d'asile et se limite à interdire l'expulsion collective des étrangers (art. 4, Prot. 4) et à faire bénéficier l'étranger en situation régulière de garanties procédurales minimales en cas d'expulsion (droits de la défense), sauf nécessités d'ordre public ou de sécurité nationale (Prot. 7). La Cour a comblé ce vide normatif en étendant aux étrangers victimes d'une mesure d'éloignement (expulsion, extradition, refoulement) le bénéfice du droit à ne pas subir de traitements inhumains et dégradants. Elle juge qu'une telle mesure constitue un traitement inhumain et/ou dégradant lorsqu'il y a des raisons sérieuses de croire que l'étranger court un risque réel de subir dans le pays de destination des mauvais traitements contraires à l'article 3, que ces mauvais traitements soient directement le fait des autorités publiques (pays où les Droits de l'homme sont grossièrement violés, *Chahal*, 15 novembre 1996 ; où la peine de mort est appliquée : *Soering c/ Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, *GACEDH*, n° 16), qu'ils soient accomplis par des tiers contre lesquels les autorités du pays de destination ne protègent pas l'individu (*HRL c/ France*, 29 avril 1997 ; CE, 1<sup>er</sup> décembre 1997, *Kechemir*), qu'ils résultent de facteurs purement objectifs (tels la maladie, l'état de pauvreté du pays d'accueil ; *D. c/ Royaume-Uni*, 2 mai 1997 : expulsion d'un malade atteint du Sida). Le droit d'asile bénéficie ainsi d'une sorte d'« effet réflexe » de la Convention européenne.

3° *Les droits dérivés des détenus*. Contrairement au PIDCP et à la CADH, la convention de Rome ne contient aucune disposition spécifique concernant le traitement des personnes détenues. De plus, les « Règles pénitentiaires européennes », adoptées par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe en 1987, n'ont pas de caractère contraignant pour les États, même si leurs dispositions très détaillées en font un véritable « code » de la détention pénitentiaire. La Commission a jugé très tôt, dès 1962, que la détention ne privait pas le détenu des droits garantis par l'article 3 de la Convention, et la Cour, par son arrêt *Kudla* du 26 octobre 2000 (*GACEDH* n° 15), affirme le droit de tout prisonnier à des conditions de détention conformes au respect de la dignité humaine. La Cour juge que des conditions de détention objectivement inacceptables (cellule dépourvue d'aération et surchauffée, absence de toilettes séparées...) portent atteinte à la dignité de la personne et, dès lors qu'elles provoquent chez l'intéressé « des sentiments de désespoir et d'infériorité propres à l'humilier et le rabaisser, voire à briser sa résistance physique et morale », constituent un traitement dégradant (*Peers*, 19 avril 2001). De même, le fait de ne pas fournir des soins médicaux appropriés à la santé du détenu (*Keenan*, 3

avril 2001) ou de maintenir un détenu en détention alors que celle-ci est inconciliable avec son âge avancé ou son état de santé (Mouisel, 14 novembre 2002) peut emporter violation de l'article 3.

## **D) Le contrôle du respect de l'interdiction**

La Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe le 26 novembre 1987 et entrée en vigueur le 1<sup>er</sup> février 1989, met en place un mécanisme de contrôle préventif, radicalement distinct du contrôle instauré par la Convention des Nations unies sur la torture, de 1984, qui se situe « en aval » de l'acte de torture. Elle prévoit un système de visites des lieux de détention des États parties, confié à un Comité spécial qui peut entendre tout détenu et adresser ses recommandations à l'État. La Convention ne peut faire l'objet de réserves, ne contient aucune clause dérogatoire et s'applique en temps de paix comme en périodes exceptionnelles ; les visites peuvent avoir lieu en toutes circonstances, sans qu'il y ait eu nécessairement de plainte, l'État partie pouvant seulement demander le report de la visite du Comité dans des cas exceptionnels. Le rapport publié par le Comité après sa visite en France, en 1993 comme en 2006, est sévère et relève que les conditions de détention de certains établissements pénitentiaires (surpeuplement, sous-équipement sanitaire, entretien général) constituent « un traitement inhumain et dégradant ».

## **3. L'interdiction de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé et obligatoire**

La Cour constate pour la première fois la violation de l'article 4 CEDH dans son arrêt Siliadin (26 juillet 2005, *GACEDH*, n° 17) où elle qualifie d'« état de servitude » une situation dite d'« esclavage domestique ». Analysée comme « une obligation de prêter ses services sous l'empire de la contrainte », la servitude apparaît comme *moins* que l'« esclavage », défini par la convention de Genève de 1926 comme « l'état ou la condition d'un individu sur lequel s'exercent les attributs du droit de propriété ou certains d'entre eux », mais comme *plus* que le « travail forcé », qui est caractérisé par une situation de « contrainte, physique ou morale ». L'article 4 prohibe également le trafic d'êtres humains (Rantsev, 7 janv. 2010).

## **II. La prééminence du droit**

Le principe de la *prééminence du droit* est le socle sur lequel repose le droit européen des Droits de l'homme. L'article 3 du statut du Conseil de l'Europe dispose que « Tout membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du Droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des Droits de l'homme et des libertés fondamentales. » Le lien est ainsi établi entre la primauté du droit et le respect des Droits de l'homme. Il est renforcé par la Convention européenne des droits de l'homme qui développe les bases statutaires du Conseil de l'Europe : le préambule de la Convention assigne à celle-ci comme *finalité* d'assurer la prééminence du droit dans une société démocratique. Le préambule de la Convention guide donc le juge dans la voie d'une interprétation téléologique ou finaliste, et on ne s'étonnera pas que la Cour ait à plusieurs reprises affirmé que l'idée de prééminence du droit « inspire la Convention tout entière ».

La primauté du droit trouve son expression dans plusieurs dispositions de la Convention. L'article 7 énonce le principe de la légalité des délits et des peines, qui fonde le droit à la non-rétroactivité de la loi pénale. Ce principe suppose que l'infraction soit clairement précisée par la loi (S. W. c/ Royaume-Uni, 22 novembre 1995, *GACEDH*, n° 37) et s'accompagne du droit à l'application rétroactive de la loi pénale plus douce (Scoppola, 17 sept. 2009). De surcroît, le Protocole 7 reconnaît les principes du double degré de juridiction, de l'indemnisation de la personne victime d'une erreur judiciaire, et *non bis in idem* (Gradinger, 23 octobre 1995). La prééminence du droit déploie surtout ses effets dans deux domaines majeurs, où la jurisprudence européenne est luxuriante : le droit à la liberté et à la sûreté ; le droit à un procès équitable.

## **1. Le droit à la liberté et à la sûreté**

Dans sa décision *De Wilde, Ooms et Versyp* (18 juin 1971, *GACEDH*, n° 20), la Cour européenne a solennellement reconnu l'importance particulière du droit à la liberté et à la sûreté dans une société démocratique. Ce droit vise en effet à protéger la liberté physique de la personne contre toute arrestation et détention arbitraires ou abusives. Néanmoins, l'État doit pouvoir priver de liberté ceux qui représentent une menace pour l'ordre social. Aussi l'article 5 ménage-t-il à l'État cette possibilité tout en accordant des garanties aux personnes privées de liberté.

### **A) Les privations de liberté autorisées**

La Convention européenne dresse la liste de six cas autorisés de privation de liberté : détention après condamnation, détention d'un mineur, détention d'un aliéné, détention en vue d'une expulsion... La Cour européenne a pris soin d'affirmer que cette liste était exhaustive et devait faire l'objet d'une interprétation étroite, ne laissant aux États qu'une faible marge d'appréciation pour l'application de l'article 5 (Engel, 8 juin 1976, *GACEDH*, n° 4). De plus, la privation de liberté, pour être conforme à la Convention, doit avoir respecté « les voies légales » et avoir été « régulière » (*Winterwerp*, 24 octobre 1979).

Le respect des « voies légales » renvoie formellement à la législation nationale et implique la conformité aux normes internes de fond et de procédure (en d'autres termes, la méconnaissance du droit interne entraîne ici celle de la Convention, *Van der Leer*, 21 février 1990) ; il suppose aussi que la « loi » nationale soit « suffisamment accessible et précise afin d'éviter tout danger d'arbitraire » (*Amuur*, 25 juin 1996).

La régularité de la détention réclame la conformité au but des restrictions autorisées par l'article 5, § 1, car, « dans une société démocratique adhérant à la prééminence du droit, une détention arbitraire ne peut jamais passer pour « régulière » » (*Winterwerp*, préc.). La méconnaissance de cette règle a valu à la France sa première condamnation pour violation de la Convention, dans une affaire d'« extradition déguisée » (*Bozano*, 18 décembre 1986). Dans cet esprit, est incompatible avec la finalité de l'article 5 le recours à la ruse par l'Administration, dans le cadre d'une opération planifiée d'expulsion, pour tromper des personnes, même en situation illégale, sur le but d'une convocation afin de mieux pouvoir les priver de liberté (*Conka*, 5 février 2002). La Cour vérifie si la mesure privative de liberté, tant dans son adoption que dans son exécution, est compatible au but de l'article 5, § 1, et si les circonstances étaient de nature à justifier la privation de liberté et ses modalités particulières. La Cour exerce ainsi un contrôle approfondi des atteintes au droit à la liberté et à la sûreté, n'hésitant pas, si le

texte de l'article 5, § 1, est imprécis, à substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales (ainsi en matière d'internement des aliénés : Winterwerp, préc. et Ashingdane, 28 mai 1985).

## **B) Les garanties accordées aux personnes privées de liberté**

Elles ont pour objet de permettre à l'individu de se défendre contre une arrestation ou une détention injustifiée afin de recouvrer la liberté. Ces garanties sont principalement de trois ordres (art. 5, § 2, 3, 4). C'est d'abord le droit d'être informé de la nature et de la cause de l'arrestation (violation dans l'aff. *Irlande c/ Royaume-Uni*, 18 janvier 1978). C'est ensuite le droit d'être traduit « aussitôt » devant un « magistrat » offrant les garanties appropriées à l'exercice des fonctions judiciaires – notamment l'indépendance à l'égard de l'exécutif et de la partie poursuivante – et d'être jugé dans un délai raisonnable ou libéré : la détention provisoire ne doit pas être « excessive » compte tenu des circonstances de l'espèce (*Letellier c/ France*, 26 juin 1991), la Cour refusant de consacrer la notion de durée disproportionnée « en soi » (*W c/ Suisse*, 26 janvier 1993). C'est enfin le droit d'introduire un recours sur la légalité de la détention (ce qui suppose qu'un détenu, condamné à la prison à vie, puisse obtenir un contrôle périodique de la légalité de sa détention, *Weeks*, 2 mars 1987) devant un tribunal indépendant offrant les garanties fondamentales de procédure en matière de privation de liberté (arrêt *De Wilde*, préc.).

Au surplus, toute personne privée arbitrairement de sa liberté a droit à réparation (pour une illustration : *Van Droogenbroeck*, 25 avril 1983).

## **2. Le droit à un procès équitable**

La prééminence du droit ne se conçoit pas sans la possibilité d'accéder à une justice indépendante et impartiale : cela suppose que soit garanti, selon la terminologie de la Cour européenne (*Golder*, 21 février 1975, *GACEDH*, n° 27), « le droit à un procès équitable ». Ce droit, reconnu aux personnes privées de liberté par l'article 5, est énoncé à titre principal par l'article 6 de la Convention. La jurisprudence européenne, par le biais des notions autonomes – déjà évoquées –, a largement étendu le champ d'application du droit à un procès équitable, repoussant une interprétation étroite des notions de « contestations sur des droits et obligations à caractère civil » et d'« accusation en matière pénale ». Elle a également précisé et enrichi le contenu de ce droit.

### **A) Les règles du procès équitable**

Le droit à un procès équitable recouvre d'abord le droit d'avoir accès à un tribunal : ce « droit à un tribunal » peut être violé par la présence d'un obstacle juridique mais aussi par un obstacle de fait, tel que le coût élevé de la procédure (*Aït-Mouhoub*, 28 octobre 1998) ou l'impossibilité d'obtenir l'assistance judiciaire gratuite (*Airey*, 9 octobre 1979, *GACEDH*, n° 2). Liant droit d'accès à un tribunal et principe de la sécurité juridique, la Cour européenne encadre strictement la pratique des validations législatives, énonçant que « la solution donnée de manière définitive à tout litige par les tribunaux ne soit plus remise en cause » (*Zielinski et autres*, 28 octobre 1999, *GACEDH*, n° 29).

Au sens de l'article 6, § 1, le « tribunal » n'est pas nécessairement une juridiction de type classique et se caractérise, sur le plan matériel, par sa fonction juridictionnelle (*Sramek*, 22 octobre 1984) : doté

de la « pleine juridiction », le tribunal doit exercer un contrôle complet de légalité et être compétent pour les questions de fait comme de droit (Zumtoble, 21 septembre 1993). En second lieu, la Cour européenne a précisé, dans une jurisprudence très fournie, les exigences du procès équitable.

Celles-ci tiennent à quatre grandes séries de garanties :

- le principe de « l'égalité des armes » (Delcourt, 17 janvier 1970) : principe fondamental du procès équitable, ce principe vise à garantir l'égalité des parties devant le juge et à protéger l'effectivité du débat contradictoire, au civil comme au pénal. Cela implique pour les parties au procès « le droit de se voir communiquer et discuter de toute pièce ou observation présentée au juge, fût-ce par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision » (J. J. c/ Pays-Bas, 27 mars 1998) et conduit la Cour à remettre en cause le rôle du « ministère public » près la Cour de cassation (Borgers, 30 octobre 1991, *GACEDH*, n° 30 ; Reinhardt et Slimane-Kaïd c/ France, 31 mars 1998) ou le Conseil d'État (Kress c/ France, 7 juin 2001) ;
- les garanties relatives à l'organisation et à la composition du tribunal : un tribunal se caractérise par son indépendance, qui suppose des garanties constitutionnelles et légales protégeant les juges contre les pressions extérieures, et son impartialité. L'appréciation de l'impartialité est objective (certains faits vérifiables autorisent-ils à suspecter l'impartialité du juge ?) et est fondée sur les « apparences », la Cour s'efforçant d'établir si « les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées » (Hauschildt, 24 mai 1989, *GACEDH*, n° 31). La conception concrète de l'impartialité objective conduit à admettre le cumul de fonctions juridictionnelles différentes par un même juge dans une même affaire, en matière pénale comme civile, dès lors que l'« étendue », la « nature » ou la « portée » des mesures adoptées par le juge avant le procès ne sont pas de nature, du fait du caractère sommaire des investigations effectuées, à laisser penser que ledit magistrat a un « préjugé » empêchant de le considérer comme impartial (Bulut, 22 février 1996). Le cumul des fonctions de poursuite et de jugement demeure néanmoins sanctionné, en tant que tel (Demicoli, 27 août 1991). La dualité des fonctions consultatives et juridictionnelles dans une haute juridiction est compatible avec l'article 6 dès lors que les deux procédures portent sur une « question distincte » (Sacilor-Lormines, 9 novembre 2006) ;
- les garanties tenant au déroulement de l'instance : la publicité de la procédure garantit les justiciables contre une justice secrète (Pretto, 8 décembre 1983, *GACEDH*, n° 32) ; la « durée raisonnable » de la procédure les protège contre les lenteurs excessives de la justice, « spécialement en matière répressive ». Le « délai raisonnable » s'apprécie au regard de trois critères : la complexité de l'affaire, l'attitude du requérant et le comportement des autorités nationales (notamment judiciaires) appréciés au regard du contexte politique et social ; seules des lenteurs imputables à ces dernières peuvent amener à conclure à l'inobservation du délai raisonnable (H. c/ France, 24 octobre 1989). Cette appréciation prend en compte l'enjeu du litige pour l'intéressé : ainsi, une célérité particulière s'impose si la procédure risque d'être privée de tout effet utile du fait de l'espérance de vie réduite du requérant (X c/ France, 31 mars 1992) ;
- le droit à l'exécution des décisions de justice, enfin : la Cour affirme sa volonté de donner au « droit à un tribunal » sa pleine effectivité en jugeant que l'inexécution d'un jugement définitif prive d'effet utile l'article 6, § 1 de la Convention et constitue une violation de cette disposition (Hornsby, 19 mars 1997, *GACEDH*, n° 33).

## **B) Les garanties accordées à l'accusé**

L'accusé a d'abord droit à la présomption d'innocence (art. 6, § 2), qui constitue l'un des principes fondamentaux du droit pénal moderne. Dans sa décision *Minelli* du 25 mars 1983, la Cour européenne affirme que la présomption d'innocence est méconnue lorsque, sans établissement légal préalable de la culpabilité du prévenu, une décision judiciaire ou, en l'absence de constat formel, une simple motivation laisse à penser que l'intéressé est considéré comme coupable. L'accusé doit disposer également des droits de la défense, qui sont des applications particulières (art. 6, § 3) du principe général du droit à un procès équitable. Le principe de l'« égalité des armes » entre les parties et le principe du contradictoire (l'intéressé doit pouvoir se faire entendre à tous les stades du débat judiciaire) doivent être respectés (*Kostovski*, 20 novembre 1989, *GACEDH*, n° 38) : plus précisément, l'accusé doit pouvoir se défendre lui-même ou être assisté d'un défenseur de son choix ou, sous certaines conditions, commis d'office gratuitement, faire entendre des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge (*Windisch*, 27 septembre 1990 ; *Saïdi c/ France*, 20 septembre 1993), ou encore, s'il ne comprend pas la langue nationale, bénéficier de l'assistance gratuite d'un interprète durant la procédure engagée contre lui (*Oztürk*, 21 février 1984). Il s'agit là d'autant de prestations positives, d'ordre économique ou social pour certaines, qui donnent une réalité concrète au droit à un procès équitable.

Les exigences de l'article 6, tenant notamment aux droits de la défense, valent non seulement pour la phase de jugement, mais aussi pour la phase d'instruction (*Imbrioscia*, 24 novembre 1993). Cela conduit la Cour à garantir à l'accusé le bénéfice de l'assistance d'un avocat dès les premiers stades de l'interrogatoire de police (*Salduz*, 27 nov. 2008) et à juger que le droit de ne pas témoigner contre soi-même, bien que non expressément garanti par l'article 6, est une exigence élémentaire du procès équitable (*Funke c/ France*, 25 février 1993 ; *Murray*, 8 février 1996, *GACEDH*, n° 35).

## **III. Le pluralisme et la tolérance**

La Cour européenne des droits de l'homme a fortement affirmé, notamment dans ses décisions fondamentales – *Handyside* (7 décembre 1976, *GACEDH*, n° 7) et *Sunday Times* (26 avril 1979) –, que « le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture » sont les « éléments constitutifs » d'une société démocratique. La Cour s'estime alors investie d'un « rôle de surveillance » lui commandant de prêter une extrême attention au respect de ces principes, qui marquent la spécificité de la société démocratique.

Selon la Cour, la notion de pluralisme (entendue comme englobant la tolérance et l'esprit d'ouverture) commande ainsi l'interprétation tant des droits proprement individuels énoncés par la Convention – c'est l'affirmation du pluralisme des comportements et du pluralisme des idées – que des libertés de l'action collective – et c'est l'affirmation du pluralisme institutionnel.

### **1. Le pluralisme des comportements**

L'exigence de pluralisme a conduit les organes de la CEDH à définir le droit au respect de la vie privée et familiale (art. 8) en tenant compte à la fois de l'évolution des mœurs et des nécessités sociales.

## A) La protection de la vie privée

La notion de vie privée est une notion contingente, qui ne peut être définie avec précision. La laïcisation progressive des sociétés occidentales a contribué à élargir la sphère de la vie privée, qui recouvre aujourd'hui des actes considérés autrefois comme contraires à la morale sociale. Adoptant une conception extensive, la Cour juge que la protection de la vie privée ne couvre pas seulement la sphère intime des relations personnelles, mais englobe « le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables » (Niemetz, 16 décembre 1992, *GACEDH*, n° 47). Dans sa définition jurisprudentielle, le droit au respect de la vie privée est un droit composite, qui comporte aujourd'hui quatre volets.

1° *Le droit à la vie privée personnelle* vise à protéger la sphère intime des relations personnelles et comporte deux volets :

- *le droit au secret de la vie privée* est, selon l'expression de la Cour, le droit de « vivre à l'abri des regards étrangers ». Ce droit suppose que soit assuré le respect du domicile, afin que l'intimité des lieux où s'exerce la vie privée soit protégée (Gillow, 24 novembre 1986). Le secret des opinions privées doit également être préservé contre des atteintes au respect de la correspondance (voir p. 40) et, plus particulièrement, contre les moyens modernes d'investigation dont disposent les autorités publiques : écoutes téléphoniques (Malone, 2 août 1984), constitution et communication d'un fichier de données à caractère personnel (Leander, 26 mars 1987). Néanmoins, des impératifs tenant principalement à la sécurité nationale (lutte contre l'espionnage et le terrorisme, par exemple) peuvent nécessiter la mise en place de tels systèmes de surveillance secrète des citoyens : la Cour s'assure alors de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus, car il y a là « un risque de saper, voire de détruire, la démocratie au motif de la défendre » (Klass, 6 septembre 1978). L'article 8 assure la protection du droit à l'image (Von Hannover, 24 juin 2004, *GACEDH*, n° 43) et du droit à la réputation (Petrina, 14 octobre 2008) contre les atteintes commises par des tiers, notamment la presse, et il garantit aussi le principe de la confidentialité des informations sur la santé (Z. c/ Finlande, 25 février 1997) ;
- *le droit à la liberté de la vie sexuelle* fait partie intégrante du droit au respect de la vie privée, qui doit permettre d'établir et d'entretenir des relations affectives avec d'autres êtres humains. Selon la Cour (X et Y c/ Pays-Bas, 26 mars 1985), la « vie privée » recouvre l'intégrité physique et morale de la personne et comprend la vie sexuelle. Ce droit, qui trouve son fondement dans la tolérance et le pluralisme, se définit alors comme le droit de chacun de mener la vie sexuelle de son choix en conformité avec son identité profonde, même si ce comportement sexuel est susceptible de « heurter, choquer ou inquiéter » le plus grand nombre : ainsi, l'accomplissement d'actes homosexuels en privé entre adultes consentants ne saurait faire l'objet d'une répression pénale (Dudgeon, 22 octobre 1981, *GACEDH*, n° 44), et l'orientation sexuelle ne saurait justifier à elle seule la révocation d'un emploi public (Smith et Grady, 27 septembre 1999). La liberté du comportement sexuel doit cependant se concilier avec la protection des droits ou intérêts d'autrui : la loi peut intervenir, par exemple, pour interdire la manifestation publique d'une attitude homosexuelle ou pour protéger directement les mineurs ou les incapables majeurs (Dudgeon, préc.).

2° *Le droit à la vie privée sociale* couvre le domaine des relations de l'individu avec ses semblables

(Niemetz, préc.). Dès lors, les notions de « vie privée », « domicile », « correspondance », visées par l'article 8, englobent les activités professionnelles ou commerciales ainsi que les locaux où elles s'exercent (y compris ceux des personnes morales, Sté Colas Est, 16 avril 2002), et l'article 8 protège le droit du salarié au respect de sa vie privée sur le lieu du travail (Copland, 3 avril 2007).

3° *Le « droit au développement personnel »* est consacré par l'arrêt Pretty (25 avril 2002, *GACEDH*, n° 46). À ce titre, l'article 8 garantit le droit à la connaissance de ses origines (sans pour autant que soit imposée à l'État « une obligation de divulguer », Odièvre, 13 février 2003), ainsi que le droit à l'identité (donc à un nom), compris comme un moyen d'identification personnelle et de relation avec autrui (Burghartz, 22 février 1994), le juge européen faisant désormais obligation à l'État de procéder à la reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle du transsexuel (C. Goodwin, 11 juillet 2002, *GACEDH*, n° 45). Allant au-delà, la Cour européenne semble vouloir promouvoir le droit à l'autonomie personnelle, compris comme le « droit de disposer de son corps », notamment dans le domaine des pratiques sexuelles (K. A. et A. D. c/ Belgique, 17 février 2005).

4° *Le droit de vivre dans un environnement sain* est protégé par l'article 8 dès lors que la Cour européenne juge avec audace que des atteintes graves à l'environnement portent atteinte à la jouissance effective du droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile (Lopez Ostra, 9 décembre 1994). L'article 8 implique alors l'obligation positive pour l'État de prendre des mesures afin de faire cesser ou de réduire les pollutions et, également, de fournir aux intéressés des informations pertinentes quant aux risques graves de pollution (Guerra, 19 février 1998).

## **B) La protection de la vie familiale**

Elle s'ordonne autour de deux grands axes.

1° *Le droit au mariage*. L'article 12 de la Convention ne définit pas le droit au mariage et le place dans le cadre des législations nationales, qui peuvent en réglementer l'exercice (le Protocole 7, art. 5, reconnaît par ailleurs l'égalité de droits et de responsabilités des époux dans le mariage). L'article 12 dispose que « l'homme et la femme ont le droit de se marier ». Après avoir affirmé que cette disposition « vise le mariage traditionnel entre deux personnes de sexe biologique différent » et a pour but de « protéger le mariage en tant que fondement de la famille » (Rees, 17 octobre 1986), la Cour européenne fait aujourd'hui une lecture différente, en phase avec l'évolution des mœurs, et estime que les termes de l'article 12 n'impliquent plus que le sexe doit être déterminé « selon des critères purement biologiques » (C. Goodwin, 11 juillet 2002, *GACEDH*, n° 45). Cela la conduit à dissocier droit de se marier et droit de fonder une famille, et à reconnaître le droit de se marier aux transsexuels. Par ailleurs, l'article 12 n'interdit pas aux États d'autoriser le mariage entre personnes du même sexe, ainsi que le permet l'article 9 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (Schalk et Kopf c/Autriche, 24 juin 2010).

L'article 12 ne garantit aucunement le droit au divorce, et la Cour s'est ici refusée à se livrer à une interprétation évolutive afin de dégager de la Convention « un droit qui n'y a pas été inséré au départ », jugeant que le droit au mariage vise la formation des relations conjugales et non leur dissolution (Johnston, 18 décembre 1986).

2° *Le droit au respect de la vie familiale*. En garantissant le droit au respect de la vie familiale, l'article 8 de la Convention présuppose l'existence d'une famille. Les organes de la Convention ont

défendu une conception « ouverte » et tolérante de la famille, en mettant l'accent sur l'effectivité de la vie familiale : comme le dit la Cour, « dès l'instant et du seul fait de sa naissance », il existe entre l'enfant et ses parents un lien constitutif de « vie familiale » (Keegan, 26 mai 1994). Dès lors qu'existe une vie familiale effective, chaque famille, qu'elle soit « légitime » ou « naturelle », se voit reconnaître le bénéfice de l'article 8 (Marckx, 13 juin 1979, *GACEDH*, n° 51). Dans le même esprit, la Cour européenne reconnaît le droit des transsexuels à une vie familiale (sans pour autant garantir l'octroi des droits parentaux : X, Y et Z c/ Royaume-Uni, 22 avril 1997) et juge que l'article 8 s'oppose à l'exclusion par principe d'une personne de ses droits familiaux en raison de ses orientations sexuelles (Salgueiro Da Silva Mouta, 21 décembre 1999).

Le droit au respect de la vie familiale fait peser sur l'État l'obligation d'agir de manière à permettre aux intéressés de mener une vie familiale normale et de développer des relations effectives. La jurisprudence a développé ce droit dans trois directions principales.

– *Les droits de l'enfant naturel (ou adultérin)*. La Cour européenne a élaboré un véritable statut juridique de l'enfant naturel, qui était absent dans la Convention (Marckx, préc., et Johnston, préc.). Le droit de l'enfant naturel à une vie familiale normale est affirmé : cela implique « l'existence en droit national d'une protection juridique rendant possible dès sa naissance l'intégration de l'enfant dans sa famille ». Deux principes, fondés sur la notion de non-discrimination, sont énoncés : l'égalité de la filiation naturelle et légitime, l'égalité des droits patrimoniaux de l'enfant naturel et de l'enfant légitime. Le premier principe consacre l'adage *mater semper certa est* : le lien juridique de filiation découle automatiquement du lien biologique. Le second principe permet d'intégrer le domaine des successions et des libéralités à la « vie familiale » et de prendre en compte la dimension socio-économique du droit au respect de la vie familiale (Mazurek c/ France, 1<sup>er</sup> février 2000, *GACEDH*, n° 54).

– *Les rapports entre parents et enfants*. Bases de la vie familiale, ces rapports doivent être protégés : « Pour un parent et son enfant, être ensemble représente un élément fondamental de la vie familiale » (Olsson, 24 mars 1988). D'une manière générale, le droit au respect de la vie familiale fait peser sur l'État, en matière de séparation des parents et des enfants, l'obligation positive de prendre les mesures propres à réunir un parent à son enfant, sous réserve de la prise en compte des intérêts supérieurs de l'enfant : ainsi, en cas de placement d'un enfant, le droit de visite parental doit pouvoir être réellement exercé. Les autorités nationales contreviennent alors à l'article 8 lorsque les mesures prises – suspension de l'autorité parentale, interdiction de tout contact entre une mère et son enfant – compromettent les chances de regrouper la famille et comportent un risque réel de séparation irréversible du parent et de son enfant (Scozzari et Giunta, 13 juillet 2000). La jurisprudence européenne procède également à un encadrement des procédures en matière d'autorité parentale et d'assistance éducative, veillant à ce que le processus décisionnel débouchant sur la mesure litigieuse soit équitable et ménage aux parents un rôle respectant leurs intérêts (W c/ Royaume-Uni, 8 juillet 1987) ; plus précisément, l'article 8 garantit un droit d'accès direct du parent concerné au dossier dans une procédure d'assistance éducative (T. P et K. M c/ Royaume-Uni, 10 mai 2001). Enfin, les autorités judiciaires ont une obligation de surveillance et de vigilance quant aux modalités d'exécution des mesures de placement (Scozzari et Giunta, préc.).

– *L'unité de la vie familiale*. Se pose ici le problème de la séparation des familles des étrangers : par le jeu de la protection par ricochet, déjà envisagé, la Cour européenne a affirmé le principe que le refoulement ou l'éloignement (expulsion, extradition) d'un étranger d'un pays où vivent des

membres proches de sa famille peut porter atteinte à son droit à la vie familiale et constituer une violation de la CEDH dans son article 8 (Abdulaziz, Cabales et Balkandi, 28 mai 1985). Toutefois, l'article 8 garantit seulement l'exercice du droit au respect d'une vie familiale « existante » et ne comporte pas le droit de choisir l'implantation géographique de cette vie familiale : l'État n'est pas tenu de laisser un étranger pénétrer sur son territoire pour y créer des liens familiaux nouveaux, et il ne saurait y avoir violation de l'article 8 par une mesure de refoulement ou d'éloignement si l'unité de la vie familiale peut se reconstituer ailleurs (Cruz Varas, 20 mars 1991). En bref, en matière d'immigration, l'article 8 n'emporte pas obligation pour l'État de « permettre le regroupement familial sur son territoire » (Gül, 19 février 1996 : refus opposé à un étranger légalement installé avec son épouse en Suisse de faire venir près de lui son fils de 6 ans). Cependant, après avoir longtemps fait céder le droit au respect de la vie privée et familiale de l'étranger devant les nécessités du contrôle de l'immigration, la Cour européenne adopte désormais une position plus équilibrée (Sen, 21 décembre 2001).

En matière d'éloignement du territoire, la Cour traite désormais à l'identique la situation des immigrés « ordinaires » et celle des immigrés de la « deuxième génération » (Üner, 18 octobre 2006, *GACEDH* n° 55), qui avaient par le passé bénéficié d'un régime de protection renforcée, leur garantissant un droit quasi absolu de demeurer sur le territoire (Beldjoudi, 26 mars 1992), et apprécie la « nécessité » de l'ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale selon des critères communs (Boultif, 2 août 2001) : gravité de l'infraction ; durée du séjour dans le pays d'accueil ; réalité de la vie familiale ; naissance d'enfants ; difficultés pour le conjoint de vivre dans le pays d'origine de son époux ou de son épouse ; intérêt et bien-être des enfants ; liens d'intégration avec le pays d'accueil et nature des liens existants avec le pays d'origine.

## **2. Le pluralisme des idées**

Au titre des libertés de la pensée, la Convention garantit la liberté de pensée, de conscience et de religion, la liberté d'expression et la liberté éducative (de surcroît, la liberté de réunion pacifique, garantie par l'article 11, concourt à la protection des opinions personnelles ; *Ezelin c/ France*, 26 avril 1991, *GACEDH*, n° 62).

### **A) La liberté de pensée, de conscience et de religion**

Selon la jurisprudence européenne (Kokkinakis, 25 mai 1993, *GACEDH*, n° 56), la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9) est « l'une des assises d'une « société démocratique » », car elle suppose le respect par les autorités publiques de la diversité des convictions philosophiques, politiques, morales ou religieuses afin que soit garantie la parfaite indépendance de l'homme social en matière spirituelle. Cette liberté possède deux composantes (Commission, *Rapp. Darby c/ Suède*, 9 mai 1989). D'une part, un droit général, insusceptible de limitations, reconnu à toute personne d'avoir, ou de ne pas avoir, une conviction ou une religion de son choix. Largement entendu, ce droit bénéficie aux croyants comme aux incroyants et ne se limite pas aux religions et croyances « traditionnelles ». D'autre part, un droit spécifique de manifester sa religion – incluant « le droit d'essayer de convaincre son prochain » – et d'en changer, qui peut faire l'objet de restrictions fondées sur l'ordre public (§ 2 de l'art. 9). La liberté de manifester sa religion inclut la participation à la vie de la communauté religieuse et implique que l'État ait un rôle d'organisateur neutre et impartial de l'exercice des diverses religions, cultes et croyances. La sauvegarde du principe de laïcité justifie,

selon la Cour, l'interdiction du port du foulard islamique par les étudiantes (Leyla Sahin, 10 novembre 2005). Par ailleurs, le principe de non-discrimination s'oppose à l'instauration de tout système multijuridique qui reconnaîtrait des droits et libertés aux individus non pas en tant que tels, mais en fonction de leur appartenance à un mouvement religieux (Refah Partisi *et al.*, 13 février 2003, *GACEDH*, n° 57).

Se prévalant du consensus existant entre les États européens, la Cour inclut désormais le droit à l'objection de conscience au service militaire dans le champ de protection de l'article 9 (Bayatyan, 7 juill. 2011).

## **B) La liberté d'expression**

À la fois droit individuel, relevant de la liberté spirituelle de chacun, et droit convivial, permettant de communiquer avec autrui, la liberté d'expression (art. 10) fait figure de droit démocratique par excellence. La Cour européenne y voit « l'un des fondements essentiels d'une société démocratique, l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun » (Handyside, 7 décembre 1976, *GACEDH*, n° 7).

1° *Le champ d'application du droit à la liberté d'expression* a connu une extension sensible, du droit d'exprimer une opinion individuelle au droit d'informer autrui :

- la liberté d'opinion est une composante essentielle de la société démocratique : elle suppose que nul ne puisse être inquiété pour ses opinions, qu'elles soient minoritaires ou provocantes. Cette liberté est garantie à toute personne, y compris aux fonctionnaires : renversant sa jurisprudence antérieure (Glaserapp, 28 août 1986), la Cour juge désormais qu'une mesure de révocation fondée sur un manquement à l'obligation de loyauté réclamée pour accéder à la fonction publique allemande viole la liberté d'expression (Vogt, 26 septembre 1995, *GACEDH*, n° 61) ;
- la liberté d'information sur le plan européen dépasse les bornes du domaine habituel de la liberté d'expression (discours politique, religieux, philosophique) : elle ne se définit pas par le contenu de l'information, mais par le mode de formulation de celle-ci. Selon les organes de la CEDH, l'« information » couvre non seulement les faits bruts, mais aussi les informations « produites » (par ex., les programmes de radiotélévision), le « discours commercial » destiné à promouvoir un produit ou un service (Barthold, 25 mars 1985), ou encore l'œuvre d'art (Müller, 24 mai 1988, *GACEDH*, n° 60). La liberté d'information est en jeu dès lors que l'information emprunte un support destiné à la rendre publique. Ainsi comprise, la liberté d'information recouvre deux éléments constitutifs : la liberté de recevoir des informations et des idées (Autronic AG, 22 mai 1990) et la liberté de les communiquer (Groppera Radio AG, 28 mars 1990). Cela suppose que soient assurés la libre circulation des supports de l'information (paroles, écrits, sons, images) « sans considération de frontières » et le libre accès à tous les moyens techniques de communication : la jurisprudence européenne vise à la fois les moyens existants (presse, radio, télévision) et les « autres formes d'expression » (les nouveaux médias électroniques semblent ainsi concernés). Il faut relever que la liberté d'information, telle qu'elle a été définie par la jurisprudence européenne, n'inclut pas la liberté de rechercher des informations et, particulièrement, d'accéder à des données à caractère personnel (Leander, 26 mars 1987 ; mais ce droit est indirectement protégé par l'art. 8, Gaskin, 7 juillet 1989) ;

- en outre, le droit à la liberté d'expression dispose d'une efficacité « horizontale » : la liberté d'information trouve ainsi à s'appliquer aux relations de droit privé entre employeur et employé (Fuentes Bobo, 29 février 2000 : licenciement d'un journaliste).

2° *Les limitations à la liberté d'expression* sont de deux ordres. D'une part, la liberté d'expression, en raison de sa portée politique et sociale considérable, s'accompagne de devoirs et de responsabilités propres et est soumise à la clause générale d'ordre public (art. 10, § 2). La liberté d'expression peut ainsi faire l'objet de restrictions destinées à assurer soit la protection de l'intérêt général, soit l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire, soit « la protection de la réputation ou des droits d'autrui ». Cette dernière restriction à la liberté d'expression (pour une application contestable en matière commerciale, voir Markt Intern Verlag..., 20 novembre 1989) soulève le problème de la conciliation de la liberté d'information la plus large possible et de la sauvegarde du droit au respect de la vie privée contre les excès de la première, qu'il s'agisse de la divulgation non autorisée à des tiers d'informations confidentielles ou de la diffamation, réserve faite que cette protection est moindre pour quiconque met sa vie privée en contact avec la vie publique (ainsi, un homme politique : Lings, 8 juillet 1986). D'une manière générale, soulignant que la presse joue un rôle éminent dans un État de droit, la Cour, qui accorde une protection quasi absolue aux sources journalistiques (Goodwin, 27 mars 1996), exerce le contrôle le plus strict sur les atteintes à la liberté de la presse. Après avoir longtemps fait prévaloir « la contribution au débat d'intérêt général » apportée par la presse sur les autres intérêts en présence (ainsi, les « droits d'autrui » à être protégé contre la discrimination raciale, Jersild, 23 septembre 1994), le juge européen procède à un rééquilibrage en faveur d'une protection renforcée du droit à la réputation, du droit à la présomption d'innocence, du droit à l'image (Hachette Filipacchi, 14 juin 2007) contre les excès de la liberté de la presse, appréciée désormais à l'aune du respect de la déontologie journalistique (Stoll, 10 décembre 2007, *GACEDH* n° 59).

En revanche, dès lors que la liberté de la presse n'est pas en cause, les restrictions à la liberté d'expression sont appréciées avec plus de souplesse : ainsi la liberté d'expression artistique s'incline-t-elle devant la nécessité de protéger les sentiments religieux (Otto-Preminger-Institut, 20 septembre 1994 ; Wingrove, 25 novembre 1996).

– D'autre part, la liberté d'information connaît un aménagement substantiel qui réside dans la clause d'autorisation prévue par l'article 10, § 1 de la Convention : les États conservent le droit de « soumettre les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision à un régime d'autorisation ». L'accès aux moyens de radiotélévision, le contenu des informations (par ex., en matière d'annonces publicitaires) peuvent donc, dans le respect du pluralisme, être réglementés, mais l'État ne peut restreindre la liberté de réception, individuelle ou collective, des informations diffusées dans le cadre de ce régime (Autronic, préc.). De plus, la conformité à la Convention d'un régime d'autorisation en matière de radiotélévision est subordonnée au respect des exigences du § 2 de l'article 10 (Informationsverein Lentia, 24 novembre 1993). Enfin, seule une « nécessité impérieuse » peut justifier un monopole public en matière de radiotélévision (*Ibid*).

## **C) La liberté éducative**

Le droit des parents d'assurer l'éducation de leurs enfants « conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques » vise à protéger les enfants contre l'embrigadement que les régimes totalitaires peuvent organiser par l'éducation, en affirmant la responsabilité prioritaire des parents en

la matière. Ce droit, dont la reconnaissance a opposé adversaires et partisans de l'enseignement libre, ne figure pas dans la Convention au titre de la liberté de pensée, de conscience et de religion, dont il est un élément, mais seulement dans l'article 2 du premier Protocole additionnel à la Convention, sous couvert du droit à l'instruction, et repose sur le principe du pluralisme éducatif.

1° *Le droit à l'instruction* est énoncé de manière négative (« Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction »), et ses modalités d'exercice ne sont pas définies. Il s'analyse seulement comme le droit de toute personne de bénéficier, sans discrimination, des moyens d'instruction existants à un moment donné, mais l'État n'est pas tenu de créer un système d'enseignement général et officiel ou d'organiser un enseignement d'une forme déterminée (voir arrêt du 23 juillet 1968, Affaire linguistique belge, *GACEDH*, n° 9).

2° *Le principe du pluralisme éducatif* a été affirmé par la Cour européenne, à propos d'une affaire relative à l'introduction de l'éducation sexuelle obligatoire dans le programme des écoles primaires publiques danoises (Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen, 7 décembre 1976, *GACEDH*, n° 58). Selon la Cour, le Protocole 1 vise, dans son article 2, à « sauvegarder la possibilité d'un pluralisme éducatif, essentiel à la préservation de la «société démocratique» telle que la conçoit la Convention ». Le pluralisme éducatif rejoint la liberté de manifester ses convictions par l'enseignement et suppose que les parents aient la liberté de choisir de placer leurs enfants dans des écoles privées plutôt que publiques. Il implique surtout que l'enseignement public respecte cette exigence de pluralisme dans l'ensemble des fonctions d'enseignement et d'éducation. Cependant, la liberté éducative des parents est comprise ici de manière négative : le service public éducatif ne doit pas poursuivre un but d'endoctrinement qui porterait atteinte aux convictions religieuses et philosophiques des parents, mais diffuser « de manière objective, critique et pluraliste » les informations ou connaissances figurant au programme. Ainsi, quand il figure au programme des études, un enseignement religieux doit garantir l'impératif de neutralité religieuse et d'impartialité de l'État et ne pas marquer la prépondérance d'une religion donnée (Folgero *et al.*, 29 juin 2007). La Cour juge que la présence du crucifix dans les salles de classe des écoles publiques est un symbole religieux « essentiellement passif » qui se concilie avec le devoir de neutralité de l'État, du fait, notamment, de l'absence de consensus européen en la matière (Lautsi, 18 mars 2011).

### **3. Le pluralisme institutionnel**

Les libertés de l'action sociale et politique permettent à l'individu de participer, au niveau du groupe, à la vie de la cité. Libertés individuelles dont le mode d'exercice est collectif, la liberté de réunion et d'association (art. 11) et le droit à des élections libres (art. 3 du Prot. 1) ont été modelés de manière largement discrétionnaire par la Cour, qui paraît attacher plus d'importance au pluralisme politique qu'au pluralisme syndical.

#### **A) Le pluralisme politique**

1° *La liberté de réunion et d'association*, « élément essentiel de la vie politique et sociale » d'un pays (Comm., Aff. grecque, 1968), vaut, au premier chef, pour les partis politiques, dont la Cour européenne précise qu'ils apportent une contribution « irremplaçable au débat politique » et « essentielle » au bon fonctionnement de la démocratie (Parti communiste unifié de Turquie, 30 janvier 1998, *GACEDH*, n° 6), et, à ce titre, bénéficie d'une protection particulière. La liberté d'association

des partis politiques doit alors s'entendre non seulement comme le droit de fonder un parti politique, mais aussi comme le droit pour ce dernier de « mener librement ses activités politiques », et elle ne peut faire l'objet de restrictions que si celles-ci sont justifiées par des « raisons convaincantes et impératives » ; obéit à de telles raisons, selon la Cour, la dissolution d'un parti politique visant à réaliser un projet politique – l'instauration de la charia – incompatible avec les valeurs démocratiques de la Convention (Refah Partisi, 13 février 2003).

Par ailleurs, la réalisation effective du droit à la liberté de réunion pacifique, qui permet la manifestation collective de l'activité politique, implique que l'État prenne des mesures positives pour protéger une manifestation licite contre les ingérences des particuliers parce que « dans une démocratie le droit de contre-manifester ne saurait aller jusqu'à paralyser l'exercice effectif du droit de manifester » (Plattform « Ärzte für das Leben », 21 juin 1988).

2° *Le droit à des élections libres.* Les droits du citoyen fondent la légitimité et la légalité du pouvoir politique. Assez curieusement, la « clause politique » de la CEDH énonce, dans une formulation restrictive, la seule obligation pour les États d'organiser des élections législatives libres, sans faire mention, à la différence des textes internationaux similaires, du droit de prendre part à la direction des affaires publiques et du droit de vote.

La Cour, dans son arrêt de principe Mathieu-Mohin et Clerfayt du 2 mars 1987, a considérablement élargi la portée de cette disposition en rappelant l'« importance capitale » du droit à des élections libres, qui est un « principe caractéristique » d'un régime véritablement démocratique, essentiel aussi bien pour la constitution des États que pour la garantie des droits et libertés individuels. La Cour redéfinit le droit et, lui donnant une double acception, le dote d'un régime juridique cohérent.

– *Un droit « institutionnel » à l'organisation d'élections libres.* Pèse sur l'État une obligation première d'adopter des mesures positives pour organiser des élections démocratiques. Cette garantie institutionnelle ne vaut que pour l'élection du « corps législatif » et ne comporte aucun droit général de consultation populaire. Le respect de cette garantie suppose donc, en premier lieu, l'organisation d'élections et l'existence d'un corps législatif : dans l'affaire grecque, la suppression durable des élections législatives et l'absence de Parlement violaient cette condition (Rapp. Commiss., 5 novembre 1969, *Ann.*, 12, p. 180) ; par une audacieuse interprétation évolutive, la Cour élargit sensiblement le champ de l'article 3 du Protocole 1 et, considérant comme « corps législatif » le Parlement européen, juge cette disposition applicable aux élections européennes (Matthews, 18 février 1999).

S'agissant des modalités des élections législatives, la Cour, compte tenu de la diversité des systèmes politiques nationaux, estime avec réalisme que la Convention n'impose pas aux États le choix d'un système électoral déterminé et ne garantit pas une juste représentation. Mais encore faut-il que le système électoral national respecte les conditions de procédure fixées par l'article 3 (élections « libres », « au scrutin secret » et à « des intervalles raisonnables ») et assure « la libre expression de l'opinion du peuple » (c'est la finalité de l'art. 3) : cela implique la liberté de candidature, et donc la liberté des partis politiques, et la liberté de choix électoral entre au moins deux candidatures.

– *Des droits civiques.* La Cour juge que le droit à l'organisation d'élections libres implique la reconnaissance du suffrage universel et, par voie de conséquence, reconnaît aux individus des droits subjectifs de participation (alors même que l'art. 3 paraît s'adresser seulement aux États) : le droit de vote et le droit d'être candidat. Ces droits peuvent faire l'objet de « limitations implicites » quant à

leurs modalités d'exercice, l'État disposant d'une grande latitude pour les réglementer et les assortir des conditions habituelles (nationalité, âge, résidence, etc.), sous réserve de ne pas les priver de leur effectivité et de garantir l'égalité de traitement de tous les citoyens dans l'exercice de leurs droits civiques. Distinguant selon l'aspect « actif » (droit de vote) ou « passif » (droit d'être candidat) des droits individuels garantis, la Cour considère que le droit d'être candidat peut être encadré par des « exigences plus strictes » que le droit de vote (Znadoka, 16 mars 2006, *GACEDH* n° 65).

## **B) Le pluralisme syndical**

La liberté d'association est liée, dans une conception moderne, à la liberté syndicale : toute personne a le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer pour la protection de ses intérêts. Droit ambivalent, la liberté syndicale réalise l'interpénétration des droits dits civils et politiques et des droits dits économiques et sociaux, en permettant à la démocratie de s'exercer dans les relations de travail. La Cour consacre le droit syndical comme étant à la fois le droit de fonder un syndicat et d'adhérer à un syndicat de son choix. Est ici réaffirmée l'exigence de pluralisme : « La démocratie ne se ramène pas à la suprématie constante de l'opinion d'une majorité ; elle commande un équilibre qui assure aux minorités un juste traitement et qui évite tout abus d'une position dominante » (Young, James et Webster, 13 août 1981 : pratique britannique du monopole syndical d'embauche). L'exercice du droit syndical doit préserver une véritable liberté de choisir son syndicat afin de respecter la liberté de pensée et de conscience, mais la Cour n'a reconnu la liberté « négative » de ne pas adhérer à un syndicat ou de s'en retirer que très tardivement (Sigurður Sirgurjónsson, 30 juin 1993), faisant cependant peser sur l'État l'obligation d'adopter des mesures appropriées afin d'assurer le respect effectif de cette liberté (Gustafsson, 25 avril 1996).

Toutefois, le droit syndical n'est compris que comme un droit dérivé de la liberté d'association, comme un droit mineur dont les modalités d'exercice ne sont pas fixées : l'article 11 « ne garantit pas aux syndicats, ni à leurs membres, un traitement précis de la part de l'État » (Syndicat national de la police belge, 27 octobre 1975). La spécificité du droit syndical n'est pas reconnue : il n'y a pas, selon la Cour, d'« éléments nécessairement inhérents au droit syndical ». Ainsi, au départ, la Cour exclut l'existence, dans l'article 11, d'un droit à la consultation syndicale (arrêt précité), d'un droit à la négociation et à la conclusion des conventions collectives de travail ou encore d'un droit de grève (Schmidt et Dahlström, 6 février 1976), qui, à ses yeux, ne sont pas indispensables à l'exercice effectif du droit syndical. Plus particulièrement, le droit de grève doit donc s'exercer dans le cadre de la réglementation de l'État qui peut en limiter l'exercice. En bref, l'exercice concret du droit syndical est laissé à la libre détermination de l'État, sous réserve que les modalités nationales d'exercice du droit syndical respectent l'obligation générale de non-discrimination et qu'une certaine activité minimale soit garantie à la liberté syndicale, afin qu'elle soit utile concrètement : le syndicat a « le droit d'être entendu » afin de faire connaître ses revendications et de défendre les intérêts de ses membres (Syndicat suédois des conducteurs de locomotives, 6 février 1976).

La juridiction européenne se montre aujourd'hui plus hardie et réalise un élargissement du contenu de la liberté syndicale, procédant à une véritable réécriture de l'article 11. D'une part, la Cour admet que le droit de négociation collective est inhérent à la liberté syndicale et constitue pour un syndicat « un moyen essentiel de promouvoir et assurer les intérêts de ses membres » (Demir et Baykara, 12 novembre 2008). D'autre part, elle inclut le droit de faire grève dans la liberté syndicale et affirme désormais que le droit de grève « représente sans nul doute l'un des plus importants des droits syndicaux » (Satilmis *et al.*, 17 juillet 2007).



# Conclusion

La CEDH est aujourd'hui une charte vivante des droits et libertés. Elle le doit à l'action intergouvernementale (protocoles additionnels, convention contre la torture) et, surtout, à l'œuvre prétorienne. La jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est une jurisprudence constructive qui a vivifié la Convention et donné consistance à l'« idée de droit » dont la Convention est porteuse. C'est aussi une jurisprudence équilibrée, qui fournit un exemple unique de conciliation réaliste, sur la base du principe de la prééminence du droit, entre deux impératifs contradictoires : la garantie des droits individuels et la défense de la société démocratique. Par le biais de la jurisprudence européenne et de son application par les juridictions nationales, la Convention irrigue aujourd'hui largement l'ordre juridique interne des États européens contractants et constitue le socle d'un véritable droit commun européen des Droits de l'homme.

Néanmoins, comme on l'a justement souligné, la « sauvegarde » et le « développement » des Droits de l'homme se confortent et s'enrichissent mutuellement : la simple « gestion du patrimoine » n'est pas suffisante et « ne peut être qu'une source d'appauvrissement au détriment de la sauvegarde des Droits de l'homme » (P.-H. Imbert, in *Mélanges Wiarda*, Carl Heymanns, 1988, p. 259-271). En appelant au « développement des Droits de l'homme », le préambule de la Convention milite en faveur du progrès des Droits de l'homme et d'un élargissement de la garantie des droits. Outre qu'il conviendrait de corriger certaines anomalies dans l'énoncé des droits (ainsi l'art. 16 qui permet aux États d'imposer discrétionnairement des restrictions à l'activité politique des étrangers), la Convention pourrait s'ouvrir à de nouveaux droits, tels les droits des étrangers (notamment, le droit à la réunion des familles des travailleurs étrangers et le droit d'asile), le droit d'accès aux fonctions publiques dans son pays, le droit des personnes appartenant à des minorités ou encore certains droits sociaux.

Sur ces deux dernières questions, il convient de noter que la jurisprudence européenne a fait récemment des avancées significatives. En premier lieu, dans une affaire relative au refus d'accorder à une Tsigane un permis d'aménagement foncier lui permettant de vivre en caravane sur le terrain qu'elle possède, la Cour, revenant sur sa position antérieure (Buckley, 25 septembre 1996), reconnaît que le mode de vie traditionnel des membres d'une minorité relève de la protection de la Convention en son article 8 (Chapman, 18 janvier 2001, *GACEDH*, n° 48). Ensuite, une évolution de la jurisprudence européenne est perceptible en matière de droits sociaux. D'une part, dans ses décisions *Marzari* (4 mai 1999) et *La Parola* (30 novembre 2000), le juge européen admet que le droit au respect de la vie privée et familiale implique l'obligation positive pour les États de prendre les mesures nécessaires pour assurer l'autonomie des personnes handicapées ou pour garantir le droit effectif à l'assistance sociale et médicale. Dans cette perspective, bon nombre de droits sociaux paraissent susceptibles de rentrer dans le champ de la protection de la Convention. D'autre part, en jugeant qu'une large interdiction d'emploi dans le secteur privé porte atteinte à la « vie privée », la Cour européenne fait implicitement entrer le droit de gagner sa vie par le travail dans la sphère des droits protégés (*Sidabras et Dziautias*, 27 juillet 2004).

Les droits sociaux participent, comme les droits civils et politiques, de la dignité humaine et ne doivent pas faire l'objet d'un traitement différencié. Il n'est guère supportable, à l'aube du xxi<sup>e</sup> siècle,

que le droit de vivre dans des conditions conformes à la dignité humaine ne soit pas garanti par le droit de la Convention européenne des droits de l'homme.

Souhaitons alors que la recommandation 1415 (1999), du 23 juin 1999, de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe en faveur de l'adoption d'un protocole additionnel à la CEDH relatif aux droits sociaux fondamentaux, garantissant la protection des besoins élémentaires (droit à l'hébergement, droit au bénéfice de l'assistance sociale et médicale de base, droit à un revenu minimal) et la protection dans le milieu du travail, connaisse un jour un sort favorable et que le principe de solidarité l'emporte sur celui de souveraineté...