POUVOIRS

REVUE FRANÇAISE D'ÉTUDES CONSTITUTIONNELLES ET POLITIQUES

LES COURS EUROPÉENNES

LUXEMBOURG ET STRASBOURG

N° 96

SOMMAIRE

OLIVIER DORD 5
Systèmes juridiques nationaux et cours européennes :
de l'affrontement à la complémentarité ?

RENAUD DEHOUSSE 19
Naissance d'un constitutionnalisme transnational

DENYS SIMON 31
Des influences réciproques entre CJCE et CEDH :
« je t'aime, moi non plus » ?

PHILIPPE MANIN 51
Les effets des juridictions européennes
sur les juridictions françaises

HUBERT LEGAL 65
Composition et fonctionnement des Cours européennes

MARIE-LAURE LAYUS ET FLORENCE SIMONETTI 85
Procédure juridictionnelle :
points communs et différences

DENYS DE BÉCHILLON 107
Conflits de sentences entre les juges de la loi

JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE 123
Droit au juge, accès à la justice européenne

RONNY ABRAHAM 143
La France devant les juridictions européennes

JEAN-PIERRE PUISSOCHET ET JEAN-PAUL COSTA 161
Entretien croisé des juges français

CHRONIQUES

CHRONIQUE DE L'ÉTRANGER : LETTRE DE RUSSIE
MARIE MENDRAS 179
Le recul du citoyen

REPÈRES ÉTRANGERS
(1er juillet-30 septembre 2000) 189
PIERRE ASTIÉ, DOMINIQUE BREILLAT
ET CÉLINE HISCOCK-LAGEOT

CHRONIQUE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE
(1er juillet-30 septembre 2000)
PIERRE AVRIL ET JEAN GICQUEL 193

Summaries 219

REVUE TRIMESTRIELLE PUBLIÉE
AVEC LE CONCOURS DU CENTRE NATIONAL DU LIVRE

RONNY ABRAHAM, conseiller d'État, directeur des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

DENYS DE BÉCHILLON, professeur de droit public à l'université de Pau. Il a notamment publié *Hiérarchie des normes et Hiérarchie des fonctions normatives de l'État* (Économica, 1996), et *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?* (Odile Jacob, 1997).

JEAN-PAUL COSTA, conseiller d'État, juge – élu au titre de la France – à la Cour européenne des droits de l'homme.

RENAUD DEHOUSSE, professeur à l'Institut d'études politiques de Paris dont il dirige le Centre européen. Il est l'auteur de nombreuses publications sur les problèmes européens, dont notamment *La Cour de justice des Communautés européennes* (1997), et *An Ever Larger Union ? The Eastern Enlargement in Perspective* (1998).

OLIVIER DORD, professeur de droit public à l'université de Picardie-Jules Verne et à l'Institut d'études politiques de Paris ; auteur d'une thèse sur *Les Cours constitutionnelles nationales et les Normes européennes* (Paris X-Nanterre, 1996) ; a publié récemment « Vers un nouveau type de dédoublement fonctionnel : le préfet organe communautaire ? », CURAPP, *La Loi de pluviôse an VIII : survivance ou pérennité ?*, PUF, 2000.

JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE, professeur successivement aux universités de Poitiers, Abidjan, Lille et Paris, ainsi qu'à l'Institut d'études politiques de Paris, et professeur associé aux universités de Londres (UCL), Louvain et Oxford. Actuellement professeur à l'université Paris-II, elle dirige le Centre de droit européen.

MARIE-LAURE LAYUS, juriste à l'Unité de l'information du greffe de la Cour européenne des droits de l'homme.

HUBERT LEGAL, maître des requêtes au Conseil d'État. Il a été conseiller juridique de la représentation permanente de la France auprès des Nations unies et est actuellement référendaire à la Cour de justice des Communautés européennes, au cabinet du juge français Jean-Pierre Puissochet.

PHILIPPE MANIN, professeur à l'université Paris-I Panthéon-Sorbonne où il occupe la chaire Jean-Monnet. Directeur du Centre d'études et de recherches européennes. Il est l'auteur de : *Les Communautés européennes. L'Union européenne*, Pedone, 1999.

JEAN-PIERRE PUISSOCHET, conseiller d'État et juge à la Cour de justice des Communautés européennes. Il a notamment exercé les fonctions de directeur général du service juridique du Conseil des Communautés européennes et de directeur des affaires juridiques au ministère des Affaires étrangères.

DENYS SIMON, professeur à l'université Robert-Schuman de Strasbourg et au Collège d'Europe de Bruges et directeur du Centre d'études internationales et européennes de Strasbourg. Il est l'auteur de plusieurs ouvrages et de nombreux articles dans le champ du droit international, du droit communautaire et des droits de l'homme.

FLORENCE SIMONETTI, adjointe du Conseiller juridique du SGCI (secrétariat général du Comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne).

Olivier Dord

Systèmes juridiques nationaux et cours européennes : de l'affrontement à la complémentarité ?

Depuis un demi-siècle, les États européens se sont engagés, selon des rythmes différents, dans un processus inédit d'intégration régionale. Les traités désignent cette dynamique par son seul objectif : « une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe ». Cette construction commune a le droit comme principal fondement. Elle trouve son expression à travers deux ordres juridiques autonomes. D'abord le système de la Convention européenne des droits de l'homme, négocié au sein du Conseil de l'Europe, dont la finalité est le respect de la liberté et la prééminence du droit, grâce à la garantie collective de certains droits énoncés dans la Déclaration universelle de 1948. Ensuite l'Union européenne qui, forte du succès de son édification économique et monétaire, cherche désormais les voies d'une construction politique. Elle fonctionne selon les principes d'une Communauté de droit.

L'Europe de René Cassin et celle de Jean Monnet procèdent toutes deux du droit de l'intégration [1]. Celui-ci rompt avec l'inspiration classique du droit international fondé sur la coopération entre États souverains. Deux critères soulignent sa spécificité. D'abord, il confère aux individus des droits invocables immédiatement devant les juridictions nationales, contre les personnes publiques ou privées. Ensuite, la sanction de la violation de ces droits par le juge interne est complétée par un

1. Pierre Pescatore, *Le Droit de l'intégration*, Genève, A. W. Sijthoff-Leiden, IUHEI, 1972, p. 7.

mécanisme de garantie supranationale au sein duquel un juge international occupe une place d'autant plus centrale qu'il peut être saisi directement par les justiciables. Les Communautés et la Convention européenne des droits de l'homme répondent à ce schéma. Toutes deux attribuent un rôle déterminant aux juridictions créées par leurs traités fondateurs. La Cour de justice de Luxembourg et la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg sont à l'origine d'une remarquable dynamique jurisprudentielle.

La coexistence entre ordres juridiques étatiques et Cours européennes ne peut toutefois durer sans heurts. Ces systèmes en effet ne relèvent pas complètement d'une logique fédérale de superposition. Ils n'en sont pas moins insérés dans un réseau contraignant de relations parfois contradictoires : primauté du droit communautaire, supériorité
6 du droit constitutionnel, portée des arrêts des Cours de Luxembourg, de Strasbourg et des cours souveraines des États, interprétation des traités par le juge interne et/ou par le juge européen… Comment alors concilier des systèmes nationaux qui sont l'expression de la souveraineté des États et les héritiers de traditions souvent séculaires avec des juridictions récentes, mues par un idéal de justice supranationale[2] ? Aujourd'hui, il est de bon ton de résumer ces relations complexes en des termes simplificateurs et finalement rassurants : « la guerre des juges n'a pas eu lieu » et « le nécessaire dialogue des juridictions » tendent à devenir des lieux communs de la littérature juridique.

Le cinquantième anniversaire de la signature de la Convention de Rome (4 novembre 1950) et du traité de Paris (18 avril 1951) offre l'occasion de revenir sur la dialectique de ces « rapports de systèmes » dont parle Kelsen. Contrairement aux idées reçues, l'affrontement entre systèmes nationaux et Cours européennes a bien été réel, mais est resté en définitive mesuré. Aucun des protagonistes ne souhaitait aller jusqu'à la rupture. Au surplus, le rôle joué par les Cours européennes n'est pas toujours bénéfique pour les ordres nationaux : elles peuvent nuire à la sécurité juridique. Leur complémentarité doit donc, en partie, être relativisée.

2. Pour une étude détaillée, on se permettra de renvoyer à notre thèse, Olivier Dord, *Cours constitutionnelles nationales et Normes européennes*, Paris-X, 1996, multigraphiée.

Un Affrontement en Définitive Mesuré

La montée en puissance des Cours de Luxembourg et de Strasbourg contraint les États à adapter leur droit à la dynamique de la construction européenne. Le caractère exigeant de cette obligation conduit parfois à un affrontement entre juges européens et juges internes. Ces conflits restent néanmoins circonscrits grâce au partage d'une communauté de valeurs.

L'affirmation prétorienne des Cours européennes

Elle repose sur l'obligation d'assurer l'autonomie des systèmes supranationaux. Les États l'ont en définitive bien accueillie.

La Cour de justice de Luxembourg a développé, par nécessité, une 7
jurisprudence souvent constructive. Les traités originaires sont en effet peu diserts sur des points capitaux (rapport droit communautaire/systèmes étatiques ; droits de l'homme). Et l'inertie du processus décisionnel a prohibé, jusqu'à l'Acte unique, toute avancée législative majeure. La Cour a donc assumé, seule, le rôle de moteur de la construction européenne. Se fondant sur sa nature *sui generis*, elle a consacré l'applicabilité directe puis la primauté du droit communautaire sur l'ensemble des règles nationales[3]. Grâce au renvoi préjudiciel, elle est au centre de la coopération judiciaire avec les juridictions nationales et veille ainsi à l'application uniforme du droit communautaire. Elle préserve également son effet utile en contraignant le juge national à laisser inappliquée, de son propre chef, toute disposition interne qui lui serait contraire[4]. Elle impose enfin aux institutions communautaires comme aux États membres le « contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnelle de base qu'est le traité[5] ». Cette logique d'une communauté de droit implique que les États répondent des manquements à leurs obligations devant la Cour et puissent voir leur responsabilité engagée devant le juge interne pour non-transposition d'une directive[6].

---

3. CJCE, 5 février 1963, « Van Gend en Loos c. Administration fiscale », aff. 26/62, *Rec.*, p. 1, et 15 juillet 1964, « Flaminio Costa c. ENEL », aff. 6/64, *Rec.*, p. 1141.

4. CJCE, 9 mars 1978, « Administration des finances c. Simmenthal », aff. 106/77, *Rec.*, p. 629.

5. CJCE, 23 avril 1986, « Parti écologiste Les Verts c. Parlement européen », aff. 294/83, *Rec.*, p. 133, point n° 23.

6. CJCE, 19 novembre 1991, « Francovich et Bonifaci », aff. 6/90, *Rec.*, I, p. 5403.

Les organes de la Convention européenne ont également préservé l'originalité de cette garantie internationale des droits de l'homme. La Commission s'est ainsi fondée sur la notion d'« ordre public communautaire » pour rejeter le caractère synallagmatique des obligations souscrites par les États parties[7]. La Cour a poursuivi sur cette voie en affirmant l'existence d'obligations positives à la charge des États. La Convention constitue même, selon elle, un « instrument constitutionnel de l'ordre public européen[8] ». La Cour a en outre forgé les outils jurisprudentiels pour réguler un système qui fixe le standard européen minimum pour la protection des droits fondamentaux. Elle a affirmé la nécessité d'actualiser les droits consacrés, « à la lumière des conditions d'aujourd'hui » : elle s'assure ainsi, à l'égard des juridictions internes, le monopole de l'interprétation authentique. La Cour a aussi défini les
8 modalités du suivi de l'application de ses propres décisions. Un État n'est pas à l'abri d'un second constat de violation, si ses organes n'ont pas tenu compte de la sanction prononcée à son endroit dans une précédente affaire[9]. La Cour peut même condamner un État pour n'avoir pas tiré les conséquences de l'arrêt rendu à l'encontre d'un tiers !

Ces prétentions incroyables ont été paradoxalement plutôt bien accueillies par les États[10]. Le projet d'intégration porté par les Communautés a même stimulé l'adaptation des systèmes nationaux. Pour les États dualistes, la reconnaissance de la nature spécifique du droit issu des traités conditionne sa primauté et son applicabilité directe en droit interne. Elle seule peut légitimer une dérogation aux effets du dualisme imposé par la Constitution (obligation de transformation et rang législatif des traités). En Italie, la Cour constitutionnelle a opéré cette délicate conciliation au prix d'ajustements successifs et laborieux. L'entrée de l'Autriche dans l'Union en 1995 a été en revanche facilitée par une révision large et préventive de la loi constitutionnelle fédérale du 1er octobre 1920. Le droit communautaire fait partie du droit applicable sans toutefois être inséré dans la hiérarchie des normes. Il en

7. Comm. EDH, 11 janvier 1961, « Autriche c. Italie », *DR* 6, p. 742.

8. Cour EDH, 18 janvier 1978, « Irlande c. Royaume-Uni », série A, n° 25, point n° 239 ; 23 mars 1995, « Loizidou c. Turquie » (exceptions préliminaires), série A, n° 310, point n° 75.

9. Par exemple, sur la question du statut testimonial des enfants nés hors mariage en Belgique, voir cour EDH 13 juin 1979, « Marckx c. Belgique », série A, n° 31, et 29 novembre 1991, « Astrid Vermeire c. Belgique », série A, n° 214-C.

10. Voir le témoignage du juge Pierre Pescatore, « Entretien avec Hugues Calvet », *Commentaire*, n° 59, vol. XV, 1992, p. 570.

résulte, comme en Italie, la coexistence de deux systèmes juridiques à la fois autonomes et coordonnés par la primauté du droit communautaire. Les États monistes, pour leur part, ont pu plus aisément appliquer le droit communautaire sans s'interroger sur sa nature. L'article 96 de la Constitution espagnole, par exemple, assure l'applicabilité directe des traités internationaux et donc du droit communautaire primaire et dérivé. Il en va de même en France depuis que l'ensemble des juridictions ordinaires acceptent, au titre de l'article 55 de la Constitution, de faire primer les traités et le droit qui en découle sur la loi.

La diligence des États s'exerce aussi à l'égard de la Convention européenne et de ses protocoles. Elle passe d'abord par l'introduction volontaire de la Convention en droit interne. Son influence réelle est toutefois liée à la place qu'elle occupe dans la hiérarchie des normes. Dans les États dualistes (Allemagne, Italie), le rang législatif qui lui revient nuit à son rayonnement. L'Autriche se singularise en ayant introduit la Convention au niveau constitutionnel. Sous l'influence de la jurisprudence de Strasbourg, le juge constitutionnel autrichien a profondément modifié sa vision de la protection des droits fondamentaux dans le sens de leur actualisation et de leur effectivité à l'encontre du législateur. Dans les États monistes, les traités bénéficient d'une autorité supralégislative. En France, le Conseil d'État recourt ainsi à l'article 8 de la CEDH pour contrôler le respect du droit à la vie privée et familiale des étrangers frappés de sortie forcée du territoire[11]. Les États se conforment aussi, le plus souvent, aux arrêts rendus par la Cour européenne dans les litiges auxquels ils sont parties. Certains modifient même leur droit pour prévenir toute sanction ultérieure. En 1992, le revirement opéré par la Cour de cassation française en matière de changement d'état civil des personnes transsexuelles a été spectaculaire[12]. En juillet 1996, le Luxembourg profite d'une révision programmée de sa Constitution pour mettre un terme à l'affaire « Procola »[13]. Un tribunal et une Cour administrative sont spécialement créés. L'essentiel du contentieux dévolu jusque-là au Conseil d'État leur est transféré. Ce dernier n'exerce plus, à titre principal, que des fonctions consultatives.

11. CE, Ass., 19 avril 1991, « Mme Babas » ; « M. Belgacem » (2 espèces), *Rec.*, p. 152.
12. Cour EDH, 26 mars 1992, « B. c. France », série A, n° 232-C et Cass., plén., 11 décembre 1992, « Marc X et René X », *JCP*, 1993, II, 21991.
13. Cour EDH, 28 septembre 1995, « Procola c. Luxembourg », série A, n° 326.

La résistance mesurée des systèmes nationaux

Les juridictions nationales sont à l'origine des principales oppositions formulées à l'encontre de l'intégration européenne. Cette résistance est centrée sur la défense de la Constitution nationale. Elle n'exclut pourtant pas le compromis.

Certains aspects prétoriens de la jurisprudence communautaire font encore aujourd'hui, l'objet de contestations. Les cours supérieures des États voient dans les postulats de la Cour de justice une menace pour l'autonomie de leur ordre juridique. La lecture de l'article 249 TCE (ex-art. 189) et la primauté du droit communautaire cristallisent ces oppositions. L'interprétation systématique de l'ancien article 189 a suscité de vives réactions : la Cour de justice a en effet étendu aux directives le bénéfice de l'applicabilité directe réservée par le traité aux règlements.
10 Des cours souveraines, emmenées par Conseil d'État français, ont alors refusé d'écarter la distinction posée par le traité[14]. Cette résistance s'est estompée avec le temps. Chaque partie a fait un effort pour rejoindre l'autre sans se renier. Mais elle n'a pas disparu comme en témoigne le maintien de la jurisprudence « Cohn-Bendit »[15]. La primauté absolue du droit communautaire constitue la seconde source d'opposition. Cette thèse est irrecevable dans un système national pourvu d'une justice constitutionnelle. L'exemple de la Belgique le montre. En 1971, la Cour de cassation consacre la primauté du droit international, et donc du droit communautaire, sur tout acte interne, en raison de sa nature spécifique[16]. Cet arrêt est rendu dans un contexte de légicentrisme. À l'époque, la Constitution belge ignore le contrôle de constitutionnalité. L'affirmation progressive de la Cour d'arbitrage, en tant que cour constitutionnelle d'un État fédéral, modifie la conception des rapports entre droit interne et droit international. En 1991, cette cour se déclare compétente pour vérifier la constitutionnalité d'un traité via la loi autorisant sa ratification[17]. Cette jurisprudence implique la primauté de la Constitution sur le droit international et donc le droit européen.

Le second type de résistance nationale prend la forme des « réserves de constitutionnalité ». Il s'agit de principes de rang constitutionnel

---

14. Il s'agit de la Cour de cassation et du Conseil d'État italiens ainsi que de la Cour fédérale allemande des finances.

15. Bernard Stirn, « Juridictions administratives et Cours européennes », *RA*, n° 301, 1999, p. 214.

16. Cass., Belgique, 27 mai 1971, « Fromagerie franco-belge Le Ski », Pas. 1971, I, p. 886.

17. CA, Belgique, 16 octobre 1991, n° 26/91, « Commune de Lanaken c. Communauté flamande », *JT*, 1992, p. 670.

dégagés par les cours supérieures des États, à partir des dispositions essentielles de la Constitution nationale : par exemple, le respect des droits fondamentaux en Allemagne ou « les conditions essentielles d'exercice de la souveraineté » en France. Ces réserves expriment le caractère irréductible de tout système étatique. Elles constituent les limites que ne peuvent franchir les traités insérés en droit interne grâce aux habilitations prévues par la Constitution. Leur respect est assuré par les procédures de contrôle de la constitutionnalité des traités[18]. La violation de ces réserves interdit la ratification du traité. Cependant, la résistance des juridictions, développée au moyen de ces réserves, n'est pas insurmontable. La décision politique d'adhérer au traité se traduit sur le plan juridique par l'exercice du pouvoir constituant. Le traité de Maastricht a ainsi été ratifié en France, en Allemagne, en Espagne et au Portugal après révision de la Constitution. De même, la hausse du niveau de protection des droits fondamentaux en droit communautaire a rendu possible la suspension en 1986 des réserves formulées en 1974 par le juge constitutionnel allemand[19]. La retenue manifestée à l'époque par la Commission européenne a facilité la résolution de ce conflit[20].

La modération des conflits entre juges internes et Cours européennes s'explique enfin par l'autonomie que ces dernières assurent aux systèmes nationaux dans l'exécution de leurs obligations. Dans le cadre de l'Union européenne, cette latitude prend deux formes. Pour la mise en œuvre du droit communautaire, la Cour de justice a consacré le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres. Il incombe aux autorités nationales de garantir la primauté du droit communautaire en mettant en conformité leur droit interne. Ce but est atteint dans le respect des règles constitutionnelles de chaque État, sous réserve de l'application uniforme du droit issu des traités. De plus depuis le traité de Maastricht, le principe de subsidiarité permet d'envisager une régulation de l'exercice des compétences partagées, entre institutions communautaires et autorités étatiques. Quant à la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg affirme son

18. Par exemple les articles 54 de la Constitution française et 95, §1 de la Constitution espagnole.

19. CCF, Allemagne, 22 octobre 1986, « Solange » II, *BverfGE*, 73, p. 339.

20. La Commission s'est abstenue notamment de déclencher contre l'Allemagne une procédure de recours en manquement. Elle rappela seulement au gouvernement fédéral ses obligations, voir *Europe*, 21 décembre 1974, n° 1657, p. 9.

« caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits[21] ». Cette subsidiarité implique d'abord que les États ont une compétence de principe pour mettre en œuvre les droits énoncés dans la Convention : l'obligation de saisir la Cour, après épuisement des voies de recours internes, le rappelle. Elle permet ensuite à la Cour de laisser aux États une marge d'appréciation dans l'application de la Convention. Elle refuse ainsi de donner un sens européen à la notion de « protection de la morale » (art. 10, §2 CEDH) permettant, par exemple, aux autorités britanniques de restreindre la liberté d'expression écrite afin de préserver la jeunesse[22]. Le développement de la construction européenne repose donc sur la coopération entre juges européens et autorités nationales.

12 Une Complémentarité Souvent Relative

Les Cours européennes et les systèmes nationaux sont les deux composantes d'un même processus évolutif. C'est pourquoi les premières s'inspirent des seconds pour forger un nouveau *jus commune*. Cette alchimie juridique favorable pour l'intégration européenne provoque cependant l'altération des spécificités étatiques.

Le syncrétisme des Cours européennes

Les juges européens élaborent un véritable droit commun en tenant compte des systèmes nationaux. Le rôle de creuset joué par la Cour de justice s'appuie sur le renvoi préjudiciel. L'action de la Cour de Strasbourg relève du seul volontarisme.

Pour pallier les lacunes des traités originaires, la Cour de justice de Luxembourg découvre des principes généraux du droit. Le recours à cette technique permet la constitution d'une véritable protection communautaire des droits fondamentaux. Cette évolution a été favorisée par les réserves émises par les cours constitutionnelles allemande et italienne sur le niveau de garantie des droits assuré par l'ordre juridique communautaire. La Cour de justice puise son inspiration à la source des textes de référence des États. Elle s'appuie sur « les traditions constitutionnelles communes aux États » définies de façon discrétionnaire. Elle

21. Cour EDH, 7 décembre 1976, « Handyside c. Royaume-Uni », série A, n° 24, point n° 48.

22. *Ibid.*, point n° 50.

se réfère également aux instruments internationaux spécialisés en matière de droits de l'homme. Parmi ceux-ci, la Convention européenne des droits de l'homme, dont tous les États membres sont parties, joue un rôle prépondérant. Les principes généraux du droit communautaire assurent ainsi l'assimilation au niveau communautaire des valeurs communes contenues dans les constitutions et la Convention européenne. Par exemple, le juge communautaire a considéré que le droit à un recours juridictionnel effectif est « l'expression d'un principe général du droit » puisqu'il est à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qu'il est aussi consacré par les articles 6 et 13 de la CEDH[23]. Le juge a procédé de même pour les droits de la défense, le droit de propriété, le droit à un procès équitable dans un délai raisonnable… L'article 6, § 2 du traité de Maastricht codifie cette pratique.

La Cour de justice dispose en plus du privilège d'entretenir avec les 13
juges internes une précieuse coopération. La procédure de renvoi préjudiciel lui permet de statuer sur l'interprétation ou la légalité d'un acte communautaire avant son application en droit interne. Cet instrument facilite l'intégration des traditions nationales aux valeurs de l'Union. Le droit communautaire semblait ainsi, à l'origine, étranger voire hostile à la notion de service public « à la française ». Saisie par des juridictions internes, la Cour a reconnu la légalité de certains aspects du service public : continuité territoriale, mission d'intérêt général et même monopole peuvent justifier des exceptions à la libre concurrence[24]. Il découle aussi du renvoi préjudiciel tout un jeu de stratégie juridictionnelle. On citera le rôle ambigu joué par le tribunal administratif de Francfort dans la genèse de la jurisprudence « Solange » : après avoir saisi la Cour de Karlsruhe d'une question portant sur le droit communautaire, il interroge celle de Luxembourg pour confirmation… On rappellera les réticences initiales du Conseil d'État français, à savoir la Cour de justice, exprimées sous couvert de l'acte clair. On saluera les efforts répétés de la commission juridictionnelle de la Chambre des Lords pour adapter le droit britannique aux exigences communautaires. On s'interrogera enfin sur la portée réelle des recours préjudiciels opérés pour la première fois par deux cours constitutionnelles en 1997[25]. Car les juridictions

23. CJCE, 15 mai 1986, « Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary », aff. 222/84, *Rec.* p. 1651, point n° 18.

24. CJCE, 29 mai 1993, « Paul Corbeau », aff. C-320/91, *Rec.* p. 2533, et 27 avril 1994, « Commune d'Almelo », aff. C-393/92, *Rec.* p. 483.

25. Cour d'arbitrage de Belgique et cour du Land allemand de Hesse.

constitutionnelles déclinent en général toute compétence pour assurer le respect de la légalité européenne.

Le juge européen des droits de l'homme recourt aussi au droit comparé pour assurer l'actualisation de la Convention européenne et de ses protocoles. Son utilisation est plus discrète à Strasbourg qu'à Luxembourg, mais elle reste tout aussi régulière. Dans ses arrêts, la Cour européenne se réfère ainsi à la « pratique des États parties », au « standard généralement admis par les États membres du Conseil de l'Europe » ou encore aux « principes qui prévalent dans une société démocratique ». Elle tient compte de l'état des droits nationaux pour interpréter les libertés consacrées. L'évolution du respect de la vie privée et familiale illustre cette pratique. Dans l'affaire « Marckx » en 1979, la Cour étend la protection de l'article 8 CEDH aux relations nouées

hors mariage, c'est-à-dire aux mères célibataires et aux enfants naturels. En effet, si la distinction entre famille légitime et famille naturelle « passait pour licite et normal » dans beaucoup de pays européens à l'époque où la Convention du 4 novembre 1950 fut rédigée, la Cour considère que désormais celle-ci doit être interprétée à la lumière des conditions actuelles[26].

Vingt ans plus tard, la Cour reconnaît l'existence d'une vie familiale, au sens de la Convention, entre un transsexuel, sa compagne et l'enfant que cette dernière a conçu après une insémination artificielle avec donneur. Elle refuse néanmoins de voir une violation de l'article 8 dans le refus opposé par l'état civil au transsexuel opéré de se faire enregistrer comme père de l'enfant. La Cour fonde sa position sur la motivation suivante : « dès lors que les questions soulevées en l'espèce touchent à des domaines où il n'y a guère de communauté de vues entre les États membres du Conseil de l'Europe et où, de manière générale, le droit paraît traverser une phase de transition », l'État doit bénéficier d'une large marge d'appréciation[27]. On doit enfin noter que la Commission européenne a toujours refusé de considérer que des relations stables entre personnes de même sexe puissent relever du champ d'application de l'article 8 CEDH. Cette interprétation a été formulée « en dépit de l'évolution contemporaine des mentalités vis-à-vis de l'homosexualité[28] ». La Cour se prononcerait sans doute dans le même sens.

---

26. Cour EDH, 13 juin 1979, « Marckx c. Belgique », série A, n° 31, point n° 41.

27. Cour EDH, 22 avril 1997, « X, Y et Z c. Royaume-Uni », *Rec.*, 1997, II, points n° 44 et n° 52.

28. Comm. EDH, 3 mai 1983, *DR* 32, p. 220, et 14 mai 1986, *DR* 47, p. 274.

L'altération des ordres juridiques nationaux

Le dynamisme des Cours européennes et la force des valeurs qu'elles véhiculent finissent par menacer la cohérence des ordres étatiques. Un système national peut ainsi connaître trois types d'altération : la complexification de son droit, la déstabilisation de ses institutions, la dilution de son identité.

La complexité croissante du droit interne provient notamment de la concurrence entre juges que suscite la coexistence de systèmes juridiques coordonnés mais non superposés[29]. Il existe d'abord une certaine rivalité entre les deux Cours en matière de droits de l'homme. À Luxembourg, on préserve jalousement l'interprétation autonome des droits énoncés dans la Convention européenne : l'avis 2/94 de la Cour de justice dénie, en l'état actuel des traités, toute compétence aux Communautés pour adhérer à la Convention et… pour la soumettre aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme[30] ! Dans le même temps, à Strasbourg, on vérifie la compatibilité du droit communautaire primaire avec la Convention européenne et ses protocoles[31]. Cette situation rend possible des divergences de jurisprudence ; le champ d'application du droit au respect du domicile diffère ainsi selon les juges européens[32]. L'application du droit européen peut aussi accentuer les effets pervers de particularismes locaux et favoriser les oppositions entre juges internes. En France, le dualisme juridictionnel autorise une appréciation différenciée des exigences européennes selon que l'on s'adresse au juge administratif ou au juge judiciaire[33]. Ce « malaise » entre les cours souveraines est aujourd'hui perceptible, par exemple en matière d'application des garanties de l'article 6, §1 CEDH (droit à un procès équitable) au contentieux fiscal ou au pouvoir de sanction des autorités administratives indépendantes[34].

29. Joël Rideau, « La coexistence des systèmes de protection des droits fondamentaux dans la Communauté européenne et ses États membres », *AIJC*, VII, 1991, p. 36.

30. CJCE, avis 2/94 du 28 mars 1996, *Rec.*, I, p. 1763.

31. Cour EDH, 18 février 1999, « Matthews c. Royaume-Uni », req. 24833/94.

32. CJCE, 12 septembre 1989, « Hoeschst AG c. Commission », aff. 46/87, *Rec.*, p. 2859, et Cour EDH, 16 décembre 1992, « Niemietz c. Allemagne », série A, n° 251-B.

33. Denys de Béchillon, « De quelques incidences du contrôle de conventionnalité des lois par le juge ordinaire (malaise dans la Constitution) », *RFDA*, 1998, p. 225.

34. Voir Cass., plén., 5 février 1999, « COB c. Cour d'appel de Paris » et CE, sect., 3 décembre 1999, « M. Didier », *AJDA*, 2000/2, p. 172.

Le respect du droit européen peut entraîner une déstabilisation des institutions d'un État. Le Royaume-Uni a adhéré à la Convention européenne dès 1953, sans toutefois l'introduire en droit interne. La majorité travailliste élue en 1997 a procédé à cette transposition par le *Human Rights Act* du 8 novembre 1998. Cette loi est entrée en vigueur le 5 octobre 2000. La Convention a été aussi intégrée en Écosse par une loi spécifique applicable dès juillet 1999. Or, dans un arrêt du 17 novembre 1999, la Haute Cour de justice d'Écosse a déjà déclaré incompatible avec l'article 6, §1 CEDH l'institution des shérifs (juges) temporaires. La Cour a dénoncé leur manque d'impartialité et d'indépendance : ils sont en effet nommés par l'exécutif local pour un an renouvelable. La suspension immédiate des 126 shérifs temporaires a ébranlé le système judiciaire écossais : ceux-ci étaient chargés d'un quart des

affaires pénales. *Mutatis mutandis*, on peut s'attendre, dès l'entrée en vigueur du *Human Rights Act*, à des recours contre les éléments les plus controversés de la procédure pénale anglaise, notamment les pouvoirs quasi judiciaires du ministre de l'Intérieur. On peut également s'interroger sur la légitimité des cours européennes pour se substituer aux juridictions constitutionnelles des États. Dans l'affaire « Open Door », les juges de Luxembourg et de Strasbourg n'ont pas hésité à contrôler une décision de la Cour suprême d'Irlande prise au titre d'une disposition constitutionnelle (droit de l'enfant à naître) adoptée par référendum[35].

Enfin la jurisprudence européenne peut être porteuse de valeurs qui tranchent avec des composantes traditionnelles de l'identité nationale. Leur réception en droit interne contribuera à l'évolution, diront certains, au brouillage, diront d'autres, au changement en tout cas, des références partagées par une société, un peuple. En 1991, par exemple, la Cour de Luxembourg a condamné la France pour discrimination. Elle a jugé contraires à la directive de 1976 sur l'égalité de traitement entre les hommes et les femmes les dispositions du Code du travail qui prohibent le travail de nuit des femmes dans l'industrie. Depuis 1992, l'article 88-3 de la Constitution permet, sous condition, d'accorder aux ressortissants des États membres de l'Union, installés en France, le droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales. Le traité de Maastricht a introduit une dichotomie nouvelle entre nationalité et

35. CJCE, 14 octobre 1991, « SPUC c. Grogan », aff. C-159/90, *Rec.*, p. 4733, et Cour EDH, 29 octobre 1992, « Open Door & Well Women », série A, n° 246-A.

citoyenneté dont le sens s'européanise. La Cour de justice avait consacré, de façon implicite, cette distinction dans sa jurisprudence relative à l'ouverture des fonctions publiques aux ressortissants communautaires non nationaux. Enfin, le Conseil d'État développe, au profit des usagers du service public scolaire, une conception de la laïcité qui rompt avec une certaine tradition issue de la IIIe République. Il autorise, sous condition, collégiens et lycéens à porter des insignes religieux[36]. Cette évolution résulte de la Convention européenne dont l'article 9 garantit les libertés de conscience et de religion[37]. Cette conception particulière du progrès social et de l'égalité, cette déconnexion du citoyen et de l'État, la relecture enfin des relations entre Dieu et l'École ne transforment-elles pas sensiblement le contenu du pacte républicain ?

Les rapports entre Cours européennes et systèmes nationaux se révèlent, après examen, à la fois fructueux et insatisfaisants. Ils sont fructueux car la confrontation régulière des jurisprudences nationales et européennes permet d'adapter le droit interne aux exigences européennes, que ce soit en matière économique ou dans le domaine des droits de l'homme. Cette coopération entre juges donne également naissance à un droit commun nouveau. Celui-ci emprunte aux droits nationaux en même temps qu'il les irrigue. Il s'impose aux États comme aux particuliers. Un nouveau pas est franchi dans la définition d'un droit public européen avec la rédaction d'un projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Son contenu est largement inspiré de la Convention européenne des droits de l'homme. Le Conseil européen de Nice en décembre 2000 devrait l'adopter et doit surtout dégager un accord sur la question de son effet contraignant. En plus de sa force symbolique, la proclamation de cette Charte offrirait aux citoyens européens une meilleure accessibilité et lisibilité des droits qui leur sont accordés. 17

Dans le même temps, ces rapports de systèmes restent en grande partie liés à la bonne volonté des juges. En effet, tant que la transformation politique de l'Union en une fédération n'aura pas eu lieu, les rapports entre Cours européennes et systèmes nationaux continueront de relever du pis-aller. Il convient donc de favoriser l'adéquation entre

36. CE, avis du 27 novembre 1989, *EDCE*, 1990, p. 239.

37. En revanche, s'agissant des agents du service public de l'enseignement, le Conseil d'État maintient une conception classique de la laïcité : il leur est interdit de manifester leur croyance religieuse dans le cadre du service, voir CE, avis du 3 mai 2000, « Mlle Marteaux », *AJDA*, n° 7-8/2000, p. 673.

droit interne et droit européen afin de préserver leur harmonie. Le contrôle de constitutionnalité préventif des traités, tel qu'il se pratique en France ou en Espagne, constitue une voie à explorer par tous les États membres de l'Union ou candidats à l'adhésion. La Constitution tchèque vient d'être révisée dans ce sens. De même, le réexamen de décisions de justice, en matière pénale notamment, après le prononcé d'un arrêt de la Cour européenne de Strasbourg, serait souhaitable. La loi française du 15 juin 2000 renforçant la présomption d'innocence vient enfin d'instaurer une telle procédure. L'instauration de ces mécanismes d'adéquation relève néanmoins de la discrétion des États.

À l'avenir, la construction européenne semble moins réclamer des juges qu'un législateur, moins requérir des décisions de justice qu'une bonne volonté politique.

RÉSUMÉ

L'auteur propose une relecture des rapports entre Cours européennes et systèmes nationaux. L'affirmation prétorienne des Cours de Luxembourg et de Strasbourg a été assez bien perçue par les États. Des affrontements, réels mais mesurés, sur le rôle de la Constitution notamment, ont pu être surmontés grâce à la communauté de valeurs qui unit juges européens et juges internes. Leurs emprunts et échanges réciproques forgent un nouveau droit commun. Cette complémentarité n'empêche pas toutefois l'altération des systèmes étatiques dans leur droit, leurs institutions ou leur identité.

Renaud Dehousse

Naissance d'un constitutionnalisme transnational

L'Europe de l'an 2000 semble en proie à une fièvre constitutionnelle qui n'est pas sans rappeler les poussées libérales du XIXe siècle. Tandis qu'une « convention » de délégués européens débat de l'utilité pour l'Union européenne de se doter d'une charte des droits fondamentaux, sur la lancée du discours de Berlin de Joschka Fischer, plusieurs chefs d'État ont évoqué la perspective d'une constitution européenne dans un futur plus ou moins lointain.

Pour bien saisir la portée des débats actuels, il n'est pas inutile de les situer dans leur contexte historique. L'idée d'une constitution européenne apparaît en effet comme un des avatars d'un mouvement réformateur, né en Europe au lendemain de la Seconde Guerre mondiale, et qui tend à substituer une logique de coopération à la logique de puissance qui a pour l'essentiel caractérisé les relations entre États européens jusqu'en 1945. Si cette logique est souvent associée à l'idée de transferts de souveraineté à des institutions supranationales – qui a fait couler tant d'encre au lendemain du traité de Maastricht –, on ne doit pas pour autant oublier qu'elle comporte d'autres aspects tout aussi importants : la soumission des décisions étatiques – individuelles ou collectives – à l'empire du droit, l'octroi de pouvoirs de contrôle à des organes judiciaires, la possibilité pour les personnes privées de s'immiscer dans les rapports interétatiques en soumettant à ces organes des litiges qui affectent leurs intérêts.

Ces éléments constituent le terreau politico-institutionnel, dans lequel a pu se développer l'intégration européenne. Incontestablement, ils ouvraient une ère nouvelle : non seulement on acceptait d'assigner certaines limites à la liberté des États, mais on prévoyait aussi la possibilité de contrôles destinés à assurer l'effectivité de ces principes.

Bien que la nouveauté de cette construction ait été soulignée à mainte reprise, les débats actuels semblent indiquer qu'elle mérite que l'on y revienne : trop souvent, en effet, on semble procéder comme si concepts et institutions pouvaient faire l'objet d'une transposition mécanique du niveau national au niveau régional. C'est toutefois perdre de vue une réalité première : l'originalité de l'intégration régionale tient à ce qu'elle a pour but d'unir des États sans les fondre dans une structure étatique commune. Dans cette entreprise politique sans précédent, il est certainement possible de recourir à des techniques empruntées aux constructions étatiques, car les inventions pures et simples sont rares en matière institutionnelle. Cependant ces outils doivent être maniés avec prudence, en tenant compte du contexte différent dans lequel ils doivent être utilisés. Une constitution ou une déclaration des droits ne peuvent revêtir la même signification au niveau régional qu'au niveau national. Quant au rôle des institutions, il doit être pensé en fonction du rôle central que jouent les États dans l'édifice européen.

Les États Soumis au Droit

La remise en cause du primat de la souveraineté étatique constitue la clé de voûte du système européen d'intégration régionale. Pour les pionniers de la cause européenne, au lendemain des deux conflits mondiaux qui avaient saigné à blanc l'Europe, il était clair qu'il fallait dépasser le système hérité de la paix de Westphalie, construit sur le principe d'une souveraineté illimitée des États, et dans lequel les rapports interétatiques étaient avant tout des rapports de force. L'idée d'un système nouveau, dans lequel les « monstres froids » que constituent les États seraient soumis à un ensemble de principes régulateurs, apparaissait comme la seule alternative à l'« état de nature » dans lequel les appareils étatiques avaient coexisté jusqu'alors.

Il était naturel que cet effort de réorganisation porte d'abord sur les droits de l'homme, avant que Jean Monnet et Robert Schuman ne découvrent avec l'idée de « solidarités de fait » le moyen d'enclencher une logique vertueuse de collaboration, car la nécessité de garde-fous contre les atrocités qui avaient marqué la Seconde Guerre mondiale faisait l'objet d'un vaste consensus. Le Préambule de la Convention européenne des droits de l'homme, signée à Rome le 4 novembre 1950, qui évoque « un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit » ne doit pas faire illusion. Sous un discours fortement teinté de jusnaturalisme, on voit clai-

rement poindre la volonté politique de soumettre l'action des États au contrôle de ce que l'on n'appelait pas encore la communauté internationale. C'est précisément parce que ce « patrimoine commun » n'avait pas empêché les atrocités que l'on sait, que l'on ressentait la nécessité de conférer à ces principes supérieurs la force de règles de droit auxquelles nul gouvernement ne devait pouvoir se soustraire. Du reste, pour nombre de partisans d'une déclaration européenne des droits de l'homme, le caractère contraignant de la convention était essentiel : il fallait dépasser le cap des principes déclaratoires, auquel s'était arrêtée la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948[1].

Le but premier de cette entreprise, comme de la protection internationale des droits de l'homme dans son ensemble, était d'enchaîner l'État dans un réseau d'engagements internationaux qui pourraient être invoqués à l'appui de sanctions contre les gouvernements si ceux-ci portaient atteinte à la démocratie et aux droits fondamentaux. L'internationalisation de la protection des droits fondamentaux assumait ainsi la même fonction que leur reconnaissance au niveau constitutionnel : dans un cas comme dans l'autre, des principes essentiels étaient érigés en règle supérieure, de façon à les protéger contre les errements de majorités occasionnelles. La suite des événements devait d'ailleurs montrer la pérennité de cette logique de type constitutionnel. N'a-t-on pas vu le gouvernement français, une fois la peine de mort abolie, encourager l'adoption d'un protocole « confirmant » l'abolition dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'homme ? Le sens de la manœuvre était clair. Comme devait l'affirmer plus tard Robert Badinter : «… il restait à clouer le vampire dans son cercueil. Pour rendre impossible tout retour en arrière, il fallait que l'interdiction s'inscrive dans la Convention européenne[2] ».

Cette forme de « constitutionnalisation internationale » représente à bien des égards le prolongement du constitutionnalisme que nous connaissons au niveau national. Certes, la portée de ces règles supérieures varie : au niveau international, on s'efforce de réglementer tant les relations entre États que les rapports entre gouvernants et gouvernés. Et l'on sait que l'effectivité des normes internationales est loin d'atteindre celle des règles nationales. Ces différences ne doivent toutefois pas occulter

1. Sur les origines de la convention, voir Emmanuel Decaux, « Les États parties et leurs engagements », dans Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre-Henri Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Économica, 1995, p. 3-25.

2. Entretien au *Nouvel Observateur*, n° 1869, 31 août 2000, p. 62.

la communauté de pensée que l'on trouve à la base de ces deux formes de constitutionnalisme. Dans un cas comme dans l'autre, l'objectif est le même : combattre l'absolutisme et l'arbitraire en soumettant les actes des gouvernants à l'empire du droit (*rule of law*, *Rechstaat*).

Si l'ambition « constitutionnalisante » de la Convention européenne des droits de l'homme est manifeste, il n'en va pas nécessairement de même pour les traités communautaires. Il est vrai que ceux-ci mettent en place une architecture institutionnelle révolutionnaire, centrée sur l'idée de transferts de souveraineté à des organes supranationaux. Toutefois – fonctionnalisme oblige – dans leur mouture originale, les traités apparaissaient au premier abord comme un catalogue de dispositions à caractère essentiellement technique. Cela n'a pas empêché une école de pensée allemande – l'ordolibéralisme – d'y voir une reconnaissance

de l'économie de marché, érigée au rang de principe métajuridique appelé à structurer nombre d'interprétations du traité et de la jurisprudence communautaire – et donc indirectement le comportement des États membres. Bien que cette vision de la « constitution économique » communautaire n'ait jamais fait l'unanimité[3], elle est symptomatique d'une volonté de lecture constitutionnelle de l'intégration européenne.

C'est toutefois la Cour de justice de Luxembourg qui a le plus œuvré dans le sens d'une « constitutionnalisation » des traités. Dès l'arrêt « Van Gend en Loos » de 1962[4], la Cour a donné une interprétation extrêmement large des interdictions de discrimination contenues dans le traité CEE, érigées en source de droits que les plaignants pouvaient invoquer devant les juridictions nationales, même lorsque le libellé de ces dispositions laissait clairement entendre qu'elles s'adressaient principalement aux États membres. Transformant le traité en un catalogue de droits individuels, elle a du même coup ouvert aux particuliers les portes d'un arsenal argumentaire dont ils ont pu faire usage chaque fois que les autorités nationales leur paraissaient violer leurs droits. Ensuite, passant outre au silence des traités sur la question, la Cour allait très rapidement affirmer qu'en cas de conflit avec des dispositions nationales – fussent-elles de droit constitutionnel – la règle communautaire devait toujours

3. Le débat fait l'objet d'une analyse critique dans Léontin-Jean Constantinesco, « La Constitution économique européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1977, p.244-281. Voir aussi David Gerber, « Constitutionalizing the Economy : German Neo-Liberalism, Competition Law and the « New » Europe », *American Journal of Comparative Law*, 1994, p.25.

4. Aff. 26/62, *Rec.*, 1963, 3.

prévaloir[5]. Enfin, répondant aux inquiétudes exprimées par certaines juridictions nationales, qui craignaient que la primauté du droit communautaire ne débouche sur une remise en cause des dispositions constitutionnelles relatives à la protection des droits fondamentaux, la Cour de justice a progressivement admis qu'elle devait contrôler la conformité des décisions communautaires, puis des décisions nationales qui s'y rapportent, avec « les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions [nationales] » ainsi qu'aux « instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré » (langage quelque peu sibyllin, mais qui visait clairement la Convention européenne des droits l'homme)[6].

Pas à pas, les juges communautaires ont ainsi jeté les bases d'un édifice normatif qui s'imposait aux États membres. Pour ce faire, ils ont adopté des méthodes d'interprétation beaucoup plus proches de celles des cours constitutionnelles que de celles des juridictions internationales. Loin de s'en tenir à l'intention réelle ou supposée des parties contractantes (point de référence obligé dans l'interprétation des accords internationaux), ils se sont abondamment inspirés des objectifs ultimes de l'intégration, énoncés dans le Préambule du traité de Rome.

Si l'on a pu parler à ce propos de « constitutionnalisation » des traités[7], c'est parce qu'il apparaissait clairement qu'en proclamant la supériorité du droit communautaire aux normes nationales, ce processus tendait à un déplacement implicite de la norme fondamentale qui conditionne la validité de l'ensemble des actes juridiques (la *Grundnorm* de Hans Kelsen), jetant ainsi les bases du conflit de souveraineté qui allait agiter l'Europe au moment de la ratification du traité de Maastricht.

La Judiciarisation des Relations Internationales

La soumission des États au droit avait pour corollaire la création de juridictions internationales, chargées de veiller à la mise en œuvre des principes supérieurs définis dans les textes de base. La nouveauté du procédé

5. Aff. 6/64, « Costa c. ENEL », *Rec.*, 1964, p.1141.
6. Aff. 4/73, « Nold c. Commission », *Rec.*, 1974, p.491.
7. Éric Stein, « Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution », *American Journal of International Law*, 1981, p. 1-27 ; G. Federico Mancini, « The Making of a Constitution for Europe », *Common Market Law Review*, 1989, p. 595-614 ; Joseh H. H. Weiler, « The Transformation of Europe », *Yale Law Journal*, 1991, p.2405-2483.

était d'autant plus remarquable que les États s'étaient longtemps montrés hostiles à toute forme de « judiciarisation » des relations internationales, dans la mesure où celle-ci pouvait porter atteinte à leur autonomie. Le vent de constitutionnalisme qui a soufflé dans l'Europe de l'après-guerre s'est toutefois traduit par la recherche de contre-pouvoirs susceptibles de s'opposer au totalitarisme. La faiblesse dont avaient fait preuve les régimes parlementaires européens devant la montée du nazisme et du fascisme interdisant aux parlements de se poser en garants des libertés fondamentales, fit qu'il était naturel de se tourner vers des organes spécialisés. La logique qui a conduit à la mise en place des juridictions européennes était semblable à celle qui a présidé à la création de juridictions constitutionnelles au niveau national : dans un cas comme dans l'autre, le recours à une juridiction spécialisée apparaissait indispensable pour garantir l'effectivité des règles fondamentales qui venaient de faire l'objet d'une reconnaissance solennelle.

La volonté de rupture qui inspirait ces innovations apparaît clairement dans les interventions de Pierre-Henri Teitgen, rapporteur du projet de convention à l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe :

« On nous fait remarquer aussi qu'il faut tenir compte de la souveraineté de l'État et ne pas donner compétence à une juridiction européenne pour contrôler les législations internes, les actes exécutifs ou judiciaires des gouvernements de l'Europe. On prétend que c'est attentatoire à la souveraineté nationale. Me sera-t-il permis de dire, mes chers collègues, que la souveraineté se lit de deux côtés. L'envers de la médaille, c'est très beau et très grand peut-être. L'endroit, cela signifie aussi quelquefois, et aujourd'hui surtout, la solitude et la misère. La solitude et la misère, c'est aussi la guerre. Enfin, il ne s'agit pas, lorsque nous voulons garantir et protéger les libertés en Europe, de diminuer la souveraineté d'un État par rapport à un autre État, de donner prééminence à un État sur un autre État. Il s'agit de limiter la souveraineté des États du côté du droit, et, de ce côté-là, toutes les limites sont permises[8]. »

Il serait toutefois exagéré de dépeindre cette évolution vers des formes de contrôle juridictionnel international comme une marche triomphale vers la lumière. Bien au contraire, ce qui frappe lorsque l'on parcourt les débats qui ont accompagné la naissance de la Convention européenne, ce sont les objections élevées par certains pétris de l'esprit classique du droit international à l'encontre de ce qui leur apparaissait

8. Cité par Emmanuel Decaux, art. cit.

à juste titre comme une menace pour la toute-puissance des États. Du reste, le système juridictionnel mis en place par la convention multiplie les garde-fous, à la recherche d'une synthèse entre action judiciaire et action diplomatique. En préalable à toute saisine de la Cour, la Commission européenne des droits de l'homme a été investie d'une mission d'enquête et de conciliation[9]. Lorsque, à la suite de la remise d'un rapport de la Commission, la Cour n'est pas saisie, le Comité des ministres, organe politique par excellence, s'est vu confier une mission juridictionnelle (décider « s'il y a eu ou non une violation de la convention »)[10]. Et surtout, faute d'une majorité en faveur d'une Cour obligatoire, il a fallu se résoudre à ce que l'intervention de la Cour soit soumise à l'acceptation individuelle de chaque signataire de la convention[11].

En regard de la naissance douloureuse de la Cour européenne des droits de l'homme, la décision de mettre en place une Cour de justice ne semble pas avoir causé tant d'alarmes lors de la création de la Communauté du charbon et de l'acier. Il est vrai qu'elle visait moins les États que la Haute Autorité. Celle-ci s'étant vu attribuer d'importants pouvoirs de gestion, il était naturel de prévoir la possibilité d'un contrôle juridictionnel de ses décisions. De même, l'octroi au Conseil des ministres du pouvoir de décider à la majorité qualifiée rendait nécessaire l'instauration de recours pour les États dont les droits auraient pu être négligés. Le traité CECA comporte ainsi un arsenal de voies de recours inspiré par le contentieux administratif français[12]. Dans le même élan, les États membres ont accepté l'autorité de la Cour, dont la compétence est obligatoire. Les traités confèrent aussi à un organe autonome, la Commission européenne, un rôle essentiel dans la répression des infractions au droit communautaire : gardienne des traités, la Commission peut aller jusqu'à saisir la Cour lorsqu'elle estime qu'un État a manqué à ses obligations[13].

Ce modèle centralisé de contrôle judiciaire tranche avec le principe du libre choix, par les États, des mécanismes de règlement des différends, qui restent la règle en droit international. La Cour de justice en a conclu que le système de voies de recours prévues par le traité inter-

9. Art. 28.
10. Art. 32.
11. Art. 25.
12. Maurice Lagrange, « La Cour de justice des Communautés européennes du Plan Schuman à l'Union européenne », *Mélanges Fernand Dehousse*, Paris-Bruxelles, Nathan-Labor, 1979, p.127-135.
13. Art. 226 (ex-art. 169) du traité CEE.

disait aux États membres de faire usage de l'arsenal des contre-mesures unilatérales prévues par le droit international[14]. Le recours obligatoire à l'arbitrage de la Cour en cas de différend entre les États membres constitue un aspect fondamental de la logique de régulation des rapports interétatiques qui caractérise le système communautaire. L'admission au sein de la société européenne ne comporte pas seulement pour les États l'acceptation d'un corpus de règles matérielles, mais aussi la renonciation à l'un des droits les plus primitifs (qui en dit long sur l'« état de nature » qui subsiste encore au sein de la société internationale), le droit pour un État de se faire justice soi-même. Quel serait l'aspect de l'Europe s'il l'on avait admis la possibilité pour chaque gouvernement d'invoquer la règle de la réciprocité pour sanctionner d'éventuels manquements de ses partenaires ? Il y a gros à parier que, de représailles en
26 mesures de rétorsion, on aurait assisté à un effilochement progressif des principes contenus dans les traités. Et comment envisager dans ces conditions un programme législatif un tant soit peu ambitieux ?

En dépit des réserves initiales dont il avait fait l'objet, l'importance du contrôle juridictionnel a graduellement été reconnue dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme. Dès leurs premières décisions, les organes de contrôle établis par la Convention souligneront que cette dernière vise à assurer une protection objective des droits fondamentaux des particuliers, plutôt qu'à conférer aux États signataires des droits subjectifs utiles à la poursuite de leurs intérêts nationaux. Cette reconnaissance d'un véritable « ordre public communautaire des libres démocraties d'Europe[15] », va bien au-delà du principe classique de la protection diplomatique, qui permet à un État de réclamer la protection des droits de ses ressortissants sur la scène internationale ; elle ouvre à tout État signataire de la Convention ce que l'on pourrait appeler un droit d'ingérence judiciaire en cas de violation des droits de l'homme, droit qui permettra notamment le dépôt de requêtes contre la Grèce des colonels ou contre le régime militaire turc par des États qui n'avaient pas d'intérêt propre à agir.

Déclaration facultative après déclaration facultative, les premiers signataires de la Convention ont fini par accepter la juridiction de la Cour, accréditant du même coup l'idée d'un lien indissociable entre

---

14. Aff. jointes 90 et 91/63, « Commission c. Luxembourg et Belgique », *Rec.*, 1964, p. 1217.

15. Décision de la Commission dans l'affaire « Autriche c. Italie », req. 788/60, *Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, vol. 4, p. 139 *sq*.

l'adhésion au Conseil de l'Europe et la pleine acceptation de la Convention, idée qui devait s'avérer fort utile au lendemain de la chute des régimes communistes, lorsque les pays d'Europe centrale et orientale, bientôt suivis par la Russie, sont venus frapper à la porte du Conseil. En rendant obligatoire la compétence de la Cour, tout en mettant fin au rôle du Comité des ministres, le protocole n° 11, ouvert à la signature en 1994, couronne cette évolution. Il consacre ainsi l'enseignement de plusieurs décennies d'application de la Convention : « Les droits de l'homme sont mieux et plus sûrement protégés par des organes judiciaires impartiaux et indépendants que par des organes politiques au sein desquels la "raison d'État" risque de prévaloir[16]. »

Un Droit de Recours Individuel

Ubi ius, ibi remedium : proclamer un ensemble de règles « constitutionnelles » ne pouvait suffire, il fallait encore en assurer l'application effective. La mise en place de juridictions internationales représentait un pas dans la bonne direction, mais elle ne pouvait suffire car, dans de nombreux cas, un gouvernement préférera fermer les yeux, au nom des intérêts supérieurs de la nation, plutôt que de s'immiscer dans ce que l'on appelle pudiquement les « affaires intérieures » de ses partenaires. La logique constitutionnelle qui sous-tendait l'intégration européenne appelait un pas supplémentaire : donner aux titulaires des droits nouvellement créés la possibilité d'agir en justice pour les protéger.

Le saut qualitatif était d'importance : il permettait l'irruption sur la scène internationale, traditionnellement réservée aux États, d'individus qui échappaient à leur contrôle. On ne s'étonnera donc pas qu'il ait rencontré une opposition déterminée. Au moment des débats sur la Convention européenne des droits de l'homme, nombreux étaient ceux qui, à l'instar de l'internationaliste belge Henri Rolin, considéraient que « la mise en accusation [d'un État] devant une Cour de justice appelée à prononcer une condamnation présente un caractère de gravité tel qu'il incombe que la responsabilité en soit laissée aux gouvernements des divers États membres du Conseil de l'Europe, qu'ils agissent individuellement ou collectivement[17] ». Ces réserves devaient conduire à une reconnaissance limitée des possibilité de saisine individuelle des

16. Peter Leuprecht, commentaire de l'article 32, dans Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux et Pierre-Henri Imbert (dir.), *op. cit.*, p. 709.

17. Cité par Emmanuel Decaux, art. cit., p. 10.

organes de contrôle de la Convention : la possibilité d'autoriser les requêtes individuelles fut laissée à l'appréciation souveraine de chaque État[18] et le filtre de la Commission mis en place pour éviter une saisine directe de la Cour par les particuliers.

On devait retrouver les mêmes préventions au moment de la négociation des traités de Rome, marqués par une volonté assez nette de restreindre les possibilités de recours direct ouvertes aux particuliers. Revenant sur l'interprétation plus libérale qui avait triomphé dans le cadre de la CECA, les hauts fonctionnaires qui rédigèrent les traités réservèrent alors aux seules personnes « directement et individuellement[19] » concernées par les décisions des institutions communautaires la faculté d'en demander l'annulation. Ils se gardèrent aussi d'ouvrir la porte à des possibilités de recours individuels contre les États qui se ren-

draient coupables de violations du droit communautaire.

Le temps devait toutefois avoir raison de nombre de ces préventions. À Strasbourg, les requêtes individuelles ont de tout temps constitué le moteur principal de l'activité des organes de contrôle. Les requêtes étatiques, qui n'ont jamais été bien nombreuses, ont aujourd'hui pratiquement disparu. La pratique est telle que le recours individuel a cessé d'être perçu comme une anomalie ; il apparaît aujourd'hui comme un complément indissociable de l'adhésion au Conseil de l'Europe. Le protocole n° 9 en a pris acte, en consacrant le droit pour les personnes physiques ou les organisations non gouvernementales de déférer des affaires directement à la Cour.

À Luxembourg, c'est la Cour de justice elle-même qui a ouvert les portes du prétoire aux individus. Alors que le Traité de Rome réservait à la Commission le soin de déclencher les procédures en manquement destinées à sanctionner les violations du droit communautaire, la Cour a accepté de se prononcer sur le comportement des États dans le cadre du système de renvoi préjudiciel instauré par l'article 234 (ex-art. 177) du Traité. Ayant reconnu que le droit communautaire engendrait dans le chef des particuliers « des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique », elle a accepté de connaître des questions souvent dépourvues d'ambiguïté que lui posaient les juridictions nationales quant à la compatibilité de dispositions nationales avec le droit communautaire[20]. Cette décision, qui avait pour effet d'encourager les personnes privées

18. Art. 25.
19. Art. 230 (ex-art. 173).
20. Aff. 26/62, « Van Gend en Loos », *supra*.

à saisir les juridictions nationales lorsqu'elles estiment qu'une décision nationale ignore les droits qu'elles tirent du droit communautaire, devait avoir un impact capital sur l'évolution du contentieux communautaire. De nos jours, c'est essentiellement par le canal du renvoi préjudiciel (et donc indirectement à l'initiative de personnes privées) que le comportement des États membres est soumis au jugement de la Cour. Le succès de cette forme de contrôle « constitutionnel » ne s'est jamais démenti. C'est ce qui explique le volume des renvois préjudiciels, qui représentent de nos jours, bon an, mal an, la moitié des arrêts rendus par la Cour de justice. Et c'est à la suite de recours individuels que certains des principaux arrêts de la jurisprudence communautaire ont été rendus : l'alliance entre la Cour de justice et les personnes privées a ainsi infléchi le cours de l'intégration européenne à plus d'une reprise[21].

Cette révolution, qui érige l'individu en acteur du processus d'intégration, n'est toutefois pas sans limites. Les recours à Strasbourg et à Luxembourg restent de véritables parcours du combattant, à la fois longs et onéreux, fermés aux exclus s'ils sont dépourvus de conseils spécialisés, voire de moyens. Au niveau communautaire, les voies de recours individuels contre les décisions des institutions restent limités, même si elles ont occasionnellement été élargies par la Cour de justice au nom de l'État de droit[22]. Du reste, à supposer même que l'on apporte une réponse à ces critiques, elles ne doivent pas faire oublier les limites intrinsèques de la justice constitutionnelle. Celle-ci a été conçue pour protéger les droits individuels et le débat démocratique ; elle n'a pas pour but de supplanter ce dernier.

De la Révolution Constitutionnelle à la Révolution Démocratique

Le constitutionnalisme transnational auquel l'Europe a donné naissance après la Seconde Guerre mondiale s'inscrit dans la mouvance libérale qui a inspiré le développement de garanties constitutionnelles à l'échelon national au XIXe siècle. En accréditant l'idée de limites à la souveraineté étatique et d'un contrôle juridictionnel sur les actes des gouvernements, il a jeté les bases d'une société nouvelle, dans laquelle ce qui se passe à l'intérieur des frontières nationales ne constitue plus le

21. Voir sur ces points Renaud Dehousse, *La Cour de justice des Communautés européennes*, 2e éd., Montchrestien, coll. « Clefs », 1997, p. 32-38.

22. Aff. 294/83, « Parti écologiste Les Verts c. Parlement européen », *Rec.*, 1986, p. 1339.

domaine réservé des États, et où des voies de recours sont prévues pour permettre à l'individu de se protéger contre l'arbitraire.

L'Europe a ainsi dépassé le stade primitif où les rapports entre États sont avant tout des rapports de force pour entrer progressivement dans un monde de règles. Ce progrès incontestable ne s'est toutefois accompagné que d'une forme de socialisation transnationale relativement limitée. Les Européens se définissent d'abord et avant tout par rapport à leur pays ; dans le meilleur des cas, l'identité européenne n'entre en ligne de compte qu'en rang secondaire. Entravé notamment par l'absence d'une langue et d'une culture politique communes, le débat politique européen reste limité, et les mouvements transnationaux, relativement faibles. En dépit des références incantatoires à la citoyenneté européenne contenues dans le traité de Maastricht, il reste difficile au commun des mortels de faire entendre sa voix : les décisions qui intéressent le sort de la collectivité sont prises par une élite relativement restreinte.

En forçant un peu le trait, on pourrait dire qu'à l'instar des sociétés bourgeoises du siècle passé, qui avaient combattu l'arbitraire en ignorant aussi bien les femmes que les pauvres, la société européenne doit maintenant parfaire sa révolution constitutionnelle par une révolution démocratique. Cela demande un saut qualitatif : une Europe fondée non plus sur la défense de droits subjectifs, mais sur la possibilité pour les citoyens de peser sur les décisions qui sont prises au niveau européen. Dans cette optique, l'apport d'une charte des droits fondamentaux ne peut être que faible. À quoi bon proclamer en grande pompe de nouveaux droits qui, dans le meilleur des cas, ne seront effectivement invoqués que par une infime minorité de personnes ?

RÉSUMÉ

Après avoir inventé le constitutionnalisme sans constitution, l'Europe doit maintenant jeter les bases d'une nouvelle construction : un système politique qui fasse une plus grande place aux citoyens sans pour autant réduire le rôle des États, auxquels ces mêmes citoyens s'identifient toujours, à la portion congrue. Tâche difficile assurément, mais n'est-elle pas à la mesure des ambitions universalistes des promoteurs de l'intégration européenne ?

Denys Simon

Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus » ?

Le débat sur les relations réciproques des Cours de Luxembourg et de Strasbourg apparaît à première vue comme l'un de ces thèmes récurrents sur lesquels tout a été dit, et souvent répété à l'envi, dans des publications cédant généralement au charme discret de l'autocitation, dans des thèses aussi subtiles que redondantes, ou dans des colloques aussi savants qu'inutiles.

Pourtant la question demeure posée, et, ce qui est évidemment plus intéressant, l'est depuis quelque temps dans des termes sensiblement renouvelés.

Les novations introduites par le traité de Maastricht et surtout par le traité d'Amsterdam, le report *sine die* de l'éventualité d'une adhésion de la Communauté et/ou de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme, l'élaboration d'une charte des droits fondamentaux négociés dans le contexte de la présidence française de l'Union et de la conférence intergouvernementale chargée de préparer la révision des traités (CIG 2000) sont autant de facteurs qui provoquent en quelque sorte de l'extérieur un renouvellement de la problématique des rapports entre les deux juridictions européennes. Mais l'évolution intrinsèque des jurisprudences respectives des deux Cours appelle également à une relance des discussions sur leurs relations réciproques.

Ce constat, outre qu'il confirme l'actualité du débat, révèle par ailleurs une des composantes incontournables de l'interaction entre l'activité de la Cour de justice des Communautés européennes et celle de la Cour européenne des droits de l'homme, à savoir la dimension essentiellement évolutive des influences réciproques entre la juridiction de Strasbourg et celle de Luxembourg. S'il est vrai, comme le rappelait

récemment le juge Françoise Tulkens[1], que « la quatrième dimension des droits de l'homme, c'est le temps », la question de l'influence réciproque des deux Cours ne peut être appréhendée que dans une perspective dynamique, ne serait-ce que dans la mesure où le souci de protection des droits de l'homme n'a joué qu'un rôle marginal dans les premières années de la construction européenne.

En dehors de la garantie des libertés économiques liées à la réalisation du marché commun, sous la forme de la liberté de circulation des personnes (art. 48 à 58 CEE) et de l'interdiction des discriminations à raison de la nationalité (art. 7 et 48 CEE) ou à raison du sexe dans les conditions de travail et de rémunération (art. 119 CEE), le traité de Rome était particulièrement discret sur la sauvegarde des droits fondamentaux. En dépit de la proclamation d'un objectif commun – la réalisation d'une union plus étroite entre les États parties[2] –, les deux textes visaient manifestement des finalités différentes, et il n'est pas exagéré de penser que la protection des droits de l'homme n'était pas la préoccupation prioritaire des négociateurs du traité instituant la Communauté européenne. Cette constatation, en dépit de sa banalité, n'en est pas moins importante, car elle explique que les rapports entre les deux ensembles conventionnels, d'une part, et entre les deux mécanismes de contrôle juridictionnel, d'autre part, n'aient pas été envisagés lors de la signature des traités communautaires. Il semblait au contraire évident que les questions d'intégration économique relevaient du droit communautaire et de la compétence de la Cour de Luxembourg, tandis que les problèmes liés à la protection des droits de l'homme entraient dans le champ de la Convention européenne des droits de l'homme et dans la compétence des organes de Strasbourg[3]. Cette séparation congénitale des deux domaines d'intervention, et par voie de conséquence des deux sphères de compétence juridictionnelle, explique sans doute dans une large mesure les équivoques qui ont affecté, d'une part, la reconnais-

1. Françoise Tulkens, « L'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme », Journées d'études de Strasbourg, « Le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », 16-17 juin 2000 (*RUDH*, 15 septembre 2000, vol. 12, nº 1-2, p. 50 *sq.*).

2. Premier alinéa du Préambule du traité instituant la CEE et troisième considérant du Préambule de la Convention européenne des droits de l'homme.

3. Cette affirmation ne vaut évidemment que pour autant que tous les États membres des Communautés européennes étaient parties à la Convention européenne des droits de l'homme et avaient accepté la compétence de la Cour et le droit de recours individuel, ce qui, comme on le sait, n'était pas le cas s'agissant de la France avant respectivement 1974 et 1981.

sance par la Cour de Luxembourg du statut de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique communautaire, et, d'autre part, la reconnaissance par la Commission et la Cour européennes des droits de l'homme du statut de la Communauté européenne dans l'ordre juridique de la Convention.

Pour autant, il était également clair que les deux juridictions européennes ne pouvaient fonctionner dans l'ignorance de leurs jurisprudences respectives. Leur coexistence pacifique, fût-ce au prix de quelques incidents de frontières, devait inévitablement conduire à une certaine convergence, à la fois quant aux méthodes d'interprétation et quant au fond du droit qu'elles étaient appelées à appliquer. La remarquable systématisation du corpus de garantie des droits de l'homme opérée par la Commission et la Cour, puis, depuis l'entrée en vigueur du protocole 11, par la Cour unique, a progressivement abouti à la constitution d'un ordre européen des libertés fondamentales auquel les Communautés européennes, puis l'Union européenne, ne pouvaient ni ne voulaient se soustraire. Parallèlement, la construction prétorienne des principes généraux du droit communautaire, l'émergence des principes liés à la « Communauté de droit » et la constitutionnalisation par la voie conventionnelle des droits fondamentaux lors de la conclusion des traités de Maastricht et surtout d'Amsterdam[4] ne pouvaient laisser indifférents les organes de Strasbourg. Dans ces conditions, on pouvait s'attendre à ce que se développe une certaine perméabilité inéluctable, voire une osmose délibérée, dans les rapports entre les deux juridictions.

Mais ce constat ne signifie pas qu'on soit arrivé après quelques tâtonnements à une harmonie euphorique. Les évolutions récentes et les perspectives prévisibles démontrent au contraire que l'irénisme

4. Pour une analyse systématique des apports respectifs des deux révisions du traité de Rome en matière de droits fondamentaux, voir Joël Rideau, *Le Rôle de l'Union européenne en matière de protection des droits de l'homme*, *RCADI*, 1997, t. 265, p. 29 *sq.* ; Vlad Constantinesco, « Le renforcement des droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Le Traité d'Amsterdam, réalités et perspectives*, Paris, Pedone, 1999, p. 33 *sq.* ; Henri Labayle, *Droits fondamentaux et Droit européen*, *AJDA*, 1998, n° spécial, « Les droits fondamentaux », p. 75 *sq.* ; Denys Simon, « La Convention européenne des droits de l'homme et l'Union européenne de Maastricht à Amsterdam, aliquid novi ? quid juris ? », *Law in a Greater Europe*, *Studies in Honour of H. Klebes*, La Haye, Kluwer, 2000, p. 227 *sq.* ; Frédéric Sudre, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », *JCP*, 1998, I, 100 ; Frédéric Sudre, « L'apport du droit international et européen à la protection communautaire des droits fondamentaux », *Droit international et Droit communautaire : perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, p. 169 *sq.* ; Patrick Wachsmann, « Les droits de l'homme », *RTDE*, 1997, p. 884.

n'est pas de mise. L'exclusion, au moins à moyen terme, de toute perspective de fusion, même partielle, des deux systèmes de garantie des droits de l'homme dans l'espace européen, les effets de l'élargissement du Conseil de l'Europe, les conséquences des adhésions programmées à l'Union, l'autonomisation croissante, même si elle demeure relative, des mécanismes communautaires de protection des droits fondamentaux et des principes de l'État de droit, suscitent mécaniquement le risque d'un « double standard » en matière de défense des droits fondamentaux, qui n'est pas de nature à améliorer la situation des justiciables, ni à faciliter la tâche des juridictions nationales, lesquelles sont au premier chef en charge de la garantie des droits que les États se sont engagés à assurer.

34 La Reconnaissance équivoque du Statut de la Convention européenne des Droits de l'Homme par la Cour de Justice des Communautés européennes

En termes de rapports de systèmes, comme aurait dit Kelsen, il est clair que la Communauté européenne, n'étant pas partie à la Convention européenne des droits de l'homme, n'est pas tenue en vertu du droit international des traités de se soumettre aux obligations inscrites dans la Convention et dans ses protocoles. À cet égard, la thèse avancée par certains juges de Luxembourg[5], selon laquelle la Communauté serait liée par la Convention européenne des droits de l'homme du seul fait du transfert de compétences opéré par le traité, de la même manière qu'elle se trouvait liée par les dispositions du GATT[6], n'a pas été retenue dans la jurisprudence de la Cour de justice.

Il en résulte qu'au sens conventionnel du terme la Communauté ne pourrait être *liée* que dans l'hypothèse où l'Union européenne adhérerait à la Convention. On sait que cette perspective – souvent évoquée – est fortement compromise depuis l'avis rendu par le juge communautaire le 28 mars 1996[7]. Il suffit de rappeler que la Cour de justice, à

5. Voir notamment Pierre Pescatore, « La CJCE et la Convention européenne des droits de l'homme », *Protecting Human Rights, The European Dimension*, *Studies in Honour of G.J. Wiarda*, Cologne, Heymanns Verlag, 1988, p. 441 *sq*.

6. Conformément à la jurisprudence International Fuit, CJCE, 12 décembre 1972, 21 à 24/72, *Rec.*, p. 1219.

7. CJCE, avis 2/94, *Rec.*, I, p.1759.

raison[8], ou plus probablement à tort[9], a estimé que « en l'état actuel du droit communautaire, la Communauté n'a pas compétence pour adhérer à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». En raison de son « envergure constitutionnelle », une telle adhésion supposerait, selon la Cour, une révision préalable des traités communautaires. Or le moins que l'on puisse dire est que le message adressé aux États membres le jour même de l'ouverture de la conférence intergouvernementale de révision des traités n'a pas été entendu, et ne semble pas devoir l'être davantage lors de la CIG 2000.

Dans ces conditions, et quelle qu'ait pu être l'importance des déclarations politiques réitérées par lesquels les institutions communautaires ou les États membres réaffirmaient leur attachement à la démocratie, à l'État de droit et au respect des droits de l'homme, c'est bien au juge communautaire qu'est incombée la responsabilité concrète de situer la place des droits fondamentaux, et notamment de ceux consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme, dans la légalité communautaire. Après avoir proclamé que les actes communautaires devaient à peine de nullité être compatibles avec les droits fondamentaux de la personne, compris dans les principes généraux du droit dont elle assure le respect[10], la Cour a attendu 1974 pour mentionner explicitement comme source de ces droits fondamentaux « les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré », et encore, en précisant qu'ils pouvaient « fournir des *indications* dans le cadre du droit communautaire[11] ». Ultérieurement, par une sorte de processus de valorisation rampante, il a été fait expressément référence à la Convention européenne des droits de l'homme, « ratifiée par tous les États membres[12] », dont le juge communautaire finissait par admettre qu'elle revêtait une « signification

8. En ce sens, Vlad Constantinesco, *JDI*, 1997, p.516 ; Jean-François Renucci, D 1996, J, 449.

9. Voir les commentaires critiques de Jean-François Flauss, LPA, 1997, n° 91, p. 4 ; Georgio Gaja, *CMLRev*, 1996, p.973 ; Denys Simon, *Europe*, juin 1996, chron. n° 6 ; Olivier de Schuter et Yves Lejeune, *CDE*, 1996, p.555 ; Patrick Wachsmann, *RTDE*, 1996, p.467 ; Michel Walbroeck, *CDE*, 1996, p.549.

10. CJCE, 12 novembre 1969 ; « Stauder », 29/69, *Rec.*, p.419 ; 17 décembre 1970, « Internationale Handelsgesellschaft », 11/70, *Rec.*, p.1125.

11. CJCE, 14 mai 1974, « Nold », 4/73, *Rec.*, p.491 (italiques ajoutées). Sur la signification de ces formules, voir notamment Pierre Pescatore, « La CJCE et la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*

12. CJCE, 28 octobre 1975, « Rutili », 36/75, *Rec.*, p. 1219.

particulière[13] ». Mais cette évolution ne modifiait pas en profondeur le principe selon lequel la Convention européenne des droits de l'homme demeurait seulement une source matérielle et n'accédait pas au statut de source formelle de la légalité communautaire.

Ce n'est que beaucoup plus récemment que la Cour de justice a, semble-t-il, abandonné sa démarche de renvoi indirect à la Convention, conçue comme une « source d'inspiration » permettant de déduire des principes généraux du droit communautaire, pour s'orienter vers une pratique de référence directe aux dispositions de la Convention, appliquées en tant que telles. Particulièrement significatif à cet égard est l'arrêt rendu en matière de droit de la concurrence dans l'affaire dite des « treillis soudés », à l'occasion de laquelle la Cour de Luxembourg a condamné la durée excessive de la procédure contentieuse comme une violation de l'article 6 CEDH, et a décidé, conformément à la pratique fondée sur la Convention européenne des droits de l'homme, d'accorder une satisfaction équitable à la victime[14]. Cette évolution, qui peut être discernée également dans la pratique de certains avocats généraux[15], et qui se trouvera probablement amplifiée par les novations conventionnelles du traité d'Amsterdam, a pu conduire certains membres éminents de la Cour à estimer que la Convention européenne des droits de l'homme avait d'ores et déjà glissé du statut de source matérielle à celui de source formelle du droit communautaire des droits fondamentaux[16], comme si l'on était insensiblement passé

13. CJCE, 21 septembre 1989, « Hoechst », 46/87 et 227/88, *Rec.*, p. 2859 ; la formule est ensuite reprise de façon quasi rituelle (voir les références citées par Fabrice Picod, « Le juge communautaire et l'interprétation européenne », dans Frédéric Sudre (dir.), *L'Interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, p.289 *sq*.

14. CJCE, 17 décembre 1998, « Baustahlgewebe GmbH », C-185/95 P, *Rec.*, I, p. 8417, et les intéressantes conclusions de l'avocat général Léger, qui, pour être contraires, n'en concluent pas moins à l'applicabilité de l'article 6 CEDH. Pour une appréciation critique de la technique retenue pour évaluer la satisfaction équitable, voir nos observations, *Europe*, février 1999, comm. Denys Simon, n° 57. Voir également CJCE, 8 juillet 1999, Hüls AG, C-199/92, *Rec.*, I, p. 4287 ; Montecatini SpA, C-235/92 P, *Rec.*, I, p. 4539.

15. Voir par exemple concl. Jacobs, CJCE, 30 mars 1993, « Konstantinidis », C-168/91, *Rec.*, I, p. 1207, ou concl. Van Gerven, CJCE, 5 octobre 1994, « X », C-904/92 P, *Rec.*, I, p. 4737.

16. Jean-Pierre Puissochet, « La CJCE et les principes généraux du droit », *La Protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, LGDJ, 2000, p. 9. Voir également les conclusions du juge Puissochet au colloque de Nice (Joël Rideau [dir.], « De la communauté de droit à l'union de droit », à paraître), qui constate que « la réception des dispositions matérielles de la Convention dans l'ordre juridique communautaire par le biais des principes généraux du droit revêt un caractère purement formel et automatique et tout se passe comme si la Cour de justice appliquait directement la Convention ».

de l'« intégration douce » à l'« absorption[17] », ou de l'« emprunt » à l'« appropriation[18] ».

Mais en dépit de ce renforcement pratique du rôle joué par la Convention européenne des droits de l'homme dans la définition des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique communautaire, la Cour n'en a pas pour autant admis un quelconque changement de statut de la Convention, et notamment s'est soigneusement abstenue de reconnaître qu'elle pouvait, d'une manière ou d'une autre, *lier* la Communauté européenne. Si la Cour de justice admet que la Convention est une source d'inspiration privilégiée, il n'en reste pas moins vrai qu'elle « n'applique pas la Convention pour elle-même[19] ».

Or cette attitude de prudente réserve, manifestement délibérée, n'est pas seulement une coquetterie de juridiction suprême, dont les conséquences pourraient n'être que purement formelles. En effet, l'acceptation de la référence à la Convention européenne des droits de l'homme, comme la prise en compte d'autres règles relevant du droit international général, ne remet pas en cause la « prééminence de la logique communautaire[20] » : les emprunts à la Convention européenne des droits de l'homme, comme aux autres instruments internationaux auxquels la Communauté n'est pas partie, ne peuvent présenter, selon la jurisprudence de la Cour de justice, qu'un caractère sélectif, c'est-à-dire ne peuvent être opérés que sous bénéfice d'inventaire, pour autant que les droits ainsi garantis ne remettent pas en cause les bases spécifiques de l'ordre juridique communautaire. Comme l'a précisé la Cour, la sauvegarde de ces droits doit être assurée « dans le cadre de la structure et des objectifs des Communautés européennes[21] », ce qui signifie que « le prisme communautaire commande exclusivement le jeu des principes fondamentaux dans son ordre juridique : la finalité communautaire des droits fondamentaux détermine à la fois leur incorporation

17. Selon les formules de Frédéric Sudre, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme ? », *JCP*, 1998, I, 100.

18. Voir notamment Joël Andriantsimbazovina, « La CEDH et la CJCE après le traité d'Amsterdam : de l'emprunt à l'appropriation ? », *Europe*, octobre 1998, chron. 7.

19. Jean-Claude Bonichot, « L'application de la CEDH par les juridictions nationales, par l'intermédiaire de la CJCE », *Le Juge administratif français et la CEDH*, Colloque IDEDH, *RUDH*, 1991, p.231.

20. Selon l'expression de Fabrice Picod, art. cit., p. 305.

21. CJCE, 17 décembre 1970, « Internationale Handelsgesellschaft », 11/70.

et leur utilisation, voire parfois leur limitation[22] » ; en outre, « dans l'ordre communautaire, il apparaît de même légitime de réserver à l'égard de ces droits l'application de certaines limites justifiées par les objectifs poursuivis par la Communauté, dès lors qu'il n'est pas porté atteinte à la substance de ces droits[23] », ou qu'en tout cas il n'y a pas « intervention démesurée et intolérable qui porterait atteinte à la substance de ces droits[24] ».

On comprend alors la « formidable ambiguïté[25] » qui affecte le statut de la Convention européenne des droits de l'homme et, par voie de conséquence, les relations entre la Cour de Luxembourg et les organes de Strasbourg. Les positions contradictoires défendues par les avocats généraux sont d'ailleurs hautement significatives : si, pour certains, « comme chacun sait, la Convention européenne des droits de

l'homme ne fait pas directement partie du droit communautaire[26] », d'autres n'hésitent pas à affirmer de façon tout aussi péremptoire que « les dispositions de la Convention doivent être considérées comme partie intégrante du droit communautaire[27] ». Cette situation est d'autant plus préoccupante que les mêmes incertitudes affectent la jurisprudence de Strasbourg quant aux conditions d'application de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique communautaire.

---

22. Henri Labayle, *Droits fondamentaux et Droit européen*, *op. cit*., p. 81 ; Denys Simon, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, n° 14, p. 73 *sq*.

23. CJCE, 14 mai 1974, « Nold », 4/73, préc. Voir également dans le même sens CJCE, 13 décembre 1979, « Hauer », 44/79, *Rec.*, p.3727 ; 26 juin 1980, « National Panasonic », 136/79, *Rec.*, p. 2033 ; 8 octobre 1986, « Keller », 234/85, *Rec.*, p. 2897.

24. Parmi une jurisprudence abondante, voir par exemple CJCE, 13 juillet 1989, « Wachauf », 5/88, *Rec.*, p. 2609 ; 22 octobre 1991, « Van Deetzen », C-44/89, *Rec.*, I, p. 5119 ; 8 avril 1992, « Commission c. Allemagne », C-62/90, *Rec.*, I, p. 2575 ; 5 octobre 1994, « X c. Commission », C-404/92 P, *Rec.*, I, p. 4737. Pour des références plus systématiques, Fabrice Picod, art. cit., p. 307.

25. Jean-Michel Larralde, « Convention européenne des droits de l'homme et jurisprudence communautaire », *L'Union européenne et les Droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant 1999, p. 105 *sq*.

26. CJCE, 5 octobre 1994, « X c. Commission », C-404/92, *Rec.*, I, p. 4737.

27. Conclusions de l'avocat général Lenz, CJCE, 18 juin 1991, « ERT », C-260/89, *Rec.*, I, p. 2925.

La Reconnaissance Équivoque du Statut de la Communauté Européenne par la Cour Européenne des Droits de l'Homme

A priori, dans la mesure où la Communauté n'est pas partie à la Convention, les requêtes dirigées contre les institutions sont logiquement irrecevables *ratione personae*[28]. En revanche, la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme ont admis leur compétence *ratione personae* pour connaître des actes nationaux d'application du droit communautaire, en partant du principe selon lequel « on ne saurait [...] admettre que par le biais de transferts de compétence, les Hautes Parties contractantes puissent soustraire, du même coup, des matières normalement visées par la Convention aux garanties qui y sont édictées[29] ». Mais cette jurisprudence n'est pas dépourvue d'incertitudes. C'est ainsi que la Commission, tout en confirmant l'existence d'une compétence *ratione personae* pour statuer sur une mesure allemande en matière de droit de la concurrence[30], n'en a pas moins jugé qu'elle était incompétente *ratione materiae* au motif que le droit communautaire assurait une protection des droits fondamentaux équivalente à celle découlant de la Convention européenne des droits de l'homme. Il est vrai que, par la suite, la Commission a jugé que le refus d'une juridiction nationale de saisir la Cour de Luxembourg d'un renvoi préjudiciel était de nature à porter atteinte au droit à un procès équitable au sens de l'article 6 CEDH, si ce refus pouvait apparaître « comme entaché d'arbitraire[31] » ; de même la Cour européenne des droits de l'homme a admis de contrôler une loi française transposant pratiquement mot à mot une directive communautaire au regard de l'obligation de précision et de prévisibilité imposée par l'article 7

28. Comm. EDH, 10 juillet 1978, « CFDT », req. 8030/77, *DR* 123, p. 231 ; 9 décembre 1987, « Tête c. France », req. 11123/84, *DR* 54, p. 52 ; 19 janvier 1989, « Dufay », *DR* 4, p. 2209.

29. Comm. EDH, 9 décembre 1987, « Tête c. France », req. 11123/84, *DR* 54, p. 52.

30. Comm. EDH, 9 février 1990, « M. et Co. c. Allemagne », req. 13258/87, *DR* 64, p. 146. Selon la Commission, « aux termes de l'article 1er de la Convention, les États membres sont responsables des actes et omissions de leurs organes internes qui auraient violé la Convention, que l'acte ou l'omission soit effectué en application du droit ou des règlements internes ou des obligations internationales ». Voir sur cette affaire, obs. Gérard Cohen Jonathan et Jean-Paul Jacqué, *AFDI*, 1989, p.514.

31. Comm. EDH, 12 mai 1993, « Soc. Divagsa c. Espagne », *DR* 74, p. 274 ; 28 juin 1993, « Fritz et Nana S. c. France », *DR* 75, p. 39.

CEDH[32], d'examiner la compatibilité avec la Convention de mesures nationales d'application de règlements communautaires[33], ou encore de condamner un État membre pour violation de l'obligation d'exécution des décisions juridictionnelles à la suite d'un refus d'exécution d'arrêts du Conseil d'État grec imposant l'exécution d'un arrêt précédent de la Cour de justice des Communautés européennes[34].

Au-delà de ce contrôle de l'application par les États membres du droit communautaire dérivé, la Cour européenne des droits de l'homme a plus récemment, dans le désormais célèbre arrêt « Matthews »[35], reconnu sa compétence pour statuer sur la compatibilité avec l'article 3 du 1er protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme d'une mesure nationale faisant application de l'acte relatif à l'élection du Parlement européen, c'est-à-dire d'un acte conventionnel relevant du droit communautaire originaire. En effet, selon la Cour de Strasbourg, « le Royaume-Uni, conjointement avec l'ensemble des autres parties au traité de Maastricht, est responsable *ratione materiae* au titre de l'article 1er de la Convention, et, en particulier, de l'article 3 du protocole n° 1, des conséquences de ce traité ». La Cour évoque ainsi l'éventualité d'une responsabilité collective des États membres dans l'adoption d'un acte communautaire de droit originaire. Cette idée de responsabilité collective des États membres est à l'évidence de nature à étendre le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme dans le champ du droit communautaire, et de susciter de nouvelles interférences avec le contrôle opéré par la Cour de justice des Communautés européennes.

Dans le même ordre d'idées, on signalera la récente prise de position de la Cour de Strasbourg quant à la recevabilité d'une requête dirigée contre les quinze États membres de l'Union européenne[36]. Dans le souci de contourner l'incompétence *ratione personae* de la Cour européenne des droits de l'homme s'agissant de mesures prises par les ins-

32. Cour EDH, 15 novembre 1996, « Cantoni c. France », obs. Yves Petit, « Médicament, droit français, droit communautaire et Convention européenne des droits de l'homme », *Europe*, mars 1997, chron. 4.

33. Cour EDH, 28 septembre 1995, « Procola c. Luxembourg », série A, n° 326, obs. J. L. Autin et F. Sudre, *RFDA*, 1996, p.777. Voir également CEDH, 19 avril 1994, « Van de Hurk c. Pays-Bas », série A, n° 288, obs. F. Sudre, *JCP*, 1995, I, 3823, n° 14.

34. Cour EDH, 19 mars 1997, « Hornsby c. Grèce », obs. O. Dugrip et F. Sudre, *JCP*, 1997, II, 22949.

35. Cour EDH, 18 février 1999, « Matthews c. Royaume-Uni », req. 24833/94, *CMLRev*, 1999, p. 673, note H.J. Schermers ; G. Gori et F. Kauff-Gazin, *Europe*, janvier 2000, chron. 1.

36. Cour EDH, 4 juillet 2000, « Soc. Guérin Automobiles c. les quinze États membres ».

titutions communautaires, la requérante a tenté de mettre en cause la responsabilité collective des États membres, alors que ses griefs visaient le rejet de ses recours devant le Tribunal de première instance et la Cour de justice des Communautés européennes. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme est particulièrement intéressant, en tant qu'il rejette comme irrecevable la requête *ratione materiae,* comme échappant au champ des droits garantis par la Convention[37]. Mais la Cour prend bien soin de préciser qu'elle ne se prononce pas sur la recevabilité *ratione personae* de la requête, en indiquant que dans l'hypothèse où cette dernière n'aurait pas été irrecevable en tout état de cause, elle aurait été contrainte de statuer sur le débat portant sur la recevabilité d'une requête dirigée contre les quinze États contractants, qui sont en même temps membres de l'Union européenne. Il est donc remarquable que la Cour n'écarte pas toute perspective de responsabilité collective des États membres du fait du comportement des institutions communautaires.

Ce bref rappel des positions de la juridiction de Strasbourg quant au statut de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique communautaire démontre bien que toutes les questions ne sont pas définitivement réglées, et surtout que les zones d'interférence entre les compétences respectives de la Cour européenne des droits de l'homme et de la Cour de justice des Communautés européennes sont susceptibles de s'accroître.

De la Coexistence à la Convergence

En dépit des incertitudes qui, comme on vient de le voir, caractérisent les relations entre les systèmes normatifs communautaire et européen, il était inévitable que les intersections entre les deux ordres conduisent les juridictions chargées de dire le droit dans chacun de ces ordres à une reconnaissance mutuelle de leur logique respective.

Une première approche permet de mettre en évidence le jeu croisé des influences entre les pratiques des deux Cours.

D'une part – et c'est le mouvement qui a été le plus souvent souligné –, la Cour de justice des Communautés européennes s'est progres-

37. Les griefs articulés par la requérante visaient en effet non l'incompatibilité avec les articles 6 et 13 CEDH de la réglementation existante ou de son application, mais entendait obtenir des garanties supplémentaires en matière d'information sur les procédures et délais de recours contentieux.

sivement approprié le droit de la Convention européenne des droits de l'homme, et surtout s'est peu à peu accoutumée à appliquer les règles de la Convention selon l'interprétation qui leur avait été donnée par les organes de Strasbourg. Cette tendance ne s'est toutefois dessinée que par étapes. Dans un premier temps, la Cour de justice évitait toute référence formelle à l'interprétation des droits fondamentaux dégagée par la Commission ou la Cour européenne des droits de l'homme des stipulations de la Convention européenne. Soit elle estimait que l'interprétation européenne de la disposition pertinente de la Convention était inadéquate dans le contexte communautaire[38], soit elle jugeait qu'il n'existait pas de jurisprudence véritablement pertinente[39], soit elle souhaitait manifestement protéger l'autonomie du système communautaire[40], mais, en tout état de cause, elle se livrait à une interprétation
42 autonome des dispositions de la Convention. Cette attitude a d'ailleurs pu conduire à de véritables divergences de jurisprudence, comme dans le célèbre exemple de la protection au titre de l'article 8 CEDH des locaux commerciaux[41]. Toutefois, même si elle n'a pas totalement disparu[42], cette réticence à tenir compte de la jurisprudence de la Cour européenne devait progressivement s'atténuer : c'est ainsi que le juge communautaire s'est délibérément abstenu de se prononcer, dans l'affaire relative à l'interruption volontaire de grossesse en Irlande[43], sur la portée de l'article 10 CEDH, probablement dans l'attente de la décision de la Cour européenne des droits de l'homme, saisie en parallèle[44],

38. CJCE, 13 décembre 1979, « Hauer », 44/79, *Rec.*, p. 3727 (à propos du droit de propriété) ; 9 octobre 1980, « Van Landewyck », 209 à 215 et 218/78, *Rec.*, p.3125 (à propos de l'application de la jurisprudence relative à l'article 6 CEDH aux procédures devant la Commission européenne) ; 7 mars 1983, « SA Musique Diffusion française », 100 à 103/80, *Rec.*, p. 1825.

39. CJCE, 18 octobre 1989, « Orkem », 374/87, *Rec.*, p. 3283 ; « Solvay », 27/88, *Rec.*, p. 3555 (à propos de la reconnaissance du droit de ne pas témoigner contre soi-même).

40. CJCE, 18 octobre 1990, « Dzodzi », C-297/88 et C-197/89, *Rec.*, I, p. 3763.

41. La Cour de Luxembourg refusait de considérer les locaux professionnels comme bénéficiant de la même protection que le domicile privé (CJCE, 21 septembre 1989, « Hoechst », 46/87 et 227/88, *Rec.*, p. 2859 ; 17 octobre 1989, « Dow Benelux », 85/87, *Rec.*, p. 3137), tandis que la Cour de Strasbourg avait considéré que l'article 8 offrait également des garanties de protection pour les locaux professionnels (Cour EDH, 30 mars 1989, « Chappell c. Royaume-Uni », série A, n° 152).

42. Y compris dans les hypothèses de contradictions de jurisprudence : s'agissant de la non-application des garanties de l'article 8 CEDH aux locaux professionnels, et alors même que la Cour européenne des droits de l'homme a confirmé son interprétation (Cour EDH, 16 décembre 1992, « Niemietz c. Allemagne », série A, n° 251-B), la juridiction communautaire persiste et signe (TPI, 20 avril 1999, LVM, T-305 à 307, 314 à 316, 325, 328, 329 et 335/94, *Rec.*, II, p. 931).

et de façon à éviter une divergence de jurisprudence. Enfin, la Cour de Luxembourg, comme d'ailleurs le Tribunal de première instance, n'hésitent plus à faire expressément référence à la jurisprudence de Strasbourg en vue d'interpréter les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, qu'il s'agisse de l'égalité de traitement des transsexuels[45], du principe de légalité des délits et des peines[46], de la liberté de la presse[47], d'égalité de traitement des homosexuels[48] ou de respect de la vie privée[49]. Encore plus significatif est l'arrêt précité rendu dans l'affaire des treillis soudés, où la Cour de justice s'approprie les critères dégagés pour la définition du délai raisonnable par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative à l'article 6 CEDH, en citant explicitement les arrêts pertinents de cette dernière[50]. De plus, dans cette même affaire, la Cour de justice accorde, fût-ce dans des conditions discutables[51], une satisfaction équitable à la requérante en suivant la démarche classique de la Cour européenne des droits de l'homme.

Il est donc incontestable que, de plus en plus, la Cour de Luxembourg s'approprie la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, en réduisant ainsi les germes d'incohérence qui pourraient découler de la dualité des mécanismes de contrôle du respect des droits fondamentaux.

D'autre part et inversement, la Cour européenne des droits de l'homme tient compte de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. En effet, contrairement à certaines visions

---

43. CJCE, 4 octobre 1991, « The Society for the Protection of Unborn Children/ Grogan », C-159/90, *Rec.*, I, p. 4685.

44. Cour EDH, 29 octobre 1992, « Open Door c. Irlande », série A, n° 246. Sur les relations entre les deux Cours dans cette affaire, voir par exemple Joël Rideau et Jean-François Renucci, « Dualité de la protection européenne des droits fondamentaux : atout ou faiblesse de la sauvegarde des droits de l'homme ? », *Justices*, 1997, n° 6, p. 95 ; François Rigaux, « La diffusion d'informations relatives aux interruptions médicales de grossesse et la liberté d'expression », *RTDH*, 1993, p. 345.

45. CJCE, 30 avril 1996, « P/S et Cornwall County Council », C-13/94, *Rec.*, I, p.1763

46. CJCE, 12 décembre 1996, « Procédures pénales contre X », C-74/95 et C-129/95, *Rec.*, I, p. 6609, *Europe*, février 1997, comm. A. Rigaux et D. Simon, n° 30.

47. CJCE, 26 juin 1997, « Familiepress », C-368/95, *Europe*, août-sept. 1997, comm. D. Simon, n° 273.

48. CJCE, 17 février 1998, « Grant », C-249/96, *Rec.*, I, p.621.

49. CJCE, 5 octobre 1994, « X c. Commission », C-404/92 P, *Rec.*, I, p.4737 ; TPI, 11 mars 1999, Gaspari, T-66/98.

50. CJCE, 17 décembre 1998, « Baustahlgewebe GmbH », C-185/95 P, obs. Frédéric Sudre, *RTDH*, 1999, n° 39.

51. Sur les critiques qui peuvent être adressées au mode de raisonnement de la Cour de justice, voir nos observations, *Europe*, février 1999, comm. n° 57.

simplificatrices, la circulation des raisonnements juridiques s'est opérée dans les deux sens, et l'acculturation juridique entre Strasbourg et Luxembourg a été réciproque[52].

On relèvera tout d'abord que la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu très clairement la spécificité de l'ordre juridique communautaire. C'est ainsi qu'elle admet que l'originalité du processus d'intégration, de même que la mise en place d'une citoyenneté de l'Union, influent sur l'interprétation du principe de non-discrimination à raison de la nationalité[53], ou encore que l'organisation particulière du renvoi préjudiciel de l'article 234 (ex-art. 177) CE doit être prise en compte pour apprécier le respect du délai raisonnable des procédures contentieuses[54]. Plus nettement encore l'arrêt « Matthews » précité reconnaît explicitement qu'elle doit prendre en considération les

« changements structurels » opérés par les traités communautaires, la « nature *sui generis* de la Communauté européenne », et le « système juridique propre » que représente l'ordre communautaire[55].

On a pu mettre en évidence par ailleurs une série de domaines dans lesquels la jurisprudence de la Cour de justice a, semble-t-il, directement inspiré l'interprétation retenue par la Cour européenne des droits de l'homme[56]. Qu'il s'agisse du droit de ne pas témoigner contre soi-même[57], du droit au nom[58], du droit de tenir secret son état de santé[59], la Cour de Strasbourg a manifestement intégré les avancées de la jurisprudence communautaire, parfois en y faisant expressément référence.

Ce rapprochement entre les pratiques respectives des deux Cours – qui n'exclut pas toujours, comme on l'a vu, des incidents de frontières

---

52. Pour une remarquable démonstration de ce phénomène d'ensemencement réciproque, voir Frédéric Sudre, « L'apport du droit international et européen à la protection des droits fondamentaux », contribution précitée au colloque de la SFDI de Bordeaux, Paris, Pedone, 2000.

53. Cour EDH 18 février 1991, « Moustaquim », série A, n° 193 ; 27 avril 1995, « Piermont », série A, n° 314 ; 7 août 1996, « Chorfi c. Belgique », *Rec.*, 1996, p. 915.

54. Cour EDH, 26 février 1998, « Pafitis c. Grèce », n°s 163/1996/782/983.

55. Cour EDH, 18 février 1999, « Matthews c. Royaume-Uni », req. 24833/94.

56. Voir notamment la communication de Frédéric Sudre au colloque de Bordeaux de la SFDI, *Droit international et Droit communautaire, perspectives actuelles*, *op. cit.*, p. 183.

57. CJCE, 18 octobre 1989, « Orkem », 374/87, *Rec.*, p. 3283 ; Cour EDH, 25 février 1993, « Funke », série A, n° 256-A.

58. CJCE, 30 mars 1993, « Konstantinidis », C-168/91, *Rec.*, I, p.1191 ; Cour EDH, 22 février 1994, « Burghartz c. Suisse », série A, n° 280-B.

59. CJCE, 5 octobre 1994, « X c. Commission », préc. Cour EDH, 25 février 1997, « Z c. Finlande », *Rec.*, 1997, p.323.

et des poches de conflit localisés – peut être confirmé si l'on adopte une autre approche des jurisprudences de Luxembourg et de Strasbourg. En même temps qu'on peut mettre en évidence une convergence croissante dans les solutions retenues en vue de protéger les droits garantis par la Convention et intégrés à la légalité communautaire, il est tout aussi significatif que les deux juridictions, chacune dans leur ordre, aient développé des méthodes d'interprétation similaires.

Il en va d'abord ainsi concernant l'affirmation de la spécificité, par rapport au droit international général, du système communautaire par la Cour de justice, et du système européen par la Cour européenne des droits de l'homme. La parenté des formulations utilisées est d'ailleurs frappante : pour la Cour de Strasbourg, la Convention est considérée comme l'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen[60] » ; pour la Cour de Luxembourg, les traités communautaires sont qualifiés de « charte constitutionnelle d'une Communauté de droit[61] ». Dans les deux cas, il s'agit d'affirmer l'autonomie des corpus juridiques certes fondés sur des traités internationaux, mais qui, au-delà de leur patrimoine génétique interétatique, ont acquis une autonomie qui justifie l'usage d'un vocabulaire constitutionnel[62]. Il est d'ailleurs remarquable que les deux juridictions reconnaissent le caractère autonome et la nature spécifique de l'ordre juridique de l'autre, la Cour de Strasbourg admettant clairement la spécificité de la construction communautaire[63], et la Cour de Luxembourg accordant à la Convention européenne des droits de l'homme un statut privilégié par rapport aux autres instruments internationaux de protection des droits de l'homme.

Cette vision globale se traduit concrètement par une approche analogue s'agissant du recours à des notions autonomes. On connaît la recherche systématique par la Cour européenne des droits de l'homme d'un sens propre au contexte de la Convention des concepts usités dans les droits nationaux[64] ; on sait également que la Cour de justice a développé une véritable doctrine du « sens communautaire », en refusant de

60. Cour EDH, 23 mars 1995, « Loyzidou c. Turquie », série A, n° 310.

61. CJCE, 14 décembre 1991, avis 1/91, *Rec.*, I, p. 6079. Sur les implications de la notion de communauté de droit, Denys Simon, « La Communauté de droit », colloque de Montpellier, « Réalités et perspectives du droit communautaire des droits fondamentaux », 4-5 novembre 1999, Bruxelles, Bruylant, 2000.

62. Pour une analyse plus systématique de cette problématique, Denys Simon, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », Rapport général au colloque de Bordeaux de la SFDI, *op. cit.*, p. 209 *sq*.

63. Cour EDH, 18 février 1999, « Matthews c. Royaume-Uni », req. 24833/94.

se laisser enfermer dans les définitions juridiques des droits nationaux des États membres.

La comparaison entre leurs jurisprudences respectives permet également d'identifier une profonde parenté dans le raisonnement juridictionnel visant à reconnaître aux États parties une certaine « marge d'appréciation » dans la mise en œuvre des droits garantis[65]. Sans qu'il soit possible ici d'en apporter la démonstration exhaustive[66], il apparaît que le jeu du principe de proportionnalité comme instrument régulateur de l'intensité du contrôle est tout à fait comparable dans la pratique juridictionnelle de Strasbourg et de Luxembourg. La référence au standard d'une société démocratique, à l'aune duquel doit être appréciée la légitimité de l'ingérence dans l'exercice des droits fondamentaux, est d'ailleurs commune aux deux Cours[67].

46 Ce résultat n'apparaît pas étonnant, dans la mesure où, ainsi qu'il a été souvent relevé[68], les deux juridictions font appel à la même combinatoire des méthodes d'interprétation qui marquent la spécificité de leur approche juridictionnelle. La place accordée à l'interprétation systématique des textes fondateurs, notamment grâce aux techniques de l'effet utile intensif, de l'interprétation évolutive et du but actualisé[69],

---

64. Pour un bilan exhaustif, Frédéric Sudre, « Le recours aux "notions autonomes" », *L'Interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.,* p. 93 *sq.* ; F. Picod, art. cit., 316 *sq*.

65. Sur ce point, Walter Ganshof van der Meersch, « Le caractère "autonome" des termes et la "marge d'appréciation" des gouvernements dans l'interprétation de la CEDH », *Protecting Human Rights. The European Dimension*, *Studies in Honour of G.J. Wiarda*, *op. cit.*, p. 201 sq. ; Pierre Lambert, « Marge d'appréciation et contrôle de proportionnalité », *L'Interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit*., p. 63 *sq.* ; E. Kastanas, *Unité et Diversité, notions autonomes et marge d'appréciation des États dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996.

66. On pourrait ainsi dans cette perspective procéder à l'inventaire des solutions inspirées du même mode de raisonnement, à propos des différents droits fondamentaux garantis : par exemple, la reconnaissance par le juge communautaire d'une marge d'appréciation des États membres s'agissant de la liberté de circulation justifiée par des motifs de moralité publique (CJCE, 27 octobre 1977, « Bouchereau », 30/77, *Rec.*, p. 1999 ; 14 décembre 1979, « Henn et Darby », *Rec.*, p. 3796) a pu être influencée par le mode de raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH, 7 décembre 1976, « Handyside », série A, n° 24 ; 20 septembre 1995, « Otto Preminger Institut », série A, n° 295-A).

67. Voir par exemple dans la jurisprudence communautaire CJCE, 28 octobre 1975, « Rutili », 36/75, *Rec.*, p. 1219 ; sur le standard de la société démocratique dans la jurisprudence de la Cour européenne , notamment Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme*, Paris, PUF, 4e éd. 1999, § 109.

68. Voir par exemple Fabrice Picod, art. cit., 323 *sq.* ; François Ost, « Originalité des méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme », dans Mireille Delmas Marty (dir.), *Raisonner la raison d'État*, Paris, PUF, 1989, p. 405 *sq*.

donne une grande homogénéité aux deux jurisprudences, et surtout expriment un souci commun de libérer le sens des traités communautaires comme de la Convention européenne des droits de l'homme d'une vision subjective et rétrospective, reposant exclusivement sur l'intention initiale des « maîtres des traités ».

Toutefois, avant de conclure euphoriquement à un rapprochement asymptotique des deux Cours, il convient de noter que ni la reconnaissance réciproque de leur statut et de leur fonction, ni la convergence ponctuelle des solutions, ni le recours à des valeurs et à des standards communs, ni la cohérence des méthodes d'interprétation, ne lèvent tous les risques inhérents à leur coexistence.

L'Avenir des Relations entre les deux Cours : Concurrence, Fusion, Duopole ?

Il est clair qu'il existe des tendances fortes à l'approfondissement des relations et au rapprochement des pratiques entre les deux juridictions appelées à se prononcer sur le respect des droits fondamentaux dans les États membres de l'Union européenne et du Conseil de l'Europe. Mais certaines évolutions récentes peuvent susciter de légitimes inquiétudes quant à la poursuite du mouvement. Il en est ainsi en particulier de l'autonomisation croissante du système communautaire de protection des droits fondamentaux.

Tout d'abord, ainsi qu'il l'a déjà été abondamment montré[70], le traité d'Amsterdam, alors même qu'il intègre davantage la Convention européenne des droits de l'homme à l'ordre juridique de la Communauté et de l'Union, pourrait avoir pour effet d'enclencher un processus de marginalisation du système européen de protection des droits de l'homme. L'« intégration douce de la CEDH dans le traité communautaire », qu'elle soit réalisée sous forme d'incorporation indirecte[71] ou d'incorporation directe comme dans le domaine du droit d'asile[72], conduit insensiblement à une absorption, voire à une « vampirisation[73] » de la Convention par l'ordre communautaire. Même si l'on

69. Sur les techniques mises en œuvre, Denys Simon, *L'Interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales, morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981.

70. En particulier Frédéric Sudre, « La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam, vers un nouveau système européen des droits de l'homme ? », *JCP*, 1998, I, 100.

peut se féliciter de ce renforcement de la garantie des droits de l'homme dans l'ordre juridique communautaire, il n'en demeure pas moins qu'il est pratiqué *au sein du système communautaire lui-même* et en dehors de toute perspective de contrôle du respect des droits ainsi garantis par la Cour européenne, qui est pourtant le juge naturel de la Convention. Or il faut rappeler que la Cour de justice des Communautés européennes a certes intégré au bloc de légalité communautaire les droits fondamentaux, notamment et prioritairement ceux qui sont garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, mais à travers le « prisme communautaire », qui justifie le filtrage interprétatif opéré au nom de la spécificité de l'ordre juridique communautaire. Le risque n'est alors pas négligeable de voir se développer des divergences d'interprétation, voire une sorte de double standard, à propos de la garantie de droits

théoriquement protégés sur la base des mêmes dispositions conventionnelles. Par ailleurs, on sait que la Cour ne contrôle le respect par les États membres des droits issus de la Convention que « dans le champ du droit communautaire[74] » : selon l'interprétation donnée à cette formulation, qui joue en pratique le rôle de critère de répartition des compétences entre les deux Cours, le danger peut se concrétiser, de conflits négatifs ou positifs, voire de conflits de décisions au fond dans des affaires identiques. Cette situation n'est pas de nature à faciliter la tâche des juridictions nationales, qui sont à fois juges de droit commun de la Convention et juges de droit commun du droit communautaire.

Le processus d'autonomisation de la défense des valeurs fondamentales et des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire prend une autre forme, qui doit également être évoquée alors précisément qu'est en cours de finalisation l'élaboration d'une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Depuis que la perspective de l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme n'est plus à l'ordre du jour, notamment à la suite de l'avis

---

71. Voir les articles 6 §1 et 2, 46 et 49 TUE, ainsi que le mécanisme de sanctions de l'article 309 CE.

72. Voir sur ce point Henri Labayle, « Un espace de liberté, de sécurité et de justice », *RTDE*, 1997, p. 813.

73. Selon le terme évocateur de Vlad Constantinesco, « Le renforcement des droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », *Le Traité d'Amsterdam, réalités et perspectives*, Paris, Pedone, 1999, p. 33 *sq*.

74. Il est significatif que le projet de Charte des droits fondamentaux en cours accentue encore sur cette limite en précisant que les États membres sont destinataires de la charte « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union » (art. 49 du projet, 28 juillet 2000/CONVENT 45).

négatif de la Cour de justice[75] et de l'absence de volonté politique collective des États membres, l'idée d'un catalogue autonome des droits fondamentaux a refait surface, et a conduit, sur la base du mandat du Conseil européen de Cologne, à la préparation d'un document qui devrait être adopté avant la fin de l'année 2000. Certes, ce texte tient compte de l'existence de la Convention européenne des droits de l'homme, conçue comme le standard de base en matière de protection[76]. Mais il est indéniable que, si elle est adoptée et si elle se voit reconnaître une valeur contraignante, la Charte communautaire contribuera à séparer encore davantage le système de protection des droits fondamentaux dans le cadre de l'Union et celui de la Convention européenne des droits de l'homme, même si cela ne fait pas disparaître à l'évidence les interférences entre la pratique des deux juridictions. Il est clair toutefois qu'une telle situation ne peut qu'aggraver les conflits d'allégeance auxquels risquent d'être exposés les juges nationaux.

Aucun modèle univoque ne peut donc permettre de répondre à la question des influences réciproques des deux Cours européennes. Leurs rapports sont à la fois dialectiques, évolutifs et complexes. Sans doute serait-il souhaitable que la « concurrence » sur le « marché » européen de la garantie des droits de l'homme soit mieux régulée.

75. Avis 2/94 du 28 mars 1996 préc.
76. Voir notamment l'article 50 §3 du projet de Charte (préc.).

RÉSUMÉ

Les relations entre les deux Cours européennes sont rendues complexes par les incertitudes qui affectent le statut du droit de la Convention européenne des droits de l'homme devant la Cour de Luxembourg comme le statut du droit communautaire devant la Cour de Strasbourg. L'influence réciproque, voire la convergence de leurs jurisprudences, les recours à des standards communs, la cohérence des méthodes d'interprétation ne lèvent pas cependant tous les risques inhérents à leur coexistence, compte tenu notamment de l'autonomisation croissante du système communautaire de protection des droits fondamentaux.

Philippe Manin

LES EFFETS DES JURIDICTIONS EUROPÉENNES SUR LES JURIDICTIONS FRANÇAISES

Toute juridiction étatique peut être amenée à tenir compte de l'existence et des décisions d'une juridiction « étrangère ». Mais les juridictions « européennes »[1] occupent *a priori* une place à part, car elles sont fondées sur des traités dont l'effet, vis-à-vis du droit français, est particulièrement étendu. En effet, leurs dispositions – en règle générale – non seulement priment sur celui-ci, mais encore et surtout sont directement applicables et peuvent être invoquées par tout intéressé, en particulier devant les juridictions françaises. Il est donc intéressant de s'interroger sur les effets que peut avoir, pour les juridictions françaises, la place spécifique qu'occupent les juridictions européennes.

La première question qui se pose est celle de savoir si les décisions des juridictions européennes – et donc leur jurisprudence – ont un effet particulier à l'égard des juridictions françaises.

Moins évidente en revanche est la question de savoir si les juridictions françaises ne se trouvent pas dans une relation organique – de dépendance ? hiérarchique ? – particulière à l'égard des juridictions européennes. Sur ce point, le système communautaire se sépare radica-

1. Les analyses relatives à la Convention européenne seront fondées sur le système juridictionnel tel qu'il résulte du protocole n° 11. En ce qui concerne les Communautés, l'on rappelle que la Cour de justice et le Tribunal de première instance sont communs aux trois Communautés. Depuis le traité d'Amsterdam, la Cour de justice s'est vu confier des compétences assez importantes pour ce qui concerne le titre VI du traité sur l'Union européenne, « Dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale ». Néanmoins, l'on se limitera à la partie « communautaire », étant par ailleurs entendu qu'aujourd'hui, et depuis longtemps, les traités CECA et EURATOM n'occupent plus qu'une place assez marginale à côté du traité CE.

lement de celui des droits de l'homme, car il a institué un système de coopération judiciaire original et d'une grande utilité.

Les Effets de la Jurisprudence Européenne

Il est important de bien mesurer la place considérable qu'occupe la jurisprudence dans les deux systèmes européens avant de voir leurs effets sur les juridictions françaises.

L'importance de la jurisprudence dans le système de la Convention et dans les Communautés

Les missions respectivement confiées à la Cour européenne des droits de l'homme et à la Cour de justice des Communautés européennes par
52 les traités constitutifs sont conçues en termes différents. En effet, aux termes de l'article 19 de la CEDH, « afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la présente Convention et de ses protocoles, il est institué une Cour européenne des droits de l'homme… », alors qu'aux termes de l'article 220 du traité CE « la Cour de justice assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité[2] ». La formulation de l'article 19 reste ainsi, par sa référence aux engagements pris par les États parties, marquée par l'esprit du droit international. En revanche, les dispositions des traités communautaires font davantage apparaître la Cour, à l'instar d'une juridiction étatique, comme étant l'arbitre juridique suprême d'un système autonome[3].

---

2. Texte identique à l'article 136 du traité EURATOM. L'article 31 du traité CECA se lit comme suit : « La Cour assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité et des règlements d'exécution. » L'article 32 de la CEDH sur la compétence de la Cour utilise une formulation proche de celle des traités communautaires : « La compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34 et 47. »

3. La Cour de justice a, elle-même, contribué à accentuer cet aspect des choses en insistant sur la spécificité du traité CE par rapport aux traités internationaux « ordinaires », n'hésitant pas à qualifier celui-ci, dans le dernier état de sa jurisprudence, de « charte constitutionnelle d'une communauté de droit » (arrêt du 23 avril 1986, « Parti écologiste Les Verts c. Parlement », aff. 294/83 et avis 1/91 du 14 décembre 1991 relatif à l'accord visant à instituer un « espace économique européen »). La mission des organes juridictionnels est définie uniquement par rapport à la Cour. En effet, le Tribunal de première instance, qui a été créé bien après elle, est seulement « adjoint » à la Cour (article 225 CE). Cela n'empêche pas le tribunal, auquel sont dévolus, en première instance, des pans de contentieux très importants, de jouer un rôle essentiel.

Le rôle des deux Cours – au-delà des particularités propres à chacun des deux systèmes contentieux – est cependant fondamentalement identique. Il s'agit en effet pour elles de donner une solution à des litiges (ainsi que, le cas échéant, de donner des avis) en se fondant sur les dispositions des traités constitutifs. Il leur faut donc, comme l'article 220 CE l'indique, interpréter ces dispositions. L'imprécision – inévitable au demeurant – ainsi que le caractère lacunaire des traités ont conduit, dans les deux cas, l'organe juridictionnel[4] à « compléter », par sa jurisprudence, de façon extrêmement substantielle, les dispositions conçues par les parties contractantes.

Cependant, s'il n'y a pas de différence de nature entre les deux systèmes pour ce qui concerne l'effet « constructeur » de la jurisprudence, il y a probablement une différence de degré. Dans le cas de la CEDH, il ne fait pas de doute que l'apport de la jurisprudence, dans l'éclaircissement de la signification et de la portée des articles du titre I, est considérable. Ainsi, pour donner l'exemple le plus significatif, les décisions de la Cour ont précisé et enrichi le concept de « droit à un procès équitable » de l'article 6. Néanmoins, il est certain que les articles du titre I de la Convention – et notamment l'article 6 – contiennent déjà des éléments de substance assez importants sur lesquels les organes juridictionnels ont dû s'appuyer. Par ailleurs, la jurisprudence n'a pas eu pour effet de poser des principes généraux concernant, par exemple, la nature des rapports entre la Convention et ses organes et les États parties. Dès lors, le caractère direct du lien entre le traité fondateur et les décisions de justice demeure constamment apparent.

Dans le cadre communautaire, compte tenu du caractère beaucoup plus global du traité[5], l'effet de la jurisprudence est plus diversifié et plus ample. Restant tout d'abord dans un cadre classique, la jurisprudence, à l'instar de celle des organes de la Convention, a servi et sert encore à interpréter les termes et expressions contenus dans les traités[6]. Mais, en

4. Cette constatation vaut évidemment aussi pour la CEDH dans l'état précédant le protocole n°11.

5. Ce caractère est notamment exprimé par le 1er alinéa du traité de Maastricht qui a créé l'Union européenne : « […] résolus à franchir une nouvelle étape dans le processus d'intégration européenne engagé par la création des Communautés européennes ».

6. Voir, par exemple, la jurisprudence sur le sens d'expressions telles que « mesures d'effet équivalent à des restrictions quantitatives » (article 28) ou « impositions intérieures » (articles 95 et 96). Cette jurisprudence a eu un effet pratique considérable sur la définition extensive du principe de libre circulation des marchandises dans la Communauté. La contribution de la jurisprudence a été aussi considérable pour élargir, le plus vite possible, le concept

se fondant principalement sur une interprétation de l'ensemble du traité, la Cour a aussi posé un grand nombre de principes essentiels relatifs à la nature même du système communautaire et aux rapports entre son ordre juridique et celui des États membres. Elle a contribué a établir une théorie générale de la répartition des compétences entre la Communauté et les États membres que les traités constitutifs n'ont pas réellement définie[7].

Dans le domaine de la hiérarchie des normes, la place croissante donnée aux principes généraux et, plus particulièrement, aux « droits fondamentaux », ainsi que leurs liens avec la Convention européenne, est une conséquence de la jurisprudence[8]. Mais l'on ne saurait finalement mieux illustrer l'importance de la jurisprudence qu'en rappelant que ni le principe général de l'applicabilité directe du droit communautaire, ni celui de la primauté du droit communautaire sur celui des États membres, qui sont évidemment des principes essentiels pour l'ensemble du système, ne sont posés par les traités constitutifs. La Cour les a donc « dégagés » à partir d'une interprétation globaliste et finaliste des traités[9]. Par ce dernier aspect, la Cour a été probablement plus loin, dans son action « constructrice », que la Cour suprême d'un État fédéral.

L'effet de la jurisprudence européenne sur les juridictions françaises

Les pouvoirs des Cours européennes à l'égard des ordres juridiques nationaux sont très inférieurs à ceux des juridictions nationales. Dans le cas de la Convention européenne, la Cour peut seulement, dans le

---

du droit d'établissement des ressortissants communautaires sur l'ensemble du territoire communautaire ou celui de libre prestation de services à l'intérieur de ce territoire.

7. L'incidence de la jurisprudence de la Cour a été considérable dans tous les aspects du problème. Elle est particulièrement évidente dans celui de la détermination de l'étendue des compétences dites « internationales » ou « extérieures » de la Communauté. Voir Jean Raux, *JCL*, *Europe*, fasc. 2202.

8. Le traité de Maastricht n'a fait qu'entériner la jurisprudence en disposant que « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ».

9. Le traité CE n'emploie l'expression « applicabilité directe » qu'à l'égard des règlements (art. 249). La théorie de l'applicabilité directe a atteint, aujourd'hui, un degré de développement et de sophistication extrêmes, uniquement sur la base de la jurisprudence. Le principe de primauté a été posé, en tant que tel, par la Cour dès 1963 et 1964. Elle n'a cessé ensuite d'en tirer les conséquences dans des domaines divers comme, par exemple, celui de la responsabilité des États membres à l'égard des personnes victimes d'une mauvaise application du droit communautaire du fait de l'État mis en cause.

cadre d'une instance donnée, « condamner » l'État mis en cause[10]. Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses protocoles, il découle de l'article 41 que l'État mis en cause doit « effacer », aussi parfaitement que possible, les conséquences de la violation et que, si tel ne peut être le cas, la Cour accordera à la partie lésée « une satisfaction équitable ». La « satisfaction équitable », qui se traduit par la condamnation de l'État à verser une somme d'argent au requérant[11], a évidemment un effet sur l'ordre juridique national. Mais celui-ci est finalement très limité dans la mesure où il a pour seule conséquence une décision particulière et n'entraîne aucune modification de disposition de portée générale. « L'effacement », par les moyens du droit interne, des conséquences de la violation est finalement de même nature. Il s'agit en effet, pour l'État, de prendre une décision concernant le requérant et qui devra avoir pour effet de faire disparaître la violation de la Convention[12].

Dans le cadre communautaire, un État ne peut se voir mis en cause devant la Cour que dans le cadre de l'action dite « en manquement[13] ». Dans cette hypothèse, un État membre est mis en cause pour « infraction » au droit communautaire[14]. Si la Cour constate l'existence d'un manquement, l'État est dans l'obligation de prendre les mesures nécessaires pour le faire disparaître[15]. Les mesures qui ont pour objet de

10. Un État peut être mis en cause par un autre État pour « tout manquement aux dispositions de la Convention et de ses protocoles » (art. 33). Il peut aussi être mis en cause « par toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers » pour violation d'un ou de plusieurs droits reconnus par la Convention (art. 34).

11. Il est arrivé – de façon exceptionnelle – que la Cour estime que la seule constatation de la violation constitue une « satisfaction équitable » ; voir sur ce point, Cour EDH, 23 septembre 1998, « Mc Lood c. Royaume-Uni », n°72/1997/856/1065.

12. La notion « d'effacement » sous-entend la disparition *ab initio* de la violation, ce qui est, en fait, très difficile, voire impossible. C'est pourquoi la Cour a pris de plus en plus l'habitude – pour mettre fin au contentieux et éviter d'avoir à se prononcer, par un nouvel arrêt, sur le point de savoir si l'État condamné a bien « effacé » les conséquences de la violation – de constater, dans un seul et même arrêt, la violation et de condamner l'État à verser une « satisfaction équitable ».

13. Les autres grandes catégories de recours ont pour objet de mettre en cause les institutions communautaires (recours en annulation, recours en carence) ou la Communauté en tant que telle (recours en responsabilité extracontractuelle). L'on rappelle qu'une demande de réparation contre un État de la part d'une personne victime d'une violation du droit communautaire ne peut être présentée que devant les juridictions de cet État.

14. La procédure est à l'initiative de la Commission (art. 226 CE) ou de tout État membre (art. 227 CE). Mais ce deuxième cas est rarissime.

15. Depuis le traité de Maastricht, il existe une procédure de sanction contre l'État qui n'a pas appliqué l'arrêt. L'État peut se voir condamner par la Cour à payer une somme forfaitaire ou une astreinte aussi longtemps qu'il n'aura pas appliqué l'arrêt (art. 228 CE).

mettre fin à un manquement peuvent se traduire par des décisions particulières qui n'auront qu'un effet faible sur le contenu de l'ordre juridique de l'État condamné. Mais ceci ne correspond pas à la réalité de ces actions. En effet, le plus souvent, un État est mis en cause, par la Commission, pour une non-conformité de son ordre juridique au droit communautaire[16]. Dès lors, l'arrêt en manquement a pour effet principal d'imposer à l'État de modifier ses lois et/ou ses règlements, voire la jurisprudence de ses tribunaux si elle n'est pas conforme aux prescriptions du droit communautaire[17].

Ainsi, dans les deux cas, les Cours européennes ne disposent pas des pouvoirs les plus radicaux dont peuvent disposer des juridictions étatiques : le pouvoir d'annuler ou de déclarer invalide une disposition incompatible avec les traités, le pouvoir de censurer une décision d'une

juridiction hiérarchiquement inférieure considérée comme juridiquement incorrecte au regard de ces mêmes traités.

Toutefois, il est bien certain que, sur le plan du principe, l'obligation qu'ont les États parties tant à la Convention européenne qu'aux traités communautaires d'assumer toutes les obligations qui découlent de ceux-ci implique le respect des décisions des Cours. En raison de l'unicité de l'État, cette obligation s'applique aux juridictions nationales tout comme au pouvoir législatif et au pouvoir réglementaire. De plus, en pratique, le fait, pour une juridiction, de ne pas tenir compte de la jurisprudence européenne crée, pour l'État dont elle relève, un risque de condamnation.

Il n'y a donc, au bout du compte, guère d'autre issue, pour les tribunaux des États, que de s'aligner sur la jurisprudence européenne. Mais les juridictions nationales ont naturellement leur propre vision de certaines questions et de l'interprétation de certaines dispositions des traités. Il arrive donc qu'elles « résistent » à une jurisprudence européenne et ne pratiquent qu'un alignement lent et progressif.

---

16. Le plus souvent, pour absence ou mauvaise mise en œuvre de directives, celles-ci ayant pour objet, comme on le sait, d'imposer aux États membres d'apporter des modifications au contenu de leur ordre juridique, en général dans un but d'« harmonisation » des droits des États membres.

17. Par application des principes d'applicabilité directe et de primauté, les constatations énoncées par l'arrêt en manquement s'imposent à toutes les autorités de l'État concerné, et notamment à ses tribunaux. Ceux-ci doivent donc, s'ils sont saisis d'actions émanant des intéressés, tirer toutes les conséquences du manquement, ce qui peut se traduire par l'annulation ou la non-application de dispositions du droit national qui participent à l'existence du manquement ou par la condamnation de l'État à réparer le dommage causé par le manquement.

Les juridictions françaises ont probablement donné la meilleure illustration de cette attitude.

S'agissant de la Convention européenne, les commentateurs sont unanimes pour indiquer que, dans l'ensemble, d'une façon plus ou moins évidente et plus ou moins rapidement, les juridictions françaises appliquent expressément la jurisprudence européenne ou, à tout le moins, tiennent compte de celle-ci[18]. S'il est vrai que, malgré tout, la France continue d'être condamnée pour violation de l'article 6 en raison de la durée excessive des procédures judiciaires, notamment en matière pénale, cette situation s'explique avant tout par la complexité des mesures à prendre. L'on constate d'ailleurs que les pouvoirs publics, bien loin de contester le bien-fondé de ces condamnations, les invoquent plutôt pour insister sur la nécessité d'améliorer la situation. Cet état de choses ne reflète donc pas une volonté de divergence[19].

À l'égard du droit communautaire, l'alignement lent et probablement quelque peu réticent est illustré par des exemples spectaculaires. L'on peut rappeler tout d'abord celui de l'application par les tribunaux français du principe de la primauté du droit communautaire (originaire et dérivé) sur le droit national, lorsqu'il s'agit d'une loi. La tradition juridique française était en effet en ce domaine que le juge devait appliquer les dispositions contenues dans un engagement international de la France même si elles étaient en contrariété avec une loi, à condition que l'engagement international fût postérieur à ladite loi. En revanche, la loi l'emportait sur tout engagement international antérieur. Mis en présence d'une situation d'incompatibilité entre le droit communautaire et une loi postérieure, le Conseil d'État a appliqué, en 1968, le principe traditionnel, le Commissaire du gouvernement expliquant, en se fondant notamment sur des textes et une tradition qui remontaient à la Révolution, que le juge ne pouvait censurer le législateur[20].

---

18. Voir sur ce point la troisième partie du colloque du 3 mai 1999, « La France et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales », *Europe*, n° 10 *bis*, octobre 1999, p. 10 *sq.* ; Jean-François Burgelin et Anne Lalardrie, « L'application de la convention par le juge judiciaire français », *Mélanges Pettiti*, p. 145-163.

19. Il existe cependant des cas de divergence entre la jurisprudence française et celle de la Cour européenne des droits de l'homme à propos des conséquences à tirer de l'article 6 de la Convention, qui tiennent notamment à des conceptions procédurales différentes, la première pouvant refléter des conceptions anglo-saxonnes très étrangères aux conceptions françaises. Mais celles-ci ne remettent pas en cause la tendance générale à l'alignement (voir Burgelin, Lalardrie, art. cit.).

20. Arrêt du 1er mars 1968, « Syndicat général des semoules de France », *Rec.*, p. 149, avec concl. Nicole Questiaux.

La France n'a jamais été mise en cause par la Commission pour cette situation qui constituait un incontestable manquement au droit communautaire. Mais, de son côté, la Cour de justice des Communautés européennes n'a pas cessé de confirmer et de préciser sa jurisprudence sur le principe de primauté, ne laissant aucun doute, dès 1964, sur le fait que les États membres ne pouvaient adopter ou laisser subsister des lois incompatibles avec le droit communautaire[21]. Les juridictions françaises se sont alors senties contraintes d'abandonner le principe traditionnel. Le juge judiciaire l'a fait « dès » 1975. Mais il a fallu attendre 1989 pour que le juge administratif fasse de même après avoir, auparavant, fait plusieurs fois application de sa position traditionnelle[22].

L'évolution de la jurisprudence administrative sur l'invocabilité d'une directive communautaire non ou mal transposée en droit français
58 constitue un second exemple. En effet, dès 1974, la Cour de justice, par une interprétation une fois de plus audacieuse des dispositions du traité, a posé pour règle que lorsqu'une directive n'a pas été ou a été incorrectement transposée en droit interne, tout intéressé peut demander au juge national de lui appliquer le bénéfice de ses dispositions en écartant, si nécessaire, toute disposition non conforme du droit national[23].

Le Conseil d'État a, quant à lui, commencé par manifester sa spécificité en adoptant une interprétation différente de celle de la Cour et en posant pour principe que les directives ne peuvent être invoquées « à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel[24] ». Puis, peu à peu, par une jurisprudence aussi complexe que subtile, cette juridiction a fini par donner aux directives communautaires un effet en droit français qui permet à tout intéressé bien conseillé d'en tirer tous les bénéfices qu'implique la jurisprudence de la Cour[25]. L'alignement du

---

21. Jurisprudence développée à l'égard de l'Italie qui, par application des principes du dualisme, appliquait la même règle que la France (voir l'arrêt de la Cour de justice dans l'affaire « Costa c. ENEL », 15 juillet 1964, 6/64, *Rec.*, p. 1141).

22. Cour de cassation, 24 mai 1975, « Société des cafés Jacques Vabre », D.S. 1975, 497 avec concl. Adolphe Touffait ; Conseil d'État, 20 octobre 1989, Nicolo, *La Semaine juridique*, ed. G, 1989, 21371 avec concl. Patrick Frydman. L'arrêt « Nicolo », qui a fait prévaloir une disposition du traité CE sur une loi postérieure, a été suivi d'autres arrêts qui ont fait prévaloir le droit communautaire dit « dérivé » sur la loi française postérieure.

23. Voir les arrêts « Van Duyn » (4 décembre 1974, 41/74, p. 1337) et « Ratti » (5 avril 1979, 148/78, p. 1629). Toutefois cette demande ne peut prospérer que dans le cadre d'un litige dirigé contre la « puissance publique ». Elle est irrecevable si le litige oppose un particulier à un autre particulier (26 février 1986, Marshall, 152/84, p. 736).

24. 22 décembre 1978, « Cohn-Bendit », D.S. 1978, p. 155, avec concl. Bruno Genevois.

25. Voir sur ce point Philippe Manin, *Les Communautés européennes, l'Union européenne*, Paris, Pedone, 1999, n° 629, et pour la jurisprudence la plus récente les comm. de Jean-Marc

Conseil d'État sur la jurisprudence communautaire est donc certain. Mais la réticence continue de se marquer par le fait que la restriction de principe posée par l'arrêt « Cohn-Bendit » n'est toujours pas abandonnée[26].

En revanche, il n'y a pas alignement plus ou moins réticent mais divergence réelle entre les juridictions françaises (et un certain nombre de juridictions des autres États membres) et la Cour de Luxembourg sur le fondement de la primauté du droit communautaire sur le droit national. En effet, selon cette dernière, la primauté découle de la nature même des traités et de l'ordre juridique communautaire. Dès lors, le droit communautaire l'emporte même sur les Constitutions des États membres[27]. En revanche, pour les juridictions françaises, le fondement de la primauté du droit communautaire sur le droit national est constitué par l'article 55 de la Constitution aux termes duquel les traités ou accords ont une autorité supérieure à celle des lois[28]. Cette divergence n'est pas en cours d'atténuation. Bien au contraire, le Conseil d'État vient de réaffirmer, par un arrêt très remarqué, que la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'applique pas aux dispositions de nature constitutionnelle[29].

En termes de signification, cette divergence est importante, voire capitale. Mais, jusqu'à présent, aucun juge français n'a refusé de donner effet à une disposition du droit communautaire (ou de la Convention européenne) au motif d'une incompatibilité avec une disposition de nature constitutionnelle. Les effets pratiques de la divergence sont donc faibles et ont toutes chances de le rester. Dès lors, elle ne remet pas en cause la tendance à l'alignement de la jurisprudence française sur la jurisprudence européenne.

Favret sur deux arrêts du Conseil d'État, dans *Europe*, mars 1998, n° 80 et n° 81, comm. Anne Rigaux, et Denys Simon dans *Europe*, juillet 1998, n° 223. La confirmation de ce que le Conseil d'État, longtemps considéré comme une des juridictions les plus réticentes au plein effet du droit communautaire en France, a complètement changé d'attitude a été notamment donnée par les arrêts que le Conseil d'État a rendus dans la matière très controversée – et très politisée – des dates d'ouverture de la chasse, par lesquels il a privé d'effet la volonté du législateur français de ne pas se conformer aux prescriptions des directives communautaires ; voir les deux arrêts du 3 décembre 1999, « Association ornithologique et mammamogique de France », comm. Emmanuel Saulnier et Paul Cassia, *Europe*, février 2000, n° 29 et n° 30, et l'article de Jean-Guy Huglo : « Le Conseil d'État et le droit communautaire, quelques réflexions à propos des arrêts sur les dates d'ouverture de la chasse », *La Gazette européenne*, 7-8 juin 2000, p. 29.

26. Voir ainsi 11 juin 1999, « Gaschignard », req. n°177970.

27. 17 décembre 1970, « Internationale Handelsgesellschaft », aff. 11/70, p. 1125.

28. Voir les arrêts « Jacques Vabre » et « Nicolo » (*supra* note 157).

29. 13 octobre 1998, « Sarran, Levacher et autres » ; voir Denys Simon, « L'arrêt "Sarran" : dualisme incompressible ou monisme inversé ? », *Europe*, mars 1999, p. 4.

Les Rapports Organiques des Juridictions Françaises et des Juridictions Européennes

Il n'existe pas de rapports organiques entre les juridictions françaises et la Cour européenne des droits de l'homme. Les premières et la seconde appartiennent à des systèmes différents et, jamais, les juridictions des États parties ne peuvent « s'adresser » à la Cour, bien que les décisions des premières soient dûment prises en considération par celle-ci pour juger du point de savoir si un État est ou non coupable de violation de la Convention[30].

Dans le cadre communautaire, la Cour de justice ne peut pas, ainsi qu'il a déjà été dit, censurer les décisions des juridictions nationales. Mais les traités ont néanmoins institué un mode original de coopération organique entre les juridictions nationales et la Cour de justice. Ce mécanisme est devenu une pièce essentielle du système et marque profondément les juridictions françaises comme celles de tous les autres États membres.

Le mécanisme de « coopération » judiciaire institué par les traités

Par application du principe d'applicabilité directe du droit communautaire, les juridictions des États membres sont, selon une expression souvent employée, les « juges de droit commun du droit communautaire ». Il leur incombe en effet de faire en sorte que tout intéressé puisse tirer, le cas échéant, le bénéfice de ses dispositions (ainsi que d'en supporter les obligations). À ce titre, ils doivent tout spécialement veiller au respect du principe de primauté en, selon l'expression de l'arrêt « Simmenthal », « laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale[31] ».

Si la multiplicité des juges est un gage de l'efficacité de l'application, elle peut aussi conduire à des interprétations multiples et divergentes. Le contenu du droit communautaire risquerait ainsi de devenir propre à chaque État. Il faut donc que, dans leur fonction d'application du droit communautaire, les « juges de droit commun » soient encadrés par une cour régulatrice. La régulation s'exerce par le mécanisme des questions préjudicielles qu'à l'occasion du litige dont il est saisi le tribunal natio-

30. La Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, ce qui constitue un principe traditionnel du droit international (art. 35).

31. 9 mars 1978, 106/77, p. 629.

nal estime opportun d'adresser à la Cour. La question, formulée par un jugement ou un arrêt qui est adressé à la Cour, donnera lieu à un arrêt préjudiciel que celle-ci est tenue de rendre, qui sera adressé au tribunal demandeur et dont le contenu s'imposera à celui-ci.

Il existe deux types de questions préjudicielles : la question d'appréciation de validité et la question d'interprétation. La première a pour objet de permettre à un tribunal national devant qui la validité d'une disposition du droit communautaire dérivé est contestée de demander à la Cour de se prononcer sur ce point. Elle vise donc à priver les juges nationaux du pouvoir d'écarter eux-mêmes, sur la base de leur propre appréciation, une disposition du droit communautaire et de réserver à la seule Cour de justice de se prononcer sur ce point, afin d'éviter des solutions qui varient en fonction du lieu du litige. La Cour a, par sa jurisprudence, renforcé la portée de ce mécanisme en posant pour règle qu'aucun tribunal national – même ceux qui ne statuent pas en dernier ressort – n'a le pouvoir de déclarer invalides les actes des institutions communautaires[32] et en conférant une sorte de portée générale aux arrêts en appréciation de validité[33].

Le problème de l'interprétation du droit communautaire – il peut s'agir cette fois aussi bien des traités constitutifs que du droit dérivé – est *a priori* moins grave, car il ne s'agit plus pour le « juge de droit commun » de priver, le cas échéant, une disposition d'efficacité, mais seulement d'en éclairer le sens. C'est pourquoi, la compétence d'interprétation du droit communautaire n'est pas déniée aux tribunaux nationaux qui ont la « faculté » de saisir la Cour s'ils le souhaitent. Mais cette liberté comporte une limite importante. En effet, les juges qui statuent en dernier ressort ont, quant à eux, l'obligation de saisir la Cour des questions d'interprétation. Ainsi fait-on en sorte qu'une jurisprudence interne ne puisse être définitivement fixée sur le sens du droit communautaire sans une intervention préalable de la Cour[34].

---

32. Arrêt du 22 octobre 1987, « Foto-Frost », 314/85, p. 4225.

33. L'arrêt constatant l'invalidité « bien qu'il ne soit adressé directement qu'au juge qui a saisi la Cour, constitue une raison suffisante pour tout autre juge de considérer cet acte comme non valide pour les besoins d'une décision qu'il doit rendre » ; 13 mai 1981, « International Chemical Corporation », 66/80, p.1191. De plus, les institutions auteurs d'actes reconnus invalides sont tenues de tirer de l'arrêt de la Cour les conséquences qu'il comporte, c'est-à-dire en fait abroger l'acte ; 19 octobre 1977, « Ruckdeschel », 124/76, p.1753.

34. Comme pour les arrêts en appréciation de validité, la Cour a posé pour règle que l'interprétation dégagée par elle à l'occasion d'une question s'impose à tous les tribunaux des États et doit s'appliquer même aux rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt, sauf seulement si la Cour décide expressément de limiter l'effet rétroactif de son arrêt ; 8 avril 1976, « Defrenne », 43/75, p. 455 ; 27 mars 1980, « Salumi », 66, 127 et 128/79, p. 1258.

L'importance effective de la coopération

Les questions d'appréciation de validité demeurant relativement rares, c'est en fait sur les questions d'interprétation que se fondent, pour l'essentiel, les rapports organiques entre les juridictions nationales et la Cour de justice.

L'importance effective du mécanisme provient tout d'abord de la fréquence avec lequel il est aujourd'hui employé. Les tribunaux de tous les États membres ont en effet pris l'habitude de saisir la Cour de questions d'interprétation. Il s'agit donc aujourd'hui d'une pièce courante des systèmes judiciaires et dont les plaideurs sont de mieux en mieux informés. La technicité – voire la fréquente obscurité – du droit communautaire est probablement pour beaucoup dans cet état de choses et l'on constate que les questions qui portaient, à l'origine, principalement
62 sur les dispositions du traité CE portent aujourd'hui surtout sur le droit dérivé et, tout particulièrement, sur les directives dont le contenu est souvent considéré comme particulièrement complexe. Les juridictions françaises illustrent bien l'acceptation de plus en plus large par les juges nationaux d'un mécanisme de coopération qui les met, malgré tout, dans la dépendance de la Cour de justice, car le nombre de questions émanant de la France a sans cesse crû[36].

De plus, là encore, une certaine réticence française, due au départ à l'attitude du Conseil d'État, s'est peu à peu effacée. En effet la juridiction administrative de dernier ressort a commencé par refuser de recourir à la question d'interprétation afin de pouvoir, dans certains cas, imposer sa propre interprétation du droit communautaire à la place de celle de la Cour de justice. Elle a, pour ce faire, considéré, contre toute évidence, que la disposition dont les plaideurs demandaient l'interprétation par la Cour était « claire » et n'avait pas besoin d'être interprétée.

Cette attitude, généralement illustrée par la référence à un arrêt de 1964[171], l'est surtout, à notre avis, par l'arrêt « Cohn-Bendit », déjà mentionné, par lequel le Conseil d'État a annulé le jugement du tribunal administratif qui saisissait la Cour d'une question d'interprétation et a,

---

35. Ces questions concernent des domaines variés et, notamment, un domaine aussi sensible que le droit fiscal dans lequel les réponses données par la Cour de justice à des questions préjudicielles portant sur les directives d'harmonisation ont eu des conséquences sur la situation du contribuable ; voir Jacques Buisson, « L'érosion de la souveraineté fiscale dans les États membres de la Communauté : l'exemple de la France », et Philippe Losappio, « Droit communautaire, droit national et régime fiscal : quelques illustrations pratiques », Dalloz, 1999, 13e cahier.

36. 19 juin 1964, « Shell-Berre », *RDP*, 1964, p. 1019 avec concl. Nicole Questiaux.

sur la base de sa propre interprétation de l'invocabilité d'une directive, rejeté le recours de l'intéressé. Sans abandonner la théorie de « l'acte clair », qui s'est trouvée par ailleurs acceptée en des termes restrictifs par la Cour de justice elle-même[37], le Conseil d'État a probablement renoncé aujourd'hui à l'employer dans des conditions qui apparaissaient contraires à l'esprit du mécanisme de coopération judiciaire, comme en témoigne le fait qu'il saisit assez régulièrement la Cour de questions, y compris dans des affaires importantes.

L'importance du mécanisme de coopération vient aussi de ce qu'il sert en fait souvent à donner à la Cour l'occasion de se prononcer sur la compatibilité d'une disposition du droit national avec le droit communautaire. En principe, la Cour ne peut se prononcer sur le droit national. Mais elle a accepté, depuis longtemps, de répondre à des questions posées par des tribunaux nationaux qui souhaitaient connaître son opinion sur le point de savoir si le droit communautaire leur imposait d'écarter, dans une affaire, une disposition du droit national. Certes, sa réponse n'est donnée que sous le couvert d'une interprétation du droit communautaire. Il n'empêche que, ce faisant, la Cour procède de fait à un examen du droit national et pénètre plus avant dans l'examen du litige. Surtout, dans un tel cas, la marge d'appréciation du tribunal national devient très limitée puisqu'il se trouve en présence d'une réponse qui lui indique, soit que l'interprétation du droit communautaire implique une incompatibilité de la disposition nationale – auquel cas il est dans l'obligation d'écarter cette dernière –, soit l'inverse, ce qui l'autorise à en faire application.

Cet aspect de l'utilisation des questions préjudicielles d'interprétation permet de montrer à quel point la Cour de justice peut devenir un des acteurs du règlement des litiges nationaux dans lesquels le droit communautaire est en cause. Il illustre le fait que le mécanisme de coopération aboutit à créer un système intermédiaire entre celui où une Cour demeure « étrangère » aux juridictions des États et celui – propre au fédéralisme – où la Cour fédérale peut directement censurer les décisions des tribunaux des États. Les juridictions françaises sont directement concernées par cette évolution et ont d'ailleurs contribué, comme celles des autres États membres[38], à son développement.

37. La Cour a pris soin d'encadrer très strictement le recours à la théorie de l'acte clair en indiquant que le tribunal national n'a pas l'obligation de renvoyer lorsque « l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une telle évidence qu'elle ne laisse place à aucun doute possible » ; 6 octobre 1982, CILFIT, 283/81, p. 3415.

Ainsi, que ce soit par l'effet de la jurisprudence, qui se constate aussi bien dans le cadre de la Convention européenne que dans celui de la Communauté, ou par celui, propre à la Communauté, du mécanisme de coopération, les juridictions françaises sont beaucoup moins maîtresses de leurs décisions qu'elles ne l'étaient autrefois. Bien que ni le Conseil Constitutionnel, ni le Conseil d'État, ni la Cour de Cassation ne soient placés sous « le contrôle » – au sens strict du terme – des juridictions européennes, ils doivent en fait, dans des cas de plus en plus nombreux et qui concernent des domaines de plus en plus variés, « appliquer » les décisions de celles-ci.

38. Il n'est pas sans intérêt de relever que les juridictions du Royaume-Uni, État pourtant considéré comme foncièrement « antifédéraliste », ont utilisé et continuent d'utiliser de manière très importante le mécanisme de la question préjudicielle et que les réponses données par la Cour à des questions posées par les juridictions britanniques ont souvent beaucoup contribué à favoriser des avancées du droit communautaire.

RÉSUMÉ

Les Cours européennes sont à l'origine d'une jurisprudence dont les conséquences sont considérables. Les juridictions françaises appliquent les décisions des Cours. Toutefois cet alignement peut être lent et marqué par des réticences. Aujourd'hui, il subsiste une divergence entre les juridictions françaises et la Cour de justice sur le fondement de la primauté du droit communautaire sur le droit français. Les juridictions françaises sont liées à la Cour de justice par le mécanisme des questions préjudicielles dont les conséquences ont été et continuent d'être très importantes.

Hubert Legal

Composition et fonctionnement des cours européennes

Oublions un instant les matières traitées, les recours et les procédures. Fermons nos oreilles au bruit des discours et regardons la Cour de justice et la Cour européenne comme des groupes humains organisés en collectivité. Laissons le miel, voyons la ruche.

Les deux institutions ont en commun, outre la relative proximité géographique de leur siège alsacien ou quasi lorrain, de s'acheminer ensemble vers leurs cinquante ans d'existence[1]. Tout, pour le reste, dans leur histoire, leurs habitudes, leur façon d'être, relève d'univers différents, au point que, s'il est courant de rapprocher leur jurisprudence, il est en revanche inhabituel, voire incongru, de comparer leur organisation et leurs méthodes.

Va pour l'incongruité ; nous n'en avons pas la primeur. En remaniant, en vue du sommet de Nice et dans la perspective d'élargissements futurs de l'Union européenne, les articles du traité instituant la Communauté qui traitent de la Cour de justice et du Tribunal de première instance, les négociateurs bruxellois sous présidence française ont eu, à tort ou à raison, présent à l'esprit le précédent du protocole n° 11 à la Convention européenne, entré en vigueur deux ans plus tôt. Assemblée plénière, grande chambre, présidents de chambre élus[2] sont quelques exemples

1. La Cour de justice a en effet été installée en 1952 et la Cour européenne en 1959. S'il est donc encore un peu tôt, à Strasbourg, pour préparer le cinquantenaire de la juridiction, déjà Luxembourg l'envisage…

2. Cet article ayant été rédigé en septembre 2000, les résultats du sommet de Nice du 7 au 9 décembre 2000 ne peuvent être anticipés par l'auteur avec une quelconque certitude.

de notions importées dans le contexte communautaire, où leur pertinence semblait jusque-là n'avoir frappé personne[3].

Après des années de développement séparé, l'heure des rapprochements institutionnels n'était sans doute pas imprévisible : perspectives d'adoption d'une Charte communautaire des droits fondamentaux, problèmes voisins d'« administration de la justice » rencontrés dans les deux enceintes, antériorité de la réforme strasbourgeoise en fournissaient quelques indices.

Mais on y avait prêté peu d'attention. En effet, vue de l'intérieur[4], la similitude formelle des problématiques tenant à la composition et à l'organisation des collèges de juges est presque totalement masquée par la différence des logiques institutionnelles.

La césure est sans doute d'abord intellectuelle, la spécificité com-

munautaire étant aussi ardemment revendiquée d'un côté que le tropisme des droits de l'homme est passionnément affirmé de l'autre. Mais les écarts de perception sont principalement dus à l'appartenance des juridictions à des ensembles institutionnels de natures profondément dissemblables.

La Cour de justice est en effet d'abord et avant tout une des institutions, ayant dès l'origine pleine compétence juridictionnelle, d'une communauté d'inspiration fédéraliste animée d'un mouvement d'intégration progressive. Elle ne se situe, pas plus que les autres institutions créées par les traités, au cœur du dispositif communautaire ; elle en est seulement l'un des rouages. La Cour européenne est, par comparaison, l'instrument principal d'un mécanisme de protection des droits de l'homme devenu essentiellement judiciaire et qui n'a pas vocation à se voir transférer des compétences détenues par les États. Elle est donc à la fois plus autonome, c'est-à-dire plus isolée, et plus libre, c'est-à-dire structurellement moins responsable des conséquences politiques, administratives et économiques de ses arrêts, que ne l'est la Cour de justice.

En outre, alors que la Cour de justice fonctionne depuis son installation en décembre 1952 d'une manière relativement constante, malgré des élargissements successifs et l'adjonction, à partir de 1989, d'un

---

3. Rien de tel en tout cas ne figurait dans les propositions que la Cour de justice et le Tribunal de première instance avaient soumises en vue de la Conférence intergouvernementale.

4. De l'intérieur s'entend ici surtout, même si la réciproque paraît probable, de la Cour de justice, où l'auteur est référendaire au cabinet du juge français Jean-Pierre Puissochet. Ce point de vue, dont nous n'avons pas totalement cherché à faire abstraction, peut expliquer l'orientation de certains de nos propos.

Tribunal de première instance, et qu'elle envisage non sans méfiance les aménagements que l'augmentation du volume du contentieux et la préparation de nouveaux élargissements rendent inévitables, la Cour européenne vient, elle, de connaître une telle refonte de ses conditions de fonctionnement, en particulier du fait de la disparition de la Commission des droits de l'homme, que l'on a pu écrire que la nouvelle Cour installée en novembre 1998 était une institution d'une nature entièrement différente de celles qui l'ont précédée[5].

Ceci posé pour nous garder des parentés factices, chacun des microcosmes peut être extrait de son contexte et, pris comme un organe séparé de l'organisme dans lequel d'ordinaire il fonctionne, posé sur la paillasse du laboratoire. Nous livrons ci-après les conclusions imparfaites de cette déroutante observation, dont le rudimentaire protocole nous a conduit à envisager d'abord la taille et le découpage des institutions, puis l'origine et l'agrégation de leurs éléments constitutifs, enfin le mode d'insertion de ceux-ci dans leur univers professionnel.

Le Nombre des Membres et l'Organisation des Formations de Jugement

La Cour européenne, dans sa configuration actuelle, compte quarante et un membres. La Cour de justice comprend aujourd'hui quinze juges assistés de huit avocats généraux ; à cet effectif s'ajoutent les quinze juges du Tribunal de première instance, si bien que l'institution judiciaire communautaire, envisagée globalement, regroupe trente-huit membres – nombre par conséquent peu éloigné de celui des juges de Strasbourg.

Mais ces ordres de grandeur ne sont guère comparables puisqu'en réalité à la Cour de justice envisagée strictement comme à la Cour européenne, le nombre des juges est égal à celui des États membres ou Hautes Parties contractantes. Or il est fort différent, pour exercer ensemble la fonction de juger, d'être à moins de vingt ou à plus de quarante.

C'est pour tenir compte, entre autres choses, du handicap du grand nombre qu'ont été élaborées, dans le protocole n° 11 à la Convention

5. Voir, par exemple, J. A. Carrillo-Salcedo, « Quels juges pour la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 9, 28 novembre 1997, p. 1, et A. Drzemczewski, « The European Human Rights Convention : Protocol n° 11 - Entry into Force and First Year of Application », *Human Rights Law Journal*, vol. 21, 18 septembre 2000, p. 2.

européenne, des règles d'organisation de la Cour beaucoup plus rigides que celles que les traités communautaires et son statut imposent pour l'instant à la Cour de justice.

Les quarante et un juges de la Cour européenne sont en effet, depuis l'entrée en vigueur du protocole n° 11 et en vertu du règlement de la Cour, répartis en quatre sections de dix membres au sein de chacune desquelles une représentation équilibrée est recherchée, en termes d'origine géographique, de tradition juridique et d'appartenance sexuelle. Il n'est toutefois pas question de parité : les huit femmes que comprend la nouvelle Cour sont réparties entre les sections à raison de deux par section.

L'Assemblée plénière de la Cour, qui n'a pas d'attributions contentieuses, constitue des chambres de sept juges au sein des quatre sections

et élit le président de la Cour et les présidents des chambres ; deux des quatre présidents de chambre sont vice-présidents de la Cour.

Les chambres constituent en leur sein des comités de trois juges compétents pour se prononcer sur la recevabilité des affaires.

Lorsque la Cour ne siège ni en comité ni en Chambre, elle siège en Grande Chambre. Cette formation unique de dix-sept juges est composée selon un double système dont l'élément stable est représenté par les présidents et vice-présidents de la Cour et des Chambres (soit neuf personnes) et l'élément mobile est obtenu par une alternance tous les neuf mois entre deux groupes de juges répondant aux critères d'équilibre susmentionnés.

En dehors du filtrage assuré par les comités, la Cour siège donc soit en Chambre à sept juges, soit, en cas de renvoi par une Chambre, en Grande Chambre à dix-sept juges si le collège chargé au sein de la Grande Chambre de l'examen des demandes de renvoi a accepté le dessaisissement de la Chambre.

Ces règles, fixées de façon relativement précise par la Convention elle-même (telle qu'amendée par le protocole n° 11) et complétées par le règlement adopté par l'Assemblée plénière de la Cour, sont manifestement conçues pour satisfaire, entre autres, au double objectif de donner une taille raisonnable aux formations délibérantes et d'assurer une certaine continuité des orientations jurisprudentielles, grâce en particulier à l'existence d'un noyau dur formé des présidents et vice-présidents et à l'absence du phénomène de compétition au sommet qui serait difficilement évitable si deux Grandes Chambres étaient amenées à coexister.

Les effectifs beaucoup plus modestes de la Cour de justice n'ont pas rendu nécessaire ce luxe de précautions organisationnelles puisque le traité prévoit seulement qu'elle siège en séance plénière mais qu'elle peut créer en son sein des chambres de trois, cinq ou sept juges. Le protocole sur le statut de la Cour de justice se borne à y ajouter des règles de quorum.

En vertu par conséquent de ses propres décisions, la Cour de justice siège, en pratique, soit en chambre à trois juges (pour les affaires, assez peu nombreuses, ne soulevant pas de difficulté juridique), soit en chambre à cinq juges, soit en petit ou en grand plénum, ces formations « plénières » comptant respectivement onze et quinze membres. La composition du petit plénum n'est pas fixe, si bien qu'aucun juge n'en est *a priori* exclu.

Les affaires sont directement attribuées par la Cour, lors de sa réunion générale hebdomadaire, à l'une de ces formations ; moins du tiers des dossiers est maintenu, en moyenne, devant la Cour plénière – c'est-à-dire surtout devant le petit plénum. La formation la plus fréquemment utilisée est donc la chambre à cinq juges (dite, à la Cour de justice, « grande chambre », par opposition à la « petite chambre » à trois juges).

Chaque juge (hormis le président, élu pour trois ans) fait partie, outre de la plénière, d'une des quatre « petites chambres » et d'une des deux « grandes chambres » dont les présidents sont désignés par roulement annuel et n'ont pas de fonction particulière à assumer au niveau de la plénière.

Il s'agit donc d'un système égalitaire, simple et permettant à chaque membre de se faire entendre sur toutes les affaires présentant quelque importance.

Dans le cadre de la conférence intergouvernementale 2000, des idées ont été émises tendant à interdire à la Cour de siéger en « assemblée plénière », sauf dans des cas tout à fait particuliers, et à créer en son sein une « grande chambre » de onze membres et des « chambres » de cinq membres, les présidents des chambres étant élus. Ces idées, clairement reprises du protocole n° 11 à la Convention européenne, s'expliquent par la crainte qu'avec l'augmentation du nombre de membres de la Cour de justice qui résultera immanquablement d'élargissements de l'Union, le fonctionnement actuel de la juridiction aboutisse à une dispersion de la décision et à une perte de cohérence jurisprudentielle.

La formule, dont il conviendra de vérifier si elle a obtenu l'aval des Hautes Parties contractantes, a l'inconvénient de s'appliquer à une cour qui, pour quelque temps encore, ne se compose que de quinze juges et

n'a pas besoin de tels aménagements ; elle a en revanche l'avantage de ne pas bouleverser les pratiques en vigueur, puisque la nouvelle « grande chambre » de onze juges correspond à l'actuel petit plénum et que les chambres correspondent aux actuelles « grandes chambres » à cinq juges.

La seule innovation véritablement contraignante pour la Cour serait la limitation à des cas rarissimes de la possibilité de se réunir en formation plénière. Il y a lieu d'espérer que cette restriction, dont on comprend qu'elle a pour objet d'affirmer le caractère central et l'autorité de la grande chambre, surtout dans une cour qui pourrait à l'avenir comprendre plus de vingt-cinq juges, sera au moins atténuée dans les textes définitifs qui sont attendus.

70 L'évocation des solutions organisationnelles à l'œuvre ou en projet pour l'une ou l'autre cour montre que la considération principale prise en compte pour déterminer la composition des formations de jugement n'est autre que le souci de fournir un cadre stable et commode pour la mise au point d'une jurisprudence, sans les aléas d'assemblées trop nombreuses ou à la composition trop fluctuante et en donnant aux personnalités les plus marquantes la possibilité d'exercer une influence personnelle à la hauteur de leur force de conviction.

On notera au passage que de telles solutions ne sont en revanche pas de nature, comme le montre à suffisance la situation actuelle des stocks d'affaires à juger à la Cour européenne, à résoudre les problèmes dus à un afflux de recours trop important par rapport aux capacités de l'institution. En tant qu'elle était supposée répondre à un tel objectif, la mise en œuvre du protocole n° 11 ne peut évidemment être présentée comme un succès.

S'agissant de la Cour de justice des Communautés également, il convient de bien distinguer les problèmes liés aux élargissements futurs et ceux qui concernent la maîtrise des flux contentieux, qui sont affectés par d'autres facteurs que par le nombre des États membres.

Alors que les élargissements induisent une augmentation du nombre des juges, si l'on s'en tient du moins à la formule « un juge par État membre », le souci de rationalité, pour ne pas dire, à ce niveau, de « productivité » des juridictions devrait amener à une limitation du nombre des magistrats et, dans la mesure compatible avec l'unité de la jurisprudence, à un certain degré de spécialisation.

Il est fort improbable que des États candidats à l'adhésion à l'Union européenne soient prêts à renoncer à « leur » siège à la Cour de justice,

d'autant que leurs prédécesseurs, surtout parmi les « petits » États, ne verraient pas non plus d'un bon œil un tel précédent.

On peut toutefois noter que le prétendu principe d'identité de nombre entre États et membres connaît déjà des exceptions. La première concerne les avocats généraux à la Cour de justice, qui sont soumis au même statut que les juges et sont nommés dans les mêmes conditions[6] ; ils sont au nombre de huit. L'Allemagne, l'Espagne, la France, l'Italie et le Royaume-Uni proposent chacun une nomination ; les trois postes restants « tournent » entre les dix autres États membres.

Fait également exception le Tribunal de première instance, puisqu'il a été convenu d'augmenter de six unités le nombre de ses membres, qui passeraient de quinze à vingt et un pour tenir compte de l'augmentation rapide de la charge de travail, particulièrement dans le domaine de la propriété intellectuelle. Mais, précisément, ce « décrochement » pose un problème politique puisque les « petits » États revendiquent une attribution égalitaire des six sièges supplémentaires alors que les autres, sans prétendre à des sièges permanents au sein de ce contingent, estiment qu'une rotation à deux vitesses serait plus juste. Cette question de partage n'ayant pas encore pu être tranchée, la décision d'accorder au Tribunal les moyens nouveaux dont il a besoin demeure, depuis plus de six mois, et bien que le principe en soit acquis, dans les limbes…

L'expérience de la Cour européenne des droits de l'homme, perçue comme exemplaire de la complexité des règles de fonctionnement qu'impose un effectif juridictionnel nombreux, incite en tout cas la juridiction communautaire et ses interlocuteurs à penser que le nombre des juges de la Cour de justice doit demeurer aussi réduit que possible et que l'augmentation nécessaire des effectifs des membres devrait se faire au niveau du Tribunal de première instance, dont les compétences devraient être élargies et le niveau de spécialisation accru. Ce modèle pyramidal paraît très éloigné des choix d'organisation qui ont été effectués pour la Cour européenne.

6. Voir CJCE, ordonnance du 4 février 2000, « Emesa Sugar », C-17/98, *Rec.*, p. I-667.

L'Origine des Juges et le Fonctionnement du Collège

Si la question du nombre a les incidences fonctionnelles que nous venons d'esquisser, celle du recrutement a plutôt, elle, des conséquences d'ordre intellectuel, moins faciles à cerner, mais d'une importance non moindre. Le climat qui règne entre les membres d'une instance délibérante, le sens qu'ils ont ou n'ont pas de constituer une entité cohérente animée d'un propos commun, par-delà les tendances et les caractères personnels, sont des facteurs très perceptibles de la qualité, voire de la nature du travail juridictionnel accompli.

L'alchimie de la réussite est en la matière une science bien difficile ;

tout au plus pouvons-nous l'évoquer sous la forme dégradée qu'est la cuisine : entrée, la sélection ; plat de résistance, le mandat.

Commençons, en goujat, par les viandes. Les conditions statutaires d'exercice des fonctions sont à la vérité assez peu différentes dans l'une et l'autre cour, depuis que les membres de la Cour européenne y siègent à titre permanent.

Les mandats sont, dans les deux cas, de six ans renouvelables. Un renouvellement par moitié s'opère tous les trois ans. Les fonctions étant exercées à plein temps, elles sont incompatibles avec la poursuite d'activités professionnelles extérieures à la juridiction, aux exceptions d'usage sous le contrôle des Cours[7]. Une parfaite indépendance vis-à-vis de leur État d'origine est bien entendu exigée des membres, qui siègent à titre individuel.

Si un membre cesse d'exercer ses fonctions avant la date prévue pour la fin de son mandat, la personne qui lui succède achève le mandat de son prédécesseur.

Les mandats prennent fin à la Cour européenne dès qu'un juge atteint l'âge de soixante-dix ans – une telle limite d'âge n'existant pas à la Cour de justice. En outre, une clause prévoit, dans l'un et l'autre cas, la possibilité qu'un membre soit relevé de ses fonctions s'il a cessé de répondre aux conditions requises pour exercer sa charge. S'agissant de la Cour de justice, une décision en ce sens ne peut être prise qu'au jugement unanime des juges et des avocats généraux de la Cour, l'intéressé

7. Le statut de la Cour de justice permet toutefois au Conseil d'autoriser un membre, par dérogation exceptionnelle, à exercer une activité professionnelle (art. 4).

ne participant pas à la délibération. À la Cour européenne, la révocation est décidée à la majorité des deux tiers.

La comparaison du détail des garanties et avantages matériels existant de part et d'autre ne présentant (sauf pour les intéressés) qu'un intérêt anecdotique, les seuls commentaires de portée générale qu'appellent ces régimes globalement analogues portent sur la durée du mandat. Un sentiment assez largement répandu parmi les observateurs et qui rencontre quelque écho parmi les membres de la Cour de justice est qu'un mandat unique, donc non renouvelable, constituerait une formule plus conforme à la dignité des membres et plus propice à l'indépendance des juridictions que le système actuel. Toutefois, au cas où la possibilité d'être nommé ou élu à nouveau serait abandonnée, il conviendrait de prévoir une durée plus longue des mandats. Une durée de neuf ans a souvent été mentionnée comme réaliste.

Certes, des séjours dans l'une ou l'autre juridiction de douze ans et plus ne sont pas, grâce au système actuel, chose exceptionnelle et présentent souvent certains avantages en termes de continuité de l'action jurisprudentielle. Mais il ne faut pas sous-estimer l'intérêt que présentent également, pour la compréhension réciproque et donc pour le progrès du droit, les aller-retour de certaines personnalités vers les cours européennes depuis les juridictions des États membres, particulièrement les cours suprêmes. Or il est rare, compte tenu du niveau de recrutement, que deux mandats de six ans permettent un retour. Le bénéfice de tels passages est actuellement réservé aux États qui, pour des raisons conjoncturelles ou institutionnelles, ne proposent pas une même personne pour deux mandats successifs. Et il faut reconnaître qu'en pareil cas un délai de six ans est peut-être un peu en deçà de l'optimum théorique, en termes d'efficacité et d'influence.

Pour remonter aux entrées en matière, c'est-à-dire au recrutement ou, plus civilement parlant, au choix des membres, si les conditions sont analogues, les modalités sont différentes entre les deux Cours.

En effet, s'agissant de la règle de fond, il est difficile de tirer conséquence de ce que les juges et les avocats généraux de la Cour de justice sont « choisis parmi des personnalités offrant toutes garanties d'indépendance, et qui réunissent les conditions requises pour l'exercice, dans leurs pays respectifs, des plus hautes fonctions juridictionnelles, ou qui sont des jurisconsultes possédant des compétences notoires » (art. 223 CE), alors que les juges de la Cour européenne « doivent jouir de la plus haute considération morale et réunir les conditions requises pour l'exer-

cice de hautes fonctions judiciaires ou être des jurisconsultes possédant une compétence notoire » (art. 21 CEDH). Nous n'épiloguerons ni sur la hauteur des fonctions ni sur leur qualification de judiciaire ou juridictionnelle (avec une préférence tout de même pour ce dernier terme) ; notons seulement que de telles conditions ne sont pas, en elles-mêmes, très contraignantes – et ne peuvent d'ailleurs pas l'être.

Les procédures sont en revanche bien distinctes puisque les membres de la Cour de justice sont nommés d'un commun accord pour six ans par les gouvernements des États membres alors que les juges de la Cour européenne sont élus par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe au titre de chaque Haute Partie contractante, à la majorité des voix exprimées, sur une liste de trois candidats présentés par la Haute Partie contractante.

74 Dans un cas, les représentants des gouvernements des quinze peuvent en principe nommer d'un commun accord qui ils veulent (sous réserve des conditions de fond) et à la suite de la procédure qu'ils arrêtent ; en pratique, chaque gouvernement propose un nom à ses partenaires qui, dans une conception bien comprise de la réciprocité, l'entérinent. On notera que la décision est prise au nom des gouvernements des États membres et non pas par le Conseil ; même s'il peut s'agir des mêmes représentants, cette nuance a pour objet de conforter l'indépendance de la Cour de justice vis-à-vis des autres institutions communautaires.

Dans l'autre cas, à partir de la liste de trois noms transmise, au titre de chaque Haute Partie contractante, par le Comité des ministres, l'Assemblée parlementaire procède à l'audition des candidats selon la procédure qu'elle a définie dans sa résolution 1082 (1996) et qui comprend, pour chaque candidat, la présentation d'une note biographique détaillée établie sur la base d'un formulaire de *curriculum vitae* et un entretien avec une sous-commission spéciale de la Commission des affaires juridiques et des droits de l'homme[8]. L'élection n'a lieu depuis 1996 qu'à l'issue de cette procédure, si bien que la présentation d'une liste de trois postulants par le gouvernement concerné n'a pas le même caractère artificiel que l'on pouvait à bon droit reprocher à cette formalité lorsque le premier de la liste était automatiquement élu.

---

8. Voir à ce sujet A. Drzemczewski, *op. cit.*, et J.-F. Flauss, « Radioscopie de l'élection de la nouvelle Cour européenne des Droits de l'Homme », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, vol. 9, 1998, p. 435.

La problématique de la nomination ou de l'élection des juges est trop fondamentale pour que nous puissions nous permettre de porter ici, en quelques phrases, une appréciation sur les mérites respectifs des deux systèmes. Nous nous contenterons de signaler qu'ici et là l'idée a été émise qu'à tout le moins le Parlement européen pourrait, lui aussi, être invité à entendre les nouveaux membres de la Cour de justice comme il le fait déjà pour les membres de la Commission avant leur prise de fonctions.

Les principales objections qui ont été faites à cette approche sont que de telles auditions, à moins de se résumer à des visites de courtoisie devant une chambre d'enregistrement, supposeraient que les intéressés exposent leurs intentions, leur programme, à tout le moins leur conception de la Communauté européenne – ce qui peut paraître naturel pour un commissaire européen, personnalité politique par définition, mais beaucoup moins acceptable pour un juge dont l'indépendance doit être reconnue et protégée. S'il s'agit en revanche d'apprécier non les orientations politiques mais le caractère et la compétence professionnelle de l'intéressé, il n'est pas certain qu'un passage devant une commission parlementaire en soit le révélateur le plus fidèle et le plus précis. Enfin, dans le jeu interinstitutionnel communautaire que la Cour de justice est à l'occasion conduite à arbitrer, il ne serait pas légitime que l'une des institutions, en l'occurrence le Parlement, bénéficie seule d'un droit de sensibiliser préalablement les juges à ses priorités qui sont parfois ses revendications.

Le plus solide argument en faveur du maintien du système de la nomination par les gouvernements est toutefois d'une nature un peu différente, puisqu'il est tiré d'une référence pragmatique à l'efficacité. Les prémisses étant qu'un membre d'une juridiction internationale ne peut valoriser le patrimoine qu'il incarne, la tradition dans laquelle il s'inscrit, que s'il jouit d'une certaine influence sur ses collègues, et que l'on ne peut exercer d'influence durable dans un tel cadre que par sa valeur, la raison dicte aux États de ne proposer à la nomination que ce qu'ils ont de meilleur à offrir – l'appréciation de cette qualité étant elle-même une illustration du système de valeurs propre à la tradition juridique de l'État concerné.

Un État se desservirait lui-même en mettant en avant, pour des raisons de convenance politique ou administrative, des personnalités autres qu'irréprochables dont la partialité ou l'incompétence réduirait à néant toute chance d'autorité. Un accident occasionnel ne peut être exclu (pas plus d'ailleurs que dans un autre système), mais la possibilité

statistique que la rationalité prévale est écrasante. Cela n'exclut pas, bien entendu, que des considérations d'ordre politique soient, dans certains États membres, comme l'Allemagne, des données pertinentes pour le choix des juges – mais cela ne présente pour la Cour aucun inconvénient dès lors que ces considérations ne se substituent pas au mérite des personnes.

Le fait de laisser reposer sur des gouvernements, dont l'essence rationnelle et démocratique n'est guère contestable, la responsabilité d'exercer un choix dont l'intérêt national veut qu'il soit objectif et éclairé a un avantage de simplicité et de clarté sur des formules plus complexes et plus indirectes qui, se prêtant à des stratégies hasardeuses, comportent le risque de brouiller les enjeux et de diluer les responsabilités.

Pour les mêmes raisons, les propositions tendant à ce que l'organe

politique compétent pour nommer les membres délègue la vérification des mérites intrinsèques des candidats présentés à un organe technique « composé de juristes hautement qualifiés et indépendants » ne paraissent pas promises à un très grand avenir[9].

L'expérience prouve qu'en tout état de cause la diversité des origines professionnelles et des parcours individuels des membres est une des premières exigences du bon fonctionnement de juridictions comme les cours européennes. Elle a, au surplus, le mérite de limiter l'apparition de comportements corporatistes.

À ce titre, la Cour de justice donne l'exemple d'une bonne hétérogénéité, avec une légère prédominance des juges nationaux (principalement des cours suprêmes des ordres administratif et judiciaire et des cours constitutionnelles), une présence significative de personnalités politiques ou administratives ayant exercé des activités juridiques et une importante représentation des avocats et des professeurs[10]. Pour se limiter au cas des six nouvelles personnalités installées à la Cour de justice le 6 octobre 2000, on y trouve : un membre de la Cour suprême administrative suédoise, un procureur général de la république du Portugal, un directeur général adjoint néerlandais du service juridique de la Commission, tous trois nommés juges, un universitaire italien, un

9. Voir le rapport du groupe de réflexion créé par la Commission sur l'avenir du système juridictionnel des Communautés européennes (groupe « Due »), janvier 2000, qui contient une telle proposition.

10. Voir Sally J. Kenney, « The Members of the Court of Justice of the European Communities », *Columbia Journal of European Law*, vol. 5, 1998, p. 101.

secrétaire général du ministère des Affaires générales des Pays-Bas, responsable du cabinet du Premier ministre, et une diplomate autrichienne, directeur du service juridique du ministère des Affaires étrangères, tous trois nommés avocats généraux.

On observera que, si certains de ces nouveaux membres ont une spécialisation assez forte dans un domaine du contentieux, tous ont été amenés par leur parcours à avoir une vision assez variée des contraintes de l'administration publique, rempart indispensable contre les abstractions simplistes.

En revanche, si l'on fait référence à un critère évoqué par certains à propos de la Cour européenne[11], selon lequel d'anciens agents des gouvernements ne devraient pas être proposés pour une nomination, on constate que non seulement il n'est pas suivi – ce qui ne constitue pas une nouveauté –, mais encore qu'un agent d'une institution qui intervient dans presque toutes les affaires de la Cour de justice est nommé. À part les inconvénients que ceci peut présenter au regard de la théorie des apparences (qui fait moins florès à Luxembourg qu'à Strasbourg), et compte tenu de la possibilité et du devoir qu'ont les intéressés de se déporter dans les affaires dont ils ont eu auparavant à connaître, à un titre ou à un autre, une telle expérience pratique est évidemment perçue non comme un handicap, mais comme un apport au débat judiciaire de nature à en augmenter la pertinence sans en altérer l'objectivité. Il va de soi en effet que, dans un tel cas, la personne dont l'État ou l'institution d'origine est concernée par une affaire prendra particulièrement garde, pour ne pas mettre à mal son crédit, à ne pas se montrer partiale en sa faveur dans le délibéré.

On relèvera que c'est avec un peu d'ironie que sont accueillies certaines initiatives d'États membres ayant procédé à des appels de candidatures par voie de presse pour des postes soit à la Cour européenne (Royaume-Uni, Pologne, Belgique), soit au Tribunal de première instance des Communautés (Royaume-Uni). La transparence ainsi affichée ne va naturellement pas jusqu'à la renonciation à l'exercice du pouvoir discrétionnaire dont disposent en la matière les gouvernements ; et les résultats de la sélection ainsi opérée, s'agissant du Tribunal tout du moins, n'ont occasionné aucune surprise.

Si un équilibre convenable est par conséquent assuré entre diverses professions et carrières, entre spécialistes du droit communautaire et des

11. Voir J.A. Carrillo-Salcedo, art. cit.

droits de l'homme, d'une part, et généralistes, de l'autre, la ventilation est en revanche moins bonne (à l'exception du Tribunal de première instance des Communautés) entre les tranches d'âge – situation inhérente il est vrai à l'éminence des fonctions exercées et à la hauteur de vue qu'elles requièrent.

De telles justifications n'ont évidemment pas cours pour expliquer le déséquilibre assez considérable existant entre hommes et femmes au sein des juridictions. La proportion de femmes est en effet inférieure à 20 % à la Cour européenne (8 sur 41 juges) et à 15 % à la Cour de justice (2 sur 15 juges et 3 sur 23 membres, y compris les avocats généraux). Une telle situation, fâcheuse à n'en pas douter dans l'absolu, mais plus particulièrement s'agissant de cours ayant à connaître de discriminations entre les sexes, ne peut qu'évoluer avec le temps. Il y a à peine plus d'un

an, en 1999, avant la nomination comme juges de Mme Macken (Irlande) et de Mme Colneric (Allemagne), la Cour de justice ne comptait encore aucun membre de sexe féminin. Mme Rozès, avocat général français de 1982 à 1985, avait été la première et jusque-là la seule femme à avoir fait partie des membres de la Cour de justice.

L'Entourage des Juges et l'Élaboration de la Décision

Tout ce qui précède ne permet pas de se faire une idée, même approchée, des conditions matérielles et psychologiques dans lesquelles fonctionnent les deux Cours si l'on n'y ajoute pas une donnée essentielle qu'est le rapport pratique qu'entretiennent les juges avec la décision en cours d'élaboration. Ce rapport est déterminé par l'organisation interne de l'assistance aux juges et par l'existence ou l'absence d'avocats généraux et d'opinions séparées, ainsi que de juges *ad hoc*. Ces aspects apparemment divers concourent à déplacer le centre de gravité du travail juridictionnel qui, exception faite du court moment occupé par le délibéré proprement dit, se situe principalement, et au risque de forcer le trait, dans les cabinets des juges à la Cour de justice et au greffe à la Cour européenne.

Chaque juge et chaque avocat général de la Cour de justice dispose d'un cabinet de six membres, dont trois référendaires et trois assistants ou (plus communément) assistantes. Ces collaborateurs personnels du membre sont choisis discrétionnairement par celui-ci et ne travaillent que pour lui. Avec en particulier ses référendaires, qui sont des juristes d'ancienneté et d'origine diverses mais généralement d'un haut niveau

de qualification, le juge est doté d'une force de frappe d'une réelle efficacité, lui permettant, s'il le souhaite, de suivre, outre les affaires dont il a directement la charge comme rapporteur, toutes celles dont la juridiction est saisie et d'intervenir par des notes ou des observations à tous les stades de la procédure, mais particulièrement dans la phase du délibéré. Ce sont les cabinets qui rédigent les rapports internes sur les affaires et qui préparent les projets de motifs qui deviendront les arrêts de la Cour de justice. Même la relecture des arrêts est confiée à des agents rattachés au cabinet du président.

Par rapport à ces moyens humains importants, le greffe de la Cour de justice est cantonné à un rôle strictement technique et n'intervient à aucun moment dans la genèse de l'arrêt à rendre. Le service de recherche et de documentation, placé sous l'autorité du greffier, n'intervient que pour répondre à des demandes ponctuelles, préparées par les cabinets et adressées par la Cour, d'études portant généralement sur le droit comparé.

Le Tribunal de première instance est dans une situation du même ordre, à ceci près que ses membres ne disposent que de deux référendaires chacun. En revanche, une cellule, ou *task force*, de trois référendaires spécialisés dans le droit de la concurrence n'est affectée à aucun juge de façon permanente et se met à la disposition des rapporteurs chargés des affaires traitant de cette matière. Une nouvelle unité de trois référendaires chargés plus spécialement du droit de la propriété intellectuelle vient d'être mise en place.

À l'exception de ces cas marginaux, le système d'organisation de la force de travail juridique à la Cour de justice est donc caractérisé par une décentralisation totale, d'aucuns pourraient dire un éclatement de la ressource technique placée sous le contrôle individuel des membres.

L'organisation de l'assistance aux juges à la Cour européenne est fort différente. La Cour est assistée de référendaires, aux termes de l'article 25 de la Convention. Le rapport explicatif au protocole n° 11 affirmait que cette mention avait été insérée « afin de permettre que les membres de la Cour soient, le cas échéant, assistés par des référendaires. De tels collaborateurs, qui [ajoutait le rapport] peuvent être nommés sur proposition des juges, devront avoir les qualifications requises et l'expérience pratique nécessaire à l'accomplissement des tâches qui leur seraient confiées par les juges ».

Mais la tradition centralisatrice de la Cour européenne semble s'être poursuivie, puisque chaque juge ne dispose que de l'aide d'un ou d'une secrétaire, partagée avec deux autres collègues, alors que le secrétariat

juridique, divisé en seize unités regroupant l'essentiel de la compétence technique disponible, est placé sous l'autorité du greffier.

Ce n'est donc pas tant l'importance des moyens mis en œuvre que leur mode de répartition qui distingue à cet égard les deux Cours. Or, il ne s'agit pas d'une question d'ordre purement administratif. Dans un cas, une structure permanente de fonctionnaires et d'agents constitue, alors que les juges passent, l'ossature de l'institution, prépare ses décisions, les commente en doctrine et incarne la continuité avec le sentiment de jouer un rôle de gardien du temple. Dans l'autre, aucune autorité, fût-elle morale, ne peut émaner que d'un membre ; les juges ont la maîtrise intégrale de l'élaboration de leurs décisions, avec les aléas tenant à la personnalité du rapporteur et au déroulement du délibéré.

Il s'agit de deux conceptions assez éloignées l'une de l'autre du

fonctionnement d'une juridiction ; l'une privilégie la construction patiente d'un corps de jurisprudence en limitant la capacité d'influence des personnalités isolées ; l'autre, au risque d'être moins cohérente, met davantage l'accent sur la légitimité du juge dans le cadre d'un procès équitable et fait plus confiance aux hommes qu'à l'institution.

Le tableau ici esquissé est complété par certaines caractéristiques complémentaires allant à notre avis dans le même sens et que nous nous bornerons à évoquer.

À la Cour européenne, le juge élu au titre d'un État partie à un litige est membre de droit de la formation appelée à juger ce litige. S'il est absent, ou n'est pas en mesure de siéger, cet État partie désigne une personne qui siège en qualité de juge. Le droit des États membres d'être « représentés[12] » dans les procédures les concernant, au besoin par un juge *ad hoc*, n'a pas d'équivalent à la Cour de justice[13]. Celle-ci est, il est vrai, moins concernée par le point de savoir s'il faut condamner tel ou tel État dans une situation d'espèce que par la résolution de difficultés d'interprétation ou d'application du droit communautaire. Mais, en outre, le fait même d'exiger la présence d'un juge déterminé pour la décision de certaines affaires, même si la raison en est claire, risquerait

12. Il va de soi que, les juges siégeant à la Cour à titre individuel (art. 21-2 CEDH), il ne saurait être question de représentation au sens juridique du terme. Mais un juge élu ou désigné « au titre de » l'État concerné doit siéger dans l'affaire.

13. Il existe toutefois à la Cour de justice une notion de « juge connaissant le système juridique national concerné », utilisée pour la composition du petit plénum dans les affaires en manquement et dans les questions préjudicielles.

d'être perçu, à la Cour de justice, comme une amorce d'atteinte à la liberté des juges et à l'égalité qui doit prévaloir entre eux.

Plus fondamentalement, le secret des délibérations du collège est l'objet, à la Cour de Luxembourg, d'une attention plus méticuleuse qu'à la Cour des droits de l'homme. En effet, d'une part, les décisions de la Cour de justice ne font pas état de la majorité qu'a obtenue un projet lors du délibéré alors que les arrêts de la Cour européenne l'indiquent ; d'autre part, la solidarité des juges leur interdit, à Luxembourg, toute appréciation sur des jugements rendus par la Cour de justice – alors que la Cour européenne non seulement admet, mais publie les opinions séparées de ses juges.

Cela confirme que la pratique luxembourgeoise est fondée sur une identification entre la Cour et les juges, ceux-ci disposant de tous les moyens de se faire entendre dans le débat interne mais devant, vis-à-vis de l'extérieur, se fondre intégralement dans le collège qu'ils constituent. Ce système protecteur de la fonction de juger est aussi lié historiquement à la conception française de la nature de l'acte juridictionnel.

La liberté plus grande que peuvent prendre les juges de la Cour européenne à l'égard des décisions de cette Cour est peut-être à mettre en rapport avec le degré moins profond d'implication qui les lie à leur élaboration. Il est vrai par ailleurs qu'il est utile, pour la compréhension des arrêts, de connaître les diverses opinions qui ont pu s'exprimer à propos du problème posé.

Les conclusions de l'avocat général ont, à la Cour de justice, cette fonction. Nous nous bornerons à citer, à cet égard, les souvenirs de Maurice Lagrange, premier avocat général français à la Cour de justice, sur la négociation du traité de Paris de 1951 qui donna naissance à la première Cour : « Un point fit l'objet d'une vive discussion, celui de savoir si l'on introduirait à la Cour de justice la règle de l'*opinion dissidente*, en usage dans certains pays et dans certaines juridictions internationales. Cette proposition fut énergiquement combattue par la majorité des délégués, comme contraire aux usages de la plupart des juridictions des États membres et comme portant atteinte (au moins aux yeux du public) à l'indépendance des juges. Le principal argument invoqué en sa faveur était tiré de l'importance que revêt pour les progrès de la doctrine l'énoncé d'opinions différentes sur un même sujet. À cela il fut répondu que, par une autre voie, la confrontation d'opinions diverses pouvait être obtenue grâce aux conclusions de l'avocat général, dont le rôle consiste précisément à faire un exposé critique et indépendant des diverses opinions, ce qui permet une comparaison, quel que soit le sens

de ses conclusions, entre son point de vue et celui des juges. Cet argument contribua à faire écarter la *disenting opinion*, en même temps qu'il fortifiait la proposition de créer l'institution de l'avocat général. Personne, semble-t-il, ne conteste aujourd'hui qu'à cet égard les avocats généraux de la Cour ont répondu et continuent à répondre à ce qu'on attendait de leur mission[14]. »

À notre avis, l'institution de l'avocat général, en ce qu'elle permet de limiter l'expression publique des juges aux motifs de leurs arrêts, constitue un élément clé d'une juridiction au fonctionnement centré de façon exclusive sur le collège délibérant. Sa signification serait plus étrange dans un système moins directement inspiré du contentieux administratif français, c'est-à-dire du Conseil d'État, que ne l'est le système juridictionnel des traités communautaires.

Quels enseignements pouvons-nous prétendre tirer de cette confrontation partielle, et sans doute à certains égards partiale, des caractères généraux d'organismes juridictionnels aussi différents l'un de l'autre qu'il est possible de l'être ?

Le constat qu'il vaut mieux que les juridictions soient d'effectifs réduits et dotées de règles de fonctionnement simples n'est ni une découverte ni d'une grande aide, étant donné que le nombre des membres et l'importance des flux contentieux sont des données sur lesquelles il est sans doute vain de vouloir exercer un contrôle. On se bornera à retenir qu'il est souhaitable de conserver au sommet de l'édifice juridictionnel une structure à composition légère disposant des moyens de vérifier l'orientation et la cohérence des solutions retenues au niveau inférieur, niveau dont l'efficacité peut être améliorée par un certain degré de spécialisation.

Sur le choix des individus appelés à siéger dans les institutions juridictionnelles, il n'y a pas, à nos yeux, de méthode de sélection qui soit *a priori* préférable à une autre pour autant que la diversité et la qualité de la composition de l'organe soient assurées au bout du compte ; l'adoubement parlementaire n'étant pas une condition démontrée de la légitimité ou de la compétence d'un juge, la formule consistant à laisser les gouvernements opérer leur choix selon leurs procédures propres,

14. M. Lagrange, « La Cour de justice des Communautés européennes : du plan Schuman à l'Union européenne », *Revue trimestrielle de droit européen*, 14e année, 1978, p. 1.

parmi des candidats qu'ils sont les mieux à même de connaître de façon approfondie, est loin d'être sans mérites.

Sur l'affectation des moyens en personnel juridique au service direct des juges ou à un secrétariat indépendant des membres, chacune des options dépend de la conception qui prévaut quant au mode de fonctionnement de la juridiction. Celle-ci peut être fonction du contexte institutionnel, de la nature des recours ou des matières abordées. Entre un secrétariat fort traitant avec méfiance l'organe délibérant qu'il héberge et une structure entièrement soumise au bon vouloir de personnalités de passage, il y a évidemment place pour des schémas intermédiaires. Mais il faut garder en mémoire que certaines formules favorisent *ipso facto* un fonctionnement collégial de l'instance, garanti par la solidarité des juges, qui correspond à la tradition des juridictions françaises, particulièrement du Conseil d'État, alors que d'autres encouragent la libre expression d'opinions séparées ou divergentes – qui confèrent à l'office du juge une toute autre coloration, directement inspirée de la tradition anglo-saxonne.

La Cour européenne des droits de l'homme sort à peine de la phase transitoire qui a succédé à sa profonde réforme par le protocole de 1994. Celui-ci a assez largement écarté le « modèle de la Cour de Luxembourg », malgré l'« attirance irrésistible » que celui-ci exerçait dès lors qu'avait été décidée la création d'une Cour permanente[15].

Cette mise à l'écart est parfaitement explicable par les différences de contexte que nous avons évoquées. Mais il serait paradoxal, et certainement fâcheux, que, pour traiter les besoins futurs d'ajustement de la juridiction communautaire, on soit tenté par des modifications de structure s'inspirant des formules imaginées pour le cas spécifique de la juridiction strasbourgeoise, qui n'ont au demeurant pas encore fait leurs preuves et qui sont en outre assez éloignées de l'excellente tradition dans laquelle s'inscrit à ce jour le contentieux communautaire. Dans la matière institutionnelle, où la logique des choses se révèle à l'usage, la fertilisation croisée n'est pas toujours la méthode la plus recommandable.

15. Voir P. Wachsmann, « La nouvelle structure », *Le Protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1995.

RÉSUMÉ

D'un examen de la taille des juridictions et des arrangements organisationnels qui en découlent, du mode de sélection des membres et de ses conséquences sur la vie intellectuelle des collèges, enfin de l'assistance dont bénéficient les juges et de ses effets sur la prise de décision, il résulte que la Cour de justice et la Cour européenne s'inscrivent dans des schémas fondamentalement différents. L'une et l'autre sont donc intéressantes à observer pour apprécier les mérites comparés des différentes formules disponibles en matière de composition et de fonctionnement des cours internationales. Mais aucune des deux ne peut servir de modèle à l'autre.

Marie-Laure Layus*
Florence Simonetti

Procédure juridictionnelle : points communs et différences

En 1980, 280 requêtes furent inscrites au rôle de la CJCE alors que celui de la Commission EDH en affichait à la même période 404[1]. En 1999, la CJCE enregistra 543 requêtes et la nouvelle Cour EDH 8396. Les deux juridictions dont il sera traité ici ont donc en commun, outre l'affirmation de deux versions d'un droit européen, de présenter un intérêt toujours croissant pour les justiciables. La nécessité de traiter un contentieux de masse dans des délais qui demeureraient raisonnables et en préservant la qualité de la jurisprudence a conduit à réformer les structures choisies à l'origine. À Luxembourg, la solution a consisté à créer un Tribunal de première instance, destinée à absorber une partie de la charge de travail de la cour. À Strasbourg, l'option inverse, celle d'une concentration des organes existants, a été choisie[2]. Néanmoins, les durées de traitement des affaires restent élevées avec une moyenne de vingt-trois mois à Luxembourg pour les recours directs, et de près de trois ans à Strasbourg[3]. Ainsi, c'est peut-être moins la structure de l'institution judiciaire qui détermine le délai de traitement des affaires que la manière dont s'organise le déroulement du procès.

---

* Les opinions exprimées dans le présent article sont personnelles et n'engagent aucunement les institutions. Mme Layus souhaite remercier Mmes Gillet et Vuille, juristes au greffe, pour leurs informations et remarques.

1. En 1981 (statistiques du greffe).

2. Les compétences de la Cour et de la Commission européenne des droits de l'homme ainsi qu'une partie des pouvoirs dévolus au Comité des ministres furent transférées par le protocole n° 11 à une Cour unique.

3. Lorsque la Cour rend un arrêt.

Un aperçu rapide des principales phases du traitement des requêtes montre que les procédures devant les deux Cours, leurs organisations internes et leurs méthodes de travail diffèrent substantiellement. Néanmoins, une comparaison du cadre procédural fait apparaître, au-delà d'interprétations différentes, des principes communs.

Le Parcours de la Requête

Déroulement général de la procédure à Luxembourg

Les requêtes introduites devant la Cour et le Tribunal de première instance suivent globalement le même trajet, la principale différence résidant dans l'absence d'avocats généraux devant le Tribunal[4].

La procédure est à la fois écrite et orale, la phase écrite étant la plus

importante.

Procédure écrite

L'objectif de la procédure écrite est d'exposer à la Cour les faits, les moyens et les conclusions des parties.

Dans le cadre d'un recours direct, toute requête déposée au greffe de la Cour et qui répond à certaines conditions de forme[5] est signifiée au défendeur et un avis est publié au *Journal officiel des Communautés*. Une fois sa requête enregistrée, le demandeur ne peut plus étendre l'objet du litige, modifier la nature du recours introduit, et les moyens invoqués.

Si la partie adverse estime que la requête n'est pas recevable, elle peut demander à la Cour de se prononcer au préalable sur cette question, ce qui lui évite d'avoir à répondre aux moyens de fond soulevés par le requérant.

Les parties peuvent déposer plusieurs mémoires, auxquels s'ajoutent ceux d'éventuels intervenants. La durée de la procédure écrite est notamment fonction du nombre d'actes déposés. Relativement courte (environ cinq ou six mois) pour les recours en manquement dans lequel l'État reconnaît sa faute, elle peut durer plus d'un an dans d'autres affaires plus complexes, ce délai pouvant être encore prolongé si la Cour décide, à la demande des parties, de suspendre la procédure – ce

4. Les procédures applicables aux voies de recours introduites par le traité d'Amsterdam présentent également des différences mineures avec la procédure « classique ».

5. La Cour décide, après avoir entendu l'avocat général, s'il faut rejeter une requête ne répondant pas aux conditions de forme.

qui peut arriver lorsque la Commission estime qu'un État s'apprête effectivement à mettre fin à un manquement.

Dans le cadre des renvois préjudiciels, chaque partie dépose des observations mais n'a pas la possibilité de répondre aux arguments des autres intervenants.

Constatant que, malgré une procédure simplifiée, la durée moyenne du traitement des affaires préjudicielles augmentait (vingt et un mois en moyenne en 1999), la Cour a proposé plusieurs modifications de son règlement de procédure qui ont été adoptées par le Conseil le 16 mai 2000[6]. Dorénavant, lorsque la réponse à une question préjudicielle est évidente, la Cour peut statuer directement par ordonnance[7], et si une juridiction nationale demande à la CJCE de statuer rapidement parce que des circonstances particulières l'exigent, le président peut supprimer la phase écrite et fixer directement une date d'audience.

À l'issue de la procédure écrite, se tient une réunion de travail interne à la Cour lors de laquelle elle décide notamment s'il y a lieu d'ordonner des mesures d'instruction.

Procédure orale

L'objet de la phase orale est, d'une part, de permettre aux parties de commenter leurs mémoires ou observations et éventuellement de les compléter, d'autre part, de permettre à la Cour et à l'avocat général d'éclaircir certains points du litige demeurés obscurs malgré les éléments écrits déjà échangés.

La phase orale n'est pas systématique. Jusqu'en mai 2000, la Cour devait obtenir l'accord exprès des parties pour se passer d'audience. Désormais, elle peut décider de supprimer la phase orale si aucune des parties ne présente une demande d'audience motivée dans un délai d'un mois.

D'une façon générale, l'audience est d'une utilité relative lorsque la langue de procédure est mal connue des juges et qu'une traduction simultanée doit être assurée. En effet, la présence d'interprètes, quelle que soit leur qualité, empêche que s'instaure une discussion spontanée et constructive entre les juges et les parties.

Si la phase orale est maintenue, il est désormais courant que la Cour adresse aux parties avant l'audience des questions écrites, les invite à

6. *JOCE*, L 122, 24 mai 2000.

7. Art. 104 § 3 RP. La version précédente de l'article 104 §3 prévoyait déjà cette possibilité lorsque « une question posée à titre préjudiciel est identique à une question sur laquelle la Cour a déjà statué ».

concentrer leur intervention sur certaines points jugés essentiels, ou demande aux conseils qui défendent une même thèse de se concerter afin d'éviter des répétitions inutiles.

Bien qu'aucune limitation du temps de parole ne soit prévue dans les textes, le président veille à ce que les parties ne s'expriment pas plus d'une demi-heure devant la Cour et un quart d'heure devant les chambres à trois juges. L'audience est la phase de la procédure où les contradictions entre les traditions juridiques nationales sont les plus apparentes. Ainsi, les juges et l'avocat général peuvent poser des questions aux parties une fois qu'elles se sont exprimées, mais ne les interrompent jamais en cours de plaidoirie, ce qui est évident pour un avocat français, mais inhabituel pour un avocat exerçant dans un pays de *common law*.

L'issue de la procédure

Une fois que l'avocat général a présenté ses conclusions en audience publique, la Cour délibère, puis rend son arrêt.

Toutes les affaires ne conduisent pas à l'adoption d'un arrêt, car si les parties s'accordent sur une solution au litige, le président doit ordonner la radiation de l'affaire. Dans une affaire concernant une entente entre des compagnies maritimes, la *High Court of justice* a ainsi retiré sa demande de décision préjudicielle quelques jours avant la présentation des conclusions de l'avocat général[8].

L'itinéraire d'une requête individuelle devant la Cour européenne des droits de l'homme

La saisine de la Cour européenne des droits de l'homme[9] est l'étape finale d'un long parcours judiciaire, puisque le requérant doit, au préalable, s'être plaint de la violation de la Convention qu'il invoque devant les juridictions internes, afin de donner à l'État la possibilité de la réparer[10]. Il devra cependant patienter avant que la Cour ne rende son arrêt et encore ne le fera-t-elle que pour les quelques affaires qui franchissent le cap de la recevabilité. Dans un souci de simplification, on peut distinguer quatre phases dans ce parcours : une fois que le greffe aura pro-

8. Aff. C-339/95, ordonnance de radiation du 11 mars 1998, non publiée.

9. Pour une description détaillée voir J. Callewaert, « La Cour EDH, un an après le protocole n° 11 », *Journal des tribunaux, droit européen*, n° 63, novembre 1999, et P. Lambert, « Le règlement de la Cour EDH », *Journal des tribunaux*, n° 5917, 27 février 1999.

10. Art. 35, § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme.

cédé à la mise en état de la requête, interviendra la décision sur la recevabilité, puis les affaires recevables qui ne pourront aboutir à un règlement amiable donneront lieu à un arrêt de la Cour.

Le traitement administratif des requêtes

Avec la première correspondance du requérant, débute une phase purement administrative durant laquelle le greffe ouvre un dossier provisoire et vérifie que la Cour dispose des éléments nécessaires pour examiner l'affaire.

En règle générale, le greffe élabore, à l'intention du requérant, une analyse des chances de recevabilité de l'affaire au regard de la jurisprudence. Si ce dernier maintient sa requête, elle est formellement enregistrée. Selon les évaluations du greffe, 60 % à 70 % des dossiers provisoires ne débouchent pas sur un enregistrement.

L'examen de la recevabilité

Une fois enregistrée, la requête est dirigée vers l'une des quatre sections de la Cour et attribuée à un juge rapporteur[11]. Ce dernier, selon que la requête lui semble ou non recevable[12], la dirigera vers la formation de jugement appropriée, l'exposera devant ses collègues et leur soumettra un projet de décision.

Les affaires manifestement irrecevables sont dirigées vers un comité de trois juges aux pouvoirs limités puisqu'ils ne peuvent que constater – à l'unanimité – l'irrecevabilité ou rayer les requêtes du rôle[13]. Toutefois, si une requête dirigée à l'origine vers un comité s'avère recevable, celui-ci la transmet à une chambre de sept juges.

Les chambres connaissent donc des seules affaires qui semblent

11. Art. 49 du règlement de la Cour (RC).

12. Pour être déclarée recevable, une requête doit ne pas avoir été soumise à une autre instance internationale de règlement, ne pas être identique à une requête déjà examinée par la Cour, satisfaire à l'obligation d'épuisement des recours internes et avoir été introduite dans les six mois qui suivent la décision juridictionnelle interne définitive (la première lettre adressée au greffe étant considérée comme la date de saisine pour autant qu'elle expose les griefs d'une manière compréhensible). La violation alléguée doit concerner des droits énoncés par la Convention, les faits doivent être postérieurs à la date à laquelle l'État a ratifié la Convention et le requérant doit relever de « la juridiction » de l'un des États parties. La Cour peut également déclarer irrecevable toute requête qu'elle estime « manifestement mal fondée ou abusive » (art. 35 § 3 de la Convention).

13. Art. 37 de la Convention. La Cour raye une requête du rôle lorsqu'elle constate l'extinction du litige, elle a la possibilité de décider sa réinscription si elle estime que les circonstances le justifient.

a priori satisfaire aux critères de recevabilité. Elles ont la possibilité de prendre les mesures d'instruction utiles et notamment de diligenter une enquête sur les lieux. Elle peuvent aussi traiter une requête en priorité ou adopter des mesures provisoires[14].

Lorsqu'elle ne déclare pas d'emblée une requête irrecevable, la chambre peut la communiquer au gouvernement défendeur qui fait connaître son point de vue sur les obstacles qu'il entrevoit à la recevabilité et sur la violation de la convention qui lui est imputée. Ces observations sont transmises au requérant qui peut formuler des observations complémentaires. La chambre peut décider de tenir une audience au cours de laquelle les parties exposent également leurs observations sur le fond. Après l'audience, elle délibère et décide du sort des exceptions d'irrecevabilité formulées par le gouvernement. Si celles-ci sont trop

liées à la question de la violation pour être tranchées séparément, elle les joint au fond. Lors de l'adoption de la décision sur la recevabilité, la Cour procède à un vote provisoire sur le fond, dont le résultat ne sera pas divulgué.

Les décisions d'irrecevabilité sont définitives.

La tentative de règlement amiable

L'article 39 § 1 b de la Convention précise que lorsque la Cour déclare une requête recevable, elle se met à la disposition des parties afin de parvenir à un règlement amiable.

Si un règlement amiable peut intervenir avant l'adoption de la décision sur la recevabilité, celle-ci est susceptible d'inciter le gouvernement à rechercher une transaction qui lui permettra d'échapper à la publicité inopportune que représente un arrêt de violation. Pour nombre de requérants, une compensation financière peut également être préférable à l'attente d'un incertain constat de violation[15].

Une fois l'arrangement amiable conclu, la Cour en prend acte, vérifie qu'il n'existe aucun motif de poursuivre l'examen de la requête et la raye du rôle.

---

14. Art. 39 du RC. Sur la valeur juridique des mesures provisoires, voir l'arrêt « Cruz Varaz c. Suède ».

15. Sur 219 arrêts rendus par la Cour entre janvier et août 2000, 185 concernaient des règlements amiables. Statistiques du greffe.

L'existence d'une violation

Les requêtes que la Cour n'a pas prononcées irrecevables ni radiées du rôle[16] font l'objet d'un examen au fond.

Avant de statuer sur le fond, la Cour peut inviter les parties à lui soumettre des observations supplémentaires[17]. Si le requérant souhaite demander une compensation financière (dite « satisfaction équitable ») pour le préjudice qu'il estime avoir subi en raison de la violation de la Convention[18], il doit en principe la formuler à cette occasion[19].

Si aucune audience n'a eu lieu au stade de la recevabilité, la Cour en tient normalement une avant de délibérer sur le fond.

Pendant trois mois, l'arrêt d'une chambre demeure provisoire Dans cet intervalle, les parties peuvent demander que l'affaire soit renvoyée devant la Grande Chambre. La demande de renvoi est filtrée par un collège de cinq juges, membres de la Grande Chambre. Le collège a accepté pour la première fois en septembre 2000 de renvoyer un arrêt de chambre devant la Grande Chambre.

L'arrêt définitif est transmis au Comité des ministres du Conseil de l'Europe qui est chargé d'en surveiller l'exécution. La révision des arrêts ne peut intervenir qu'en cas de découverte d'un fait nouveau et décisif.

Les Méthodes de Travail des Deux Juridictions

L'examen des modes de fonctionnement des deux Cours révèle des approches différentes de la procédure tant en ce qui concerne l'élaboration de la décision que son adoption.

L'élaboration du projet de décision

Au sein des deux Cours, l'élaboration des projets de décision fait intervenir plusieurs acteurs. Référendaires ou agents du greffe y concourent en assistant les juges rapporteurs et, à Luxembourg, les avocats généraux dans leurs fonctions respectives.

16. En 1999, sur les 4 250 décisions rendues par la Cour, 3 519 étaient des décisions d'irrecevabilité ou de radiation du rôle, seules 731 requêtes furent jugées recevables (statistiques du greffe).

17. Art. 59 du RC.

18. Art. 41 de la Convention.

19. Art. 60 du RC.

Les greffes et les référendaires

À Luxembourg, le greffier[20] et les fonctionnaires de la Cour ne participent pas directement à l'élaboration de l'arrêt[21]. Chaque juge et chaque avocat général est assisté de trois référendaires, qui constituent son cabinet et l'aident dans la rédaction des conclusions, rapports et arrêts. Si certains magistrats choisissent exclusivement des personnes de leur nationalité, d'autres recherchent au contraire l'assistance de juristes maîtrisant les rouages d'autres systèmes juridiques. L'origine professionnelle des référendaires est variée, et on retrouve à la Cour aussi bien des avocats et des magistrats que des juristes-linguistes ou des administrateurs de la Commission.

À Strasbourg, le greffe de la Cour assure à la fois des fonctions administratives et juridiques[22].

En effet, nonobstant les dispositions l'article 25 de la Convention qui énonce que « la Cour est assistée de référendaires », les juges de la CEDH ne disposent pas d'un « cabinet de référendaires » dont le recrutement et la gestion relèvent de leur seule responsabilité. La nouvelle Cour, comme l'ancienne, s'appuie sur un « pool » de « juristes » du Conseil de l'Europe attachés au greffe.

Les juristes du greffe sont affectés à une affaire et non à un juge et sont donc amenés à travailler sous la direction de plusieurs rapporteurs, dans différentes sections. Outre la rédaction des décisions et arrêts, la préparation des audiences et des négociations en vue d'un règlement amiable, ils assurent la liaison avec les parties, dont ils parlent la langue[23], depuis les premières correspondances jusqu'à l'issue du procès. Ils sont la cheville ouvrière de la procédure.

Alors que la Cour a opté pour des juristes permanents (même si cette constatation doit être nuancée en raison de la présence d'un effectif important de juristes temporaires), la CJCE a choisi que les référendaires assistent le juge pour la durée de son mandat[24]. À Strasbourg, les mandats des juges expirés, les juristes demeurent dépositaires de la

---

20. Les fonctions du greffier sont essentiellement définies par le règlement de procédure (art. 15 *sq*.), et les instructions au greffier.

21. Le greffier dirige les services administratifs de la Cour, assiste aux séances (sauf au délibéré), tient le registre et établit le procès-verbal de chaque audience. Le greffe est également chargé de communiquer tous les actes de procédure aux parties.

22. Art. 18 § 1 du RC.

23. Ce qui n'est pas nécessairement le cas du rapporteur.

24. La situation des référendaires a en réalité évolué, car les premiers référendaires ont fait toute leur carrière à la CJCE.

mémoire de la juridiction. Leur statut de permanents les met à l'abri de toute pression étatique, précaution non négligeable lorsque l'on traite de questions aussi graves que les articles 2 et 3 de la Convention, mais peut, à terme, les isoler des réalités nationales sur lesquelles ils ont à se pencher. À Luxembourg, le recours à des personnalités extérieures préserve le lien avec ces réalités, mais n'offre pas les mêmes garanties d'indépendance.

Les juges rapporteurs et les avocats généraux

Dès qu'une requête introductive parvient à la Cour de justice des Communautés, elle est attribuée à un juge rapporteur et à un avocat général[25]. Les textes ne se prononcent pas sur la répartition des affaires, toutefois une règle non écrite veut que les rapporteurs et les avocats généraux n'aient pas à connaître de recours qui concernent leur pays d'origine. Enfin il arrive que certains membres de la Cour, notamment lorsqu'ils ont été à l'origine d'un arrêt de principe dans un domaine du droit communautaire, se voient attribuer plusieurs affaires portant sur des sujets connexes.

À la CEDH, une requête enregistrée, est dirigée vers une section puis attribuée à un juge rapporteur. Il n'existe pas de spécialisation des juges en fonction des droits énoncés par la Convention.

Si comme à Luxembourg les juges ne peuvent connaître d'une affaire à laquelle ils ont pris part, à un titre quelconque[26], lors de son examen par les juridictions internes, aucune autre règle ne s'oppose à la désignation du juge national comme juge rapporteur.

La Cour étendant sa juridiction sur plus de quarante États, elle est saisie de requêtes rédigées dans des langues peu pratiquées. Les faits exposés sont souvent complexes, très contestés par l'État défendeur, mettent parfois en cause des dispositions obscures des droits procéduraux nationaux. Bien que le juge rapporteur puisse demander la traduction des pièces, leur nombre s'oppose à une traduction intégrale. Un rapporteur qui ignore la langue du requérant ne pourra donc appréhender le problème qui lui est soumis qu'à travers le compte rendu que

25. L'avocat général et le juge rapporteur assistent la Cour tout au long de la procédure. La Cour les entend avant de prendre la plupart de ses décisions. Ils prennent part aux mesures d'instruction (le juge rapporteur en a en général la charge), donnent leur avis notamment sur la citation des témoins et des experts, sur le recours à la procédure accélérée visée à l'article 104 bis RP ou encore sur l'utilité d'une audience.

26. Art. 28 du RC.

lui en fera le juriste chargé du dossier. Ces facteurs, parmi d'autres, sont susceptibles d'expliquer que la Cour n'ait pas souhaité exclure le juge national de la fonction de rapporteur même s'il est vraisemblable qu'elle évite de recourir à lui dans des affaires délicates[27].

Ces considérations sont toutefois de pures spéculations, puisque l'identité du juge rapporteur n'est pas révélée, soit que l'on veuille, s'il est le juge national, le protéger de pressions éventuelles, soit qu'il s'agisse de prévenir des réactions de requérants insatisfaits[28], soit encore que la Cour ait choisi de faire primer l'idée de collégialité sur le rôle joué par chacun.

Les fonctions des juges rapporteurs devant les deux Cours sont similaires. Toutefois, à la CJCE, le rapporteur partage la plupart de ses prérogatives avec l'avocat général, alors qu'à la CEDH c'est à lui seul

qu'incombe la responsabilité d'orchestrer la procédure.

À Luxembourg, le juge rapporteur est en premier lieu chargé de rédiger le rapport préalable remis lors de la réunion générale de travail. Ce document, strictement interne à la Cour, présente de façon synthétique le litige et les principales questions de droit. Le rapporteur peut également y exposer brièvement son opinion. Sur la base de ce rapport, la Cour décide d'ordonner d'éventuelles mesures d'instruction, de poser des questions aux parties, de joindre certaines affaires, et du renvoi éventuel devant une chambre.

Le rapporteur est également chargé de rédiger le rapport d'audience, qui rappelle les arguments échangés par écrit et un projet d'arrêt, adressé aux autres juges après la présentation des conclusions de l'avocat général, à moins que, confronté à des questions de droit délicates, le juge rapporteur ne préfère consulter ses pairs avant de rédiger le projet.

Au stade de l'instruction de la requête, le règlement de la CEDH[29] donne au juge rapporteur le pouvoir de demander aux parties tous les renseignements et documents qu'il juge pertinents[30].

---

27. Voir M. de Salvia, *La CEDH : développements récents et nouveaux défis*, Bruxelles, Bruylant, 1997, p. 63.

28. À la différence de la CJCE, la Cour EDH ne se prononce pas principalement sur les intérêts économiques, les litiges qu'elle tranche touchent des questions douloureuses pour le requérant ou pour ses proches : garde d'enfants, diffamation, torture, mort.

29. Considérant qu'une telle disposition lui permettrait de d'éviter l'ouverture formelle d'une instruction, la CJCE a obtenu que les juges rapporteurs disposent à Luxembourg des mêmes pouvoirs.

30. Art. 49 § 2 a du RC.

C'est également à lui qu'incombe le choix de la formation de jugement qui statuera sur la recevabilité de la requête. S'il a opté pour un comité de trois juges, son rapport se bornera à exposer brièvement les faits pertinents et les raisons qui militent pour l'irrecevabilité[31]. S'il a déféré la requête devant une chambre, il détaillera plus précisément les faits, indiquera en quoi ceux-ci semblent poser problème au regard de la Convention et formulera une proposition quant à la recevabilité. Il peut aussi suggérer de communiquer la requête au gouvernement, de tenir une audience ou d'appliquer l'article 39 du règlement qui permet l'adoption de mesures provisoires.

Lors de l'examen au fond, le juge rapporteur devra produire « les rapports, projets de texte et autres documents pouvant aider la chambre à s'acquitter de ses fonctions[32] ».

La fonction essentielle de l'avocat général devant la CJCE est de « présenter publiquement, en toute impartialité et en toute indépendance », des conclusions motivées sur l'affaire. Les avocats généraux « ne constituent pas un parquet ni un ministère public et ils ne relèvent d'aucune autorité, à la différence de ce qui ressort de l'organisation judiciaire de certains États membres. Dans l'exercice de leur fonction, ils ne sont pas chargés de la défense de quelque intérêt que ce soit[33] ».

Le 4 juillet 2000, dans l'affaire « Commission c. Grèce »[34], la Cour s'est prononcée pour la première fois sur la condamnation d'un État au versement d'astreintes[35]. Les conclusions présentées dans cette affaire sont particulièrement représentatives du rôle fondamental de l'avocat général. L'avocat général Colomer se prononce sur la nature pénale ou administrative des sanctions, en se référant aux droits des États membres et à la sanction de la non-exécution des arrêts de la Cour de Strasbourg. Il analyse tous les aspects de cette voie de recours, alors que la Cour se prononce uniquement sur les moyens soulevés par les parties.

Il arrive que la Cour, lorsqu'elle suit les conclusions, se contente d'une motivation restreinte de son arrêt et renvoie au raisonnement de l'avocat général.

---

31. Art. 49 § 3 du RC.

32. Art. 49 § 5 du RC.

33. Ordonnance du 4 février 2000, aff. C-17/98, « Emesa Sugar » (Free zone) NV, *Rec.* P, I, p. 665.

34. Arrêt de la CJCE, 4 juillet 2000, aff. C-387/97, « Commission c. Grèce », non encore publié, et concl. Colomer, 28 septembre 1999.

35. Procédure prévue par l'article 228 CE et qui vise à inciter les États récalcitrants à exécuter un arrêt en manquement.

À l'occasion de la réforme de la Cour européenne des droits de l'homme, la création d'avocats généraux avait été envisagée[36], mais cette solution n'a pas été retenue. Dans le système antérieur, la Commission jouait, dans une certaine mesure, ce rôle de tiers indépendant – puisque ne participant pas au vote – qui fait part à la Cour de son opinion sur l'affaire, voire l'invite à opérer une rupture avec sa jurisprudence antérieure.

Dans la structure actuelle, si le juge rapporteur fait part à la Cour de son opinion et l'invite à statuer dans une direction donnée, son rôle ne peut être comparé à celui de l'avocat général puisqu'il participe au vote. Enfin si les opinions que formulent les juges dissidents indiquent à la Cour les voies que pourrait emprunter sa jurisprudence future, elles sont, à la différence des conclusions de l'avocat général, sans effet sur le litige qui les occasionne.

L'adoption de la décision

Devant les deux juridictions, l'adoption de la décision peut être le fait de formations solennelles ou de formations réduites. Les principes gouvernant leur composition et leur fonctionnement ainsi que le déroulement des délibérés varient d'une Cour à l'autre.

Les formations de jugement

À Luxembourg, la règle est dorénavant que la Cour peut renvoyer devant des chambres de trois ou cinq juges les affaires techniques qui ne soulèvent pas de problème majeur. En revanche, elle doit siéger en séance plénière si un État ou une institution le demande. Les chambres ne sont pas spécialisées, ce qui est critiquable car certains secteurs du droit communautaire (agriculture ou droit douanier) exigent des connaissances techniques approfondies.

Le principe du renvoi devant des formations réduites des affaires simples s'applique également à la CEDH, puisque ce sont les comités qui connaissent des requêtes dont l'irrecevabilité est patente. Ils fonctionnent comme un filtre qui, tout en faisant bénéficier les justiciables d'une décision juridictionnelle[37], permet aux chambres de se concentrer sur les seules requêtes potentiellement recevables.

---

36. Voir P. Wachsmann, « La nouvelle structure », *Le Protocole n° 11 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant 1995.

37. Dont les motifs standardisés sont cependant très lapidaires.

Les chambres de sept juges constituent la formation de droit commun qui peut statuer sur la recevabilité aussi bien que sur le fond. Elles ne sont pas spécialisées.

À la différence de sa voisine, la Cour de Strasbourg ne siège en séance plénière que pour débattre de questions administratives. La probabilité que quarante et un juges parviennent à se mettre d'accord sur le sort à réserver à une requête étant faible, la Grande Chambre, qui compte dix-sept juges, est la formation solennelle.

Pour la même raison, la formation plénière à la CJCE rassemble en général neuf ou onze juges, rarement quinze. Consciente des conséquences prévisibles des prochains élargissements, la juridiction communautaire a, dans un rapport publié en 1995[38], exprimé sa crainte qu'une augmentation importante du nombre des juges soit susceptible de « faire franchir à la formation plénière de la Cour la frontière invisible séparant une juridiction collégiale d'une assemblée délibérante ». Si la règle consistant à nommer un juge par État membre était maintenue, la Cour pourrait rapidement compter 20 ou 25 membres, et une limitation du nombre de juges participant à la séance plénière serait alors souhaitable.

À Strasbourg comme à Luxembourg, les chambres peuvent se dessaisir en faveur de la formation solennelle lorsqu'elles estiment se trouver en face d'une question particulièrement grave ou susceptible de justifier un revirement de jurisprudence[39]. La procédure devant la Grande Chambre ne diffère pas de celle applicable devant les chambres[40].

La question de la présence, dans la formation, d'un juge ressortissant de l'État membre concerné par une affaire est traitée différemment dans les deux Cours. À Strasbourg, le juge national doit faire partie de la chambre qui examine une requête mettant en cause l'État qui l'a élu, y compris lorsque cette chambre appartient à une autre section que la sienne. S'il ne peut siéger, l'État a la possibilité de désigner un juge *ad hoc*. Cette règle n'existe pas à Luxembourg et le règlement de procédure précise qu'une partie ne peut demander que la formation de jugement soit modifiée en raison de l'absence d'un juge de sa nationalité.

38. Rapport sur certains aspects de l'application du traité sur l'Union européenne, Luxembourg, mai 1995, point 16.

39. À Strasbourg, la Cour doit au préalable rechercher l'accord des parties (art. 30 de la Convention).

40. Art. 71 du RC

Le délibéré

À la CJCE, ni l'avocat général ni les référendaires ne participent au délibéré.

Lors de la première réunion de délibéré, le président invite en général le juge rapporteur à présenter son projet et à prendre position sur les éventuelles commentaires écrits déposés par les autres juges.

Les juges ne pouvant pas présenter d'opinion dissidente, l'objectif de la Cour est de parvenir à un consensus, mais s'il apparaît que la Cour est très divisée sur le projet d'arrêt, le président peut décider de passer au vote. Le délibéré ne prend pas forcément fin après le vote, car les juges défavorables au projet prolongent en général la discussion afin d'inciter à une motivation approfondie de la décision de la Cour. Le rapporteur peut donc être conduit à revoir sa copie plusieurs fois[41].

L'adoption collégiale de l'arrêt a été critiquée au motif qu'elle nuirait à la cohérence du raisonnement, les juges tenant parfois à invoquer des motifs différents pour justifier la solution retenue. Mais l'absence d'opinion dissidente et le caractère secret du vote sont notamment justifiés par la volonté de garantir l'indépendance des juges.

Bien que se déroulant à huis clos, les délibérations de la CEDH admettent le personnel du greffe dont l'assistance est nécessaire et notamment le greffier de la section ainsi que le juriste chargé du dossier. La Cour s'est également réservé la possibilité d'admettre, par décision spéciale, une autre personne. Après la présentation par le juge rapporteur de son rapport et du projet de jugement, le président donne la parole aux juges qui souhaitent s'exprimer, puis procède au vote.

Si dans l'intervalle entre les délibérés, le juge rapporteur peut tenter de rallier ses collègues à la solution qu'il préconise, la recherche du consensus n'est pas un impératif, les juges ayant la faculté d'annexer aux arrêts des opinions séparées. Pour autant, la crédibilité de la jurisprudence rend le consensus souhaitable.

Les décisions et les arrêts indiquent s'ils ont été adoptés à la majorité ou à l'unanimité. Même si le vote exprimé par chacun est secret, l'identité des minoritaires transparaît lorsqu'ils formulent des opinions dissidentes. La lecture de celles-ci est souvent passionnante, car elle permet de deviner la nature et parfois la vivacité des débats.

---

41. Voir David Edward, « How the Court of Justice works », *European Law Review*, décembre 1995, p. 539.

Le Cadre Procédural

La mise en parallèle de quelques-uns des principes qui gouvernent l'action du juge et celle des parties et des tiers devant les deux juridictions démontre qu'à des problèmes comparables les deux juridictions ont apporté des réponses proches.

Les principes encadrant l'action de la Cour

Le travail des deux Cours est tributaire de contraintes, que celles-ci découlent de la nécessité de travailler dans plusieurs langues ou de l'observation des principes généraux du droit procédural.

Les régimes linguistiques 99

Le régime linguistique de la CJCE est l'un des principaux facteurs de ralentissement du travail juridictionnel.

Chaque affaire a sa propre langue de procédure qui est en général la langue officielle du requérant ou de la juridiction nationale dans les affaires préjudicielles. Cette langue doit être employée dans les mémoires, ainsi que pour la plaidoirie, sauf par les représentants des États qui peuvent intervenir dans leur propre langue.

La direction de la traduction de la Cour est notamment chargée de traduire dans les onze langues officielles tous les renvois préjudiciels qui doivent être envoyés à tous les États membres des Communautés européennes, les conclusions de l'avocat général et l'arrêt[42].

Malgré les délais qu'il occasionne, la Cour ne souhaite pas modifier son régime linguistique, considérant qu'il garantit un accès non discriminatoire au prétoire communautaire, et assure une diffusion optimale de sa jurisprudence. Ce régime est particulièrement justifié dans le cadre des renvois préjudiciels car il permet aux parties d'avoir recours à des avocats qui connaissent le droit national en cause et sont donc en mesure d'éclairer la Cour. Un régime juridique qui imposerait l'usage d'une ou deux langues de procédure limiterait le choix des avocats, voire conduirait à l'émergence d'un « barreau communautaire » trop détaché des systèmes juridiques nationaux.

Le français est la langue de travail unique de la Cour. Ce choix, qui

42. Les arrêts sont désormais disponibles sur le site Internet de la Cour dans toutes les langues, parfois le jour même de leur prononcé.

n'est pas inscrit dans les textes, permet des économies de temps et de personnel. Par ailleurs, les délibérés de la Cour perdraient beaucoup de leur intérêt s'ils nécessitaient la présence d'interprètes. Il est possible que le futur élargissement de l'Union et l'arrivée à la Cour de juges qui ne maîtriseront pas forcément le français remette en cause cette pratique.

À Strasbourg, l'élargissement à l'est de la juridiction de la Cour a marqué, dans la pratique, un recul du français qui demeure cependant avec l'anglais la langue officielle de la Cour[43].

Les États défendeurs et les tiers intervenants doivent, sauf dérogation, utiliser l'une de ces deux langues pour leurs communications avec la Cour[44]. Celle-ci peut cependant imposer à l'État défendeur de traduire ses observations dans sa langue ou dans l'une des langues des États parties à la Convention afin qu'elles soient comprises par le requérant.

En ce qui concerne les requérants, la règle varie selon que l'on se situe avant ou après que la requête eut été déclarée recevable.

Avant la décision sur la recevabilité, le requérant peut s'adresser à la Cour dans l'une des langues officielles des États parties à la Convention.

Cette règle ne vaut pas pour les audiences. Quel que soit le stade de la procédure auquel celles-ci se tiennent, elles se déroulent (ainsi que toutes les communications qui s'y rapportent) en français ou en anglais. Toutefois, le président de la chambre peut autoriser le requérant ou son représentant à employer la langue utilisée jusque-là. Enfin, les personnes comparaissant devant la Cour peuvent être autorisées à employer leur propre langue si leur connaissance des langues officielles de la Cour est limitée.

Une fois la requête déclarée recevable, la procédure se déroule uniquement dans les langues officielles de la Cour.

Les décisions et arrêts sont rendus, sauf décision expresse de la Cour, dans une seule des deux langues officielles[45]. Ils sont communiqués au requérant et diffusés sur le site Internet de la Cour dans cette seule langue. Le futur recueil des arrêts et décisions de la Cour sera bilingue, mais ne contiendra qu'une sélection de décisions.

La place prépondérante accordée à deux langues, si elle empêche *de facto* nombre d'avocats d'accéder au prétoire de la Cour, ne devrait pas

---

43. Et doit donc, en théorie, être maîtrisé par tous les juges.

44. La dérogation est accordée par le président de la chambre et assortie de l'obligation pour l'État partie d'assumer les frais de traduction vers l'une des langues officielles de la Cour (art. 34 § 4 b du RC).

45. Art. 57 du RC. Mais les arrêts de la Grande Chambre sont, en principe, bilingues.

être préjudiciable aux requérants puisque la Cour peut autoriser le recours à d'autres langues, chaque fois que le seul bilinguisme pourrait jouer en la défaveur de ce dernier ou être un frein à la bonne administration de la justice. Nonobstant ses imperfections, le régime linguistique choisi doit se lire comme une tentative de compromis entre l'impératif de garantie du libre accès des justiciables à la Cour et la nécessité d'éviter une « babelisation » – risque non théorique avec trente-sept langues officielles – qui paralyse le travail juridictionnel et induise des coûts de traduction démesurés.

Les principes généraux du droit procédural

Publicité de la procédure

Dès qu'une affaire est introduite à la CJCE, elle fait l'objet d'une publication au *Journal officiel*. Ce principe de publicité ne s'étend pas au déroulement de la procédure écrite puisque le public n'a pas accès aux mémoires ou observations déposés, à moins que l'une des parties n'y consente expressément. Depuis que le rapport d'audience n'est plus publié[46], les seules sources d'informations accessibles au public sont le *Journal officiel*, les conclusions de l'avocat général et l'arrêt. L'audience est en principe publique.

Fidèle aux principes qu'elle a proclamés dans sa jurisprudence, la CEDH a opté, dans son règlement, pour une procédure publique en se dotant de la faculté de déroger à cette exigence lorsque les circonstances le justifient ou qu'une partie en fait la demande. L'accès aux audiences est libre, sauf dans les cas pour lesquels l'article 6 de la Convention permet le huis clos. Les documents déposés au greffe dans le cadre d'une affaire sont publics. La Cour a toutefois ménagé des zones de confidentialité dans sa procédure puisque les documents relatifs aux négociations en vue d'un règlement amiable ne sont pas accessibles au public et que celui-ci, comme les parties, ne connaîtra ni le nom du rapporteur ni la teneur de son rapport.

Principe du contradictoire

Le principe du contradictoire, qui constitue un aspect des droits de la défense, est un fondement commun du droit procédural des différents États membres, et l'un des principes reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme.

46. Sa traduction dans toutes les langues officielles et sa publication ont dû être abandonnées.

Dans les affaires préjudicielles, les parties peuvent confronter leurs arguments uniquement au cours de l'audience. Cela est en partie justifié par la nécessité de limiter la durée de la procédure préjudicielle, et parce que la Cour n'ayant pas à trancher un litige mais à se prononcer sur le sens du droit communautaire, il est moins indispensable de donner à chaque partie le droit de se prononcer sur les observations des autres.

Dans une ordonnance du 4 février 2000[47], la Cour a rejeté le recours de la société Emesa qui demandait à déposer des observations écrites sur les conclusions de l'avocat général et se prévalait de la jurisprudence de la CEDH sur l'article 6 §1 de la Convention, notamment de l'arrêt « Vermeulen c. Belgique » du 20 février 1996. Dans cet arrêt, la Cour de Strasbourg considère que le principe du contradictoire

implique que toute partie à un procès pénal ou civil puisse prendre connaissance de toute pièce ou observation présentées au juge, même par un magistrat indépendant, en vue d'influencer sa décision, et la discuter. La CJCE estime que cette jurisprudence n'est pas transposable aux conclusions de l'avocat général qui sont en réalité l'expression de l'opinion individuelle d'un membre de la Cour. Par conséquent, le fait que les parties ne puissent présenter des observations sur ces conclusions n'est pas contraire au principe du contradictoire, d'autant que si la Cour ne s'estime pas suffisamment éclairée elle peut décider la réouverture de la procédure orale, ce qui suppose la présentation de nouvelles conclusions[48].

Malgré l'importance que la jurisprudence de la CEDH accorde au respect du contradictoire, les États défendeurs ne sont pas informés des requêtes les concernant soumises à un comité. On peut imaginer que le caractère manifeste de leur irrecevabilité – sans mentionner leur nombre – s'y oppose. Aucune obligation de communication des requêtes au défendeur ne pèse non plus sur les chambres au stade de la recevabilité, même si la Cour a pour pratique de solliciter les observations du gouvernement lorsqu'elle ne conclue pas d'emblée à l'irrecevabilité.

Ainsi la procédure ne devient-elle réellement contradictoire qu'une fois la requête déclarée recevable[49]. Il est cependant à noter que le règlement de la Cour prévoit que, dans des cas exceptionnels, il peut ne pas

47. Aff. C-17/98.
48. Voir, par exemple, l'arrêt du 16 juillet 1992, « Legros e.a. », C-163/90, *Rec.*, I, p. 4625.
49. « Entretien avec F. Tulkens, juge à la Cour EDH », *L'Astrée*, avril 1999, n° 7.

être tenu d'audience[50] sans, à l'en croire, que cela nuise à l'examen contradictoire de l'affaire. Dans la pratique, les audiences sont d'ailleurs devenues l'exception.

Principes encadrant l'action des parties et des intervenants

Si la procédure devant la Cour de justice admet plus volontiers l'intervention de tiers, la CEDH a une approche plus libérale de la question de la représentation des parties.

L'intervention des États, des particuliers et des entreprises

L'intervention dans tout recours direct et tout renvoi préjudiciel est de droit pour les États membres et les institutions, qui n'ont pas à montrer d'intérêt à intervenir.

Alors que la Commission de Bruxelles intervient systématiquement, 103
les interventions des États membres sont plus sporadiques. Certains renvois préjudiciels, qui soulèvent une question de droit importante ou nouvelle, suscitent de nombreuses observations. En 1996, le gouvernement français a déposé des observations dans 96 affaires préjudicielles, et notamment dans toutes celles qui émanaient d'une juridiction française. Les interventions dans le cadre des recours directs sont plus rares.

Seules les parties au litige principal, les États membres et les institutions, peuvent déposer des observations dans une affaire préjudicielle. En revanche, dans le cadre des recours directs, toute personne « justifiant d'un intérêt à la solution d'un litige » peut demander à intervenir au soutien d'une des parties[51].

La procédure devant la CEDH fait une place plus réduite à l'intervention des tiers. L'État dont le requérant est un national peut intervenir de droit, déposer des observations écrites et prendre part aux audiences[52], mais les autres États parties – comme toute autre personne intéressée – doivent solliciter l'autorisation d'intervenir[53]. La participation à l'audience a été limitée par le règlement à des « circonstances exceptionnelles ».

50. Art. 59 § du RC.

51. À l'exception des litiges entre États membres, entre institutions, et entre ces dernières et les États membres.

52. Art. 36 § 1 de la Convention.

53. Art. 36 § 2 de la Convention et art. 61 du RC.

La représentation des parties

Les parties à une instance devant la CJCE doivent se faire représenter, sauf dans le cas de questions préjudicielles qui émanent de juridictions devant lesquelles les parties n'ont pas à être représentées par un avocat.

Les entreprises et les particuliers doivent être représentés par un avocat ou un professeur lorsqu'il est habilité à plaider dans son pays, ce qui est le cas en Allemagne et en Italie.

Les États membres et les institutions sont représentés par leurs agents, qui peuvent éventuellement être assistés d'un avocat. En France, le contenu général des mémoires et des plaidoiries est arrêté par le SGCI[54], après une consultation de tous les ministères concernés par le dossier. C'est ensuite un agent de la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères qui rédige les mémoires et plaide.

La représentation des États devant la Cour de Strasbourg obéit *mutatis mutandis* aux mêmes principes. Quant aux requérants, une très grande souplesse prévaut. Le magistère de l'avocat n'est obligatoire que pour l'examen au fond et encore le président de la chambre peut-il en décider autrement.

Le président de la chambre peut toutefois ordonner que le requérant soit représenté avant la décision sur la recevabilité, si la requête est communiquée à l'État défendeur. La représentation sera aussi la règle lorsqu'une audience se tient, quelle que soit la phase de la procédure à laquelle elle se rapporte. Cependant là encore, la souplesse prévaut puisque des dérogations sont possibles. Sur décision du président de la chambre, le requérant peut être autorisé à assumer seul, ou assisté, sa défense dans les cas où la représentation devrait être la règle.

Le représentant choisi doit être un conseil habilité à exercer sur le territoire d'un État partie, ou « une autre personne agréée par le président de la chambre ».

Une partie qui n'aurait pas les moyens de faire face aux frais d'instance occasionnés par des procédures à Luxembourg ou à Strasbourg peut demander à bénéficier d'une assistance judiciaire gratuite[55], mais le budget des deux Cours est très limité.

Si la CJCE admet la demande, elle ordonne la désignation d'un avocat. Les sommes accordées sont des avances. À l'issue de la procédure,

---

54. Secrétariat général du Comité interministériel pour les questions de coopération économiques européennes.

55. Art. 76 du règlement de procédure de la CJCE et art. 91 *sq*. du règlement de la CEDH.

la partie qui est condamnée aux dépens par l'arrêt de la Cour doit rembourser cette dernière.

À la CEDH, la demande motivée d'octroi de l'aide juridictionnelle est soumise pour observations à l'État défendeur. Si celui-ci est condamné à verser des frais et dépens, le montant déjà octroyé au titre de l'assistance judiciaire en sera déduit.

Le Conseil de l'Union européenne a récemment adopté plusieurs modifications du règlement de procédure de la CJCE permettant d'adapter les procédures au degré de complexité et d'urgence des affaires. La Cour a en outre demandé à devenir maîtresse des modifications de ce règlement, comme l'est la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui éviterait que toute adaptation des règles de procédure requière l'accord unanime des États membres. La CEDH a, pour sa part, constitué des groupes de travail internes, afin de dresser un bilan de son fonctionnement et de trouver des solutions susceptibles d'accélérer la procédure.

Ces améliorations procédurales risquent, néanmoins, de se révéler insuffisantes face à la croissance exponentielle du nombre de requêtes enregistrées à Strasbourg[56] et à l'augmentation des saisines que ne manqueront pas de générer pour la CJCE les nouvelles compétences introduites par le traité d'Amsterdam et le futur élargissement de l'Union. La Cour de justice a proposé des mesures plus fondamentales impliquant la modification des traités, qui sont actuellement débattues dans le cadre de la Conférence intergouvernementale. La CEDH, souhaite pour sa part une augmentation de son budget de fonctionnement afin de renforcer les effectifs du greffe et réfléchit à la mise en place d'un système de filtrage des requêtes plus radical que celui en vigueur[57].

56. 500 % en sept ans selon un entretien avec le président de la Cour disponible sur le site Internet du Conseil de l'Europe.

57. *Ibid*.

RÉSUMÉ

Les deux juridictions européennes connaissent une renommée grandissante qui se traduit par un accroissement continu du nombre des saisines. Dans ce contexte, l'organisation de la procédure joue un rôle cardinal pour répondre aux attentes des justiciables. Confrontées à des problèmes comparables, les deux Cours ont choisi des méthodes de travail différentes, mais appliquent à leurs procédures des principes similaires.

Denys de Béchillon

Conflits de sentences entre les juges de la loi

Qu'on le veuille ou non, dans l'espace européen, cinq catégories de juges se disputent aujourd'hui le pouvoir de contrôler la loi française : 1. le Conseil constitutionnel, qui a reçu l'office d'en examiner la constitutionnalité par voie d'action ; 2. les juges judiciaires et administratifs, qui se sont l'un et l'autre reconnu la compétence utile pour en examiner la conventionnalité internationale, originaire et dérivée, sur le fondement de l'article 55 de la Constitution[1] ; 3. la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme, qui peuvent être amenées de manière plus ou moins immédiate à en examiner l'adéquation aux traités dont elles ont respectivement la garde.

Qu'on s'en accommode ou pas, cette situation ouvre sur l'éventualité de jugements discordants sur la même loi. Et il s'ensuit, non pas une simple divergence d'appréciation jurisprudentielle, dans l'absolu, sur le sens ou la portée de telle ou telle disposition, mais bien un conflit entre des obligations juridiques directement imposées à l'État par les dispositions normatives des sentences rendues contre lui par un tribunal investi du pouvoir de le condamner[2] : une disharmonie des « choses jugées », pour parler précisément[3].

1. C'est l'effet bien connu des jurisprudences « Jacques Vabre » (C.cass. 24 mai 1975) et « Nicolo » (CE, 20 octobre 1989) que d'avoir consacré, à l'avantage successif du juge judiciaire et du juge administratif, le pouvoir d'examiner par voie d'exception la conventionnalité internationale de la loi dont l'application est querellée devant eux.

2. Sur l'appréhension de ce problème par les tribunaux français, voir Joël Andriant-Simbazovina, *L'Autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français, Conseil constitutionnel, Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme*, LGDJ, 1998.

3. Hans Kelsen avait limpidement montré qu'un jugement crée par lui-même, à l'adresse de ses destinataires, une norme distincte de celle dont il tend à assurer le respect

Que cela plaise ou non, ce phénomène inédit de concurrence objective pose à nos démocraties une série de problèmes de toute première importance[4] : jusqu'où admettre la banalisation intégrale de la loi parlementaire ? Jusqu'où tolérer que le pouvoir de la juger puisse s'acquérir par des voies plus ou moins purement prétoriennes ? Jusqu'où accepter le trouble en ces matières ? Jusqu'où laisser aux juges le soin d'agencer eux-mêmes le règlement de ce désordre et dénouer à leur guise les difficultés inhérentes à leur cohabitation ? Sur quelles bases se substituer à eux ? Par quels moyens ? Au bénéfice de qui ? Au service de quelle forme d'État ou d'organisation politique ? Pour quelle forme d'Europe, puisque c'est aussi de cela qu'il s'agit ?…

Parce que ces problèmes sont fondamentalement politiques et qu'ils appellent sans doute un débat du même bois, il importe de mettre en évi-

dence leur réalité actuelle dans l'ordre – juridique – où ils ont cours. C'est pourquoi on cherchera ici à comprendre en quoi ce conflit des sentences est effectivement possible, et jusqu'où il ne semble pas soluble avec les moyens dont dispose, pour la minute, notre système de droit.

(*Théorie pure du droit,* 2e éd., 1962, réimpr. LGDJ 1999). La condamnation à payer une amende en conséquence de l'excès de vitesse que vous avez commis « norme » votre comportement au-delà de ce que prescrit l'obligation générale de respecter les limitations de vitesse : vous devez payer ou restituer votre permis de conduire, et non plus seulement rouler en deçà de telle allure. L'action juridique de juger met ainsi en scène, selon la formule inaugurée d'Alexandre Kojève, un « tiers désintéressé et impartial », appréciant la conformité d'une norme ou d'une action matérielle à une règle juridique (supérieure), mais seulement lorsque cette appréciation s'exprime dans un acte *d'autorité*, unilatéral et impératif : la prescription d'une norme juridictionnelle.

4. L'espace d'une recherche sociologique devrait également s'ouvrir dans ce domaine, qui concerne la manière dont les corps de juges vivent *subjectivement* cette concurrence, et les raisons pour lesquelles leur vécu individuel et collectif peut se vérifier émotionnellement très chargé à ce propos comme au sujet de tout ce qui touche aux questions de compétition entre des institutions. Réelle ou fantasmée, la perspective de la « guerre des juges » constitue un terrain de réflexion passionnant parce qu'elle met forcément en question de nombreuses et profondes *ambivalences* chez les intéressés : par exemple, celle qui existe entre la fierté d'appartenir à une institution d'autant plus enthousiasmante à servir que ses choix sont souverains, et la conscience ou le sentiment de ce que des *limites* (juridiques, linguistiques, mais aussi fonctionnelles, de cohérence, d'intérêt général, etc.) s'opposent et doivent s'opposer à un déploiement trop direct ou trop complet de cette autonomie dans un univers juridique de plus en plus lourdement marqué par l'interdépendance. Mais il faudrait y mettre en œuvre une méthodologie particulièrement subtile si l'on voulait avoir une chance de sortir d'une vulgate par trop grossière à ce propos.

En Quoi le Conflit est Possible

L'impression de relative quiétude qui semble régner parfois sur la perspective d'une guerre des sentences provient d'une sorte de conviction ambiante selon laquelle ce conflit des choses jugées ne peut pas avoir lieu parce les conditions de sa survenance ne sont jamais susceptibles de se trouver réunies. En bonne orthodoxie juridique, l'autorité de la chose jugée n'apparaît en effet qu'à l'intérieur d'un espace strictement défini par un certain nombre d'identités. Ainsi, s'agissant de jugements portant sur une loi – et donc, sauf exception, sur une norme de portée générale et impersonnelle –, cette autorité ne saurait se heurter qu'à celle d'un autre jugement possédant à la fois la même cause[5] et le même objet. Or, postule-t-on, cela ne saurait exister. Mais c'est précisément ce postulat qu'il importe ici de révoquer en doute.

Identité de cause

L'identité des causes juridiques des divers procès mettant en jeu la loi semble à première vue ne pas pouvoir se rencontrer. La notion classique de cause juridique a en effet trait à la norme de référence du jugement, c'est-à-dire celle dont on allègue la violation. Or, si l'on se limite à comparer la situation des jugements rendus par le Conseil constitutionnel, la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des Communautés, il faut convenir qu'aucun d'eux ne censure la violation du même groupe de règles. Le Conseil constitutionnel s'interdit de connaître de la conventionnalité internationale des lois[6], la Cour de Strasbourg voit son office limité à la protection de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses protocoles additionnels, et la Cour de justice, jusqu'à plus ample informé, ne reçoit de compétence utile que pour sanctionner les manquements au droit *lato sensu* de l'Union européenne. L'intersection formelle de ces champs n'est donc pas possible : chaque juge contrôle le respect d'une classe singulière d'actes juridiques. La chose jugée ici n'est donc pas susceptible d'être remise en cause là.

Reste que cette présentation, scolastiquement exacte, si l'on peut

5. Il ne fait guère de doute que, pour autant que la loi contrôlée possède une portée générale et impersonnelle, le jugement qui la déclare licite ou illicite possède lui-même une portée générale et non pas relative à la seule personne du requérant. Dans les catégories ordinaires (et mal adaptées) du droit civil, la situation tend donc nécessairement du côté de ce qu'il est convenu d'appeler une autorité *absolue* de chose jugée.

6. CC 74-54 DC, 15 janvier 1975 IVG, *Rec.* CC, p. 19.

dire, fait eau de toute part. Pour au moins deux raisons. La première tient à sa dimension exagérément formaliste. Les actes juridiques – ou les « sources », si l'on tient à ce terme – sont sans nul doute distincts, mais les normes qui sont véhiculées par ces actes et constituent les droits et les obligations protégés ne le sont pas forcément[7]. Chacun sait par exemple que, au moins nominalement, les droits prescrits par le Préambule de la Constitution française recoupent la plupart de ceux que proclame la Convention européenne des droits de l'homme. Et l'on sait *a fortiori*, sur le terrain pratique, que si rien n'exclut que l'égalité, la sûreté ou la liberté reconnues çà et là fassent l'objet d'interprétations différenciées de la part des juges qui sont appelés à en connaître, rien n'exclut non plus que tel ne soit pas le cas[8]. En outre, le développement assez intensif d'une politique de défense des droits fondamentaux par
110 la Cour de justice des Communautés s'opère forcément sur la base de normes très proches de celles que garantissent et le Conseil constitutionnel et la Cour européenne des droits de l'homme[9]. Sur le fond – où se situe l'essentiel –, l'espace sécant des droits gardés par les divers juges à l'intérieur de l'Europe est proprement gigantesque.

La deuxième raison d'entretenir beaucoup de défiance vis-à-vis d'une vision trop formaliste de la question des normes imposées au législateur tient à l'évolution même du droit européen et à l'apparition d'un brouillage croissant entre les champs de compétence respectifs des Cours de Strasbourg et de Luxembourg. La possible signature de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne irait tout droit dans ce sens. Surtout si elle conserve le type d'architecture que lui confère le projet définitif transmis le 28 juillet 2000 par le présidium de la Convention *ad hoc*[10]. Car celui-ci prévoit (art. 49) sa propre applica-

---

7. Sur la distinction entre l'acte et la norme, que l'on doit notamment à Hans Kelsen et à Charles Eisenmann, on se permettra de renvoyer à Denys de Béchillon, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, Odile Jacob, 1997.

8. On ne voit d'ailleurs pas très bien pourquoi cela devrait être le cas vu les liens historiques et philosophiques qui unissent ces deux temps et ces deux espaces de l'affirmation des droits de l'homme.

9. Sur la question, voir les travaux de Frédéric Sudre, « La communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système de protection des droits de l'homme ? », *JCP*, 1998, I, p.100, Frédéric Sudre, Sabrina Quellien, Nicolas Rambion, Caroline Salviejo, *Droit communautaire des droits fondamentaux. Recueil de décisions de la CJCE,* Bruxelles, Bruylant, 1999, et la chronique annuelle de droit communautaire des droits fondamentaux à la *RTDH*, 1998, p. 676, 1999, p. 487, 2000, p. 504.

10. Le projet, « accepté comme définitif » au sommet de Biarritz des 13-14 octobre 2000 et « approuvé » par le Parlement européen le 14 novembre 2000, est disponible sur le site www.legifrance.org.

bilité aux États membres, bien que ce soit « uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union » (ce qui ne restreint pas grand-chose). Et il prescrit en outre (art. 50), que les droits proclamés « qui trouvent leur fondement dans les traités communautaires ou dans le traité sur l'Union européenne s'exercent dans les conditions et limites définies par celui-ci » – ce qui semble, en soi, imposer la pleine justiciabilité de ces droits devant la Cour de justice même si ce point reste officiellement suspendu à une prochaine décision politique – peut-être lors du Conseil européen de Nice. Si l'on ajoute à cela que ladite Charte s'avance profondément dans certains domaines à haute densité constitutionnelle (droits sociaux, questions de citoyenneté, d'administration publique, etc.), on comprend vite à quel point la dynamique actuelle pousse dans le sens d'une compénétration de plus en plus forte, en Europe, des droits protégés et/ou des domaines faisant l'objet d'une garantie juridique.

Si, sous le bénéfice d'un inventaire auquel il n'est pas possible de se livrer ici, l'on admet que cette correspondance (ou à tout le moins cette proximité) matérielle des « causes juridiques » n'a rien d'une vue de l'esprit, il reste, pour avérer le conflit potentiel des choses jugées, à s'assurer de l'identité d'objet des procès en question, et donc à s'interroger sur l'existence partagée d'un pouvoir de juger la loi. Et cela crée finalement moins de difficulté qu'il n'y paraît à première vue.

Identité d'objet

Juge-t-on la loi ailleurs qu'au Conseil constitutionnel ? Il n'est pas douteux qu'on le fasse devant le juge administratif comme devant le juge judiciaire. L'exception d'inconventionnalité qui se déroule devant eux n'annule pas la loi exceptée, mais elle en interdit bel et bien l'application au terme d'une démarche visant à établir sa contravention à l'engagement international mis en cause. Ainsi ces procès reposent sur le pouvoir que détient le juge ordinaire de réprimer, par une voie d'autorité qui lui appartient en propre, une violation de la hiérarchie des normes : ils prononcent, sans la moindre équivoque, un jugement sur la loi. Examinons s'il en va de même du côté des Cours européennes.

C'est d'emblée le cas des arrêts de la Cour de justice statuant sur un manquement de la France[11]. Le recours en manquement, qui peut être

11. Au sein des nombreux recours possibles devant la CJCE, le recours en manquement nous intéresse ici au premier chef, puisque c'est lui qui vise à réprimer, à l'instigation de la Commission ou d'un autre État membre, la violation des règles communautaires par les États

défini comme celui visant à sanctionner « le fait pour un État membre d'édicter ou de maintenir une législation ou une réglementation incompatible avec le traité ou le droit communautaire dérivé, soit l'inexécution par cet État, voire l'exécution incomplète ou tardive, d'obligations qui lui sont imposées par les règles communautaires[12] », aboutit en effet à réprimer effectivement l'action ou l'abstention illicite de l'un quelconque des organes normatifs de l'État.

Pour la compréhension de cet état du droit, le problème vient de ce que l'autorité de l'arrêt de manquement peut paraître sujette à caution. Bien que l'ancien article 187 CEE attribue une pleine « force exécutoire » à l'ensemble des arrêts de la CJCE, la sanction spécifique du manquement semble en effet rester assez platonique[13]. C'est en tout cas ce que l'on est tenté de déduire du fait que l'arrêt se voit reconnaître
112 dans ce cas une portée simplement déclaratoire[14].

Mais il ne faut pas s'arrêter là. Pour au moins deux raisons. D'une part, ce concept d'effet « déclaratoire » ne signifie en rien que la sentence serait dépourvue d'autorité normative, mais simplement qu'elle n'a pas pour conséquence d'annuler l'acte interne situé à l'origine du manquement. L'illicéité fait sans doute l'objet d'une simple « constatation », mais l'État n'en est pas moins « tenu » de « prendre les mesures » utiles à l'exécution de l'arrêt (ex-art. 171). En théorie tout au moins, il dispose donc seulement du choix des moyens utiles pour assurer la correcte application de la sentence et faire cesser l'irrégularité, mais la fin de son action demeure hors de son empire. Ainsi l'obligation d'exécuter l'arrêt de manquement est-elle, depuis le début, inscrite au cœur du droit communautaire, même si, au moins jusqu'au traité de Maastricht, elle était entachée d'une infirmité procédurale grave : aucune sanction spécifique n'étant associée à l'irrespect du jugement, la violation de l'arrêt de la Cour ne pouvait déboucher que sur l'engagement, par la Commission, d'une nouvelle procédure de manquement justifiée par

---

eux-mêmes, dans leurs activités matérielles comme dans leurs activités normatives. C'est donc dans ce contexte procédural que la correction juridique de la loi parlementaire est susceptible de se trouver le plus directement placée sur la sellette.

12. Conclusions de l'avocat général Mayras s/CJCE, aff. 69/72, 8 février 1973, « Commission c. Italie », *Rec.*, p. 117.

13. Art. 171 : « Si la Cour de justice reconnaît qu'un État membre a manqué à l'une des obligations qui lui incombent en vertu du présent traité, cet État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour de justice. »

14. Selon la formule même de la Cour : CJCE, 16 décembre 1960, « Humblet », aff. 6/60, *Rec.*, VI, p. 1145.

cette violation d'une obligation communautaire. Nul doute qu'il s'agisse là d'une forte carence de l'effectivité internationale de ce mécanisme. Mais, outre qu'elle a en partie pris fin comme on va le voir ci-après, elle ne nie pas le caractère obligatoire de la sentence. Bien au contraire, elle le renforcerait plutôt ; mais dans le for interne cette fois.

C'est en effet dans le domaine de son application par les juges nationaux que ce caractère impératif de la sentence européenne est normalement le plus accusé. La chose est parfaitement logique si l'on entend bien que la mise en conformité du droit national aux dispositions normatives de l'arrêt de la Cour est largement conçue comme une affaire d'État. À partir du moment où le manquement affecte la bonne application d'une règle communautaire directement applicable, ce sont surtout les nationaux de l'État blâmable qui se voient illicitement privés des effets de ladite règle. En tant qu'ils avaient droit à son application, ils ont donc vocation à faire respecter les dispositions de l'arrêt qui révèlent et condamnent cette violation. La jurisprudence de la Cour de justice va d'ailleurs dans ce sens. L'arrêt « Commission c. Italie » pose ainsi que, « s'agissant d'une règle communautaire directement applicable, la thèse selon laquelle il ne saurait être mis fin à sa violation que par l'adoption de mesures constitutionnellement appropriées pour abroger [la disposition incriminée] reviendrait à l'affirmation que l'application de la règle commune est subordonnée au droit de chaque État membre […]. Qu'en l'occurrence, l'effet du droit communautaire tel qu'il a été constaté avec autorité de chose jugée […] impliquait pour les autorités nationales compétentes prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible avec le traité, et, le cas échéant, obligation de prendre toutes mesures pour faciliter la réalisation du plein effet du droit communautaire[15] ». Et l'on retrouve la même idée dans un arrêt plus récent : « Tous les organes de l'État membre concerné ont l'obligation d'assurer, dans les domaines de leurs pouvoirs respectifs, l'exécution de l'arrêt de la Cour. Dans le cas où l'arrêt constate l'incompatibilité avec le traité de certaines dispositions législatives d'un État membre, il entraîne, pour les autorités participant à l'exercice du pouvoir législatif, l'obligation de modifier les dispositions en cause […]. Les juridictions de l'État concerné ont, de leur côté, l'obligation d'assurer le respect de l'arrêt dans l'exercice de leur mission […] au cas où la Cour a établi un man-

15. Aff. 48-71, 13 juillet 1972, *Rec.*, p. 536.

quement de l'État membre […], il incombe au juge national, en vertu de l'autorité qui s'attache à l'arrêt de la Cour, de tenir compte, s'il y a lieu, des éléments juridiques fixés dans celui-ci en vue de déterminer la portée des dispositions du droit communautaire qu'il a mission d'appliquer[16]. » D'où s'ensuivent deux enseignements. En premier lieu, la Cour prône ouvertement une applicabilité de substitution, voire d'exclusion des règles internes illicites au profit du droit communautaire directement applicable lorsque sa violation est révélée par un arrêt de manquement. En second lieu, c'est bien l'arrêt de la Cour qui fait autorité, et pas seulement la norme communautaire dont il sanctionne la violation[17]. Il a pour effet de prohiber l'application ou le maintien de l'acte juridique reconnu illicite, et d'indiquer en quel sens la règle communautaire doit être mise en œuvre[17]. L'irrespect de ses
114 prescriptions prive ainsi les sujets d'un droit, et pourrait constituer une faute si un préjudice en résultait[19].

La deuxième raison de ne pas douter que l'arrêt de manquement opère un jugement de la loi tout à fait respectable tient à l'évolution même du droit communautaire. La rédaction de l'article 171 issue du traité de l'Union (actuel art. 228) dote en effet la Cour du pouvoir de condamner l'État au paiement d'une astreinte en cas d'inexécution ou de mauvaise exécution de son arrêt. Il reste acquis, bien sûr, qu'aucune voie d'exécution internationale n'existe à l'appui de cette disposition[20], mais la Communauté européenne se veut tout de même un univers de

---

16. CJCE, 14 décembre 1982, « Procureur de la République c. Alex Waterkeyn et autres » (aff. 314, 315, 316/ 83, 83/82, *Rec.*, 1982, p. 4337).

17. La décision « Waterkeyn », précitée, est ainsi très explicite à considérer que les « éléments juridiques » de la sentence, en tant qu'ils déterminent par eux-mêmes la portée du droit communautaire, sont directement applicables par le juge national.

18. La Cour ne se prive d'ailleurs pas de renforcer cette « orientation » très directive lorsque, saisie d'un renvoi préjudiciel sur l'interprétation d'un arrêt de manquement, elle indique la marche à suivre de façon très détaillée (voir là-dessus, Denys Simon, *op. cit.*, p. 446).

19. Par voie de conséquence, c'est dans le domaine de la responsabilité de la puissance publique que le juge national est le plus facilement amené à assurer le respect de l'arrêt de manquement. Cela se déduit tout autant d'une bonne logique que de la jurisprudence de la Cour depuis son arrêt CJCE, 19 novembre 1991, « Francovitch et Bonifaci », C-6/90 et C-9/90. De même, dans l'arrêt « Commission c. Allemagne », 12 juillet 1983 (aff. 70/72, p. 183), la Cour renvoie-t-elle aux autorités nationales le soin « d'aboutir à l'élimination effective des manquements et de leurs conséquences passées ou futures ».

20. Pour une étude détaillée de l'état actuel du mécanisme, voir le commentaire de l'article 171 par Dominique Ritleng, dans Vlad Constantinesco, Robert Kovar et Denys Simon (dir.), *Traité sur l'Union européenne,* Économica, 1995, p. 571, Denys Simon, *Le Système juridique communautaire,* PUF, 1997, p. 445 *sq.* Jean Boulouis, et Marco Darmon, *Contentieux communautaire*, Dalloz, 1997, p. 285, etc.

droit, où l'on affecte de ne pas considérer comme forcément souhaitable de chiffonner les jugements rendus contre soi. L'expérience a d'ailleurs montré que la menace de ces condamnations sous astreinte emportait de très bons effets prophylactiques[21]. La transposition forcée, par le biais d'un substantiel enrichissement du Code civil, de la directive « produits défectueux », tient même lieu à cet égard d'un exemple saisissant.

Au total, la sanction juridictionnelle d'un manquement communautaire imputable au législateur français peut se résoudre en une pure et simple obligation juridique d'abroger ou de modifier la loi, et, le cas échéant, de reconstruire les situations juridiques antérieurement affectées par ce manquement[22]. Nous sommes loin de la recommandation : en pleine chose jugée.

Certains arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme possèdent un effet comparable. Mais il faut accepter de passer un peu au-delà des premières apparences – et un peu au-delà aussi de la dogmatique usuelle – pour en prendre la mesure.

La finalité du recours devant la Cour de Strasbourg est au moins similaire à celle des recours en manquement devant la CJCE en ceci que l'un comme l'autre tendent à avérer une violation de la règle internationale par un organe de l'État, quelles que soient les modalités – matérielles ou juridiques – de cette violation.

L'effet du recours n'est pas très éloigné non plus. Les États membres se voient assujettis à l'obligation « de se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels [ils] sont parties » (art. 53), étant bien entendu que l'arrêt se présente « déclaratoire pour l'essentiel[23] », là aussi, et donc inapte à abroger ou à modifier par lui-même une règle nationale.

---

21. Pour une évaluation de cette efficacité, voir le Rapport sur le contrôle de l'application du droit communautaire par les États membres annuellement présenté au Parlement européen et publié au *JOCE*, et la synthèse du rapport 1998, par Denys Simon, *Europe,* janvier 2000, n° 16.

22. En ce sens, Denys Simon, *Le Système juridique communautaire, op. cit.* p. 449.

23. Selon l'élégante terminologie de la Cour européenne dans son célèbre arrêt « Marckx » du 13 juin 1979 (§ 58). L'article 50 de la Convention emploie expressément cette notion de « déclaration ». Quant au correctif « essentiel », il s'explique, dans l'économie de la décision, par un souci de réalisme de la part de la Cour : les États ont sans doute le choix des moyens pour satisfaire à l'obligation qui est la leur, mais il n'en reste pas moins que « la décision produira fatalement des effets débordant les limites du cas d'espèce, d'autant que les violations relevées ont leur source immédiate dans lesdits textes et donc dans les mesures individuelles d'exécution » (id.). En clair, la liberté de choix des moyens est limitée : il faudra bien faire cesser l'illicéité à sa racine.

C'est quant à sa portée que la décision de la CEDH montre une spécificité plus accusée, tout au moins si l'on s'en tient à considérer ses sentences rendues sur requête individuelle. À la lettre, l'autorité de l'arrêt se veut en effet plus strictement relative aux parties en litige[24]. Dans ce cas, la Cour de Strasbourg a fondamentalement reçu mission de juger un cas d'espèce, et donc de sanctionner *intuitu personnae* la violation d'un droit subjectif[25], et cela semble éloigner la perspective d'un jugement de la loi. Mais c'est précisément sur ce point qu'il faut à nouveau s'affranchir un peu d'une lecture trop scolastique de l'état du droit. Pour deux types de raisons.

La première tient au terrain conquis par la Cour dans le domaine. Y compris dans le cas des sentences sur requête individuelle, ses arrêts sont de plus en plus clairs à mettre en cause les normes générales de

l'État, et non seulement l'application dont elles font l'objet[26]. Cela peut être parfaitement explicite[27], ou ne l'être pas totalement[28], mais il n'en reste pas moins que l'État voit assez souvent condamner sa propre législation lorsque c'est elle qui induit ou constitue une violation de la Convention.

La deuxième raison de douter que l'arrêt de la Cour soit cantonné à la satisfaction d'un intérêt strictement subjectif, insusceptible de déboucher sur la mise en cause directe de la loi, tient à l'impossibilité, logique et empirique, d'un tel cantonnement. Par cela même que la Cour a reçu mandat pour connaître de toutes les violations, matérielles et normatives, de la Convention, elle a forcément été investie du pouvoir d'examiner le point d'origine de l'illicéité commise par l'État. Cela emporte donc qu'elle dispose d'un titre égal pour pointer l'inconventionnalité d'un comportement (policier, par exemple), l'inconvention-

---

24. Voir Frédéric Sudre, *Droit international et européen des droits de l'homme,* PUF, 4e éd. 1999, Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Économica, 1989, p. 206, et, de ce même auteur, le fascicule 6510 du jurisclasseur *Europe*, etc.

25. Pour une analyse détaillée, voir Frédéric Sudre, *op. cit.*, p. 407, Johan Callewaert, art. 53, dans Louis-Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre-Henri Imbert (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme*, Économica, 2e éd., 1998.

26. Pour un exemple récent et très parlant relativement au sort successoral que le Code civil réserve à l'enfant adultérin, et à sa mise en cause très directe par la Cour, voir CEDH, 1er février 2000, « Mazurek c. France », req. 34406/97.

27. Voir, par exemple, la rédaction de l'arrêt du 23 juillet 1968 dans l'affaire linguistique belge (série A, n° 5) ou de l'arrêt « Dudgeon c. Royaume-Uni », 22 octobre 1981 (série A, n° 45), où il est dit que c'est « l'article 11 de la loi […] qui viole par lui-même le droit au respect de la vie privée [et que c'est] par son maintien en vigueur que la législation attaquée représente une ingérence permanente dans l'exercice [de ce droit] ».

28. Voir les exemples cités par Gérard Cohen-Jonathan, *op. cit*,, p. 210.

nalité d'une norme d'application concrète (acte administratif ou jugement) ou l'inconventionnalité primaire d'une loi ou d'un acte administratif général.

L'obligation d'exécuter l'arrêt « de bonne foi[29] » emporte ainsi nécessairement que l'on doive : 1. considérer, comme y invite la Cour, que les motifs de la sentence qui forment le « soutien nécessaire » du dispositif soient armés d'une pleine autorité de chose jugée, et 2. admettre qu'une obligation d'abroger ou de modifier la norme viciée – si c'est bien une norme qui porte ce vice – puisse parfaitement résulter desdits motifs. Cela va de soi pour la plupart des jugements rendus sur requête étatique : à partir du moment où un État en attaque victorieusement un autre, motif pris de l'inconventionnalité de l'une de ses règles de portée générale, il va presque sans dire que la régularisation de sa situation passe par les fourches caudines d'une modification de cette règle. Mais la situation n'est pas fondamentalement différente s'agissant de certaines sentences sur requête individuelle : à partir du moment où la Cour y pointe que la situation faite au requérant n'est illicite que parce que l'État lui a fait application d'une loi ou d'un règlement illicites, l'exécution de son arrêt ne sera jamais ni totale, ni correcte, ni menée de bonne foi tant que la norme en cause n'aura pas été modifiée. Pour autant que la Cour ait effectivement été amenée, par la situation, à statuer *in abstracto*, il faut convenir qu'une sorte d'autorité absolue de chose jugée doit abstraitement appuyer son arrêt, lequel devient opposable à tous, fût-ce à l'intérieur du for étatique[30]. Il s'ensuit donc à nouveau que l'exécution valable d'un tel arrêt rendu « contre » la loi appelle, à la charge du législateur, une obligation de la modifier, et à la charge des autorités d'application de cette loi, une obligation de ne pas l'appliquer.

Multiplication des jugements sur la loi il y a bien, et avec elle, concurrence d'obligations juridiques virtuellement incompatibles. Il faut donc se demander jusqu'où ce conflit peut se résoudre.

---

29. Selon la Cour, « il s'ensuit qu'un arrêt constatant une violation entraîne pour l'État défendeur l'obligation juridique au regard de la Convention de mettre un terme à la violation et d'en effacer les conséquences de manière à rétablir autant que faire se peut la situation antérieure à celle-ci », 24 juin 1993, « Papamichalopoulos ».

30. L'État conserve le choix des moyens pour parvenir à cette fin. Mais, en bonne logique, les sujets nationaux doivent, en cas d'inertie de sa part, pouvoir tirer d'une telle sentence le droit d'exiger sinon l'abrogation, tout au moins la mise à l'écart de la règle reconnue inconventionnelle dans les litiges les opposant à ce sujet à la puissance publique. Le respect de la sentence, imposé par le traité, passe sans doute par cette issue.

En Quoi le Conflit n'est pas Soluble

Il faut partir d'un constat simple : considéré selon l'angle de vue d'un pays dont l'obédience moniste étatiste peut difficilement se discuter[31], le fondement de l'application interne du droit international réside dans la Constitution, et nulle part ailleurs. Sur ces bases, c'est aussi dans la Constitution que l'on doit chercher à fonder l'autorité des jugements rendus directement applicables et obligatoires par le traité qui les institue et les rend possibles : l'irrespect des dispositions pertinentes d'une sentence internationale doit s'analyser comme une violation du traité qu'elle protège, dès lors que ce traité prescrit lui-même à l'État de respecter cette sentence, y compris dans les rapports qu'il entretient avec
118 ses propres sujets de droit interne[32]. Le statut juridique et, pour ainsi dire, la possibilité d'un jugement européen de la loi française apparaissent donc entièrement déterminés par l'article 55 de la Constitution.

Du côté français, ce même article 55 fonde l'autorité des sentences judiciaires ou administratives françaises qui, par voie d'exception, déclareraient une loi inconventionnelle. Quant au Conseil constitutionnel, il faut chercher sa situation à l'article 62-2 : postulant « qu'aucune disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application », ses décisions « s'imposent aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles ».

Cela admis, une première question se pose sur le point de savoir ce qu'il doit advenir d'une loi déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel, mais dont un autre juge, français ou européen, relèverait l'inconventionnalité internationale sur le fondement d'une disposition matériellement très proche de celle dont le juge du pavillon

31. Entendons par là que la Constitution y prévaut toujours sur le traité, notamment parce qu'une exigence de type logique y semble exclure que des autorités publiques créées et investies par la Constitution puissent se placer au-dessus de ladite Constitution en la soumettant, sans aucun titre exprès pour ce faire, à des règles qu'elles auraient elles-mêmes édictées sur la scène internationale. Sur ce point, on se permettra de renvoyer à notre ouvrage, *Hiérarchie des normes et Hiérarchie des fonctions normatives de l'État,* Économica, 1996. Il est à peine nécessaire de rappeler, en outre, que la jurisprudence du Conseil constitutionnel, comme celle du Conseil d'État et de la Cour de cassation, refuse aujourd'hui toute idée de dérogation internationale à une règle constitutionnelle. La considérable littérature qu'a suscitée la jurisprudence « Koné/Sarran » en tient lieu de démonstration.

32. Sans cela, le jugement devrait être tenu pour facultatif, ce qui, au regard de la notion juridique d'un jugement, constitue une pure contradiction dans les termes.

Montpensier aurait explicitement dit ne pas avoir été violée[33]. Et elle revient à se demander ce que doivent juridiquement faire les citoyens et les autorités publiques françaises à l'heure de mettre en œuvre une loi dont l'application est dite ici obligatoire, et là impossible[34]. Une deuxième interrogation porte sur la manière de gérer la difficulté qui naîtrait d'une éventuelle autre discordance, entre la CEDH et la CJCE, cette fois, sur la correction juridique de la même loi, de nouveau considérée en regard de normes de référence matériellement similaires[35].

Or l'on ne voit pas bien comment, ici ou là, une solution juridiquement heureuse pourrait être trouvée. Le premier cas de figure – celui d'un conflit entre sentences internes et/ou entre sentences internes et européennes – met en contradiction au moins deux exigences constitutionnelles[36] : celle, prescrite à l'article 55, qui impose de respecter les traités et donc les jugements européens rendus directement applicables et obligatoires par ces traités, et celle, prévue à l'article 62.2, qui commande l'obéissance aux décisions du Conseil constitutionnel – décision de conformité comprises[37]. Or on ne conçoit rien qui permette de hiérarchiser ces prescriptions, ni même de régler leur friction en supposant leur égalité de rang hiérarchique : il s'agit de deux normes pourvues du

33. Pour aller vite, cette présentation passe sur plusieurs difficultés : le caractère décidable, ou non, de l'identité matérielle des normes de référence de ces jugements, par exemple, ou encore le point de savoir si, et dans quelle mesure, la décision de conformité du Conseil constitutionnel doit aussi valoir brevet implicite de conformité de la loi aux dispositions de la Constitution dont le respect n'est pas expressément discuté, etc.

34. Faute de place, on traitera aussi par prétérition le thème de l'étendue exacte, c'est-à-dire du nombre de destinataires, d'une déclaration d'inconventionnalité internationale de la loi par le juge ordinaire français.

35. À qui voudrait voir dans tout cela quelque hypothèse de science-fiction, on rappellera que la Cour européenne des droits de l'homme, dans une affaire « Zielinski, Pradal et Gonzalez c. France », du 28 octobre 1999 (req. 24846/94, 34165/96 et 34173/96), a récemment conclu à l'inconventionnalité d'une loi de validation dont le Conseil constitutionnel avait pourtant dit la parfaite correction juridique.

36. Toujours faute de place, on ne s'avancera pas non plus à mettre sur la table le thème du fondement de l'autorité propre des sentences du juge « ordinaire » français. Tout au plus conviendra-t-on quand même que ce fondement n'est pas étranger, lui non plus, à la Constitution, le statut comme l'environnement – constitutionnels – de l'action desdits juges imposant assez clairement qu'il en aille ainsi.

37. Il suffit de broder un petit scénario de prolongement d'une affaire du type « Zielinski/Pradal » pour se convaincre de la plausibilité du problème : à supposer que le législateur ne refasse pas sa loi de validation et qu'elle demeure en vigueur, une administration ou un juge saisis à cet effet doivent-ils continuer à l'appliquer, ou doivent-ils, au contraire, se saisir de sa déclaration européenne d'inconventionnalité (en plus de cette inconventionnalité elle-même) pour écarter son application et/ou reprendre les choses dans l'état où elles étaient avant que cette loi ne soit promulguée ?

même statut constitutionnel, à quoi aucune différenciation chronologique (*lex posterior*) ou logique (*lex specialis*) ne peut raisonnablement s'appliquer. De même n'est-il pas vraiment concevable d'invoquer la suprématie de la Constitution sur le traité pour régler le problème : au premier plan tout au moins, la question qui se pose ici n'est justement pas de savoir si l'on doit, ou non, préférer la Constitution, mais de savoir en vertu de quoi un choix de faveur pourrait être effectué *entre deux prescriptions constitutionnelles*, au surplus très comparables, dans leur nature comme dans leur contenu. Or l'on sait bien que, pour un juriste positiviste conséquent – c'est-à-dire allergique à la notion d'une supra-constitutionnalité –, cette question ne reçoit tout simplement pas de réponse générale.

Le second cas de figure – celui du conflit matériel de deux sentences

européennes – n'est pas beaucoup plus confortable : jusqu'ici, tout a été fait, ou presque, pour que le problème ne se pose pas, et c'est même un des effets induits par la non-adhésion de la communauté à la Convention EDH que d'avoir entretenu l'idée d'une telle impossibilité[38]. Au surplus, il faut compter avec le fait que les deux traités en question obligent, à peu près exactement dans les mêmes termes et avec la même intensité, les États membres à respecter les jugements rendus contre eux. Quadrature du cercle, *ipso facto*, car l'État peut se retrouver pareillement obligé au respect de deux sentences contradictoires.

Les voies théoriques d'une résolution proprement dite de cette double équation tiennent toutes du bricolage. *De lege ferenda*, les enthousiastes de la défense orthodoxe du droit pourraient, par exemple, songer à préférer par principe les jugements de non-conformité aux jugements de conformité, postulant que ceux-ci ont su déceler un vice que ceux-là n'aurait pas eu la présence d'esprit ou la justesse de vue de savoir mettre en évidence. Mais les plus cyniques objecteront, non sans quelque raison, que rien de bon ne se profile à l'horizon de la course à l'activisme qu'un tel système de préférence ne manquerait pas d'entraîner, et préféreront la solution inverse. Et puis, un moment viendra tou-

38. Il n'est aucunement certain, par-dessus le marché, que la possible Charte européenne des droits fondamentaux, qui, dans son actuel article 50, envisage de manière expresse un aménagement des contrariétés entre la CJCE et la CEDH sous la forme d'une invitation faite à la CJCE de conférer aux droits de la Charte un sens et une portée similaires à ceux que leur donne la CEDH, parvienne à une résolution du problème. Même pour le plus dogmatique des rebelles à la théorie réaliste de l'interprétation, la « contrainte » dont il s'agit apparaît en effet comme dérisoire, tant il est loisible à la Cour de Luxembourg de jouer comme elle l'entendra sur cette idée de similitude, voire de dénier l'existence même du conflit de normes.

jours où l'on devra dire qui l'on veut élever au pinacle, et non pas quoi. La porte s'ouvrira alors à la manifestation la plus pure des grandes oppositions idéologico-politiques applicables à ce genre d'embrouillamini, à savoir notamment : nationalisme c. européanisme, et solidarité ouest-européenne c. pan-européanisme[39]. Autant dire qu'on aura à peu près renoncé à argumenter juridiquement l'affaire à ce moment précis[40], CQFD.

La même conclusion s'applique à la « solution » consistant à traiter le problème de telle manière qu'il ne se pose pas. Car – l'espoir aidant à vivre – on peut effectivement envisager que le conflit soit aboli ou dénié, soit par un effet d'autolimitation du juge statuant en second – qui s'arrangerait pour ne jamais contrarier les termes ou l'esprit des sentences déjà rendues sur la même loi –, soit par la généralisation, entre les mains des autorités d'application de ces sentences (et donc aussi des juges internes), de pratiques de conciliation, plus ou moins systématique, de leurs significations comme de leurs impacts.

Certains, on le sait, envisagent ces voies avec d'autant plus de facilité qu'elles s'inscrivent dans la perspective, évidemment souhaitable, d'une harmonie générale des rapports entre les juges. L'option fait en outre l'objet d'une certaine faveur doctrinale sous les espèces du progrès que représenterait, en soi, la prise de distance avec l'imaginaire réputé trop hiérarchique du droit moderne au bénéfice de principes plus horizontaux d'aménagement des conflits[41].

De nouveau, cependant, il importe de ne pas minorer les enjeux et la portée de ce problème général des rapports de bon voisinage entre les

---

39. Il est également concevable, bien sûr, que l'on choisisse de faire triompher un jugement sur un autre au titre d'un choix stratégique. Ce serait le cas, par exemple, d'une décision du gouvernement français tendant à ne pas exécuter une sentence européenne, le cas échéant en acceptant les risques, politiques et éventuellement financiers de cette option. Pratiquée, certes, cette manière de faire excède au demeurant les limites de la présente réflexion : nul ne disconvient que les choses puissent se passer ainsi en fait, mais la « solution » dont il s'agit ne s'en présente pas moins comme illicite. Or c'est bien l'identification d'une technique juridiquement correcte qui nous intéresse ici, et non la connaissance des pratiques plus ou moins déviantes auxquelles se livrent les États.

40. Une exception relative pourrait concerner le divorce entre les systèmes de contrôle *concret*, c'est-à-dire déclenchés par un *cas* individuel litigieux, et les systèmes de contrôle *abstrait,* où le procès est directement fait à la loi, la plupart du temps à l'instigation d'une autorité publique. Mais, pour juridiquement argumentable qu'elle soit, la préférence à donner à l'une ou à l'autre de ces options n'en reste pas moins beaucoup trop discutée pour apparaître comme franchement décidable *a priori.*

41. Voir, par exemple, en ce sens Mireille Delmas-Marty, *Vers un droit commun*, Seuil, 1994, p. 223 *sq.*

juges. À qui veut bien prendre acte, ne serait-ce qu'à la marge, de ce qu'apporte la théorie contemporaine du langage à la compréhension du droit[42], il apparaîtra en effet que l'action de concilier des normes ne se conçoit que dans le contexte d'une opération purement herméneutique, très créative, qui requiert *sine qua non* que le conciliateur veuille concilier. Elle repose sur une (bonne) volonté, s'analyse en une décision, et possède par-là l'exacte nature d'un choix politique. Il n'existe, de ce point de vue, aucune différence de nature entre la décision de concilier (ou de choisir, lorsqu'on est juge en second, de ne pas entrer en conflit avec celui qui a statué avant soi – tout cela revenant au même), et la décision ne pas le faire, qui suppose la manifestation plus ou moins brutale d'une revendication d'autorité et surtout d'autonomie dont on sait qu'elle est en quelque sorte inscrite au cœur de l'idée même de juger. Et

c'est précisément cela qui nous ramène à notre point de départ : puisque la question du primat de tel ou tel ne peut se poser autrement que dans les termes d'un choix politique, il faut choisir politiquement de laisser ou de ne pas laisser aux juges le soin de la résoudre eux-mêmes. Et si, fort d'une volonté banale de s'en tenir aux plus grosses branches de l'idée démocratique, l'on pense que cela ne doit pas être leur affaire, il devient vital – *a fortiori* en regard des enjeux européens du sujet – que le politique se charge, seul, de dire à qui doit être laissé le dernier mot : la souveraineté, en d'autres termes.

42. Voir les travaux de Michel Troper et de Olivier Cayla.

RÉSUMÉ

Un postulat assez répandu veut que les Cours européennes ne soient pas juges de la loi française. Un examen critique montre que, d'un strict point de vue juridique, il n'en va pas ainsi et qu'une rude concurrence oppose, au moins potentiellement, les diverses classes de juges français et européens sur cet objet. Par-dessus le marché, le droit français semble ne pas offrir les ressources utiles à la résolution d'un tel conflit des sentences. Pour cette raison, mais aussi en considération des enjeux politiques, théoriques et symboliques d'une discordance des jugements sur la loi, cet article veut plaider contre l'abandon aux seuls juges du pouvoir de décider ce qu'il convient de faire dans ce domaine, et donc en faveur d'une complète re-politisation de la discussion à ce propos.

Jacqueline Dutheil de La Rochère

Droit au juge, accès à la justice européenne

L'ensemble que l'on qualifie ici d'« européen », Union européenne et Conseil de l'Europe, est composé de deux systèmes juridiques, rassemblant pour partie les mêmes États – les quinze membres de l'Union européenne comptent parmi les quarante et un membres du Conseil de l'Europe –, se superposant aux ordres juridiques nationaux, selon des modalités différentes, mais impliquant dans les deux cas la prévalence des ordres supranationaux. Le Conseil de l'Europe, le plus ancien et dont le champ géographique a vocation à s'étendre à tout le continent européen, vise à l'harmonisation des règles juridiques dans un espace démocratique où subsistent les États souverains avec leur pleine capacité. L'Union européenne, qui s'est construite autour du noyau initial de la Communauté économique européenne et qui exerce un certain nombre de compétences que ses États membres lui ont transférées (libres circulations, monnaie, politiques communes), a une vocation plus intégrationniste bien qu'elle s'inspire des mêmes valeurs. L'un et l'autre système européen ont mis en place des organes judiciaires : la Cour de justice des Communautés européennes et le Tribunal de première instance, situés à Luxembourg, ont pour mission de régler un certain nombre de litiges liés au droit de l'Union ; la Cour européenne des droits de l'homme, établie à Strasbourg, est une création particulière d'une des conventions les plus significatives du Conseil de l'Europe, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (signée à Rome le 4 novembre 1950) à laquelle sont parties tous les États membres du Conseil de l'Europe, ce qui inclut tous les États membres de l'Union ; elle a pour mission de connaître des éventuelles violations de la Convention par les États qui y sont parties. Les vocations distinctes de ces deux systèmes judiciaires supranationaux

européens n'excluent ni la complémentarité ni parfois la concurrence. Par ailleurs, leurs cercles d'action respectifs doivent se combiner avec ceux des autorités judiciaires nationales.

Une des grandes révolutions juridiques du milieu du XXe siècle a été de faire en sorte que le justiciable, personne physique ou morale, devienne le créancier de droits définis à un niveau supranational – notamment européen – et qu'il puisse demander compte du respect de ces droits non seulement devant le juge national, qui demeure son juge naturel, mais également devant des juges « européens » capables d'harmoniser les solutions au niveau de l'espace européen et éventuellement de redresser telle décision du juge national ou tel comportement des organes supranationaux. On conçoit que l'accès aux juges européens ne puisse pas être ouvert à tous les individus en toutes circonstances. Pourtant il relève de la philosophie même qui a présidé à l'intronisation de ces juges « européens » que leur prétoire soit accessible non pas seulement aux États, sujets classiques de droit international, mais également aux individus.

Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg qui œuvrent dans des contextes différents, appliquant des règles procédurales différentes, ont cependant l'une et l'autre affirmé le principe d'un « droit au juge » comme élément de l'état de droit, avec assez de force pour que l'on puisse y voir un droit fondamental du citoyen européen. Mais ce droit proclamé n'est qu'imparfaitement mis en œuvre lorsqu'il s'agit de l'accès au prétoire des juges européens de Strasbourg et surtout de Luxembourg, pour toutes sortes de raisons pratiques que l'on peut tenter d'exposer même si elles ne constituent que des justifications imparfaites. Il faut alors se demander comment pourrait se réaliser le meilleur accès possible du justiciable au prétoire afin que le contrôle de l'application des règles nationales et européennes puisse s'effectuer au niveau approprié et si la réponse ne se trouve pas dans la prise en compte d'une architecture judiciaire européenne dépassant les cloisonnements actuels entre institutions.

L'Accès à la Justice, Droit Fondamental Européen

Accès à la justice ou droit au juge, il est impossible de distinguer la dimension « instrument » de la dimension « valeur » de ce droit affirmé, mais de façon différente, par la Cour de Luxembourg et par la Cour de Strasbourg.

La Cour européenne des droits de l'homme et l'accès à la justice : un droit fondamental au champ limité

L'accès à la justice ne figure pas de façon tout à fait explicite comme un droit dans la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après « CEDH ») dont l'article 6.1 fait seulement référence au droit à un procès équitable, au droit qu'a toute personne à ce que « sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi ». Toutefois la Cour de Strasbourg dans un arrêt « Golder » du 21 février 1975 (série A, n° 18, p.17-18) a retenu une interprétation finaliste de cet article en s'inspirant de deux principes : 1. en matière civile la prééminence du droit ne se conçoit guère sans l'accès aux tribunaux, et 2. le principe de droit international prohibe le déni de justice ; elle en a conclu que l'article 6.1 garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. Il est symptomatique toutefois que le juge Fitzmaurice ait formulé sur ce point une opinion dissidente, critiquant la méthode téléologique adoptée par la Cour pour définir une ligne d'interprétation de l'article 6.1 dont elle ne s'est jamais départie et qu'elle a précisée par la suite. La Cour a ainsi affirmé que, compte tenu de l'importance que revêt le droit à un procès équitable dans une société démocratique, le droit d'accès aux tribunaux ne doit pas être théorique ou illusoire, mais au contraire concret et effectif, ce qui peut comporter l'assistance d'un conseil et le droit à une aide judiciaire (« Airey », 9 octobre 1979, série A, n°32).

S'il est donc admis désormais que l'article 6.1 de la CEDH fonde un droit très général d'accès à la justice, la portée de ce droit se trouve limitée par la formule même utilisée dans la suite de l'article 6.1 qui précise que le tribunal en question décidera pour toute personne « soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle » (« *in the determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him* »). La formule utilisée par l'article 6.1, et qui n'est pas absolument identique en français et en anglais, est loin d'être parfaitement claire. Elle a suscité d'abondants commentaires et des développements jurisprudentiels complexes tant de la part de la Commission que de la Cour[1]. En particulier on a pu se demander si les

1. On rappellera que le protocole 11, entré en vigueur le 1er novembre 1998, a profondément modifié le mécanisme de contrôle international qui avait été institué par la Convention de Rome du 4 novembre 1950. Initialement, la Commission européenne des droits de

garanties prévues par l'article 6.1 s'appliquent seulement aux procédures civiles et pénales nationales, ou bien concernent également les procédures administratives, ou encore si, sous le vocable d'accusations pénales, on doit comprendre également les sanctions administratives et disciplinaires. La garantie d'accès à la justice a une portée notoirement différente selon l'interprétation retenue.

Il est intéressant de s'arrêter un instant sur l'histoire de la rédaction de cette formule sibylline de l'article 6.1[2]. Elle est manifestement empruntée à l'article 14.1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dont l'élaboration dans le cadre de la Commission des droits de l'homme des Nations unies remonte à la même époque (juin 1949) que celle de la CEDH, bien que son adoption ait été beaucoup plus tardive (le Pacte a été adopté le 16 décembre 1966). Il semble qu'à la

Commission des droits de l'homme des Nations unies, les juristes de tradition civiliste, parmi lesquels René Cassin, aient élevé des objections à l'encontre de la formule « droits et obligations de caractère civil », craignant qu'elle ait pour effet d'exclure ce qui ne relevait pas à proprement parler du droit civil (questions administratives, fiscales). Quand fut mis en place, en août 1949, le comité d'experts du Conseil de l'Europe chargé d'élaborer la CEDH, il reçut instruction de s'inspirer du récent travail de la Commission des droits de l'homme des Nations unies ; c'est vraisemblablement la raison pour laquelle on retrouve, dans le texte français, la formule critiquée et cependant inchangée d'obligations « de caractère civil ». Le temps a passé sans que les organes chargés d'interpréter la Convention aient, semble-t-il, cherché à se reporter aux travaux préparatoires ; une ligne d'interprétation souple a prévalu.

Contestations sur des droits et obligations de caractère civil

La Cour n'a jamais adopté de définition formelle de ce qu'il faut entendre par « droits et obligations de caractère civil », mais elle a fourni des indications utiles dont la Commission en son temps a su faire bon usage. Le premier principe, inspiré par le souci d'autonomie du droit de la CEDH, consiste à maintenir une distance suffisante par rap-

---

l'homme, chargée de faire le tri des requêtes avant une saisine éventuelle de la Cour, était amenée à se prononcer sur des questions de fond en lien avec la recevabilité. Désormais la Cour, devenue permanente, est le seul organe de contrôle : elle statue en premier et dernier ressort sur les requêtes qui lui sont toutes adressées directement.

2. Pour un aperçu assez développé de cette question, voir P. Van Dijk , « *Access to Court* », dans R.S.J. Macdonald *et al.* (éd.), *The European System of Protection of Human Rights,* Kluwer, 1993, p. 345-373.

port au droit national dont les catégories sont prises en compte à titre d'indice ou de première indication seulement quant à la nature effective des obligations en cause. En second lieu, la Commission et la Cour ont cherché à éviter toute érosion des garanties apportées par l'article 6.1, donnant leur préférence aux interprétations finalistes permettant d'étendre le contrôle du juge. Ainsi interprété, l'article 6.1 se découvre un champ plus large que l'article 13 de la CEDH qui garantit le droit à un recours effectif à toute personne dont les droits et libertés reconnus par la Convention elle-même ont été violés : les droits et obligations à caractère civil vont au-delà des droits et libertés énumérés dans la CEDH. En revanche, l'article 13 conserve toute sa valeur et toute son importance dans les cas où les droits violés ne constituent pas des obligations à caractère civil au sens de la jurisprudence des instances de Strasbourg, mais figurent dans la Convention.

À titre d'illustration et sans avoir la moindre prétention de passer en revue ou de résumer une très abondante jurisprudence, on retiendra que l'article 6.1 s'applique tout naturellement aux situations dans lesquelles l'élément de droit privé est déterminant ; mais le simple fait qu'une question relève du droit public n'exclut pas nécessairement le recours à l'article 6.1. On peut observer au cas par cas des hypothèses où la jurisprudence a fait prévaloir l'existence d'obligations de caractère civil alors cependant que le litige opposait un individu à une autorité publique, ou encore qu'une juridiction administrative était compétente au plan national. L'existence d'éléments patrimoniaux a une grande force attractive, qu'il s'agisse de prestations d'assurance sociale (« Feldbrugge », 29 mai 1986, série A, n° 99) ou d'aide sociale (« Salesi », 26 février 1993, série A, n° 257 E). Toutefois, sauf si la procédure a trait à un aspect purement patrimonial, notion qui demeure elle-même incertaine (« Neigel c. France », 17 mars 1997, *Rec.*, 1997, II, p. 399), la Cour a refusé d'étendre le champ d'application de l'article 6.1 au contentieux de la fonction publique.

Bien-fondé d'une accusation en matière pénale

Cette formule également soulève de délicats problèmes. Soucieuse d'une interprétation des termes de la Convention autonome par rapport aux droits nationaux, la Cour a pu dans certains cas considérer comme relevant de l'article 6.1 des sanctions qualifiées par les droits nationaux d'administratives ou disciplinaires. La méthode du faisceau d'indices est généralement retenue (« Bendenoun », 24 février 1994, série A, n° 284) ; la Cour prend en considération l'objectif plutôt répressif que de répa-

ration pécuniaire de la sanction, la plus ou moins grande généralité du cercle des personnes susceptibles d'être frappées – les sanctions disciplinaires ayant vocation à ne concerner qu'un cercle limité –, et surtout la gravité de la sanction qui apparaît souvent comme l'élément déterminant. La privation de liberté est toujours considérée comme relevant de la matière pénale ; encore faut-il déterminer en quoi consiste exactement la privation de liberté, ce qui pose problème lorsqu'il s'agit d'une mesure disciplinaire contre un prisonnier (Commission, « Kiss c. Royaume-Uni », 1977, n° 6224/73) ou de l'application du concept de privation de liberté à une personne morale (Commission, « Kaplan », 17 juillet 1980).

Même si d'une façon générale les instances de Strasbourg font preuve d'ouverture dans l'interprétation des formules ambiguës de l'article 6.1 et d'un souci manifeste de ne pas restreindre le champ d'application d'un droit fondamental, des limites incontournables subsistent.

La Cour de justice des Communautés européennes et le droit au juge : une condition nécessaire à l'effectivité de la règle communautaire

Lorsque la Cour de Strasbourg, saisie par les justiciables après épuisement des voies de recours nationales, définit les contours d'un droit d'accès à la justice, elle prend en compte les décisions des instances judiciaires des États parties ayant à statuer sur tout problème de droit – mises à part les quelques limites indiquées ci-dessus. Toute différente est la situation de la Cour de Luxembourg qui ne peut se prononcer sur l'accès des justiciables au juge national qu'à l'occasion de renvois préjudiciels et pour des questions en relation avec le droit communautaire. Les traités communautaires n'évoquent pas un éventuel droit au juge au niveau national. C'est par le détour des principes généraux du droit communautaire que la Cour de justice des Communautés européennes a forgé sa propre jurisprudence sur le droit au juge, instrument de mise en œuvre effective et uniforme du droit communautaire.

Dans certains cas le droit communautaire dérivé impose des conditions de fonctionnement à la juridiction nationale pour assurer la bonne application de la norme communautaire[3]. Mais c'est surtout la Cour de justice des Communautés européennes qui, dans sa jurisprudence inter-

3. Ainsi l'article 8 de la directive 64/221 sur la coordination des mesures spéciales aux étrangers prévoit que les intéressés doivent pouvoir introduire contre les mesures étatiques en cause « les recours ouverts aux nationaux contre les actes administratifs ». L'article 6 de la directive 76/207 relative à la mise en œuvre de l'égalité entre les hommes et les femmes impose aux

venue à l'occasion de renvois préjudiciels, a mis en évidence le rôle essentiel des mécanismes judiciaires nationaux dans la mise en œuvre effective de la règle communautaire avec valeur de primauté. Dans l'arrêt « Simmenthal » (106/77, *Rec.*, p. 629), la Cour souligne que l'obligation de faire prévaloir l'effectivité de la norme communautaire pèse sur tout juge qui « a, en tant qu'organe d'un État membre, pour mission de protéger les droits conférés aux particuliers par le droit communautaire ». En vertu du partage de compétences qui existe entre la Communauté et ses États membres, ces derniers jouissent d'une grande liberté quant à l'organisation de leur système procédural et contentieux. Toutefois, selon une jurisprudence communautaire bien établie, d'une part, pour la mise en œuvre des droits fondés sur le droit communautaire, les États membres doivent mettre en place des procédures qui ne soient pas moins favorables que celles visant à la sauvegarde des droits fondés sur les dispositions nationales ; c'est le principe du traitement égal. D'autre part, en vertu du principe d'effectivité, ces procédures ne doivent pas être de nature à rendre « pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice de ces droits que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder[4] ». Cette dernière formule montre toute l'importance que la Cour de justice attache à l'accès à la justice nationale en tant que moyen d'assurer le respect du droit communautaire.

Une référence souple à la CEDH

Pour étayer cette affirmation la Cour de justice a été amenée à se référer aux articles 6 et 13 de la CEDH en tant qu'expression d'un principe général de droit susceptible d'application en droit communautaire. L'arrêt « Johnston » (222/84, 15 mai 1986, *Rec.*, p. 1651) fournit la première et peut-être le meilleure illustration de la manière dont la Cour de Luxembourg puise dans la CEDH comme expression d'un patrimoine juridique commun, qui englobe le droit au juge. Il s'agissait d'une situation de discrimination à raison du sexe pour l'accès à un emploi dans les forces de police de l'Ulster qui supposait le port d'une

---

États membres d'adopter les mesures nécessaires pour que tout particulier puisse « faire valoir ses droits par voie juridictionnelle ». Sur l'ensemble de la question traitée dans ce paragraphe, voir George Dellis, *Le Droit au juge comme élément de la problématique sur la protection des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique communautaire,* rapport au Groupe européen de droit public, Athènes, septembre 2000.

4. CJCE, 33/76 et 45/76, « Rewe et Comet », 16 décembre 1976, *Rec.*, p. 1989 et 2043 ; 611/79, « Denkavit italiana », 27 mars 1980, *Rec.*, p. 1205 ; 199/82, « San Giorgio », 9 novembre 1983, *Rec.*, p. 3595.

arme à feu. La Cour s'est d'abord référée à l'article 6 de la directive 76/207[5] qui impose aux États membres l'obligation d'introduire dans leur ordre juridique interne les mesures nécessaires pour permettre à toute personne qui s'estime victime d'une discrimination de faire valoir ses droits en justice. Elle note ensuite que le contrôle juridictionnel imposé par la directive « est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres. Ce principe a également été consacré par les articles 6 et 13 de la CEDH […]. Il convient de tenir compte des principes dont s'inspire cette convention dans le cadre du droit communautaire ». Dans l'arrêt « Heylens » (222/86, 15 octobre 1987, *Rec.*, p. 4097), on retrouve des formules tout à fait identiques à propos de l'exigence d'un recours juridictionnel en droit national contre toute décision nationale
130 susceptible de compromettre le droit pour un ressortissant communautaire de faire usage de la libre circulation des travailleurs : « […] cette exigence constitue un principe général du droit communautaire qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a trouvé sa consécration dans les articles 6 et 13 de la CEDH ».

Un champ d'application différent

Si la Cour de Luxembourg invoque certaines dispositions de la CEDH et dit s'en inspirer, elle tient à conserver son autonomie : l'interprétation qu'elle adopte du principe d'accès à la justice ne correspond pas exactement à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg à propos de l'article 6 CEDH. Ceci apparaît notamment en ce qui concerne le champ d'application. On sait que, selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, les questions qui ne peuvent pas se rattacher d'une manière ou d'une autre à des « obligations de caractère civil » ne relèvent pas du champ d'application de l'article 6.1. Or un très grand nombre des mesures nationales de mise en œuvre du droit communautaire incombent aux autorités publiques des États membres et, à ce titre, s'apparentent plus à des actes administratifs qu'à des obligations de caractère civil. Dans l'affaire « Oleificio Borelli » (C-97/91, 3 décembre 1992, *Rec.*, I, p. 6313) était en cause la conformité au droit communautaire d'un avis d'une autorité publique italienne, acte préparatoire qui, selon les règles du contentieux administratif italien, ne pouvait pas faire l'objet d'un recours en annulation. La Cour de justice, sai-

5. Voir *supra* note 2 « Pour un aperçu… ».

sie par voie de renvoi préjudiciel, a jugé que « l'exigence d'un contrôle juridictionnel de toute décision d'une autorité nationale constitue un principe général du droit communautaire, qui découle des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a trouvé sa consécration dans les articles 6 et 13 de la CEDH ». Jamais la jurisprudence de la Cour de Strasbourg n'a étendu le champ de l'article 6.1 jusqu'à le rendre applicable à tous les litiges de nature administrative. Qui plus est, dans cet arrêt, la Cour de justice, en se plaçant sous la bannière de l'article 6.1, fait du droit au recours un usage très avancé, qui met en cause les limitations résultant du droit administratif interne italien. Comme l'a remarqué l'avocat général Ruiz-Harabo dans ses conclusions sur l'affaire « Shingara » (C-65/95, 17 juin 1997, *Rec.*, I, p. 3343, point 75), « la jurisprudence de la Cour a élevé le droit des citoyens à une protection juridictionnelle au rang de garantie essentielle de l'ordre juridique communautaire. À la différence de l'article 6 de la CEDH, l'exigence d'une protection juridictionnelle effective dans le domaine communautaire ne se limite pas aux simples "droits civils", mais s'étend à tous les droits dérivés du droit communautaire ».

La Cour de justice des Communautés s'est attachée à préciser certaines conditions de l'accès à la justice nationale et de son fonctionnement, comme facteurs d'effectivité dans l'application de la règle communautaire. Soucieuse d'autonomie et parce que les conditions procédurales sont souvent particulières, la CJCE a développé une jurisprudence propre sur des questions telles que le délai pour exercer un recours contentieux (205-215/82, « Deutsche Milkontor », 21 septembre 1983, *Rec.*, p. 2633 ; C-208/90, « Emmott », 25 juillet 1991, *Rec.*, I, p. 4269, remis en cause par C-188/95, « Fantask », 2 décembre 1997, *Rec.*, I, p. 6783), les conditions de recours à des mesures provisoires (C-213/89, « Factortame », 19 juin 1989, *Rec.*, I, p. 2433) ou d'invocabilité d'office des règles de droit communautaire en droit national (C-312/93, « Peterbrœck », 24 décembre 1995, *Rec.*, I, p. 4599 ; C-430 et 431/93, « Van Schijndel », 24 décembre 1995, *Rec.*, I, p. 4105). Pourtant si la question soulevée venait à croiser un problème déjà abordé par la Cour de Strasbourg, la Cour de Luxembourg ne répugnerait certainement pas à citer « par analogie » la jurisprudence de cette dernière comme elle l'a fait à propos de la violation, non pas par une juridiction nationale mais par le Tribunal de première instance, du principe du délai raisonnable de procédure qui figure à l'article 6.1 CEDH (C-185/95 P, « Baustahgewebe GmbH c. Commission », 17 décembre 1998, *Rec.*, I, p. 8417).

Le droit à un recours juridictionnel au plan national n'est pas reconnu en tant que tel par la Cour de Luxembourg, mais comme le corollaire nécessaire de l'effectivité d'un droit résultant du droit communautaire. À titre d'illustration, on peut citer l'arrêt « Kremzow » (C-299/95, 29 mai 1997, *Rec.*, I, p. 2629) dans lequel la Cour a refusé de répondre à une question préjudicielle sur la compatibilité de la législation autrichienne avec le droit à un procès équitable parce que celle-ci ne relevait pas du champ d'application du droit communautaire. De ce point de vue, la portée du droit au juge reconnu par la Cour de Luxembourg dans le champ du droit communautaire est comparable au droit garanti par l'article 13 CEDH en cas de violation des droits et libertés garantis par la Convention.

Même si la Cour de justice ne formule pas l'exigence d'un droit au
132 juge comme un droit fondamental mais comme un corollaire de l'effectivité du droit communautaire, il apparaît clairement que cette exigence et la manière dont elle est mise en pratique ont exercé une influence sur les mécanismes juridictionnels nationaux ; la jurisprudence de la CJCE a eu, par contagion, des effets très positifs sur la protection juridictionnelle des particuliers, y compris en pur droit interne. Pour sa part, la Cour européenne des droits de l'homme en se fondant sur l'article 6.1 reconnaît que le droit au juge est, en tant que tel, un droit fondamental et elle en a tiré toutes les potentialités, mais dans un champ matériel qui comporte certaines limites.

L'Accès Limité des Particuliers aux Juges Européens

Les mécanismes d'accès des particuliers[6] aux juges européens répondent-ils aux critères développés par ces Cours elles-mêmes lorsqu'elles se prononcent sur les conditions d'accès au juge national ? La question mérite d'être posée même si l'on comprend bien que les contraintes puissent être différentes aux divers niveaux que l'on va considérer.

6. Les États peuvent également introduire des recours tant devant la Cour de Strasbourg que devant la Cour de Luxembourg. Il s'agit, dans le premier cas, de recours très politiques, d'État à État ; dans le second cas, de recours des États le plus souvent contre les institutions communautaires, afin de défendre leur conception de la légalité communautaire. Ces types de recours soulèvent des problèmes de nature très différente de ceux liés à la question de l'accès des particuliers au juge national ou européen en tant qu'expression d'un « droit au juge ». C'est la raison pour laquelle nous n'y faisons que d'incidentes allusions, ayant choisi de centrer notre propos sur le droit au juge.

L'accès à la Cour européenne des droits de l'homme : des conditions récemment transformées

À l'époque où a été élaborée la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales par le tout jeune Conseil de l'Europe, l'idée d'ouvrir aux particuliers l'accès à un prétoire international était tout à fait neuve et ne semblait pouvoir fonctionner que solidement encadrée. De fait, dans le système initialement conçu, les requêtes – interétatiques ou individuelles – étaient adressées à une Commission européenne des droits de l'homme, organe préjuridictionnel et de filtrage. Si les requêtes interétatiques étaient de droit, celles des individus n'étaient recevables qu'à la condition que l'État défendeur ait souscrit une déclaration facultative d'acceptation du droit de recours individuel, prévu à l'article 25 du texte original de la Convention. La saisine de la Cour ne se produisait qu'exceptionnellement ; l'affaire était le plus souvent réglée au stade de la recevabilité ou du fond, soit par la Commission qui s'efforçait d'obtenir un règlement amiable, soit par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, organe politique mais qui jouait un rôle quasi juridictionnel. Le fonctionnement de ce système très nouveau d'accès indirect à la justice internationale n'a démarré que lentement : la Commission a été très fréquemment amenée à prononcer des décisions d'irrecevabilité et la Cour européenne des droits de l'homme n'a rendu son premier arrêt (« Lawless c. Irlande ») que le 14 novembre 1960.

Depuis lors le mécanisme s'est rodé et a changé d'échelle. D'abord un nombre croissant d'États ont accepté le mécanisme de recours individuel ainsi que la compétence de la Cour. En second lieu, depuis la chute du mur de Berlin et la fin du partage de l'Europe, le nombre d'États parties au Conseil de l'Europe et à la Convention européenne des droits de l'homme a fortement augmenté : ils sont quarante et un en 2000, dans l'attente de l'adhésion de l'Arménie et de l'Azerbaïdjan. Enfin la CEDH est de plus en plus connue et utilisée dans les prétoires des États européens, où envisager un recours aux instances de Strasbourg devient un réflexe normal. Le nombre de requêtes individuelles s'est fortement accru même si la Commission a continué à n'admettre en moyenne la recevabilité que d'une requête sur huit[7].

7. Ces informations à propos de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que celles qui suivent, sont largement inspirées d'un rapport présenté par Jean-Paul Costa, *La Protection des droits de l'homme par le juge européen,* au Groupe européen de droit public, Athènes, septembre 2000.

Le système institutionnel qui fonctionne depuis le 1er novembre 1998, date d'entrée en vigueur du protocole n°11 à la CEDH, a été profondément renouvelé : la Commission a disparu ; le Comité des ministres du Conseil de l'Europe ne joue plus qu'un rôle de surveillance de l'exécution des arrêts. L'accès des plaideurs à la Cour devenue permanente est désormais direct, preuve d'une certaine maturité de ce système de justice supranationale dans le cadre européen. Ces modifications ne freinent en rien, bien au contraire, l'afflux des requêtes, ceci notamment parce que les États parties sont tenus d'accepter et le droit de recours individuel et la juridiction obligatoire de la Cour. En 1999, 8 400 requêtes individuelles ont été enregistrées et l'on prévoit environ 10 000 requêtes pour l'année 2000, soit une multiplication par dix en onze ans (environ 1 000 requêtes enregistrées en 1989). La Cour rend

chaque année des milliers d'arrêts d'irrecevabilité et des centaines d'arrêts sur le fond. L'attraction des plaideurs pour le juge de Strasbourg est un bonne chose pour la protection des droits de l'homme ; encore faudrait-il affiner l'analyse en fonction de l'origine des recours individuels[8]. Toutefois la Cour, victime de son succès, risque de se voir rapidement submergée par les dossiers et incapable d'enrayer la tendance à l'allongement des délais de jugement ; il faudrait alors, selon des témoins autorisés, envisager la réforme de la réforme.

Prudente hardiesse en matière de recevabilité

Il est certain que le juge de Strasbourg ne renoncera pas pour autant à sa ligne de conduite, ancienne et constante, de « prudente hardiesse[9] » en matière de recevabilité. De la très riche jurisprudence sur la recevabilité des recours individuels, on retiendra deux illustrations. Aux termes de l'article 34 (ex-art. 25), la personne qui saisit la Cour doit pouvoir établir qu'elle est « *victime* » d'une violation de la Convention. Dans le cas le plus général, c'est l'application concrète d'une disposition nationale à une personne qui est l'occasion de la violation de la Convention et justifie la requête individuelle. Cependant, dans cer-

8. Les recours les plus nombreux viennent de la Turquie, l'Italie, la Pologne, la France. Pour ce qui concerne l'Italie, le problème le plus souvent dénoncé est celui des délais excessifs de procédure, problème qui ne peut être résolu que par une réforme d'envergure du système juridictionnel italien. Le nombre des requêtes contre le Royaume-Uni a diminué : bien que les pronostics soient particulièrement difficiles en la matière, on peut penser que l'entrée en vigueur le 1er octobre 2000 du *Human Rights Act* 1998 devrait accentuer cette tendance.

9. La formule a été utilisée par Jean-Paul Costa lors du colloque précité, voir note 7.

taines hypothèses, la Commission et la Cour ont admis qu'un individu pouvait se prétendre victime du seul fait de l'existence d'une législation contraire à la Convention dont il risquait spécialement de subir les effets, et ceci indépendamment de toute application effective. C'est la solution qui a prévalu dans l'affaire « Dudgeon » (22 octobre 1982, série A, n°45) concernant, en Irlande du Nord, la répression pénale des relations homosexuelles en privé entre majeurs consentants. Par ailleurs, depuis longtemps la Commission avait admis qu'une expulsion ou une extradition pouvait soulever un problème au regard de l'article 3 de la Convention s'il existait des raisons sérieuses de croire que la personne en cause risquait de subir dans l'État de destination des tortures ou un traitement inhumain ou dégradant ; elle admettait donc la notion de victime potentielle. La Cour a fait sienne cette doctrine dans l'affaire « Sœring c. Royaume-Uni » (7 juillet 1989, série A, n°161) «vu la gravité et le caractère irréparable de la souffrance prétendument risquée ».

Un autre aspect qui mérite mention est la condition d'*épuisement des voies de recours internes*. L'article 35 (ex-art. 26) dispose que « la Cour ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus ». La Cour et la Commission n'imposent l'épuisement que des recours qui non seulement sont accessibles aux intéressés, mais encore adéquats et efficaces, c'est-à-dire de nature à apporter un remède effectif (« Stögmuller c. Allemagne », 10 novembre 1969, série A, n°29). De surcroît, comme l'observe Gérard Cohen-Jonathan[10], la règle de l'épuisement des voies de recours internes ne doit pas constituer un obstacle déraisonnable qui par sa longueur ou sa complexité empêcherait la victime d'une violation de la Convention d'accéder en temps utile à la Cour. C'est ce point de vue qui a prévalu dans l'arrêt « Salmouni c. France » : face à une allégation sérieuse de torture durant une garde à vue, les réclamations du requérant et notamment sa plainte avec constitution de partie civile se sont heurtées à une lenteur excessive des enquêtes qui devaient être diligentées, de sorte que l'épuisement des voies de recours ne répondait plus en l'espèce à sa finalité profonde, à savoir donner aux juridictions natio-

10. Gérard Cohen-Jonathan, *Aspects européens des droits fondamentaux,* Montchrestien, 2e éd., 1999, notamment p.41-42 ; pour une étude plus complète de la question de l'épuisement des voies de recours on se reportera à l'indispensable ouvrage de Gérard Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Économica, 1989, p. 104-132.

nales le moyen de redresser la violation alléguée et, dès lors, ne s'imposait plus.

Au total et bien que les décisions d'irrecevabilité demeurent très nombreuses, reflet de la témérité parfois inconsciente des plaideurs, la Commission et la Cour par leur interprétation des conditions de recevabilité ont contribué à étendre la sphère de protection des droits par le système de la Convention.

L'accès à la justice communautaire : une porte étroite

L'existence d'un contrôle juridictionnel de l'activité normative et exécutive des institutions communautaires est un des fondements constitutionnels de cet ordre juridique. La Cour, lit-on à l'article 220 du traité CE, « assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application du

présent traité » ; dans un ordre juridique beaucoup plus marqué d'intégration que celui du Conseil de l'Europe, il était normal de prévoir un accès direct des personnes physiques et morales à la justice supranationale. Une section du traité (art. 220 à 245) est consacrée à l'organisation de la Cour de justice et du Tribunal de première instance, aux diverses voies de recours et à leurs conditions de recevabilité. Les particuliers peuvent théoriquement saisir le juge communautaire de recours en annulation (art. 230), de recours en carence lorsque les institutions communautaires, en violation du traité, se sont abstenues de statuer (art. 232), de recours en indemnité mettant en cause la responsabilité non contractuelle de la Communauté (art. 235 et 288)[11]. Par ailleurs la Cour de justice demeure à ce jour seule compétente pour connaître des renvois préjudiciels en interprétation ou en appréciation de validité qui lui sont adressés par les juridictions nationales. Ces multiples voies de droit semblent ouvrir un accès massif des particuliers au prétoire de Luxembourg. Elles sont en réalité inégalement ouvertes et inégalement utilisées.

Particulièrement symptomatiques sont les conditions de recevabilité du recours en annulation, beaucoup plus restrictives pour les particuliers que pour les requérants « institutionnels[12] ». Les personnes

11. Sont jugés par le tribunal de première instance (TPI) institué en 1988 les recours en annulation, en carence et en indemnité formés par les personnes physiques ou morales. Un pourvoi sur les questions de droit peut être formé devant la Cour de justice à l'encontre d'un jugement du TPI (art. 225 CE).

12. Aux termes de l'article 230 CE, les États membres, le Conseil et la Commission peuvent introduire un recours de légalité à l'encontre de tous actes de droit communautaire dérivé sans avoir à justifier d'un intérêt à agir, le Parlement européen, la Cour des Comptes et la BCE seulement pour la sauvegarde de leurs prérogatives respectives.

physiques et morales peuvent former des recours contre les décisions dont elles sont les destinataires ; quant aux mesures réglementaires ou aux mesures adressées à des tiers, elles ne sont recevables à en contester la légalité que si elles peuvent démontrer que ces mesures les « concernent *directement et individuellement* ». Or cette condition est interprétée de façon généralement restrictive par la juridiction communautaire. On retrouve tant dans les arrêts de la Cour que dans ceux du TPI la formule suivante qui est presque rituelle : « Les sujets autres que les destinataires d'une décision ne peuvent prétendre être concernés individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont particulières ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire[13]. » Certains assouplissements jurisprudentiels sont intervenus quant à l'exigence d'un lien direct. 137
Dans certains domaines tels que la concurrence, les aides publiques ou les mesures antidumping, il existe des procédures non contentieuses faisant participer plus ou moins directement les entreprises à l'adoption des actes communautaires ; la Cour et le Tribunal ont été amenés à considérer que le fait pour un requérant d'avoir été associé au processus de préparation de la décision l'individualisait à la manière d'un destinataire. Cette jurisprudence opère un élargissement des conditions de recevabilité, mais elle comporte encore de larges marges d'incertitude quant aux procédures concernées et quant au degré nécessaire d'implication de l'intéressé dans la procédure pour qu'il puisse accéder au rang de requérant.

L'exigence d'un lien individuel conduit le juge communautaire à se montrer également restrictif en ce qui concerne la recevabilité des associations et groupements professionnels. En dehors du cas où ses intérêts propres sont affectés, le recours d'une association n'est recevable que si elle représente les intérêts d'entreprises dont les recours individuels seraient eux-mêmes recevables. Une illustration de cette approche restrictive a été donnée dans un récent arrêt « Greenpeace » (C-321/95 P, 2 avril 1998, *Rec.*, I, p. 165) dans lequel la Cour a estimé qu'une association qui avait pour but la promotion d'un intérêt collectif comme celui de la protection de l'environnement n'était cependant pas recevable à introduire un recours en annulation « lorsque ses membres ne

13. Formule utilisée pour la première fois par la Cour dans l'arrêt « Plaumann », 25/62, 15 juillet 1963, *Rec.*, p. 197.

sauraient le faire à titre individuel ». Quant au contentieux de la responsabilité extracontractuelle, dont les conditions de recevabilité sont moins exigeantes, il ne peut pas jouer en pratique un rôle complémentaire ou compensateur en raison des conditions de fond particulièrement rigoureuses qui président à la mise en jeu de la responsabilité des institutions communautaires[14]. Il n'y a donc aucune commune mesure entre les conditions d'accès au juge national, notamment en France, permettant aux personnes physiques et morales de contester la validité de l'action des autorités publiques et la situation de ces dernières face au juge communautaire.

Justifications et propositions

Le juge communautaire justifie son attitude restrictive par la spécificité de l'ordre juridique communautaire. Dans un système où il n'existe pas de distinction claire entre la norme législative et la norme réglementaire, qui prennent l'une et l'autre la forme juridique du règlement communautaire, le règlement échappe normalement au contrôle de légalité à l'initiative des particuliers, contrôle qui équivaudrait dans bien des cas à un contrôle de « constitutionnalité » dont les rédacteurs du traité ont entendu réserver l'initiative aux requérants institutionnels. Par ailleurs, on doit observer que dans un grand nombre de cas la Communauté ne met pas elle-même en œuvre les mesures qu'elle prend : elle laisse cette tâche aux autorités nationales. Par conséquent, les intérêts des administrés ne sont pas affectés par l'acte communautaire, mais plutôt par les mesures nationales prises pour son exécution et à propos de la légalité desquelles il leur appartient de saisir les juges nationaux. Si un doute apparaît à propos de la légalité de la mesure communautaire dont l'exécution est en cause, le juge national peut et dans certains cas doit interroger sur ce point la Cour de Luxembourg par la voie du renvoi préjudiciel prévu à l'article 234 CE[15]. On comprend dès lors les raisons de l'insistance de la Cour en faveur d'un droit d'accès très généralisé des particuliers à la justice nationale chaque fois qu'est

14. La Cour indique, selon une formule également rituelle, que la responsabilité de la Communauté ne saurait être engagée « qu'en présence d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit protégeant les particuliers » (aff. 5/71, « Zuckerfabrik Schöppensted », 2 décembre 1971, *Rec.*, p. 975), situation qui ne se produit que de façon exceptionnelle.

15. En vertu d'une jurisprudence fixée par l'arrêt « Foto-Frost » (aff. 314/85, 22 octobre 1987, *Rec.*, p. 4225), les juridictions nationales n'ont pas le pouvoir de déclarer l'invalidité d'un acte communautaire ; elles doivent obligatoirement renvoyer à la CJCE.

en cause la mise en œuvre du droit communautaire : le large accès au juge national compenserait en quelque sorte l'accès réduit au prétoire communautaire.

Cette argumentation n'est qu'en partie convaincante. Il s'avère tout d'abord qu'avec l'élargissement des compétences communautaires se multiplient les hypothèses où les institutions communautaires prennent des mesures, voire des sanctions, directement applicables sans que les autorités nationales aient à intervenir. On notera incidemment que dans ces cas-là le recours en dernier ressort à la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas possible puisque la Communauté n'est pas partie à la CEDH, situation qui alimente force critique[16]. Mais surtout, pour des raisons pratiques, les juges de Luxembourg ne veulent ni assouplir leur jurisprudence sur la recevabilité des recours en annulation, ni voir modifier le traité sur ce point, car toute évolution en ce sens aggraverait une situation concrète déjà très alarmante.

Les deux instances doivent faire face au flot montant des contentieux communautaires d'un espace de près de 400 millions d'habitants. Un *Rapport du groupe d'expert sur l'avenir du système juridictionnel des Communautés européennes,* rendu public en janvier 2000, a mis en évidence les éléments d'une crise sérieuse résultant de l'accroissement continuel du nombre des affaires présentées aux deux juridictions

16. La Cour européenne des droits de l'homme a fourni un commencement de réponse à la lancinante question de l'absence de contrôle par elle-même de la compatibilité avec la CEDH des actes adoptés par les institutions communautaires et ne requérant pas pour leur mise en œuvre l'intervention de mesures nationales. Ceci est théoriquement impossible aussi longtemps que la Communauté n'est pas partie à la CEDH. On sait que l'avis négatif rendu par la CJCE à propos de l'adhésion de la Communauté européenne à la CEDH (avis 2/94, 28 mars 1996, *Rec.*, I, p.1759) rend cette adhésion impossible sans modification des traités communautaires. Or dans un arrêt « Matthews c. Royaume-Uni », 18 février 1999, la Cour européenne des droits de l'homme s'est arrogé le droit de se prononcer sur la non-conformité avec la CEDH (protocole n° 1), les conditions d'organisation à Gibraltar des élections au Parlement européen, faisant porter par le Royaume-Uni la responsabilité de la non-conformité avec la CEDH d'un acte communautaire. Un des arguments utilisé dans l'arrêt porte notamment sur le fait que l'intéressée ne pouvait pas attaquer l'acte communautaire devant la CJCE parce qu'il ne s'agissait pas d'un acte ordinaire mais d'un acte de type constitutionnel (point 33). De nouvelles affaires récemment portées devant la Cour de Strasbourg par des requérants privés montrent que le raisonnement « Matthews » pourrait faire école. Le requérant introduit un recours contre les quinze États membres qu'il voudrait faire juger responsables de la non-conformité avec la CEDH de décisions communautaires. Si la Cour européenne des droits de l'homme acceptait d'emprunter cette voie, l'adhésion formelle de la Communauté à la CEDH ne serait plus un préalable nécessaire à l'accès des particuliers au juge de Strasbourg pour faire contrôler la compatibilité avec la CEDH des mesures communautaires s'appliquant sans mesures nationales d'exécution.

communautaires. Avec les derniers élargissements et la création de nouvelles compétences communautaires, le nombre de renvois préjudiciels connaît une forte progression en dépit des efforts de la Cour pour se montrer plus exigeante sur la recevabilité. Des compétences nouvelles ont été attribuées à la Cour de justice par le traité d'Amsterdam (titre IV TCE, visas, asile, immigration ; titre VI TUE, coopération policière et judiciaire en matière pénale) qui vont se traduire par de nouveaux recours, sans compter la charge considérable qui va résulter des élargissements à venir. Or la Cour et le TPI, avec les moyens dont ils disposent et dans le contexte procédural actuel, ne réussissent pas à régler les affaires au rythme où elles sont introduites, ce qui se traduit par un inquiétant allongement de la durée des procédures, généralement supérieure à deux ans. Ceci est particulièrement intolérable s'agissant des renvois préjudiciels qui s'insèrent dans des procédures nationales.

La question d'une réforme profonde du système juridictionnel communautaire est soumise à l'examen de la CIG. Plusieurs idées sont dans l'air : multiplier le nombre des chambres, confier au TPI l'examen de certaines catégories de questions préjudicielles, alléger les procédures en supprimant par exemple l'automaticité de l'intervention de l'avocat général devant la Cour de justice… L'accord se fera-t-il sur de tels remèdes et seront-ils suffisants ? Ne faudrait-il pas aussi soit créer de nouvelles instances juridictionnelles, soit renforcer les effectifs et les moyens de celles qui existent ?

Il est certainement nécessaire d'adapter la machine judiciaire communautaire aux exigences découlant du droit à une protection juridictionnelle efficace qui est consacré par la CEDH et par les principes généraux du droit communautaire. Cela passe par des réformes importantes de structure, dans le cadre desquelles pourront peut-être être envisagées autrement les conditions d'accès direct des particuliers et des associations au juge de la légalité communautaire. Mais dans un espace où se superposent les pouvoirs, le droit à la justice n'est certainement pas un droit que l'on peut développer indéfiniment. Faut-il, par exemple, au moment où l'on envisage d'intégrer dans le traité sur l'Union européenne une Charte des droits fondamentaux, prévoir à l'intention des personnes un recours simplifié à la Cour de justice inspiré de l'*amparo* espagnol ou bien imaginer un renvoi de la CJCE à la CEDH afin de faire en sorte que dans l'espace européen la Cour de Strasbourg soit toujours le juge de dernier pour les droits fondamentaux

consacrés par la Convention ? Les réponses sont certainement à nuancer en s'inspirant de la règle de raison. Nos constituants européens seraient bien inspirés de réfléchir à l'articulation entre les niveaux national et européen, entre les systèmes de Strasbourg et de Luxembourg. Ouvrir tous les recours à toute personne à tout niveau, c'est ne pas tenir compte du principe de réalité.

RÉSUMÉ

Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ont l'une et l'autre affirmé le principe d'un « droit au juge » comme élément de l'état de droit dans une société démocratique. Mais ce droit proclamé n'est qu'imparfaitement mis en œuvre lorsqu'il s'agit de l'accès au prétoire des juges européens. Des réformes de structure devraient permettre un meilleur accès au juge, mais dans un système complexe de superposition de pouvoirs et d'autorités comme le système européen, le droit de recours de toute personne à tout niveau ne peut pas être garanti.

Ronny Abraham

LA FRANCE DEVANT LES JURIDICTIONS EUROPÉENNES

L'IMPORTANCE CROISSANTE du rôle des juridictions européennes n'est plus à démontrer. Elle se mesure, d'abord, quantitativement, en considérant le nombre d'affaires soumises aux deux juridictions européennes, la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme, ensuite, qualitativement, par la variété et l'importance des questions traitées et l'influence de plus en plus remarquable des arrêts rendus par les deux Cours sur les ordres juridiques internes des États auxquels ces arrêts, directement ou indirectement, s'adressent.

Pour la France, c'est à une date relativement récente que s'est produite la prise de conscience de l'importance du contentieux européen en tant que facteur d'évolution du droit national. Pour ce qui concerne le contentieux des droits de l'homme, cela s'explique sans aucun doute par le fait que la France a accepté tardivement (en 1981) de se soumettre au système des recours ouverts aux particuliers à Strasbourg, qui présentait un caractère facultatif dans le texte initial de la Convention européenne. Pour ce qui est du droit communautaire, le relatif retard français (par comparaison à d'autres pays de la Communauté) a pu être imputé, naguère, à une insuffisante formation des avocats et magistrats français en la matière : il en résultait que les plaideurs (et leurs conseils) n'invoquaient pas aussi souvent qu'ils l'auraient pu, à l'occasion des procès, les règles du droit communautaire, que les juges étaient assez démunis pour appliquer d'office de telles règles, et que le nombre de renvois préjudiciels à la Cour de Luxembourg émanant de juridictions françaises s'en trouvait, en conséquence, limité.

Cet état de fait est aujourd'hui tout à fait révolu. Il suffit pour s'en convaincre de considérer quelques chiffres qui mesurent la présence de

la France (en qualité de partie demanderesse, défenderesse ou intervenante) dans les procédures juridictionnelles européennes.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, où l'État est presque toujours défendeur, le nombre de requêtes introduites contre la France, qui était d'environ 70 par an au milieu des années quatre-vingt et d'environ 300 au début des années quatre-vingt-dix, est monté à 600 en 1996 et à 870 en 1999. Le nombre d'arrêts rendus à l'égard de la France par la Cour de Strasbourg, qui n'a pas excédé 16 dans les dix premières années suivant l'acceptation du droit de recours individuel (1981-1991), s'est établi à 35 pour la seule période du 1er janvier 1999 au 4 avril 2000.

Devant la Cour de justice des Communautés européennes, où la position procédurale de l'État est variable, la France est intervenue

pour faire valoir ses observations dans une soixantaine de procédures préjudicielles en 1999 (ce qui la place parmi les États les plus « intervenants » avec l'Allemagne et l'Espagne), la plupart de ces procédures ne résultant d'ailleurs pas de renvois opérés par des juridictions françaises (de tels renvois ayant été, au cours de la même année, au nombre de 17, ce qui traduit une certaine stabilité depuis une dizaine d'années). À ces affaires il faut ajouter, naturellement, les recours en manquement, émanant généralement de la Commission, contre lesquels la France a dû défendre (15 introduits en 1997, 22 en 1998, 35 en 1999, ce qui indique une courbe inquiétante), ainsi que les recours en annulation d'actes communautaires formés par notre pays (3 en 1998).

Ces quelques chiffres démontrent suffisamment l'importance quantitative de ce qu'on pourrait appeler, d'un terme simplificateur, le « contentieux français » – l'ensemble des affaires dans lesquelles la France est présente, à un titre ou à un autre – devant les deux Cours européennes.

Pour aller au-delà de ce simple constat et analyser les principales questions que soulève l'implication de l'État dans les procédures juridictionnelles européennes, il y a lieu, nous semble-t-il, d'examiner successivement l'étendue de la compétence des Cours européennes à l'égard de l'État partie au procès, les modalités procédurales de la présence de l'État dans le procès, enfin les suites et les effets, pour les autorités nationales, des arrêts rendus.

L'Étendue de la Compétence des Juridictions Européennes à l'égard de l'État et de ses Organes

C'est d'abord une *compétence obligatoire*. C'est ensuite une compétence qui s'exerce, dans des conditions assez complexes, à l'égard des *juridictions nationales* elles-mêmes. C'est enfin une compétence dont l'emprise englobe l'ensemble des *autres organes de l'État*.

Les juridictions européennes : une compétence obligatoire

À la différence de la juridiction internationale classique, qui tient sa compétence à l'égard d'un État d'un acte particulier d'acceptation par celui-ci, soit pour les besoins du règlement d'un litige déterminé, soit pour un ensemble de litiges à venir, mais sous réserve, dans ce dernier cas, du droit de non-renouvellement ou d'abrogation de l'acceptation précédente dont l'État conserve la disposition, les deux Cours européennes tirent leur autorité à l'égard des États soumis à leur juridiction du simple fait que ceux-ci sont parties aux traités dont ces Cours ont pour mission d'assurer le respect. En d'autres termes, il y a ici coïncidence entre la soumission à la règle de droit et la subordination au juge chargé de l'appliquer, et l'État ne pourrait se soustraire à l'autorité du juge qu'en dénonçant, pour autant qu'une telle dénonciation soit juridiquement possible, le traité qui tout à la fois pose la règle et institue le juge.

C'est, depuis l'origine, le système des traités communautaires dans lesquels la compétence de la Cour de justice de Luxembourg est obligatoire à l'égard des États membres, générale (elle porte, sans restriction possible, sur l'ensemble des matières couvertes par le droit communautaire) et exclusive (les États ne peuvent lui en substituer aucune autre pour régler leurs différends relatifs à l'application du droit communautaire).

Cela n'a pas toujours été, en revanche, le système de la Convention européenne des droits de l'homme. Initialement, la Convention laissait aux États parties la discrétion de reconnaître ou non la compétence obligatoire de la Cour de Strasbourg, et d'accepter ou non le droit de recours des particuliers à leur encontre. C'est ainsi que la France, si elle a ratifié la Convention en 1974, a différé jusqu'en 1981 son acceptation du droit de recours individuel, ce qui rendait assez théorique sa reconnaissance immédiate de la compétence obligatoire de la Cour à son égard (laquelle ne pouvait s'exercer, avant 1981, par hypothèse, que dans

le cas peu probable d'un recours formé contre la France par un autre État partie). Encore cette acceptation n'a-t-elle été faite que pour une période limitée et reconductible (cinq ans en 1981 ; trois ans en 1986 ; cinq ans encore en 1989 et 1994).

Depuis l'entrée en vigueur du protocole n° 11, le 1er novembre 1998, la Convention ne comporte plus les « clauses facultatives » antérieures : désormais, tout État partie est de plein droit soumis à la compétence obligatoire de la Cour et au droit de recours individuel.

La compétence des juridictions européennes à l'égard des juridictions nationales

Il existe un point commun essentiel, dans les rapports qu'entretiennent Cours européennes et juges nationaux, entre le système de Luxembourg
146 et celui de Strasbourg : ni la Cour de justice des Communautés européennes ni la Cour européenne des droits de l'homme n'ont le pouvoir d'annuler ou de réformer une décision juridictionnelle nationale. Le juge national n'est pas formellement subordonné au juge européen et, par suite, au moins d'un point de vue procédural et formel, les juridictions internes demeurent souveraines dans le règlement des litiges qui leur sont soumis.

Mais il faut dépasser ce constat, dont il est clair qu'il ne correspond pas tout à fait à la réalité, dans laquelle le juge national ne dispose plus que d'une souveraineté « partagée » ou « limitée ».

À cet égard, les deux systèmes de Luxembourg et de Strasbourg reposent sur des conceptions assez différentes, en vertu même des traités applicables : à une *logique de la coopération* (Luxembourg) s'oppose une *logique du contrôle* (Strasbourg).

L'article 234 du traité instituant la Communauté européenne (ex.-art. 177) organise la « coopération judiciaire » entre juges internes et juge communautaire, par le biais des renvois préjudiciels des premiers au second tendant à l'interprétation ou à l'appréciation de validité du droit communautaire. De cela il résulte que le juge européen est saisi dans le cours même des procédures juridictionnelles internes, et non pas une fois celles-ci achevées, et qu'il l'est à l'initiative du juge national, laquelle est, selon les cas, facultative ou obligatoire. Le fonctionnement harmonieux du système repose donc, en dernière analyse, sur l'esprit de coopération du juge national, sa sagesse, son discernement afin de faire la part des questions qui méritent d'être renvoyées à Luxembourg et des autres, sa discipline enfin, dans l'application des arrêts rendus sur renvoi et qui s'imposent à lui. À cet égard, les rapports entre les juridictions

françaises et la Cour de justice sont à présent très largement stabilisés, équilibrés et satisfaisants. Le nombre de renvois préjudiciels s'établit à un niveau variant, selon les années, d'une dizaine (10 en 1997) à quelques dizaines (36 en 1994, 43 en 1995), les toutes dernières années se situant à un niveau moyen (16 en 1998, 17 en 1999). La plupart de ces renvois sont opérés par les juridictions de première instance et les cours d'appel (pour lesquelles le renvoi est facultatif), une minorité par les deux cours suprêmes, Conseil d'État et Cour de cassation (pour lesquelles il est obligatoire), mais il n'y a là rien d'anormal, eu égard au fait que les difficultés de droit communautaire qu'un litige est susceptible de soulever sont de plus en plus souvent identifiées à un stade précoce de la procédure. On sait que, par le passé, les juridictions françaises, notamment les cours suprêmes et plus spécialement l'une d'entre elles, avaient pu se voir reprocher une insuffisante volonté de coopération avec la Cour de justice. Cette période est à présent largement révolue, comme en témoigne par exemple l'évolution de la jurisprudence du Conseil d'État relative aux effets juridiques des directives communautaires dans l'ordre interne, dont les différences avec celle de la Cour de Luxembourg sur le même sujet sont désormais presque indiscernables.

On est donc en présence d'un mécanisme de coopération qui tourne le dos à toute idée d'affrontement et qui, après une période de tâtonnements et quelques tensions, a trouvé aujourd'hui son équilibre. Ajoutons à cela que si, en théorie, l'État pourrait faire l'objet d'une action en manquement devant la Cour de justice à raison de décisions de ses juridictions non conformes au droit communautaire (du fait, par exemple, d'un usage excessif de la notion d'« acte clair » qui dispense les juges internes de renvoyer à Luxembourg une question d'interprétation), la Commission s'est toujours abstenue, en pratique, d'engager une telle action, estimant, non sans justification raisonnable, que le temps et le dialogue permettraient de rétablir l'harmonie entre les juges mieux que l'acte d'autorité.

Tout autre est la logique à l'œuvre dans le système de Strasbourg, qui repose non sur la coopération mais sur le *contrôle*. C'est l'effet inéluctable de la règle fondamentale de l'épuisement préalable des voies de recours internes, qui oblige en principe le requérant, avant de saisir la Cour européenne, d'exercer tous les recours juridictionnels dont il dispose dans l'ordre national, jusqu'au degré le plus élevé, pour faire valoir ses griefs et obtenir réparation de l'atteinte à un droit dont il se plaint. Bien que cette règle (figurant à l'article 35 de la Convention) ait donné lieu à une jurisprudence des organes de Strasbourg relativement

complexe et nuancée, il en découle qu'en général la saisine de la Cour (hier de la Commission) est consécutive à un arrêt de la Cour de cassation ou du Conseil d'État rejetant les prétentions du requérant, de telle sorte qu'en examinant la requête la Cour de Strasbourg se comporte sinon comme un degré supplémentaire de juridiction, du moins comme un organe de contrôle des décisions du juge interne, et qu'en l'accueillant, si elle estime devoir le faire, elle inflige à ce dernier un désaveu. On comprend les difficultés auxquelles une telle situation peut donner lieu, même si sa survenance plus ou moins fréquente est impliquée par l'architecture même du système conventionnel.

Le contrôle exercé par la juridiction strasbourgeoise sur les actes du juge national apparaît avec une clarté particulière lorsque le grief soumis au juge européen est tiré de la violation du droit au « procès équi-
148 table », garanti par l'article 6 de la Convention, dans ses diverses composantes. Il en va ainsi, notamment, lorsque la Cour de Strasbourg vérifie si les juridictions internes ont statué dans un « délai raisonnable », ce qui la conduit à examiner dans le détail le déroulement des procédures internes et à rechercher, entre autres éléments, si le juge national a accompli toutes les diligences nécessaires pour que l'issue du procès ne soit pas exagérément retardée, compte tenu de la complexité de l'affaire qui lui était soumise. Les requêtes dénonçant la méconnaissance, par les juridictions françaises, de l'obligation de statuer dans un « délai raisonnable » représentent une part très importante du contentieux français à Strasbourg : environ 60 % des requêtes déclarées recevables, et 40 % de celles qui donnent lieu à des arrêts de condamnation[1], sont relatives, en tout ou en partie, à l'application de cette règle, notre pays n'étant d'ailleurs pas, loin s'en faut, le seul dans cette situation. C'est aussi à un contrôle très direct des actes des juridictions nationales que procède la Cour de Strasbourg lorsqu'elle vérifie le respect des autres exigences du « procès équitable » : ainsi lorsqu'elle reproche à la Cour de cassation d'avoir omis de statuer sur un moyen soulevé dans un pourvoi et qui, selon elle, était recevable (CEDH, 21 mars 2000, « Dulaurans ») ; ou qu'elle fait grief au Conseil d'État (d'ailleurs à titre rétrospectif, la jurisprudence interne ayant été modifiée dans l'intervalle) de ne pas avoir exercé les pouvoirs d'un « tribunal indépendant »

1. La différence entre ces deux proportions s'expliquant par la conclusion d'un certain nombre de « règlements amiables » après décision de recevabilité, comportant indemnisation du requérant.

en renvoyant au ministre des Affaires étrangères une question d'interprétation d'un traité (CEDH, 24 novembre 1994, « Beaumartin ») ; ou encore qu'elle s'interroge sur la compatibilité avec le principe du contradictoire des conditions de participation à la procédure des avocats généraux près la Cour de cassation (CEDH, 31 mars 1998, « Slimane-Kaïd ») ou des commissaires du gouvernement dans les juridictions administratives.

Même lorsqu'elle n'est pas saisie d'un grief tiré de la méconnaissance des principes de procédure consacrés par l'article 6, mais d'un grief de fond, la Cour de Strasbourg n'en est pas moins conduite à censurer, le cas échéant, l'appréciation à laquelle a procédé, avant elle, le juge national, lui infligeant ainsi un désaveu au moins implicite lorsque sa propre appréciation diverge de la sienne : elle a, par exemple, ainsi jugé, contrairement à la Cour de cassation, que la condamnation des auteurs d'un appel public en faveur de la « mémoire » de Pétain et de son action sous l'Occupation portait atteinte au droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 (CEDH, 23 septembre 1998, « Lehideux et Isorni ») ; ou que l'expulsion d'un parlementaire européen du territoire de la Polynésie française pour avoir exprimé un soutien public aux revendications indépendantistes et antinucléaires n'était pas justifiée par les nécessités de l'ordre public, après que le Conseil d'État eut jugé l'inverse (CEDH, 27 avril 1995, « Mme Piermont »).

La compétence des juridictions européennes à l'égard des autres organes de l'État

Il découle d'un principe fondamental du droit international qu'un État est responsable de la violation, par action ou omission, des engagements internationaux auxquels il a souscrit, quel que soit celui de ses organes, investis de la puissance publique, auquel est imputable, selon le droit interne, l'acte ou l'omission qui est à l'origine de la violation.

De cela il résulte que, tant dans le cadre d'une action en manquement devant la CJCE que dans celui d'une requête portée devant la Cour de Strasbourg, l'État peut avoir à répondre de la méconnaissance (alléguée par son adversaire) de ses obligations, que l'acte interne pouvant être regardé comme la cause de la violation supposée soit juridictionnel (on a déjà vu que c'était fréquent à Strasbourg, exceptionnel à Luxembourg), administratif, législatif ou même constitutionnel. Dans tous les cas, c'est l'État, comme personne juridique de droit international, qui voit sa responsabilité engagée, sans pouvoir exciper du plus ou moins grand degré d'autonomie dont tel ou tel de ses organes dispose

en droit interne. Ce que la Cour de Luxembourg désigne comme la « République française », et celle de Strasbourg comme la « France », c'est un ensemble dans lequel la différenciation des organes et la répartition des compétences ont une importance secondaire : si c'est bien le gouvernement qui assure la représentation devant le juge européen (comme on le verra plus loin), c'est l'État et lui seul (qui ne se confond nullement avec le pouvoir exécutif) qui est mis en cause.

C'est pourquoi il n'est guère surprenant que le contentieux européen soit souvent relatif à une action ou omission du *pouvoir législatif*. Devant la CJCE, l'action en manquement est couramment fondée soit sur la mise en œuvre d'une législation accusée de contrariété au droit communautaire (laquelle contrariété peut aussi être mise en lumière, de manière, il est vrai, indirecte, par le biais d'une question préjudicielle en
150 interprétation), soit au contraire sur l'absence d'une législation dont la mise en vigueur est une nécessité découlant d'une obligation communautaire – il suffit de songer à cet égard au (trop) fréquent contentieux du défaut de transposition des directives communautaires dans les délais prescrits, lorsque cette transposition relève, selon les règles constitutionnelles, du domaine de la loi.

Devant la Cour européenne des droits de l'homme, si en règle générale une législation ne peut être mise en accusation *in abstracto* par un requérant individuel, qui doit démontrer avoir été personnellement victime de son application, ce qui distingue nettement en théorie le contrôle « abstrait » de Luxembourg du contrôle « concret » de Strasbourg, il est clair qu'en réalité dans nombre d'affaires la juridiction européenne est conduite à apprécier, au-delà du cas individuel dont elle est formellement saisie, la conformité d'une législation (ou d'une absence de législation) avec la Convention. Tel est le cas lorsque la violation d'un droit allégué par le requérant résulte simplement de l'application – correcte au regard du droit interne – qui lui a été faite de la loi, ou de l'absence de garanties législatives. C'est bien l'excès ou la carence du législateur que sanctionne la Cour de Strasbourg lorsqu'elle condamne, dans certaines circonstances, la validation par la loi d'un acte administratif comme contraire à l'article 6 (CEDH, 28 octobre 1999, « Zielinski et Pradal »), même si en pareil cas elle met aussi en cause le juge interne, ou l'absence de garanties législatives suffisantes en matière d'écoutes téléphoniques judiciaires (CEDH, 24 avril 1990, « Kruslin » et « Huvig »).

Dans d'autres affaires, au moins aussi nombreuses, c'est un *acte administratif* (ou son absence) qui est incriminé. Qu'il s'agisse, par

exemple, du défaut de transposition d'une directive communautaire dont la mise en œuvre en droit interne ressortit à la compétence réglementaire, ou d'une mesure d'expulsion prise à l'égard d'un étranger en violation – selon le juge de Strasbourg – de l'article 8 de la Convention qui protège le droit à la vie familiale (CEDH, 26 mars 1992, « Beldjoudi »), ce sont des actes du pouvoir exécutif qui sont mis en accusation en tant qu'ils engagent la responsabilité internationale de l'État. Il pourrait même s'agir d'actes émanant de collectivités décentralisées, mais le contentieux européen de la France – à la différence de celui des États à structure fédérale, et pour des raisons bien compréhensibles – en fournit relativement peu d'exemples (voir cependant le contentieux des aides publiques, ou celui de la passation des marchés locaux, à Luxembourg : par exemple CJCE, 26 septembre 2000, « Commission c. France »).

Enfin, la violation d'une obligation communautaire ou conventionnelle pourrait résulter d'une *disposition constitutionnelle*, sans que le rang éminent, dans l'ordre interne, d'une telle disposition constitue en rien une excuse absolutoire : mais la France n'a jamais eu à répondre d'une telle situation devant les juridictions européennes, ce qui, cela va sans dire, est à tous égards préférable.

Les Modalités Procédurales de la Présence de l'État Français dans le Procès Européen

À la *diversité des positions procédurales* dans lesquelles peut se trouver la France dans les litiges soumis aux Cours européennes, s'oppose l'*unité de la représentation* de l'État devant ces juridictions.

La diversité des positions procédurales

La France peut, dans le procès européen, se trouver présente soit en position de demanderesse, soit en situation de défenderesse, soit encore en qualité d'intervenante.

À vrai dire, cette variété de situations se rencontre surtout devant la Cour de Luxembourg ; elle est bien moindre devant celle de Strasbourg, où c'est presque toujours en qualité de défenderesse que la France apparaît.

L'État requérant

C'est surtout le recours en annulation, devant la CJCE, contre les actes des institutions communautaires qui fournit à la France l'occasion

de se présenter comme requérante. On rappellera que l'article 230 du traité instituant la Communauté européenne donne à tout État membre le droit d'attaquer devant la Cour tout acte communautaire dérivé, sans avoir à justifier d'un intérêt particulier. La France n'en abuse pas, mais elle le met en œuvre chaque fois qu'elle estime avoir un motif déterminant de le faire, en raison d'un enjeu suffisamment important et sur la base d'une argumentation juridique présentant au moins un caractère sérieux : elle a ainsi introduit trois recours en annulation au cours de chacune des années 1996, 1997 et 1998, ce qui la situe à cet égard dans la moyenne des États membres (à titre d'exemple, l'Allemagne a introduit deux recours directs en 1998 et l'Italie, la même année, cinq).

Même si le traité CE permet aussi à un État d'introduire une action en manquement contre un autre État membre, l'usage veut qu'ils s'abstiennent en général de telles actions, préférant intervenir, le cas échéant, au soutien d'une action introduite par la Commission.

Enfin, dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme, la requête étatique est prévue à l'article 33, mais son usage a été, depuis les origines, des plus parcimonieux, ce qui se justifie largement, à l'heure actuelle, par la circonstance que tous les États étant soumis au droit de recours individuel, ce n'est que dans des circonstances exceptionnelles qu'un État tiers aurait des motifs valables de se substituer aux victimes directes en saisissant la Cour. La seule requête introduite par la France l'a été, en 1982, conjointement avec d'autres États de l'Europe occidentale, contre la Turquie, en raison de l'ampleur des atteintes aux droits de l'homme imputables au régime militaire alors en place (et à un moment où le recours individuel n'était pas ouvert contre la Turquie). L'évolution favorable de la situation des libertés publiques dans ce pays a permis la conclusion d'un règlement amiable entraînant désistement, fin 1983.

L'État défendeur

C'est en cette qualité que la France apparaît le plus souvent, si l'on considère l'ensemble des litiges soumis aux deux Cours européennes.

Devant la Cour de Luxembourg, 35 recours en manquement ont été introduits contre la France en 1999, cependant que la Cour de Strasbourg a enregistré, la même année, 870 requêtes individuelles contre notre pays. Ces chiffres placent la France, pour l'année considérée, parmi les États les plus souvent « attaqués » devant les juridictions européennes. Elle se situe en tête des recours en manquement devant la CJCE (devant l'Italie : 29, et le Luxembourg : 14) et au troisième rang

des recours à Strasbourg (derrière la Russie : 971, et l'Italie : 882, mais nettement devant l'Allemagne : 535, le Royaume-Uni : 431 ou l'Espagne : 227). Ces chiffres ne laissent pas d'être inquiétants, même s'ils s'expliquent sans doute par des causes diverses, en partie conjoncturelles, que ce n'est pas le lieu d'analyser ici.

L'État intervenant

L'intervention dans une procédure d'un État qui n'y est pas directement partie est prévue tant dans le système de Luxembourg que dans celui de Strasbourg ; elle se pratique cependant beaucoup plus couramment dans le premier que dans le second.

Devant la juridiction communautaire, l'État peut intervenir dans tous les types d'affaires. Il le fait surtout, en réalité, dans les affaires préjudicielles et dans les recours en manquement. Les premières soulèvent, au-delà du litige particulier à l'occasion duquel le juge national a saisi la Cour de Luxembourg et auquel l'État n'est le plus souvent pas partie, une question générale et abstraite dont la solution intéresse au plus haut point non seulement l'État dont relève la juridiction auteur du renvoi, mais aussi tous les autres. C'est pourquoi les gouvernements sont informés de l'ensemble des questions déférées à la Cour, et mettent à profit le délai – bref : deux mois – dont ils disposent alors pour intervenir s'ils l'estiment opportun, afin de tenter d'influer sur la réponse qui sera donnée. La France est au nombre des États qui utilisent le plus volontiers cette possibilité. Non seulement elle intervient – sauf rare exception – dans toutes les affaires en provenance d'une juridiction française, mais elle fait souvent (une cinquantaine de fois en 1999) entendre sa voix dans les affaires résultant de saisines par des juridictions d'autres États membres. Cette politique de présence active (nettement plus vigoureuse que par le passé) se justifie amplement par l'enjeu souvent déterminant des renvois préjudiciels et les répercussions possibles des arrêts rendus par la Cour sur des aspects souvent sensibles du droit interne.

Quant aux interventions dans les actions en manquement engagées par la Commission, soit au soutien de l'action, soit à l'encontre de celle-ci, elle se justifie, dans le premier cas, comme il a été dit plus haut, par la préférence donnée par les États à cette modalité sur l'introduction d'une action autonome qui aura moins de chances de succès, et, dans le second, par la considération que le recours de la Commission met indirectement en cause une législation ou une pratique nationales analogues à celle qui est directement incriminée.

En revanche, devant la Cour européenne des droits de l'homme, l'intervention, quoique prévue à l'article 36 de la Convention (qui la qualifie de « tierce intervention »), se pratique peu. Elle se limite pour l'essentiel à de rares cas où le requérant individuel, victime supposée d'une violation de ses droits, a la nationalité d'un État partie autre que celui contre lequel la requête est dirigée, et elle s'apparente davantage à une défense des intérêts du national de l'État intervenant qu'à un moyen de faire valoir, sur un point de droit, le point de vue d'un État non partie au procès. On peut d'ailleurs le regretter, car il est indéniable que les arrêts de la Cour ont, en fait sinon en droit, des conséquences pour le droit interne de l'ensemble des États, en tant qu'ils fixent une jurisprudence, qui a toutes les chances d'être pérenne, quant à l'interprétation de la Convention et donc à la portée des obligations qui
154 pèsent sur tous les États parties au traité.

L'unité de la représentation de l'État

Quelle que soit la position procédurale de la France, sa représentation devant les Cours européennes est toujours assurée selon les mêmes modalités, qui combinent le rôle prééminent du ministère des Affaires étrangères et la coordination interministérielle la plus étroite.

Le *rôle prééminent du ministère des Affaires étrangères* se traduit par le fait que la qualité d'agent officiel de l'État français devant les juridictions européennes appartient exclusivement au directeur des affaires juridiques de ce ministère. C'est lui qui est habilité à accomplir tous les actes de procédure au nom de la France : demandes adressées au greffe, établissement des mémoires et observations dans la phase écrite de la procédure, plaidoirie à l'audience, le cas échéant. Il s'acquitte de cette tâche grâce au concours d'un nombre assez réduit de juristes répartis entre deux des sous-directions de la direction des affaires juridiques (la sous-direction du droit international économique et communautaire et la sous-direction des droits de l'homme), de l'ordre d'une quinzaine – ce qui n'est pas excessif eu égard au volume du contentieux à traiter – et d'origines diverses (membres du corps des Affaires étrangères, magistrats des deux ordres détachés, chargés de mission contractuels).

À cet égard, le contentieux européen se trouve soumis à la règle applicable à l'ensemble du contentieux international : c'est le ministère des Affaires étrangères, par l'action de sa direction juridique, qui représente la France devant l'ensemble des juridictions internationales, qu'elles aient un caractère permanent ou, comme les tribunaux arbitraux, un caractère temporaire.

Alors que dans le contentieux international classique il est fréquent que l'agent du gouvernement se fasse assister par des conseils, choisis parmi les membres du barreau ou au sein de l'Université, il n'en va pas de même devant les juridictions européennes. Bien qu'il n'y ait aucune règle absolue sur ce point, l'usage est que l'État assure seul, devant celles-ci, la défense de ses intérêts, tant dans la phase écrite que dans la phase orale de la procédure. Cela s'explique notamment par le caractère de plus en plus « massif » du contentieux européen, qui suppose une rigoureuse continuité de la défense de l'État dans des affaires qui sont bien souvent (dans leurs aspects juridiques) liées les unes aux autres, et par le caractère fortement interministériel du travail de définition des positions que la France doit présenter et défendre devant le juge européen.

En effet, la *coordination interministérielle* est le second aspect marquant des modalités de la défense de l'État. Chaque affaire intéresse, outre le ministère des Affaires étrangères pour les raisons qu'on vient de donner, au moins un, voire plusieurs autres départements ministériels, celui ou ceux qui sont directement concernés *ratione materiae* par l'objet du litige. Il s'agit le plus souvent, devant la Cour de Strasbourg, des ministères de la Justice (pour tout ce qui touche à l'activité des juridictions) et de l'Intérieur, mais aussi, occasionnellement, d'autres départements (affaires sociales, environnement, défense). Devant la Cour de Luxembourg, la gamme des administrations intéressées est plus étendue, eu égard à la variété des domaines couverts par le droit communautaire.

La coordination interministérielle a lieu, pour les affaires de Strasbourg, par relation directe entre les départements intéressés, et, pour celles de Luxembourg, sous l'égide du SGCI (secrétariat général du Comité interministériel pour les questions de coopération économique européenne) et de son service juridique. La stratégie de défense (ou d'attaque, dans le cas où la France décide d'introduire une requête), les grandes lignes de l'argumentation qui sera présentée – spécialement dans la procédure écrite, qui est largement déterminante –, l'opportunité d'une intervention dans un litige auquel la France n'est pas partie principale, surtout à Luxembourg, sont toujours discutées et décidées par accord entre les ministères concernés, au besoin (rarement) sous l'arbitrage des services du Premier ministre. Dans le contentieux des droits de l'homme, c'est notamment ainsi qu'est prise la décision – assez fréquente – de rechercher avec le requérant un règlement amiable du litige, après que la requête eut été déclarée recevable, lorsque la probabilité d'une condamnation de la France au terme du procès semble suffisamment forte ou que l'équité paraît le justifier.

Les Suites et les Effets des Arrêts rendus par les Cours Européennes

Il y a lieu de distinguer, à cet égard, et d'étudier successivement, l'obligation pour l'État d'exécuter les arrêts des juridictions européennes, les conséquences indirectes, notamment d'ordre législatif, que comportent inévitablement ces arrêts, enfin l'autorité des arrêts des Cours européennes à l'égard des juridictions internes et de leurs décisions, passées ou à venir.

L'obligation d'exécution des arrêts

En termes voisins, le traité instituant la Communauté européenne et la
156 Convention européenne des droits de l'homme font obligation aux États de prendre les mesures d'exécution qu'impliquent nécessairement les arrêts rendus en leur défaveur dans les affaires auxquelles ils sont parties : selon l'article 228 du traité CE, en cas de constatation de manquement par la Cour de justice, l'« État est tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt » ; selon l'article 46 de la CEDH, les États « s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels [ils] sont parties ».

Cependant la portée et les conditions de mise en œuvre de cette obligation générale d'exécution, qui ne fait que traduire l'autorité de la chose jugée qui s'attache aux arrêts rendus, sont assez différents d'un système à l'autre pour deux raisons principales.

D'une part, le contrôle de la Cour de Luxembourg dans la procédure de « manquement » peut être, et est souvent, un contrôle « abstrait » de la compatibilité de la législation nationale avec le droit communautaire : il en résulte que l'exécution d'un arrêt de manquement se traduit en général par l'obligation directe faite à l'État d'abroger ou de modifier la législation incriminée, que la France accepte sans discussion et à laquelle elle se conforme (sous réserve, il est vrai, des délais parfois excessifs de la procédure législative). En revanche, la Cour de Strasbourg se livre à un contrôle « concret » lorsqu'elle est saisie d'une requête individuelle : il en résulte que, même dans le cas où, par voie d'exception, l'arrêt constate qu'une législation nationale n'est pas compatible avec la CEDH, l'exécution de l'arrêt *stricto sensu* n'implique pas une action législative, mais porte sur la situation individuelle du requérant lésé dans ses droits. Il s'agira alors, soit de verser à l'intéressé l'indemnité fixée par la Cour à titre de réparation du dommage subi (en

application de l'article 41 de la Convention, qui n'a pas son équivalent dans le système de Luxembourg), soit de prendre les mesures particulières propres à mettre fin à la violation des droits du requérant lorsque le droit interne le permet – par exemple, en abrogeant un acte administratif, soit encore de faire l'un et l'autre.

D'autre part, si l'État ne prend pas les mesures nécessaires à l'exécution d'un arrêt, le système de Luxembourg comporte, depuis le traité de Maastricht, la possibilité pour la Cour, sur saisine de la Commission, d'infliger à l'État une astreinte ou une amende en vue de l'y contraindre, alors que, dans le système de Strasbourg, ni la Cour, ni le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, chargé par la Convention de surveiller l'exécution des arrêts, ne possèdent de tels pouvoirs coercitifs.

En pratique, la France exécute correctement les arrêts d'où découlent des obligations à sa charge ; tout au plus, dans de rares cas, a-t-on pu relever quelques lenteurs qui auraient pu être évitées.

Les conséquences indirectes, notamment d'ordre législatif, qui résultent des arrêts des Cours européennes

Bien évidemment, l'exécution, *stricto sensu*, des arrêts, n'épuise pas à elle seule la question de leurs conséquences dans l'ordre interne.

Des modifications d'ordre normatif, législatives ou réglementaires, interviendront inévitablement à la suite d'arrêts dont elles ne constituent pas, à strictement parler, des mesures nécessaires d'exécution.

C'est ainsi qu'un arrêt préjudiciel de la Cour de Luxembourg, portant interprétation d'une règle communautaire, qui n'implique pas directement un acte législatif d'exécution, entraînera parfois, s'il fait ressortir une contrariété entre la loi nationale et la règle communautaire telle qu'interprétée par la Cour, une modification législative. La question préjudicielle fonctionnera ainsi comme un substitut de l'action en manquement, que l'État cherchera à prévenir en mettant son droit interne en accord avec la jurisprudence de la Cour : on ne saurait dire que, ce faisant, il exécute l'arrêt préjudiciel, mais il en tire les conséquences.

Ce mécanisme est encore plus souvent et plus clairement à l'œuvre dans le système de Strasbourg. Dans nombre d'affaires, l'arrêt qui constate une violation de la Convention au détriment de l'individu requérant fait apparaître, dans ses motifs, qu'une législation interne – dont la puissance publique s'est bornée à faire application à l'intéressé – est elle-même incompatible avec le droit européen. Même s'il n'y est pas directement tenu par l'arrêt, l'État procédera alors aux réformes législatives nécessaires, afin de prévenir d'autres recours aboutissant à

des condamnations répétées : l'autorité de la jurisprudence (dont la portée est forcément générale) dépasse donc l'autorité de la chose jugée – qui est relative.

Pour la France, les exemples sont déjà nombreux de cet effet « élargi » des arrêts de la Cour de Strasbourg : qu'il s'agisse de l'adoption de la législation sur les écoutes téléphoniques à la suite des arrêts « Kruslin » et « Huvig » (CEDH, 24 avril 1990), de la réforme du droit de la chasse à la suite de l'arrêt « Chassagnoux » critiquant la « loi Verdeille » (CEDH, 29 avril 1999), ou encore de la suppression, par la loi du 15 juin 2000, de l'obligation de « mise en état » devant la chambre criminelle de la Cour de cassation critiquée par l'arrêt « Khalfaoui » (CEDH, 14 décembre 1999).

158 ***L'influence des arrêts des Cours européennes sur les décisions des juridictions internes***

Les arrêts des Cours européennes, on l'a déjà indiqué plus haut, ne sauraient produire aucun effet d'annulation ou de réformation des décisions rendues par les juges nationaux. Ils ne sont cependant pas sans influence, tant sur leurs décisions futures que, depuis une réforme récente, sur certaines décisions antérieures ayant pourtant acquis un caractère définitif dans l'ordre interne.

En ce qui concerne le premier aspect, l'influence des arrêts européens sur l'évolution de la jurisprudence des tribunaux français n'est plus à démontrer, et elle a déjà fait l'objet de nombreuses études. Elle procède, pour ce qui est de la Cour de Luxembourg, d'une véritable autorité juridique : celle qui s'attache, en vertu de l'article 234 du traité CE, aux interprétations du droit communautaire décidées par la juridiction européenne, et qui s'imposent non seulement à la juridiction interne qui a saisi la Cour du renvoi préjudiciel, mais à toutes celles qui, par la suite, devront faire application de la règle interprétée. Bien que par le passé certaines juridictions françaises aient manifesté quelque répugnance à se plier à cette obligation, l'exemple le plus célèbre en étant fourni par l'arrêt « Cohn-Bendit » du Conseil d'État (22 décembre 1978), relatif à l'invocabilité des directives, il n'en va plus de même à l'heure actuelle.

Pour ce qui est de la Cour de Strasbourg, en revanche, aucune disposition de la CEDH ne confère à ses arrêts, en tant qu'ils interprètent la Convention, une autorité *erga omnes* qui aurait pour effet de contraindre en droit les juges nationaux à adopter ultérieurement la même interprétation du texte européen, et à en tirer les mêmes consé-

quences sur les actes internes soumis à leur contrôle. Mais en pratique, la portée de la jurisprudence strasbourgeoise n'est guère moindre vis-à-vis du juge national, que celle des arrêts de Luxembourg, le juge interne ne souhaitant pas, en s'opposant à la Cour européenne, exposer l'État à des recours et à des condamnations répétées. Sans doute le Conseil d'État comme la Cour de cassation ont-ils sur certaines questions opposé une résistance plus ou moins longue à la jurisprudence de Strasbourg – jurisprudence qu'il est permis de ne pas toujours trouver d'emblée convaincante –, mais leur ralliement a fini par se produire : par exemple, CE, 14 février 1996, « Maubleu », pour la publicité des débats devant les juridictions ordinales ; Cass, 30 juin 1999, « Rebboah » pour la recevabilité du pourvoi en cassation d'un condamné en fuite.

En ce qui concerne les décisions juridictionnelles qui ont acquis un caractère définitif dans l'ordre interne, si, comme on l'a dit, un arrêt européen ne saurait, par lui-même, en remettre en cause le caractère exécutoire, une récente réforme législative conduit à nuancer la portée de ce principe et peut ouvrir la voie à des développements considérables. La loi du 15 juin 2000 relative à la présomption d'innocence a en effet introduit dans le code de procédure pénale des dispositions nouvelles permettant à la personne condamnée pénalement par une décision judiciaire définitive de solliciter, auprès d'une commission juridictionnelle près la Cour de cassation, le réexamen de la condamnation, donc le rejugement de l'affaire, à la suite d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme ayant constaté que la décision judiciaire en cause a été rendue en violation de la Convention (nouveaux articles 626-1 *sq.* du CPP).

Par cette réforme, la France se trouve à l'avant-garde, car seule une minorité d'États membres du Conseil de l'Europe s'est dotée, à ce jour, d'une semblable législation.

On voit ainsi que si le droit français a fortement influencé la formation du droit européen, celui-ci, en retour, et notamment par la voie des arrêts rendus par les juridictions créées par les traités, exerce une emprise toujours croissante sur le système juridique national. Mais, ici comme ailleurs, le principe de subsidiarité doit conserver toute sa portée, et le droit européen respecter l'autonomie du droit national. C'est à cette condition que la coexistence des ordres juridiques pourra rester harmonieuse, et la France demeurer, comme elle s'efforce de l'être, devant les juridictions européennes, un justiciable exemplaire.

RÉSUMÉ

Le nombre d'affaires mettant en cause la France devant les deux Cours européennes connaît un accroissement important. Les juridictions françaises exercent désormais leur office sous le contrôle, indirect mais réel, des juridictions européennes. De même, les actes du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif sont soumis au contrôle des juges européens quant à leur conformité au droit communautaire et à la CEDH. Si les arrêts des Cours européennes n'ont pas d'effet direct sur les décisions définitives des juridictions nationales, ils exercent une influence de plus en plus sensible sur la jurisprudence de celles-ci, ainsi que sur le contenu des législations internes, dans des domaines variés.

Jean-Paul Costa
Jean-Pierre Puissochet

Entretien croisé des juges français

1. Quelles sont les influences respectives des droits nationaux au sein de votre juridiction, et plus généralement de la* common law *et de la* civil law *?

Jean-Paul Costa, conseiller d'État, juge à la CEDH : Devant la Cour européenne des droits de l'homme, les requérants, dans l'immense majorité des cas, sont des personnes, puisque, si elles sont politiquement très importantes, les requêtes interétatiques sont très peu nombreuses ; et ce sont les États qui, toujours, ont la qualité de défendeur. Donc une requête dirigée contre la France, ou la Turquie, ou la Roumanie, sera jugée à la fois sur la base du droit français, turc ou roumain, et à l'aune de la Convention européenne des droits de l'homme, « droit commun » européen. D'où une dialectique complexe et subtile entre les droits nationaux et le contrôle de leur compatibilité avec la Convention, interprétée par la Cour de façon uniformisatrice ou au moins harmonisatrice. À l'examen de l'histoire, il faut constater – et regretter – que la France ait tardivement ratifié la Convention de 1950 (en 1974) et accepté le droit de recours individuel (en 1981). Malgré le prestige et l'autorité des premiers juges français, René Cassin, Pierre-Henri Teitgen, puis Louis-Edmond Pettiti, l'influence du droit français en a souffert : la Commission a rendu ses premières décisions en 1955 et la Cour son premier arrêt en 1960, mais la première affaire française (« Bozano ») n'a été jugée qu'en 1986 ! Entretemps, les pays de *common law* et les États scandinaves avaient, peut-on dire, occupé le terrain…

En réalité, c'est surtout en matière processuelle, notamment pour la procédure pénale, que la *common law* a influé sur la jurisprudence de Strasbourg, par exemple en insistant sur le rôle de la procédure accusa-

toire, ou sur le droit à la non-auto-incrimination du suspect. Mais cela n'a pas une importance majeure car, quelle que soit la procédure, il faut toujours veiller au respect des droits de la défense, à l'égalité des armes, à l'impartialité des juges et du jury, etc. En revanche, le droit, disons britannique, a exercé une influence à mon avis excessive avec la « théorie des apparences », au nom de l'adage suivant lequel il ne suffit pas que justice soit faite, il faut encore que cela soit visible. Un juge illustre, aujourd'hui retiré, le juge Martens, a pu parler de « tyrannie des apparences ». Personnellement, je crois qu'au-delà des apparences la réalité est encore plus importante, et que notre Cour doit en tenir compte !

JEAN-PIERRE PUISSOCHET, CONSEILLER D'ÉTAT, JUGE À LA CJCE : L'action de la Cour de justice a, dès l'origine, tendu à affirmer la spécificité et l'autonomie de l'ordre juridique communautaire par rapport à toute tradition préexistante. Pour autant, la Communauté ne s'est pas construite sur du vide et la Cour, tant dans ses méthodes procédurales que dans ses orientations jurisprudentielles, se fonde tous les jours sur des raisonnements de droit comparé tirés de la pratique des États membres.

S'agissant des règles d'organisation et de procédure, la source d'inspiration initiale, qui demeure prépondérante, est le contentieux administratif français. Il n'est que de citer à cet égard l'institution de l'avocat général devant la Cour de justice, étroitement calquée sur celle du commissaire du gouvernement devant les juridictions administratives, ou le strict respect de la collégialité, qui exclut toute publication d'opinions séparées ou dissidentes sur les décisions adoptées, ou encore le caractère essentiellement écrit de la procédure ou enfin l'analogie frappante entre le recours en annulation et le recours pour excès de pouvoir.

La composition restreinte de la première Communauté, l'influence intellectuelle de la France, la réputation du droit administratif français et le rôle personnel de Maurice Lagrange, premier avocat général français et membre du Conseil d'État, dans la rédaction des textes de base, depuis le traité de Paris jusqu'au règlement de procédure de la Cour, expliquent en partie la situation.

Il ne faut pas se cacher que l'usage maintenu du français comme langue unique du délibéré contribue à la perpétuation de cette influence.

Certes, quelques évolutions récentes des méthodes de travail témoignent d'une ouverture, bien naturelle, à d'autres traditions. Mais ces évolutions, telles qu'une tendance à la rédaction d'arrêts plus longs et circonstanciés que par le passé, et que l'habitude qui commence à se

prendre de citer, dans les motifs des arrêts, la jurisprudence passée de la Cour comme si elle constituait une source directe du droit, n'affectent pas l'essence du dispositif procédural.

Si l'on se tourne vers le droit matériel, il est en revanche impossible d'identifier une filiation primordiale qui transcenderait les limites entre les domaines du droit. La distinction entre la *common law* et les différentes variantes du droit continental, plus ou moins arbitrairement regroupées sous le vocable de *civil law*, est peu opérante. On peut seulement noter que, lorsque, dans une branche du droit, un État membre a une tradition contentieuse plus forte, plus ancienne et mieux établie, elle a de grandes chances de trouver un écho à Luxembourg : droit institutionnel français, droit germanique des marques et de la protection du consommateur, droit anglo-saxon de la concurrence en sont des exemples.

Tard venu à l'Europe, le Royaume-Uni a pour l'instant exercé sur son droit et sur sa pratique judiciaire une influence plus marginale que celle d'autres nations comme l'Allemagne. On cite souvent, parmi les principes que celle-ci a donné au droit communautaire, ceux de la confiance légitime et de la sécurité juridique. Mais l'imprégnation va bien au-delà de ces notions générales. Au demeurant, l'expérience quotidienne montre bien qu'au-delà de vocables différents, les réalités des droits des États membres sont bien plus proches qu'on ne l'imagine.

En bref, la Cour vit parfaitement le *melting pot* de traditions nationales qui la traverse et qui est nécessaire à l'exercice de son rôle de creuset du droit communautaire. Ni le gallicanisme dominateur ni la menace venue d'outre-Manche ne font partie de son expérience ou de ses fantasmes.

2. Quelles sont les interactions entre la CJCE et la CEDH, notamment dans leur jurisprudence ? Avez-vous des contacts réguliers ?

JEAN-PAUL COSTA : Historiquement encore, mais aussi logiquement, c'est la Cour de justice des Communautés européennes qui, la première, dans le milieu des années 1970 (notamment avec l'arrêt « Rutili » de 1975), a fait référence à l'instrument international que l'« autre Cour » a pour mission de faire respecter, c'est-à-dire la Convention européenne des droits de l'homme. Pourquoi ? parce que les justiciables ont plus de raisons d'alléguer à Luxembourg la violation de leurs droits fondamentaux, et donc d'invoquer la Convention, qu'ils n'en ont de soulever à Strasbourg des griefs tirés du droit communautaire, et notamment

des traités. Les deux Cours sont spécialisées, mais la spécialisation de la Cour dont je suis membre me paraît d'une certaine façon plus générale, sans que cela implique bien sûr la moindre hiérarchie.

Quoi qu'il en soit, non seulement les deux juridictions se reconnaissent et s'estiment, mais elles observent avec attention leurs jurisprudences respectives, c'est mon sentiment ; et elles cherchent à éviter les conflits ou divergences de jurisprudence, ce qui est d'autant plus raisonnable qu'aucun tribunal des conflits européens n'existe, qui puisse surmonter les contradictions éventuelles.

Nous avons d'ailleurs des contacts réguliers (il y en a eu dans le passé). Depuis l'entrée en vigueur du protocole n° 11 à la Convention, le 1er novembre 1998, la Cour du Luxembourg a reçu une forte délégation de celle de Strasbourg (en novembre 1999), et le « match retour » est prévu. Je sais en outre que les deux présidents se consultent fréquemment, et ils ont eu l'occasion de le faire, par exemple, à propos de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

Je ne me dissimule pas, enfin, que les deux jurisprudences peuvent soulever des questions de part et d'autre. Il me semble que les arrêts « Cantoni c. France » et « Matthews c. Royaume-Uni » ont « interpellé » les juristes de l'Union européenne, et je crois que l'ordonnance rendue à Luxembourg en février 2000 dans l'affaire « Emesa Sugar » suscite quelque perplexité à Strasbourg. Mais, dans les trois cas, c'est bien le même texte (la Convention, ou l'un de ses protocoles) qu'il s'agissait d'appliquer, en relation avec des actes ou procédures communautaires. Comment s'étonner que deux hautes juridictions, non subordonnées l'une à l'autre, puissent interpréter ledit texte, dans ladite relation, de façon éventuellement différente ? Je m'étonne plutôt – en m'en réjouissant – que ce soit si rare…

JEAN-PIERRE PUISSOCHET : La situation à cet égard est marquée, sur le plan théorique, par la double circonstance que la Communauté n'est pas partie à la Convention européenne et n'a pas, en l'état actuel des traités, compétence pour y adhérer, mais qu'en revanche les droits fondamentaux de la personne humaine, tels qu'ils figurent notamment dans la Convention, font partie de l'ordre juridique communautaire dont la Cour de justice assure le respect.

De ces prémisses pourrait découler entre nos deux Cours une atmosphère de compétition, voire de défiance, qui serait en réalité à l'inverse de ce que l'on constate. Il faut dire que la Cour de justice, pour m'en tenir à son point de vue, a toujours été soucieuse de donner

des assises « constitutionnelles » à la Communauté de droit fondée par les traités en sortant du cadre économique dans lequel ils se cantonnaient principalement.

C'est dès 1969 (arrêt « Stauder ») que la Cour a affirmé que les droits fondamentaux de la personne étaient compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont elle assure le respect. En 1970 (arrêt « Internationale Handelsgesellschaft »), elle a précisé qu'elle s'inspirait, pour identifier ces droits, des traditions constitutionnelles communes aux États membres ; une nouvelle source, tirée des instruments internationaux concernant les droits de l'homme auxquels les États membres ont adhéré, s'y est ajoutée en 1974 (arrêt « Nold »). Ce n'est qu'après la ratification par la France de la CEDH que la Cour a commencé, en 1975, à s'y référer expressément (arrêt « Rutili »).

Par conséquent, en stipulant que l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne, le traité de Maastricht n'a fait que mettre encore plus en lumière une réalité qui, grâce à l'action de la Cour de justice, était déjà complètement incorporée au droit communautaire.

Certes, à lire la jurisprudence de la Cour de justice, on remarque que les références aux instruments internationaux et, parmi eux, à la CEDH, à laquelle est reconnue une signification particulière, sont indirectes et servent, en principe, seulement d'indications quant au contenu des droits fondamentaux dans l'ordre communautaire. Mais cette distanciation est en réalité purement formelle.

Malgré la prudence rédactionnelle de ses arrêts, la Cour de justice est extrêmement soucieuse de ne s'exposer à aucune critique du point de vue du respect des droits de la personne humaine et, plus précisément, de ne pas s'écarter de l'interprétation donnée à la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme. C'est pourquoi je suis toujours surpris par les prétendues trouvailles de ceux qui s'ingénient à traquer des divergences imaginaires entre la jurisprudence de nos deux Cours.

Je prendrai deux exemples récents, parfois cités par les pourfendeurs de l'hétérodoxie supposée de Luxembourg en matière de droits de l'homme. Dans son arrêt « Grant » du 17 février 1998, la Cour de justice a constaté que le droit des États membres, pas plus que la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme n'imposaient au moment considéré une assimilation intégrale de la situation des personnes vivant avec un partenaire de même sexe à celle de personnes mariées ou de personnes de sexe différent en situation de vie commune. Il ne s'agissait pas là d'une prise de position rétrograde mais

d'une photographie, se voulant scrupuleuse, de l'état du droit à un moment donné. On a dit que cette solution était contraire à celle retenue par la Cour de Strasbourg dans son arrêt « Salgueiro da Silva Mouta » qui a considéré qu'une discrimination selon l'orientation sexuelle constituait nécessairement une discrimination selon le sexe contraire à l'article 14 de la Convention. À supposer qu'il y ait effectivement contradiction, l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme a été rendu le 21 décembre 1999 et la Cour de justice pouvait difficilement en tenir compte vingt-deux mois plus tôt. La seule chose que l'on puisse observer est que la Cour de justice, s'agissant d'un choix de société, n'a pas cru qu'il était de son rôle de se substituer au législateur.

Un autre exemple, souvent mal compris, de la volonté de la Cour de justice d'éviter toute discordance entre son interprétation des droits fondamentaux et la jurisprudence de la Cour de Strasbourg est l'ordonnance « Emesa Sugar » du 4 février 2000, dans laquelle la Cour, pour conclure à l'absence de droit des parties à répondre aux conclusions de l'avocat général, a pris le soin d'analyser la jurisprudence « Vermeulen » de la Cour européenne pour exposer, comme l'avait fait avant elle le Conseil d'État à propos du commissaire du gouvernement, en quoi la fonction de l'avocat général dans le système juridictionnel communautaire est différente de celle d'un ministère public devant les juridictions civiles et pénales.

On pourrait s'étonner de ce luxe de précautions alors que l'action des institutions communautaires n'est pas soumise au contrôle de la Cour européenne. C'est d'une part que les rapports entre les deux juridictions sont beaucoup plus envisagés sous l'angle du dialogue au niveau des principes que sous celui de la querelle de prééminence ; nul ne songe en effet à contester l'expérience et l'autorité dont jouissent les juges de Strasbourg dans leur domaine de compétence. C'est d'autre part que l'on ne peut ignorer que la Cour européenne pourrait être soumise à la tentation de condamner les États membres en raison d'éventuelles violations des droits fondamentaux par les instances communautaires qu'ils ont créées. Le maintien du *modus vivendi* dans lequel, par exemple, la Cour européenne ne prend pas en compte le délai de réponse par la Cour de justice aux questions préjudicielles pour le calcul du délai raisonnable de jugement (arrêt « Pafitis »), paraît éminemment souhaitable.

Des contacts réguliers au niveau officiel, auxquels s'ajoutent naturellement tous les entretiens privés que l'amitié occasionne, contribuent au maintien de cette harmonie difficile mais indispensable.

3. La France est-elle fréquemment attraite, voire condamnée, devant votre juridiction ? Quel jugement porter sur la France comme justiciable devant votre Cour ?

JEAN-PAUL COSTA : Depuis qu'elle a accepté le droit de recours individuel, il y a eu de nombreuses requêtes contre la France, environ le huitième du nombre total des requêtes enregistrées, et donc aussi de nombreuses décisions. Pour ne parler que des arrêts de la Cour, celle-ci, de ses débuts au 31 octobre 1998, en a rendu 837, dont environ 18 % dans des affaires françaises ; de cette date au 20 août 2000, elle en a rendu 594, dont 11 % à peu près sur des requêtes contre la France. Cette proportion semble élevée, mais elle ne l'est pas tellement si on tient compte de la population de notre pays, ainsi que du fait que le siège de la Cour est en France : il est plus facile et plus naturel aux justiciables et à leurs avocats de faire un recours à Strasbourg que pour ceux qui vivent en Norvège, en Grèce ou en Ukraine.

Par ailleurs, la France est finalement assez peu condamnée. La proportion de décisions rejetant des requêtes contre la France comme irrecevables ou manifestement mal fondées est élevée, vers la dent supérieure de la fourchette. Lorsqu'elle l'est, il peut s'agir de violations graves, comme dans les affaires « Tomasi » ou « Selmouni » (traitements inhumains ou dégradants ou tortures). Mais, le plus souvent, il s'agit plutôt d'infractions dues à des législations archaïques ou déficientes et causant des violations de la Convention regrettables, mais réparables au prix de réformes (un bon exemple est le vote de la loi du 10 juillet 1991 sur les écoutes téléphoniques), même si je pense que, parfois, il eût été possible de les faire sans attendre l'opprobre d'une condamnation à Strasbourg (ainsi du régime successoral de l'enfant adultérin). Enfin, sans égaler l'Italie, la France est de plus en plus souvent condamnée pour durée excessive de procédure devant les juridictions internes : j'espère que cette durée diminuera, et qu'en attendant des mécanismes internes de réparation éviteront aux victimes de devoir saisir la Cour européenne des droits de l'homme ; tous y gagneraient.

JEAN-PIERRE PUISSOCHET : Pendant longtemps, la République française a été un justiciable très honorablement placé dans la hiérarchie des « bons » et des « mauvais » élèves. Toutefois, je me dois aujourd'hui d'adopter sur cette question un ton un peu alarmiste : le bilan de la pratique française en termes de transposition des directives communau-

taires s'est en effet gravement détérioré dans la période récente et la situation actuelle n'est pas bonne. Le contentieux communautaire en fournit un reflet quasi automatique.

Il faut cependant souligner, sans que cette circonstance suffise à libérer notre pays de sa responsabilité, que cette aggravation ne vise pratiquement que la catégorie des recours en manquement justifiés par des retards et, beaucoup plus rarement, des erreurs, dans la procédure de transposition en droit national des directives communautaires. À quelques exceptions près, ces retards ne s'expliquent apparemment pas par l'existence de problèmes politiques particuliers, et encore moins par des volontés délibérées d'échapper au droit communautaire, mais traduisent plutôt des difficultés à faire fonctionner avec la rapidité requise les mécanismes interministériels, il est vrai souvent complexes, qu'implique la transposition.

Le nombre de saisines de la Cour par la Commission sur des dossiers de violation alléguée du droit communautaire par la France est passé de 11 en 1996 à 15 en 1997, puis à 23 en 1998 et à 32 en 1999, dont le seul cas de saisine de l'article 228 (portant sur une demande d'astreinte pour inexécution d'un arrêt de la Cour de justice) décidé par la Commission pour l'année 1999. Ces 32 recours font de la France, avec l'Italie, le premier État poursuivi devant la Cour par la Commission – l'Allemagne, par comparaison, n'étant visée que par 8 recours et le Royaume-Uni par 6.

Au 31 décembre 1999, 63 dossiers d'infraction concernant la France avaient fait l'objet d'une saisine de la Cour de justice et étaient en cours, l'Italie et la Grèce venant ensuite avec, respectivement 44 et 34 dossiers. S'agissant des procédures d'infraction ouvertes, mais qui ne s'étaient pas, ou pas encore, soldées par une saisine de la Cour à la fin de 1999, la France arrive également en tête de ses partenaires avec 236 dossiers ayant atteint le stade de la mise en demeure (devant l'Italie : 160 et la Grèce : 154) et 144 dossiers pour lesquels un avis motivé avait été envoyé (Italie : 94 ; Grèce : 87).

Le nombre de recours en manquement qui se traduisent par des condamnations est variable, mais lorsqu'il s'agit de recours ayant pour objet des retards de transposition, la procédure préalable à la saisine de la Cour fait que le manquement reproché est souvent peu contestable et parfois même non contesté par l'État membre concerné. Il appartient en tout cas à la Commission, ou à l'État membre qui a pris l'initiative de la saisine, d'apporter la preuve des violations qu'il dénonce.

Nous délibérons actuellement à peu près chaque semaine sur des

affaires de manquement concernant la France, allant de la fiscalité à la protection des oiseaux, qui se traduisent souvent par d'inévitables condamnations. Même si l'ouverture des procédures n'est pas à proportion exacte de la situation intérieure de l'État membre, puisque la Commission agit souvent à partir de plaintes et qu'elle jouit d'un pouvoir discrétionnaire de s'abstenir ou d'agir, il serait faux de croire que notre pays est victime d'un acharnement particulier.

D'autres États membres comme l'Allemagne ont traversé dans le passé de mauvaises périodes s'agissant de la transposition des règles communautaires et ont su y porter efficacement remède. Il n'y a aucune raison que la France ne puisse pas faire de même.

Il convient de noter que les recours en manquement – et parmi eux les manquements pour retard ou défaut de transposition des directives – ne sont qu'une part minoritaire de l'action de la Cour. Dans tous les autres dossiers (recours directs ou questions préjudicielles), la République est un intervenant actif et apprécié. Ses tribunaux, judiciaires comme administratifs, se situent dans une bonne moyenne pour les renvois préjudiciels qu'ils effectuent, tant pour leur nombre que pour leur intérêt.

Quant à la représentation de la France devant la Cour, elle est d'une qualité qui ne se dément pas, soit que ses agents interviennent lors de la procédure orale, soit qu'ils soumettent des mémoires écrits. La France fait partie des États membres qui font très souvent connaître à la Cour leurs observations, y compris dans les affaires auxquelles la République n'est pas directement partie. C'est une bonne chose, qui permet à la fois de peser, dans une certaine mesure, sur les évolutions de la jurisprudence communautaire et de faire mieux connaître à nos partenaires et aux juges nos traditions, nos pratiques, nos façons de penser.

Ce n'est peut-être pas à un ancien directeur des affaires juridiques de tresser des couronnes aux agents de cette direction du ministère des Affaires étrangères, qui a la lourde responsabilité de la gestion des contentieux internationaux de la France, et à ce titre, celle du contentieux communautaire, mais force est de reconnaître que ces fonctionnaires s'acquittent de leur tâche avec un talent, une sincérité et une culture juridique qui, souvent, impressionnent.

La France est bien défendue à Luxembourg ; mais les plaidoyers savants ne parviennent pas entièrement à effacer l'impression de négligence que certains retards de transposition génèrent. Le bon renom de nos institutions exige un redressement rapide de la situation à cet égard.

4. Certaines de vos jurisprudences ne vont-elles pas trop loin ? Le juge européen ne devrait-il pas faire preuve de plus de retenue, notamment à l'égard des jurisprudences dégagées par les cours suprêmes nationales ?

JEAN-PAUL COSTA : Cette question pose l'éternel problème, non du gouvernement des juges, mais du pouvoir des juges. Sur le plan théorique, la Cour illustre le paradoxe de la hiérarchie des normes. Dans l'ordre interne, la plupart des États parties à la Convention reconnaissent à celle-ci une valeur supralégislative, mais infraconstitutionnelle (c'est le cas de la France). Mais dans l'ordre international, comme l'a rappelé l'avis de la Cour internationale de justice du 29 avril 1988, et suivant une jurisprudence qui remonte à la seconde moitié du XIXe siècle, le traité l'emporte sur toute norme de droit interne, fût-elle de valeur constitutionnelle – faute de quoi, d'ailleurs, le droit international public se nierait lui-même, ou au moins édulcorerait régulièrement la règle fondatrice (*Pacta sunt servanda*).

Sur le plan pratique, non seulement de nombreuses cours suprêmes nationales se réfèrent au droit interne, et font donc prévaloir les règles de rang constitutionnel sur les règles conventionnelles, alors que la Cour de Strasbourg fait, le cas échéant, le contraire, mais encore elles admettent mal la « supériorité » induite de la jurisprudence de la Cour sur leurs propres jurisprudences.

Il y a là un problème vrai et ancien. Et il est exact que la Cour européenne des droits de l'homme vise au *self-restraint*, met en avant le principe de subsidiarité, parle dans ses arrêts de la marge d'appréciation, plus ou moins large d'ailleurs suivant les domaines, qu'il faut laisser aux autorités nationales. Y parvient-elle ? Ce n'est pas sûr ; pas toujours en tout cas. Mais le chemin est étroit, car si trop peu de retenue exaspère les cours nationales, trop de retenue pousserait inévitablement à la démission : il faut bien, malgré tout, veiller au respect uniforme de la Convention par l'ensemble des États européens, et cela passe par un contrôle de conventionnalité complexe, qui englobe les législations nationales et leur application par les juges nationaux.

On oublie, d'ailleurs, que notre Cour n'a évidemment pas compétence pour casser ou réviser des jugements internes. Deux exemples : quand, dans l'affaire « Beldjoudi », Strasbourg a estimé, contre l'avis du Conseil d'État, que l'expulsion de cet étranger, si elle était mise à exécution, méconnaîtrait l'article 8 de la Convention, l'arrêt de la Cour n'a produit aucun effet direct sur l'arrêt qu'avait rendu le Conseil d'État ;

il n'empêche que celui-ci a, avec l'arrêt « Belgacem », modifié profondément sa jurisprudence, en anticipant du reste sur l'arrêt de la Cour, et en tenant compte de la jurisprudence antérieure de celle-ci sur d'autres requêtes contre d'autres pays. Et quand, par l'arrêt « Fressoz et Roire », la Cour a jugé que les amendes infligées à ces journalistes constituaient une atteinte disproportionnée à la liberté d'expression, elle n'a pas « cassé » l'arrêt de la chambre criminelle qui, appliquant la loi, avait rejeté leur pourvoi : elle a implicitement admis que c'était la loi même qui, dans les circonstances particulières de l'espèce, n'était pas compatible avec l'article 10 de la Convention. Il n'en reste pas moins que les cours suprêmes nationales ne sont pas toujours satisfaites…

JEAN-PIERRE PUISSOCHET : Les rapports qu'entretient la Cour de justice avec les juridictions suprêmes des États membres sont, à l'heure actuelle, rien moins qu'excellents et les quelques tensions qui ont pu exister relèvent des maladies infantiles dont le droit communautaire a passé l'âge.

Aussi la question posée a-t-elle une signification théorique bien plus que pratique. En effet, la primauté du droit communautaire sur le droit interne des États membres englobe en principe les normes les plus élevées du droit national, celles qui ont valeur constitutionnelle, qui doivent juridiquement céder le pas, dans l'ordre communautaire, aux plus humbles règles de droit communautaire dérivé contenues dans des directives.

On comprend à la fois que cette situation ait longtemps suscité l'agacement et qu'elle soit une nécessité absolue de la construction communautaire. Si un État membre pouvait échapper à ses obligations par l'inscription de règles contraires au droit communautaire dans sa Constitution (ou dans sa jurisprudence constitutionnelle), c'en serait fini de l'application homogène du droit dans la Communauté, que la Cour de justice a pour mission de contrôler.

Donc la Cour a le devoir de s'en tenir à quelque intransigeance sur le respect du principe de primauté. Les juridictions nationales semblent à présent toutes très bien le comprendre. Elles le font d'autant plus aisément que, lorsqu'il s'agit du droit matériel, et non plus des principes institutionnels, la Cour de justice s'efforce toujours, lorsqu'elle a à fournir une interprétation qui s'y prête, de faire prévaloir les principes généraux communs aux droits des États membres.

Ainsi les conflits potentiels, même avec la Cour constitutionnelle allemande sur la question des droits fondamentaux, n'ont quasiment aucune chance de se réaliser. Il faut dire que la Cour a le plus grand soin

de ne pas heurter inutilement ses interlocuteurs des juridictions nationales suprêmes, qui sont pour elle des partenaires à droit égal avec lesquels elle entretient des rapports institutionnels suivis. Ceci passe par le respect scrupuleux de l'autonomie procédurale des États membres, par le souci de fournir des réponses utiles aux questions posées et par un effort approfondi de compréhension des raisonnements et des systèmes juridiques à l'œuvre dans les États membres, envisagés comme un patrimoine commun.

Nous vivons une période de coopération interjuridictionnelle qui n'a pas de précédent dans l'histoire de la Communauté. Parfois les cours suprêmes nationales vont plus loin que la Cour de justice elle-même dans les exigences qu'elles imposent à leurs administrations pour l'application du droit communautaire, tant ces cours prennent au

sérieux leur rôle de garants de la Communauté de droit fondée par les traités. Pour la construction de l'Europe communautaire de la justice, plus aura fait douceur que violence…

5. Comment la CEDH fonctionne-t-elle avec plus de quarante États ressortissants ? S'est-elle adaptée correctement à ce changement de dimension, notamment dans sa jurisprudence ? L'unité de celle-ci pourrait-elle être en question ?

JEAN-PAUL COSTA : L'élargissement géographique de l'Europe après la chute du mur de Berlin a entraîné, en dix ans, un quasi-doublement du nombre des États parties à la Convention. Beaucoup d'observateurs ont, en effet, redouté que la Cour ne devienne ingérable, ou même qu'il y ait désormais une Europe des droits de l'homme à plusieurs vitesses. Je ne crois pas que ces risques se soient concrétisés. D'abord, la structure interne de la Cour pallie largement le premier des deux dangers : il y a certes quatre chambres de sept juges – la création d'une cinquième est probable –, mais il y a aussi une Grande Chambre de dix-sept juges (pas plus qu'à la section du contentieux du Conseil d'État, dont l'origine des membres est, il est vrai, plus homogène) ; et des mécanismes de dessaisissement et de renvoi lui permettent de veiller efficacement à l'unité de la jurisprudence. Ensuite, ce qu'on appelle les « acquis jurisprudentiels » ont été constitués pour l'essentiel dans les vingt ou trente premières années de fonctionnement du système. À cette époque, la Cour avait un nombre restreint de membres, dont la plupart étaient des personnalités éminentes, et qui représentaient presque tous les « vieilles démocra-

ties ». Quand on connaît la rareté et la prudence des revirements de jurisprudence, on mesure le poids des acquis. En outre, même après l'élargissement, puis l'entrée en vigueur du protocole n° 11, ce sont les juges des pays occidentaux qui, de fait, ont continué d'occuper les postes de présidents, de vice-présidents et de présidents de chambre. On pourrait presque reprocher à la « nouvelle » Cour de ne s'être pas assez renouvelée… En tout cas et enfin, sa jurisprudence ne témoigne pas, me semble-t-il, de faiblesse vis-à-vis des nouveaux États membres.

6. Votre juridiction doit-elle être réformée ? Sa composition, son fonctionnement, sa saisine ? Quelles voies d'évolution ?

JEAN-PAUL COSTA : Oui, la Cour européenne des droits de l'homme doit être réformée. Cela peut paraître surprenant, puisque la réforme du protocole n° 11, profonde on le sait – elle a notamment supprimé la Commission et transféré à la Cour les fonctions préjuridictionnelles de celle-ci, ainsi que les fonctions quasi juridictionnelles du Comité des ministre –, a moins de deux années d'existence. Mais c'est inévitable. La Cour est victime de son succès, et risque de se noyer sous l'afflux des requêtes. Il y en a eu environ 35 000 entre 1955 et 1997 (800 par an). Il n'y en avait encore que 1 000 par an à la fin des années 1980. Il y a en eu 8 400 en 1999, et vraisemblablement près de 10 000 cette année ! L'extrapolation de la courbe donne le vertige…

La Cour et les États membres réfléchissent aux pistes pour l'avenir. C'est le thème principal de la Conférence interministérielle, commémorative du cinquantième anniversaire de la signature de la Convention à Rome (le 4 novembre 1950). Je n'en parlerai donc pas dans le détail. Je me bornerai à dire que la composition pourrait changer (par exemple, si on créait pour assister la Cour une juridiction de première instance), mais que, pour l'essentiel, il faudrait à mon avis, plutôt qu'augmenter encore et toujours les sorties, réduire les entrées, par exemple en confiant aux États eux-mêmes le soin de régler, comme je l'ai dit, les problèmes de délai raisonnable de jugement. Les « pères fondateurs » n'avaient sûrement pas imaginé que l'exigence – légitime – du délai raisonnable (une justice trop lente aboutit au déni de la justice) mobiliserait tant de temps et d'énergie, alors qu'il y a hélas ! tant de violations graves des droits de l'homme les plus fondamentaux.

Quoi qu'il en soit, il faut être optimiste. Il serait désolant qu'une Cour reconnue comme le meilleur rempart contre les atteintes aux

droits de l'homme ne puisse plus les défendre efficacement, faute de moyens. Je ne veux pas croire à cette perspective.

JEAN-PIERRE PUISSOCHET : Les réflexions sur les perspectives d'avenir de la Cour de justice sont indissociables de l'évolution de la Communauté dont la Cour est une institution, en particulier de l'élargissement de cette Communauté. Les travaux de la Conférence intergouvernementale, en cours au moment où je fournis ces réponses, consacrent un volet à l'aménagement des dispositions du traité CE qui traitent de la Cour et à la révision de son statut, parmi les mesures destinées à préparer l'Union à de prochains élargissements.

L'augmentation du nombre des États membres, donc probablement de celui des juges, constitue une perspective envisagée avec sérénité, même si elle doit marquer la fin de l'ambiance de cercle restreint, caractérisée par une grande proximité entre les quinze juges et huit avocats généraux que compte aujourd'hui la Cour.

Un problème plus pressant est celui de l'alourdissement du contentieux communautaire, qui tient à la fois à l'augmentation rapide du nombre des recours, à l'attribution de compétences nouvelles et également – ce qu'il ne faut pas sous estimer – à la complexité de plus en plus redoutable, sur le plan juridique et technique, des affaires dont nous sommes saisis. La création du Tribunal de première instance a, à partir de 1989, permis à la Cour de respirer un peu, mais cette mesure a à présent épuisé ses effets bénéfiques et des moyens nouveaux sont encore une fois nécessaires pour éviter un allongement des délais de jugement sans diminuer la qualité du travail juridictionnel.

La Cour et le Tribunal ont pris plusieurs initiatives à cet égard ; celle de soumettre au Conseil pour approbation quelques modifications de leurs règlements de procédure, pour simplifier certaines formalités et permettre, lorsque c'est possible, un traitement plus rapide des dossiers ; celle de demander six nouveaux juges pour le Tribunal afin de lui permettre de faire face aux nouveaux contentieux, comme celui de la marque communautaire ; enfin celle de proposer, dans le cadre de la Conférence intergouvernementale, certains aménagements du traité.

Ceux-ci visent en particulier à ne plus exiger l'unanimité pour l'approbation par le Conseil du règlement de procédure de la Cour de justice, à généraliser la compétence de première instance du Tribunal s'agissant des recours directs, à ouvrir la possibilité de lui transférer certaines compétences préjudicielles et à confier à des « chambres juridictionnelles » des contentieux spécialisés comme celui de la fonction

publique communautaire. La Cour a également demandé qu'il lui soit possible, dans certaines hypothèses, de mettre en place un filtrage des pourvois contre les arrêts du Tribunal.

Ces propositions tournent toutes autour de l'idée de rationaliser le partage des tâches au sein de la juridiction communautaire pour lui permettre de réagir plus rapidement aux évolutions des flux contentieux.

Aucune d'entre elles n'implique de remise en cause fondamentale des mécanismes sur lesquels repose un système juridictionnel d'ampleur modeste, car il n'est que le complément de la justice des États membres, mais dont la contribution à la construction communautaire a été, et demeure, d'une efficacité avérée.

CHRONIQUES

MARIE MENDRAS

LE RECUL DU CITOYEN

Vladimir Poutine a succédé à Boris Eltsine à la tête de l'État russe à l'issue d'une victoire au premier tour de scrutin le 26 mars 2000. Une nouvelle Douma d'État avait été élue trois mois plus tôt. Elle a voté la plupart des lois proposées par le nouveau gouvernement, en particulier une révision du mode de formation de la Chambre haute du Parlement, le Conseil de la Fédération. De nombreux scrutins locaux et régionaux se tiennent dans les derniers mois de l'année 2000 et le début de 2001 pour renouveler les mandats de gouverneurs, maires, et élire des assemblées provinciales. Le nouveau président affiche une « politique de réformes » et maintient une diplomatie ouverte à l'égard des principaux partenaires étrangers.

Un survol descriptif des derniers développements institutionnels peut donner le sentiment que la Russie maintient le cap sur les principes fondamentaux d'un régime démocratique : élections libres, assemblée élue, pluripartisme, libertés individuelles, propriété privée. L'analyse de la pratique du régime montre, au contraire, une dégradation de la vie citoyenne. Le contournement des règles, la corruption, l'impunité des serviteurs de l'État comme des chefs d'entreprises étouffent le principe de responsabilité des dirigeants, élus et nommés, devant la société. La fin de l'époque eltsinienne a connu une désaffection croissante du citoyen à l'égard de la vie publique. La meilleure illustration de ce recul des processus démocratiques est la conduite des élections de décembre 1999 et mars 2000.

LA SORTIE DE BORIS ELTSINE

La réélection de Boris Eltsine à la tête de l'État le 3 juillet 1996 avait, paradoxalement, ouvert une crise de succession qui dura près de quatre ans[1]. Le président avait eu une nouvelle attaque cardiaque entre les deux tours de scrutin et il fut, tout au long de son second mandat, plus souvent absent du Kremlin qu'activement en charge des affaires publiques. Le gouvernement, les administrations fédé-

1. Marie Mendras, « Lettre de Russie. Élection présidentielle et crise de succession », *Pouvoirs*, n° 80, 1997, p. 133-144, et « Lettre de Russie : le suffrage universel dans la tourmente », *Pouvoirs*, n° 77, 1996, p. 219-229.

rales et régionales, les acteurs économiques et financiers s'adaptèrent à un environnement politique fait d'incertaines alliances, d'imprévisibles décisions des conseillers présidentiels, de suspens législatif – la Douma croisait le fer avec le Kremlin – et de flou juridique. De mars 1998 à août 1999, Eltsine changea quatre fois de Premier ministre. Chaque destitution ouvrait une mini-crise institutionnelle car les députés, majoritairement d'opposition, menaçaient de refuser la nouvelle nomination, ouvrant ainsi la voie à une possible dissolution de la Chambre par le président.

Cette fin de règne prolongée a exacerbé les dérèglements du système politique et de l'économie. La crise financière d'août 1998 en fut un révélateur brutal. L'incurie bureaucratique, le désordre fiscal, l'imprévisibilité budgétaire ont encouragé chaque acteur à organiser son propre mode de gestion. L'absence de répartition claire des compétences entre les autorités fédérales, régionales et locales a laissé le champ libre aux administrateurs locaux. Les gouverneurs des provinces et présidents des républiques ont développé des formes de régimes autonomes plus par réaction à la démission du pouvoir central que par stratégie locale de prise d'indépendance. Dans de nombreuses régions démunies, la baisse des subsides fédéraux a d'abord été vécue comme un drame économique et social. Parallèlement, le climat est propice à la montée des « oligarques » – ces magnats de la finance, des médias et des sociétés productrices d'énergie et de matières premières – qui tiennent entre leurs mains le destin des finances publiques, et donc des pouvoirs publics, puisqu'ils maîtrisent de très larges ressources.

Pendant ce long sursis eltsinien, les forces politiques ont perdu leur fonction classique d'expression critique, de proposition, de mobilisation. L'usure des partis et des mouvements politiques s'explique par la « déinstitutionnalisation » de la vie publique. Puisque les décisions se prennent hors des mécanismes prévus, et souvent hors du champ public, puisqu'une négociation cachée entre l'État et un groupe financier échappe à tout contrôle institutionnel, puisque les parlementaires peuvent bloquer mais non proposer et impulser l'action gouvernementale, il est de moins en moins productif de s'investir dans une action politique par le truchement de partis, syndicats, associations. Quant à la justice, elle reste le parent pauvre du système postcommuniste et démontre régulièrement son impuissance et sa subordination aux administrations, tant au plan fédéral qu'au plan local.

Ainsi, à l'été 1999, quand s'ouvre l'année électorale – législatives en décembre et présidentielle prévue pour juin 2000 –, le paysage politique est décomposé, pauvre en personnalités politiques et en idées, et délaissé par les citoyens. L'enjeu pour les équipes au pouvoir et les hommes d'affaires est de réussir la sortie de Boris Eltsine sans mettre en danger les intérêts acquis. Le maintien en place d'un président malade avait permis de s'organiser « entre soi », avec les protections d'en haut et un arbitrage dans l'ombre entre les différents clans politiques et financiers et les nombreuses administrations.

Comment assurer le passage à un autre président, élu, en évitant toute grande rupture ? Les élections des députés fixées au 19 décembre 1999 vont être utilisées pour préparer le terrain politique en vue de la présidentielle. Eltsine est convaincu par son entourage qu'il lui

faut maintenant désigner un chef de gouvernement qui soit aussi son dauphin, et donc le chef de file du Kremlin (le « parti du pouvoir », *partiia vlast'*) aux législatives. La fin du mandat du président se rapproche. Celui-ci semble avoir accepté que cette échéance dicte inéluctablement son départ du Kremlin. Autant choisir son successeur et tenter de l'imposer aux citoyens. L'une des motivations de Boris Eltsine est la défense de ses intérêts privés et des intérêts de ses proches. Le dauphin choisi, le chef du FSB (services intérieurs), se plie d'ailleurs à cette condition. Quand Eltsine annonce le 31 décembre 1999 son départ anticipé, Vladimir Poutine lui accorde immédiatement par décret immunité et protection.

En août 1999, en prenant la tête du gouvernement, Vladimir Poutine s'engage dans une course d'obstacles ponctuée par les deux scrutins, législatif et présidentiel. Le premier doit préparer le second et en assurer l'issue. Ceci signifie : contrôler le plus possible les médias télévisés ; gêner la campagne politique des rivaux et des forces politiques qu'ils conduisent ; persuader l'opinion que le vainqueur ne pourra être que le dauphin investi d'en haut ; assurer la logistique administrative d'une victoire, c'est-à-dire négocier avec les autorités locales et les commissions électorales une fourchette de résultats favorables à Poutine. Le recours à la pression et à la fraude est sans aucun doute acquis dès l'automne 1999 même si la cote de confiance du nouveau Premier ministre a atteint rapidement des sommets, grâce notamment au déclenchement d'une deuxième guerre de Tchétchénie.

Guerre et Politique

À l'été 1999, la famille Eltsine et son entourage sont pris dans un scandale financier. Par ailleurs, les tensions montent au nord-Caucase et des affrontements ont lieu au Daghestan, voisin de la Tchétchénie. Des attentats terroristes, non revendiqués mais immédiatement attribués aux Tchétchènes, permettent de lancer l'armée dans une nouvelle guerre, présentée officiellement comme une « lutte antiterroriste ». Depuis l'humiliation de la défaite militaire et politique de la première guerre (1994-1996), les dirigeants russes n'ont pas cherché à faire avancer les négociations avec le gouvernement tchétchène sur le statut de la république, et la situation s'est tellement dégradée en Tchétchénie qu'il suffisait de quelques provocations pour remettre le feu aux poudres.

Cette nouvelle guerre du Caucase est un pari politique gagné, dans l'immédiat, pour le Kremlin et le dauphin de Eltsine. Elle offre à une population pauvre, inquiète, désorientée un thème catastrophiste et rassembleur. L'insécurité matérielle vécue dans le quotidien se mêle à la menace d'attentats aveugles pour trouver, au sein de la société, un écho favorable aux discours durs de Poutine sur le retour à l'ordre dans le Caucase. Après des années de flottement, le volontarisme et la dureté du Premier ministre sont des atouts, comme en témoigne la cote élevée de confiance dont bénéficie Poutine [2]. Après des années d'indécision eltsinienne, le style plaît. Les rares voix d'opposition se font difficilement entendre. Le pouvoir verrouille l'accès à l'information sur la

2. Voir les sondages régulièrement publiés et accessibles sur les sites Internet, notamment les sondages du VTsIOM (Centre russe d'étude de l'opinion publique).

guerre et occupe l'espace médiatique par une propagande « antiterroriste » et nationale-patriotique sur la défense de l'intégrité et de la sécurité de la Russie. Dans un tel contexte, l'identité KGB de Vladimir Poutine n'indispose pas l'opinion. Après tout, soulignent volontiers les interlocuteurs russes, ce sont les apparatchiks au pouvoir ; et ceux formés au KGB ne sont pas forcément les pires…

La faiblesse des forces d'opposition apparaît alors clairement. Ni les communistes ni les groupements de droite n'osent soulever de critiques sur le recours à la guerre. Seul le réformateur Grigori Iavlinski, du parti *Iabloko*, émet quelques réserves. Le bouc émissaire caucasien est devenu l'Antéchrist. Même les intellectuels qui avaient dénoncé la première guerre de Tchétchénie en 1994-1996 se rangent derrière l'argument choc des autorités : il n'y a pas d'autre solution que la guerre totale contre les terroristes. La réalité des destructions et souffrances des populations civiles a été largement occultée par les médias, et l'opinion s'est, semble-t-il, satisfaite, par indifférence ou par lassitude, de la version officielle.

Évaluer précisément le rôle de la guerre dans la montée de Poutine, et sa victoire électorale, est, pour les sociologues russes, un casse-tête. Un consensus des experts s'est forgé autour de l'idée que la détermination de Poutine dans les premiers mois du conflit l'avait certainement servi en construisant aux yeux de l'opinion un personnage d'ordre, un homme d'État sans états d'âme. Elle a aussi permis à ceux qui « faisaient » Poutine de bâtir en précipitation un discours politique de « sauveur de la nation » et de défenseur du pouvoir d'État afin de marginaliser les autres forces dans la bataille pour les sièges de députés en décembre 1999. Plus tard, dans l'hiver, les opinions évoluent. La guerre qui, une nouvelle fois, s'annonce longue et sans issue, n'est plus un atout, et menace même de devenir un handicap. Elle est beaucoup moins utilisée comme argument de campagne dans la course à la présidentielle en février-mars 2000.

Les Législatives, un Exercice d'Élimination de la Concurrence

Boris Eltsine n'avait jamais formé de parti. Il avait laissé à ses lieutenants la tâche de mettre sur pied, chaque fois que le calendrier électoral l'exigeait, un « bloc » ou un « mouvement » aux couleurs du pouvoir présidentiel. Viktor Tchernomyrdine, Premier ministre jusqu'en 1998, avait dû monter, sans enthousiasme, le mouvement « Notre Maison Russie » pour les élections parlementaires de décembre 1995. Le résultat fut très médiocre (10 % des voix au scrutin de liste). L'opposition – communiste, nationaliste, réformatrice (*Iabloko*) – occupait majoritairement les sièges à la Douma d'État. En octobre 1999, l'équipe chargée de préparer la victoire de Poutine monte en précipitation le mouvement *Edinstvo* (Unité) présidé par un ministre sans charisme et assisté d'un champion de lutte.

Edinstvo se monte dans la plus pure tradition bureaucratique. La plus grande partie des noms sur la liste sont inconnus du grand public, ce sont souvent des fonctionnaires. Dans chaque province, l'administration est chargée de trouver les candidats, de leur donner des moyens et de faire leur campagne. Le vrai rival de *Edinstvo* est la liste *Otetchestvo-Vsia Rossiia* ou *OVR* (Patrie-Toute la Russie)

conduite par le maire de Moscou, Iouri Loujkov, et l'ancien Premier ministre Evgueni Primakov. En effet, l'un et l'autre blocs puisent leurs voix dans le même vivier : les électeurs qui ne souhaitent pas voter communiste, veulent « voter utile » en écartant les petites listes marginales, préfèrent éviter toute rupture politique en choisissant plutôt un mouvement « légitimiste » proche du pouvoir en place, mais attendent aussi une meilleure protection sociale, plus de sécurité, moins de libéralisme. La propension à voter pour le choix du Kremlin s'est révélée un fort atout pour la réélection de Eltsine en 1996 et pour Poutine aux scrutins de décembre 1999 et de mars 2000.

Ainsi, en dépit de sa solide base sociale (environ un quart de l'électorat), le parti communiste ne joue plus le rôle d'ennemi principal dans un jeu bipolaire, rôle qu'il avait tenu aux élections de 1995 et 1996. L'attitude des communistes frappe par un défaitisme affiché, dès les législatives. Ils mènent faible campagne et ne semblent pas chercher à conquérir de nouveaux électeurs, se limitant à consolider leurs acquis. Ils se sont installés dans une forme d'opposition tranquille, négociant leurs voix avec le pouvoir. Leur attitude aux premières séances de la nouvelle Douma en janvier 2000 l'illustre bien. Ils font accord avec *Edinstvo* et le gouvernement pour garder la présidence de l'Assemblée.

C'est donc presque exclusivement contre Iouri Loujkov et son mouvement que se déchaînent les médias à l'automne 1999. Tous les coups sont permis pour écraser le maire de Moscou, qui nourrissait alors des ambitions présidentielles. Cette campagne restera certainement dans les mémoires comme la plus outrancière et la moins équitable de la jeune histoire du vote libre en Russie, histoire ouverte au printemps 1989 avec Mikhaïl Gorbatchev[3].

Les deux premières chaînes de télévision constituent l'arme stratégique du Kremlin. La majeure partie des Russes regardent uniquement ces deux chaînes. De nombreux territoires ne reçoivent pas la chaîne privée NTV, plus critique à l'égard du gouvernement. Quant à la presse centrale, dont certains titres restent indépendants et libres de ton, elle est introuvable en province, hors de quelques grandes villes. Pendant les campagnes électorales de l'automne puis de l'hiver 1999-2000, les reportages et les journaux télévisés des deux chaînes progouvernementales ont eu pour tâche de démolir les rivaux et de consacrer le moins de temps possible aux forces politiques d'opposition, de concentrer l'attention sur le candidat-déjà-presque-président Poutine, et le mouvement qui le soutient, *Edinstvo*. L'opinion a subi cette propagande dans une relative indifférence. Expériences personnelles, témoignages d'autres observateurs et reportages ne laissent pas de doute sur le scepticisme de l'électeur quant à sa fonction citoyenne. On se dit sûr que « les jeux sont faits d'avance » et que, de toute façon, le pouvoir a toujours les moyens de forcer le choix des urnes.

À une campagne inéquitable, où *Edinstvo* se finançait largement sur les ressources administratives publiques dans chaque circonscription, s'est ajouté

3. Sur les élections en URSS-Russie depuis 1989, voir les précédentes chroniques dans la revue *Pouvoirs* ; Richard Rose (dir.), *How Russia Votes*, Londres, Chatham House, 1997.

l'usage de divers modes de falsification des résultats sur lesquels nous reviendrons plus loin. Cependant, l'enjeu des législatives paraissant aux uns et aux autres protagonistes comme secondaire, peu d'enquêtes ont été menées par des observateurs et des journalistes russes sur la fraude en décembre 1999. C'est l'élection présidentielle qui primait et les fraudes lors du scrutin du 26 mars 2000 font en revanche l'objet de nombreuses plaintes.

Pour un mouvement qui n'existait pas quelques semaines plus tôt, *Edinstvo* a fait un score remarquable le 19 décembre 1999, au scrutin de liste[4] : 23,3 % des suffrages exprimés, contre 24,3 % pour le parti communiste, 13,3 % pour OVR, 8,5 % pour le nouveau bloc « Union des forces de droite » (SPS), 6 % pour le mouvement de Jirinovski, 5,9 % pour *Iabloko*. Les autres listes ont obtenu moins de 3 % et ne franchissent pas le seuil des 5 % nécessaires pour gagner des sièges. 3,3 % ont voté « contre tous », choix qui est donné sur chaque bulletin de vote en Russie[5]. L'Union des forces de droite, regroupée derrière quelques personnalités « réformatrices » (Serguei Kirienko, Boris Nemtsov) s'est vite ralliée à la candidature de Poutine.

Au scrutin uninominal, par lequel est élue l'autre moitié des députés, le « parti du pouvoir » et les autres formations proches du pouvoir obtiennent des résultats médiocres. Cependant, plus d'une centaine des candidats se sont présentés sans étiquette politique et nombre d'entre eux ont adopté une position progouvernementale après leur élection. La fraction *Narodnii Deputat* (Député du peuple) est une annexe du groupe parlementaire *Edinstvo*. D'autres élus, notamment ceux du parti de Jirinovki, soutiennent le nouveau pouvoir exécutif.

La Douma n'a cessé de perdre en prestige et confiance auprès de la population ces dernières années. Elle est perçue, selon les cas et selon l'atmosphère, soit comme une instance de blocage de la politique gouvernementale, soit comme une chambre d'enregistrement des décisions de l'administration. Les entretiens menés en province confirment le peu de confiance accordé aux députés qu'on soupçonne de s'intéresser plus aux privilèges de la fonction et aux voyages à Moscou ou à l'étranger qu'à la défense des intérêts de leur circonscription[6]. L'existence même d'une opposition parlementaire est en question dans la Douma actuelle. Les votes se négocient et, à de rares exceptions près, il n'y a pas de discipline de vote au sein d'un groupe parlementaire. Parmi les sièges gagnés au scrutin de liste, environ les trois cinquièmes le sont par des listes qui n'avaient pas concouru aux précédentes législatives de 1995. Comme le note Richard Rose, « le *turnover* des partis est tellement anormal qu'il est devenu un obstacle à la mise en place d'un régime

4. La Douma d'État est élue pour moitié au scrutin de liste, pour moitié au scrutin uninominal. 450 sièges sont à pourvoir en tout.

5. Les résultats complets et une présentation officielle des élections sont publiés dans *Vybory deputatov gosudarstvennoi Dumy federal'nogo sobraniia rossiiskoi federatsii*, 1999 (Les élections des députés à la Douma d'État de l'Assemblée fédérale de la Fédération de Russie, 1999), Commission électorale centrale, Moscou, Éditions *ves' mir*, 2000.

6. Séjours de l'auteur dans les régions d'Oulianovsk, Nijnii Novgorod, Sverdlovsk, Krasnodar, Novgorod en 1999-2000.

de responsabilité gouvernementale. Une condition nécessaire pour rendre les hommes politiques responsables est que leurs partis se maintiennent d'une élection à l'autre[7] ».

La Défaite Impossible de Vladimir Poutine

Au lendemain des législatives du 19 décembre, les faiseurs de roi au Kremlin peuvent se réjouir de l'efficacité de leurs méthodes. Aucune formation politique ne concurrence le « parti du pouvoir ». Le seul mouvement véritablement organisé en parti politique, le PC, a choisi l'opposition constructive au Parlement. Il maintient la candidature de son chef, Guennadi Ziouganov, à la présidentielle, mais est bien préparé à ne pas la gagner. En février-mars en Russie, personne ne doute de la victoire de Poutine. Ce dernier ne fait d'ailleurs pas campagne. Il publie une lettre aux citoyens en février[8], fait quelques déclarations dans l'exercice de ses fonctions de président par intérim, et n'accepte aucun débat public avec les autres candidats. Les affiches sont rares, les tracts inexistants. En revanche, le travail de persuasion au sein des administrations, des entreprises, des collectivités agricoles, est mené activement. Les milieux ruraux sont plus soumis à ces pressions des autorités locales que les grandes villes.

La question est donc de comprendre pourquoi les responsables des provinces, les fonctionnaires, les membres des commissions électorales ont, dans l'ensemble, aussi facilement accepté de jouer la carte Poutine, jusqu'à accepter même, dans certaines circonscriptions, de recourir à la fraude organisée.

Plusieurs facteurs expliquent ce ralliement à Poutine derrière un pseudo-consensus national qui gèle tout débat public.

La première raison est précisément que Poutine est le candidat du Kremlin, l'homme déjà aux commandes. Son atout est le pouvoir, car le fait d'occuper le poste suprême démontre qu'il est plus fort que les autres. Ses promesses sonnent plus vrai puisqu'il gère le pays et connaît les problèmes. D'ailleurs, il le prouve par de nombreux « cadeaux de campagne », comme le paiement d'arriérés de salaires dans certaines professions et certaines régions, et l'octroi de privilèges fiscaux ou autres formes de faveur (Eltsine n'avait pas non plus lésiné sur de tels cadeaux électoraux pour sa réélection en 1996). Le candidat Poutine n'a pas produit de programme. Être au Kremlin suffisait, il ne fallait pas suggérer qu'il était en concurrence avec d'autres. Il était au-dessus des autres et ne devait pas s'employer à convaincre par des idées ou des politiques bien définies. Son leitmotiv était de reconstruire un État fort, tâche à laquelle il disait s'être déjà attelé. Rappelons que les Premiers ministres qui avaient précédé Poutine avaient tous bénéficié au départ d'une bonne cote de confiance.

Un deuxième facteur est d'ordre matériel et budgétaire. Les dirigeants dans les provinces ont pour la plupart fait acte de loyauté au candidat de l'administration centrale. Il importe pour un gouverneur de ne pas être mis de côté

7. Richard Rose, « A Supply-Side View of Russia's Elections », *East European Constitutional Review*, vol. 9, n° 1-2, hiver/printemps 2000, p. 53-59.

8. Cette lettre est publiée dans plusieurs quotidiens, dont *Izvestiia*, 24 février 2000.

dans les incessants marchandages budgétaires et fiscaux. Il importe aussi de s'entendre avec les fonctionnaires fédéraux (FSB, impôts, finances) travaillant dans la région. Assurer l'élection de Poutine signifiait, pour les chefs des républiques et des régions, préserver le *statu quo* et préférer le prévisible à l'incertain. Ils sont eux aussi élus au suffrage direct, ils n'ont pas hésité pour certains à s'assurer du résultat favorable des urnes. Élites moscovites et élites provinciales jouent sur des registres semblables et ont un intérêt commun à conserver, chacune à son niveau, son domaine de pouvoir[9].

Troisièmement, Vladimir Poutine ne craignait vraiment aucun rival sérieux. La bataille des législatives avait réduit la concurrence politique au seul candidat communiste, qui reconnaissait ne pouvoir rassembler la majorité des suffrages lors d'un second tour. Iouri Loujkov et Evgueni Primakov, qui auraient eu des chances de succéder à Boris Eltsine si l'élection présidentielle avait eu lieu avant l'été 1999, avaient abandonné la partie. Le général Lebed avait quitté le devant de la scène politique. Les sondages montraient tous, à la veille de l'élection, que Vladimir Poutine avait une large avance en intentions de vote. La population se ralliait au choix fait en haut, non par enthousiasme mais par absence d'alternative crédible et désir de minimiser l'incertitude liée à la succession politique.

Dans ces conditions, si la messe était dite, pourquoi l'administration a-t-elle eu besoin de recourir à la fraude ? Selon tous les experts, Vladmir Poutine aurait aisément gagné le duel du second tour contre chaque candidat en lice. Mais il voulait une victoire franche, dès le premier tour, une forme de plébiscite. La mentalité soviétique a laissé un héritage d'unanimisme qui rend particulièrement rétif à la tyrannie de la majorité et à l'imprévisibilité des urnes.

Les témoignages sur les fraudes sont nombreux et dessinent un ensemble assez cohérent. Ils sont bien entendu réfutés en bloc par la Commission électorale centrale et l'administration présidentielle. L'observation des élections de décembre 1999 et de mars 2000 m'incite à accorder crédit aux témoignages concordants sur les fraudes. Le dossier publié en septembre 2000 par le *Moscow Times* décrit les différentes formes de falsification et pointe les républiques et régions les plus touchées[10]. Les principales falsifications sont l'inscription de faux électeurs, le bourrage des urnes, la réécriture des *protokoly*, les décomptes signés par les responsables des bureaux de vote, après la fermeture des bureaux et en l'absence d'observateurs. Par rapport aux listes électorales de décembre 1999, les listes de mars 2000 comptent 1 300 000 électeurs de plus (soit 109 375 046 inscrits). Les démographes se sont saisis du problème. Il est impossible d'expliquer un écart aussi important par le nombre des jeunes qui ont atteint la majorité (dix-huit ans) entre décembre et mars et les électeurs que l'on a fait voter en Tchétchénie (militaires russes et civils) en pleine guerre, après

9. Marie Mendras, « How Regional Elites Preserve Their Power », *Post-Soviet Affairs*, vol. 15, n° 4, octobre-décembre 1999, p. 291-407.

10. « Special Report/Election », *The Moscow Times*, 9 septembre 2000.

soustraction des décès. Les autorités n'avaient toujours pas, à l'automne 2000, produit d'explications pour démentir les accusations. Au Daghestan, selon le reportage du *Moscow Times*, des dizaines de milliers de noms auraient été ajoutés aux listes et au moins autant de suffrages auraient été détournés en faveur de Poutine. Au Tatarstan, au Bachkotorstan, à Saratov, la fraude aurait été un peu plus discrète, mais tout aussi efficace. De nombreux témoignages font état de piles entières de bulletins pour Poutine rajoutés pendant le décompte (théoriquement ouvert aux observateurs nationaux et étrangers) ou après le décompte, avec réécriture des documents signés par la commission du bureau de vote.

Le vice inhérent aux missions d'observateurs étrangers est qu'elles s'attachent surtout à observer la tenue du bureau de vote, et le comportement des électeurs et des responsables pendant le dimanche électoral. Après la clôture des bureaux, à vingt heures, les observateurs ont le droit de suivre tout le déroulement du décompte jusqu'à la transmission d'un *protokol* officiel à la commission électorale territoriale, qui regroupe plusieurs dizaines de bureaux de vote. Or, c'est à cette étape que s'ouvrent les possibilités de falsifier à l'abri des regards extérieurs.

En dépit de leur statut « indépendant », les commissions territoriales sont de simples annexes de l'administration locale (mairie, district ou administration du gouverneur de la région). Elles siègent le plus souvent dans les locaux de cette administration dont le chef contrôle personnellement le travail de transmission des résultats à Moscou par ordinateur. À Krasnodar, dans la nuit qui a suivi le scrutin présidentiel, les observateurs de l'OSCE ont été très mal accueillis par l'administration d'un des arrondissements de la ville. Ils ont pu constater comment les données de chaque bureau de vote étaient rentrées à toute allure dans un ordinateur, sans jamais de seconde vérification. De nombreux *protokoly* étaient remplis au crayon à papier. Dans une salle de l'administration, au milieu de la nuit, des personnes remplissaient des formulaires de décompte des voix, en toute quiétude. Le président de la commission territoriale et le vice-maire de la ville de Krasnodar ont refusé de fournir aux observateurs copie des *protokoly*, alors qu'ils y avaient droit selon la mission accordée par la Commission électorale centrale à l'OSCE[11].

Les enquêteurs du *Moscow Times* ont accumulé des témoignages identiques. Quand un membre de bureau de vote ou de commission électorale, ou un observateur russe représentant une formation politique, se rebiffait devant une forme ou une autre de falsification, il se trouvait menacé de représailles (perte d'emploi, par exemple). Un nombre important de plaintes ont cependant été déposées, souvent par des communistes, mais la plupart ont été ballottées d'un tribunal à un autre, et enterrées ou déboutées, « faute de preuves ». On peut retenir des témoignages existants et plaintes déposées que la liste des inscrits a été rallongée, que la participation annoncée (68 %) a été gonflée et que, sans la fraude, Vladimir Poutine n'aurait probablement pas été élu au premier tour de

11. Mission d'observateur de l'auteur, Krasnodar, 23-28 mars 2000. Ces remarques ont été notées et transmises à la mission de l'OSCE à Moscou.

scrutin (avec plus de 52 % des suffrages exprimés), mais seulement à l'issue d'un second tour qui l'aurait opposé au communiste Ziouganov.

L'Élection, une Formalité ?

Pour les experts russes indépendants du pouvoir, l'élection n'est plus qu'une formalité (*formal'nost'*). Nikolai Petrov juge que le cycle des élections libres, ouvert en 1989, se referme en 2000 : « La présidentielle de 2000 marque l'enterrement des personnalités politiques et de la vie publique en tant que telle. La classe politique a réussi à éviter une succession ouverte, par des élections… Le pouvoir a été transmis "par héritage" et le vote l'a simplement légitimé[12]. »

Le fait est que la société ne s'en émeut pas. Face à cette dérive du vote libre et des règles de démocratie, le citoyen baisse les bras : « De toute façon, Poutine aurait gagné. » Ou bien : « Peu importe qui trône au Kremlin. Ce sont les bureaucrates, les oligarques et les mafias qui décident. » Il ne raisonne guère en termes de principes, de droit, de concurrence loyale. Il cherche d'abord à réduire les risques, il se protège contre l'inconnu, il reste souvent très dépendant des administrations locales pour sa survie matérielle. La démocratie et l'État de droit ne sont pas la priorité[13].

Au-delà de la légitimité des élections et de ceux qui gouvernent, c'est bien la question de la nature du régime et de la relation entre l'État et les citoyens qui se pose. L'élection est un mode d'arbitrage à l'intérieur d'une élite politique essentiellement issue des administrations. Les scrutins locaux et régionaux le démontraient plus clairement que les élections fédérales. Depuis la présidentielle de mars 2000, il en est de même pour décider qui assurera la direction du pouvoir exécutif central.

L'élection au suffrage universel direct continuera à l'avenir de jouer cette fonction de confirmation du choix fait au sein d'un petit groupe et marquant l'état de la négociation entre les différentes institutions, administrations, grandes entreprises et réseaux qui détiennent les principaux leviers financiers et bureaucratiques de l'exercice du pouvoir politique et économique. Ce mode de fonctionnement a une faiblesse : il doit intégrer le jeu des grands financiers, patrons de presse et producteurs de matières premières, sans pouvoir les assujettir à l'administration centrale. La négociation est donc toujours ouverte ; la réalité du pouvoir réel de chacun en dépend.

12. Nikolai Petrov, « Presidentskie vybory 2000 goda : konets publichnoi politiki ? » (L'élection présidentielle de l'an 2000 : la fin de la vie publique ?), Moscou, *Briefing,* Centre Carnegie, t. 2, n° 3, p. 1.

13. Marie Mendras, « La préférence pour le flou. Pourquoi la construction d'un régime démocratique n'est pas la priorité des Russes », *Le Débat,* n° 107, 1999, p. 35-50.

Pierre Astié
Dominique Breillat
Céline Hiscock-Lageot*

Repères étrangers

(1er avril – 30 septembre 2000)

Autriche

8 septembre 2000 : **Démocratie et Union européenne**. À la suite de l'arrivée au pouvoir d'une coalition alliant les populistes et l'extrême droite du FPÖ, l'Autriche avait été mise sous « surveillance ». Une commission désignée par Luzius Wildhaber, président de la Cour européenne des droits de l'homme, et composée de l'ancien président finlandais Martti Ahtisaari, de Marcelino Oreja, ancien ministre espagnol des Affaires étrangères, ancien secrétaire général du Conseil de l'Europe, ancien membre de la Commission des Communautés européennes, et de Jochen Frowein, directeur de l'Institut Max-Planck de Heidelberg, ancien membre et vice-président de la Commission européenne des droits de l'homme et résident de l'Association allemande des professeurs de droit public, avait été mise en place. Elle remet son rapport au président Chirac, en tant que président en exercice de l'Union européenne, et prône la levée des sanctions européennes. Le 12 septembre cette levée est annoncée, ce qui satisfait l'ensemble de la classe politique autrichienne et évite des mesures en réplique telles que l'organisation d'un référendum-plébiscite contre les sanctions qui aurait été organisé en octobre ou le blocage de la Conférence intergouvernementale européenne (*Libération*, 9-10 au 14 et 16-17 septembre 2000 ; *Le Monde* 9 au 15 et 17-18 septembre 2000).

Chili

20 juillet au 8 août 2000 : **Responsabilité du chef de l'État**. La saga judiciaire se poursuit (cf. *RE*, 88, 89, 90, 94). De retour dans son pays le 3 mars, après 503 jours de détention – ou plutôt rétention – à Londres, le général Augusto Pinochet Ugarte, 84 ans, pensait être à l'abri de toute poursuite judiciaire pour atteintes aux droits de l'homme sous sa dictature de 1973 à 1990, période pendant laquelle il est accusé de quelque 3 000 morts dont 1 198 disparus. En devenant sénateur à vie en mars 1998, après avoir quitté le commandement des

* UMR 6567, CECOJI, Université de Poitiers.

armées, il avait acquis l'immunité parlementaire.

À la requête du juge Juan Guzman Tapia qui instruit 157 plaintes déposées contre l'ancien dictateur, la cour d'appel de Santiago, le 23 mai, avait, par 13 voix contre 9, décidé de lever l'immunité parlementaire. Le 9 juin, ses avocats avaient saisi la juridiction suprême. Par 14 voix contre 6, celle-ci confirme, le 1er août – mais cela n'est annoncé que le 8 –, la décision de le poursuivre dans l'affaire de la « caravane de la mort », une unité militaire qui a parcouru le Chili en fusillant sans procès 74 opposants en octobre 1973. Désormais, le général Pinochet devrait pouvoir être jugé par la justice chilienne sauf si, après examens médicaux, les médecins diagnostiquaient une détérioration de sa santé mentale (*Le Figaro* 2, 3, 9 et 10 août 2000 ; *Libération*, 20 au 22-23, 1er au 3, 5-6, 9 au 11 et 22 août 2000 ; *Le Monde*, 20, 23-24 juillet, 3, 4, 6-7, 9 au 11 et 23 août 2000 ; *Courrier International*, 17 et 24 août 2000).

Danemark

28 septembre 2000 : **Référendum**. Les 4 millions d'électeurs danois étaient appelés à se prononcer par référendum sur l'adhésion du Danemark à l'Euro. Les « non » l'emportent avec 53,1 % contre 46,9 %. La participation, qui a été de 87 %, n'avait jamais été aussi élevée (*Le Figaro*, 28 et 29 septembre 2000 ; *Libération*, 19, 26, 29, 30 septembre-1er octobre 2000 ; *Le Monde*, 17-18, 20, 27 au 30 septembre 2000 ; *Courrier International*, 21 septembre 2000 ; www.inm.dk).

Inscrits	3 999 706	
Votants	87,5 %	
Suffrages exprimés	3 459 963	
NON	1 838 026	(53,1 %)
OUI	1 621 937	(46,9 %)

Grande-Bretagne

28 juillet 2000 : **Chambre des Communes, Speaker**. Betty Boothroyd, 70 ans, abandonne la présidence de la Chambre des Communes, fonction qu'elle occupait depuis 1992. Elle était la première femme à avoir occupé l'imposant fauteuil de cuir vert (*Le Figaro*, 27 juillet 2000).

4 août 2000 : **Monarchie**. Le Royaume-Uni célèbre le centenaire de la reine mère Elizabeth, membre le plus populaire des Windsor, ce qui redonne un peu de prestige à la monarchie britannique. Celle-ci n'est plus jugée bénéfique que par 44 % des Britanniques, après les difficultés connues par nombre des membres de la famille royale. Les cérémonies les plus solennelles ont eu lieu le 19 juillet avec un imposant défilé militaire (*Libération*, 20 juillet, 4 et 5-6 août 2000 ; *Le Monde*, 20 juillet, 5 et 6-7 août 2000 ; *Courrier International*, 20 juillet 2000).

Israël

31 juillet 2000 : **Élection présidentielle**. Le président israélien Ezer Weizman, 76 ans, élu en 1993 (cf. *RE*, 66), réélu en 1998, aurait dû demeurer en fonction jusqu'en 2003. Accusé de corruption (il aurait reçu 453 millions de dollars d'un homme d'affaires français pour soutenir son parti) et sous l'effet d'une enquête

judiciaire, il décide, le 28 mai de quitter son poste avant son terme, le 10 juillet. Premier chef d'État israélien à avoir été interrogé comme suspect, il avait échappé de peu à des poursuites judiciaires, la police ayant recommandé de classer le dossier, estimant qu'il n'existait pas « de preuves suffisantes ». Les enquêteurs avaient cependant estimé que le président Weizman s'était rendu coupable de « fraude » et d'« abus de confiance », délits couverts alors par la prescription.

L'intérim est assuré par le président de la Knesset Avraham Burg. Le président Weizman est remplacé par le candidat de l'opposition de droite, Moshe Katzav, 55 ans, né en Iran, ancien ministre du Tourisme, député peu connu, élu au deuxième tour, contre toute attente, par la Knesset avec 63 voix contre 57 à Shimon Peres, 76 ans, ancien Premier ministre, ancien ministre des Affaires étrangères, prix Nobel de la paix.

C'est la première fois dans l'histoire du pays que le président d'Israël n'est pas travailliste, mais appartient au Likoud. Il est aussi le premier président séfarade. Moshe Katzav devient le huitième président de l'État hébreu. Il est élu pour 7 ans pour un mandat unique contre 5 ans renouvelables auparavant. Quand certain pays passe au quinquennat, un autre fait le choix du septennat… (*Le Figaro*, 11 juillet et 1er août 2000 ; *Libération*, 4, 21, 24, 25, 28, 29-30 janvier, 11 février, 7, 10 avril, 25 mai, 1er août 2000 ; *Le Monde*, 5, 11, 15, 22, 25 janvier, 12 février, 6, 11 avril, 30 mai, 11 juillet, 2 et 3 août 2000 ; *Courrier International*, 14 août 2000.)

NIGERIA

19 août 2000 : **Charia**. Un huitième État du Nigeria, le Borno au nord-ouest, adopte la Charia (loi islamique) après que l'État du Zamfara a lancé le mouvement en octobre 1999. L'introduction de la Charia a été très controversée dans ce pays, pluriethnique et pluriconfessionnel, notamment par les chrétiens, principalement implantés dans le sud du pays (*Le Figaro*, 18 août 2000).

RUSSIE

20 août 2000 : **Tsar**. L'Église catholique n'est pas la seule à canoniser. L'Église orthodoxe canonise le dernier tsar Nicolas II et sa famille en même temps que 1 147 autres personnes, pour la plupart des prêtres et moines victimes du communisme. La décision de canoniser le tsar avait été prise le 14 août à l'unanimité par l'Assemblée épiscopale du patriarcat de Moscou, à la suite de débats pourtant houleux (*Libération*, 14 et 21 août 2000 ; *Le Monde*, 15 et 23 août 2000 ; *Courrier International*, 24 août 2000).

SUISSE

24 septembre 2000 : **Votations**. Pour la sixième fois consécutive en trente ans, les Suisses ont rejeté le principe d'une limitation du nombre d'étrangers résidant dans leur pays[1]. Ils ont dit non à 63,7 % (1 328 526), contre 36,3 % (755 597) à la proposition d'un député conservateur demandant de limiter à 18 % de la popu-

1. Actuellement, le pays compte 1,3 million d'étrangers, soit 19,3 % des 7 millions d'habitants. Si le référendum avait été positif, il aurait entraîné l'expulsion de 100 000 personnes.

lation le nombre d'étrangers autorisés à séjourner en Suisse. Aucun des cantons n'a voté pour. La participation a été de 43,4 %.

La coalition gouvernementale en place depuis 1959, à laquelle appartient le député auteur de cette proposition, s'était clairement prononcée contre cette limitation qu'elle jugeait arbitraire et impraticable (*Les Échos*, 22-23 septembre 2000 ; *Le Figaro*, 25 septembre 2000 ; *Libération*, 23-24 septembre 2000 ; *Le Monde*, 24-25 au 27 septembre 2000 ; www.admin.ch).

Pierre Avril
Jean Gicquel

CHRONIQUE CONSTITUTIONNELLE FRANÇAISE

(1er juillet – 30 septembre 2000)

Les références aux 23 premières chroniques sont données sous le sigle CCF suivi du numéro correspondant de Pouvoirs *et de la page du recueil qui les réunit : Chroniques constitutionnelles françaises, 1976-1982 (PUF, 1983).*

Repères

4 juillet. Mise en examen de X. Tibéri dans l'affaire des faux électeurs du Ve.

12 juillet. Les élus corses demandent un pouvoir législatif.

18 juillet. J.-P. Chevènement dénonce le chantage des indépendantistes corses.

20 juillet. Accord à Matignon sur le plan Jospin.

24 juillet. Le gouvernement refuse la convention sur l'UNEDIC.

28 juillet. L'Assemblée de Corse approuve le plan Jospin.

7 août. J.-M. Rossi est assassiné à l'Île-Rousse.

16 *août. Le Nouvel Observateur* publie « Mon pari pour la Corse » de L. Jospin.

22 août. M.-C. Blandin annonce aux Verts qu'elle crée son courant .

24 août. L. Fabius invente la « stab-croissance ».

29 août. J.-P. Chevènement veut créer un « pôle républicain ».

3 septembre. Sondages calamiteux pour L. Jospin.

4 septembre. R. Hue lance la campagne du PCF pour « une abstention active et critique ».

6 septembre. Blocage des raffineries par les transporteurs routiers.

15 septembre. R. Barre dénonce « un référendum à la sauvette ».

25 septembre. D. Strauss-Kahn est mis en cause dans l'affaire Méry.

28 septembre. Ph. Séguin souhaite « une repentance générale » des partis.

Amendement

– *L'entonnoir (suite)*. Le revirement opéré par la décision 98-402 DC du 25-6-98 (cette *Chronique*, n° 87, p. 183) se prolonge. Abandonnant la jurisprudence inaugurée en 1989 (v. notre *Droit parlementaire*, Montchrestien, 1996, p. 180), la décision 434 DC considère que « les dispositions adoptées en termes

identiques avant la réunion de la commission mixte paritaire ne sauraient en principe être modifiées après cette réunion » ; en conséquence, l'amendement du gouvernement adopté en nouvelle lecture par l'Assemblée nationale et revenant sur la capture des ours des Pyrénées l'a été au terme d'une procédure irrégulière. Cet amendement avait soulevé de vives protestations auxquelles le président de séance avait répondu en invoquant précisément la jurisprudence de 1989, le 13-6 (p. 5231). En second lieu, le même principe a été combiné avec la règle du lien avec le texte pour censurer l'autorisation de pénétrer sur un territoire où l'on ne dispose pas du droit de chasse pour y achever un animal blessé.

– *Exception au principe de l'entonnoir*. La décision 430 DC sur la LO relative à la parité pour les élections aux assemblées des TOM précise que « les seuls amendements susceptibles d'être adoptés après la réunion de la CMP doivent être soit en relation directe avec une disposition restant en discussion, soit dicté par la nécessité de respecter la Constitution ». Ainsi, les dispositions imposant des candidatures féminines et masculines alternées pour les élections de l'Assemblée de Polynésie ont été déclarées conformes, bien qu'ajoutées par l'Assemblée nationale après la réunion de la CMP. En effet, ces dispositions ont pour objet de faire disparaître l'atteinte au principe d'égalité résultant de la différence, sans rapport direct avec l'objet de la loi, entre les règles électorales instaurées avant la CMP pour la Polynésie et celles, sur lesquelles l'accord n'avait pu se faire en CMP, adoptées en nouvelle lecture par Wallis-et-Futuna et la Nouvelle-Calédonie.

ASSEMBLÉE NATIONALE

– *Bibliographie*. M. Ameller et G. Bergougnoux, *L'Assemblée nationale*, 2e éd., PUF, « Que sais-je ? », n° 2897, 2000.

– *Composition*. Deux députées se sont démises de leur mandat : Mmes Marin-Moskovitz (Belfort, 2e) (S), ancienne suppléante de M. Chevènement, le 7-9 (p. 14115), et Bredin (Seine-Maritime, 9e) (S), le 14-9 (p. 14502).

V. *Ordre du jour. Parlementaires en mission.*

AUTORITÉ JUDICIAIRE

V. *Conseil supérieur de la magistrature. Constitution. Immunités parlementaires.*

AUTORITÉ JURIDICTIONNELLE

– *Bibliographie*. B. Genevois, « Le Conseil d'État n'est pas le censeur de la loi au regard de la Constitution », *RFDA*, 2000, p. 715.

V. *Constitution. Loi.*

CODE ÉLECTORAL

– *Bibliographie*. Code électoral, *JO*, 2000, brochure n° 20 007.

– *Élections cantonales*. La loi 2000-629 du 7-7 (*JO* du 8-7) complète l'article L. 210-1 en disposant que « nul ne peut être candidat dans plus d'un canton ».

– *Élection des sénateurs*. La loi 2000-641 du 10-7 (*JO* du 11-7) modifie les

articles L 294 et L 295 en étendant le scrutin proportionnel aux départements ayant droit à 3 sièges de sénateurs ou plus (au lieu de 5), le scrutin majoritaire ne s'appliquant plus qu'aux départements ayant droit à 2 sièges ou moins. Parallèlement, les articles 288 et 289 étendent le scrutin proportionnel à la désignation des délégués sénatoriaux des communes de plus de 3 500 habitants, alors que ce mode de désignation était en vigueur seulement dans les communes de plus de 9 000 habitants.

En revanche, le Conseil constitutionnel a censuré les dispositions augmentant considérablement l'effectif du collège électoral des sénateurs, qu'il a jugées contraires au principe posé par l'article 24 C. Dans le système en vigueur, le nombre des délégués, pris au sein du conseil municipal, croît en fonction de la population jusqu'à atteindre la totalité des conseillers municipaux à partir de 9 000 habitants ; des délégués supplémentaires sont désignés à partir de 30 000 habitants et à raison d'un délégué pour 1 000 habitants en sus de 30 000. Jugeant ce dispositif insuffisant au regard du critère démographique, les députés avaient décidé qu'un délégué supplémentaire serait élu pour 300 habitants ou fraction de ce nombre lorsque le nombre des délégués sera supérieur à l'effectif du conseil municipal, de sorte que la désignation de délégués supplémentaires devait intervenir pratiquement à partir de 8 700 habitants au lieu de 30 000. La décision 431 DC considère que ce système méconnaît le principe de l'article 24 C en vertu duquel le Sénat, dans la mesure où il assure la représentation des collectivités territoriales, « doit être élu par un corps électoral qui est lui-même l'émanation de ces collectivités » et qui doit donc être « essentiellement composé » des membres de leurs assemblées délibérantes. La population doit être prise en compte grâce aux délégués supplémentaires, mais « c'est à la condition que la participation de ces derniers au collège sénatorial conserve un caractère de correctif démographique ». Or leur importance « irait au-delà », car « ces délégués supplémentaires constitueront une part substantielle, voire, dans certains départements, majoritaire du collège des électeurs sénatoriaux ».

Le Conseil ne s'en tient cependant pas à cette appréciation et il souligne l'importance du facteur démographique : les articles 3 et 24 de la Constitution « imposent au législateur de modifier la répartition par département des sièges de sénateurs pour tenir compte des évolutions de la population des collectivités territoriales dont le Sénat est l'émanation ». Cette vigoureuse injonction fait allusion à l'opposition du Sénat au projet de redistribution des sièges (cette *Chronique*, n° 94, p. 209).

COLLECTIVITÉS TERRITORIALES

– *Bibliographie*. J.-Y. Faberon et G. Agniel (dir.), *La Souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé* (actes du colloque de Nouméa), La Documentation française, 2000 ; Y. Combeau et Ph. Nivet, *Histoire politique de Paris au XXe siècle*, PUF, 2000 ; J.-Y. Faberon, « Où va l'outre-mer français ? », *Pouvoirs locaux*, n° 46, 2000, p. 116 ; « Évolution des problèmes d'outre-mer » (dossier), *RFDA*, 2000, p. 737 ; F.-J. Pansier et C. Charbonneau, « Commentaire de la loi sur la responsabilité des élus », *PA*, 12-7.

– *« Collectivité départementale »*. En application de la loi n° 2000-391 du 9-5 (cette *Chronique*, n° 95, p. 180), les Mahorais se sont prononcés, le 2-7, par consultation (p. 11741), à près de 73 %, en faveur de cette solution institutionnelle.

– *Responsabilité des élus.* La loi n° 2000-647 du 10-7 (p. 10484) définit le délit non intentionnel commis par des décideurs publics. Aux termes du nouvel article 121-3 du Code pénal, ceux-ci sont « responsables pénalement s'il est établi [qu'ils] ont, soit violé de façon manifeste et délibérée une obligation particulière de prudence ou de sécurité prévue par la loi ou le règlement, soit commis une faute caractérisée et qui exposerait autrui à un risque d'une particulière gravité [qu'ils] ne pouvaient ignorer ». Le tribunal correctionnel de La Rochelle en a fait application, pour la première fois, le 7-9, en relaxant le maire de Courçon (Charente-Maritime) après la mort d'un enfant écrasé par une cage de football, mais en le condamnant au civil à des dommages-intérêts (*Le Monde*, 13-9).

– *Droit local alsacien-mosellan*. Conformément à l'article 3 du décret du 19-3-1859, l'exercice public d'un culte non reconnu par l'État est soumis, en principe, à une autorisation donnée par décret en Conseil d'État, indique le ministre de l'Intérieur (AN, *Q*, p. 4983). Cependant, cette disposition n'est plus appliquée depuis 1918 et, plus encore, au lendemain de la décision rendue par le Conseil constitutionnel, le 16-7-1971. Quant au pouvoir du préfet d'élever opposition (art. 61, al. 2 du Code civil local) contre l'inscription d'une association au registre tenu par le tribunal d'instance, il ne peut intervenir que par des motifs liés aux nécessités de l'ordre public (Conseil d'État, 25 juillet 1980, *ministre de l'Intérieur c. Église évangélique baptiste de Colmar*, *Rec.*, p. 320).

Par ailleurs, une disposition de la loi sur la chasse a été censurée par le Conseil constitutionnel (2000-434 DC), car elle ne précisait pas les motifs d'intérêt général justifiant la privation du droit de chasse, élément du droit local, pour une catégorie de propriétaires.

– *Intercommunalité*. Un premier bilan de l'application de la loi Chevènement du 12-7-1999 (cette *Chronique*, n° 92, p. 217) est dressé. « Le succès est autant quantitatif que qualitatif » : 50 communautés d'agglomération, regroupant 763 communes et 6 millions d'habitants, ont été constituées. Parmi les plus peuplées, on citera celles de Rouen, Grenoble et de Rennes ; au total, 7 «capitales régionales » (Rouen, Rennes, Clermont-Ferrand, Dijon, Amiens, Poitiers et Châlons-en-Champagne) et 21 chefs-lieux de département ont choisi cette nouvelle formule juridique. On assiste parallèlement à l'essor des groupements à taxe professionnelle unique (TPU) (AN, *Q*, p. 5531). L'indivisibilité de la République serait-elle accordée au fédéralisme, administratif, il est vrai ?

– *Libre administration*. En application de sa jurisprudence (6-5-1991, cette *Chronique*, n° 74, p. 199), le Conseil constitutionnel a rappelé le 12-7 (2000-432 DC) que, de la combinaison des articles 34 et 72 C, la loi ne saurait avoir pour effet « de diminuer les ressources globales des collectivités territoriales ou de réduire la part des recettes fiscales dans ces ressources au point d'entraver leur libre application ». En l'occurrence,

il a estimé que la suppression, à compter de 2001, de la part régionale de la taxe d'habitation compensée, pour l'essentiel, par le budget de l'État n'aboutissait pas à ce résultat.

– *Nouvelle-Calédonie.* Le décret 2000-804 du 24-8 (p. 13205) fixe la date et les modalités de transfert à cette dernière des services de l'État chargés de la mise en œuvre des compétences conférées par la LO du 19-3-1999 (cette *Chronique*, n° 90, p. 202).

V. *Conseil constitutionnel. Loi de finances. République*.

Conseil constitutionnel

– *Bibliographie*. A. Roux, « Le contrôle du Conseil constitutionnel », in *La Souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé, op. cit*., p. 339.

– *Chr. PA*, 26-7 et 28-7 ; *RFDC*, 2000, p. 341.

– *Notes*. J.-É. Schoettl, sous 2000-431 DC, *PA*, 12-7 ; 2000-434 DC, *ibid.*, 24-7 ; S. Hauchemaille, 25-7, 2-8 ; 2000-433 DC, 31-7 ; S. Hauchemaille, 23-8, 29-8 ; P. Larrouturou, 23-8, 29-8 ; Ch. Pasqua, 6-9, 13-9 ; S. Hauchemaille, 6-9, 13-9 ; A. Meyet, 11-9, 21-9 ; F. Luchaire, sous 2000-426 DC et 2000-427 DC, *RDP*, 2000, p. 863 ; A.-M. Le Pourhiet, sous 2000-428 DC *ibid.*, p. 883 ; F. Lemaire, *ibid.*, p. 907 ; O. Gohin, *ibid.*, *RFDA*, 2000, p. 737 ; P.-É. Spitz, sous 2000-431 DC, *RDP*, 2000, p. 1239.

– *Compétence*. « Il n'appartient pas au Conseil constitutionnel de statuer sur des vœux », exprimés par un requérant (6-9, *Hauchemaille*).

– *Compétence consultative et compétence codécrétale.* Sous couvert d'une compétence consultative (art. de l'ord. du 7-11-1958), le Conseil a été associé, de manière informelle, à l'élaboration des décrets organisant le référendum du 24-9. Cette démarche présente, par ailleurs, l'intérêt de prévenir les éventuels litiges. La même observation vaut pour les décisions et recommandations du CSA relatives aux conditions de production et de diffusion des émissions de la campagne (p. 11580 et 11584).

– *Compétence consultative et compétence juridictionnelle en matière d'actes préparatoires au référendum.* La décision *Hauchemaille* du 25-7 (p. 11768) marque une avancée significative. Originairement, si les attributions du Conseil revêtent, en l'espèce, un caractère consultatif (art. 46 de l'ord. du 7-11-1958), elles peuvent désormais emprunter « exceptionnellement » un caractère juridictionnel, sous l'aspect d'un recours pour excès de pouvoir. Conformément à sa jurisprudence *François Delmas*, en matière électorale (11 juin 1981, *CCF*, n° 19, p. 97), le Conseil, se fondant sur la mission générale de contrôle de la régularité des opérations référendaires (art. 60 C), a accepté pour la première fois, suivant la théorie des pouvoirs implicites, « de statuer sur les requêtes mettant en cause la régularité d'opérations à venir dans les cas où l'irrecevabilité qui serait opposée à ces requêtes risquerait de compromettre gravement l'efficacité de son contrôle des opérations référendaires, vicierait le déroulement général du vote ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics ».

6-7	2000-431 DC (p. 10486, 10487, 10488 et 10490). Loi relative à l'élection des sénateurs. V. *Code électoral*.
12-7	2000-432 DC (p. 10821 et 10822). Loi de finances rectificative pour 2000. V. *Collectivités territoriales. Loi de finances. Loi organique*.
	AN, Paris 2e, Lyne Cohen-Solal (p. 10916). V. *ci-dessous.*
20-7	2000-434 DC (p. 11550, 11554, 11557 et 11561). Loi relative à la chasse. V. *Amendement*. *Collectivités territoriales. Libertés publiques*.
25-7	Stéphane Hauchemaille (p. 11768). V. *ci-dessous*. Nomination des délégués du CC chargés de suivre sur place les opérations de référendum (p. 12129, *rect*. p. 13604).
27-7	2000-433 DC (p. 11922, 11927 et 11931). Loi modifiant la loi du 30-9-1986 relative à la liberté de communication. V. *Libertés publiques*. *Loi.*
23-8	Stéphane Hauchemaille (p. 13165), Pierre Larrouturou (p. 13166). V. *Référendum*.
6-9	Stéphane Hauchemaille (p. 14164), Charles Pasqua (p. 14165). V. *Partis politiques*. *Pouvoir réglementaire.*
11-9	Alain Meyet (p. 14432). V. *Loi. Ministre*.
25-9	2000-189 L. Délégalisation. V. *Pouvoir réglementaire.*

Cependant cette extension n'est pas sans limitations. Le Conseil a refusé d'examiner le 23-8 (*Hauchemaille*) un recours dirigé contre des actes préparatoires arrêtés par le CSA (recommandation du 24-7 et décision du 26-7). De la même manière, a-t-il statué, le 6-9 (*Hauchemaille*) s'agissant des arrêtés du Premier ministre du 23-8 (répartition du temps de parole entre les groupes parlementaires) et du 24-8 (liste des organisations politiques habilitées à participer à la campagne). Au-delà du renforcement de l'encadrement de l'opération référendaire (art. 11 et 89 C) en amont et en aval, la démarche du Conseil constitutionnel s'inscrit dans la logique de « l'unité de contrôle » (J.-É. Schoettl, *PA*, 29-8) ; en un mot, celle du bloc de compétences. L'existence de ce recours parallèle a amené le Conseil d'État à décliner la sienne (1er-9, *Pasqua*, *Mégret*), en considérant qu'il « fait obstacle » à son contrôle.

– *Compétence juridictionnelle*. Conformément à sa jurisprudence (21-7-1994, *Estrosi*, cette *Chronique*, n° 72, p. 171), le Conseil a rejeté, le 12-7, la demande de révision présentée par Mme Cohen-Solal contre l'élection de M. Tibéri, au motif qu'en dehors de la correction d'une erreur matérielle ses décisions « ne sont susceptibles d'aucun recours » (art. 62 C).

– *Conditions des membres.* À son tour (cette *Chronique*, n° 90, p. 184) M. A. Lancelot a été promu dans l'ordre national de la Légion d'honneur (décret du 13-7, p. 10837).

– *Décisions*. V. tableau *ci-dessus*.

– *Normes de constitutionnalité*. Un nouvel objectif de valeur constitutionnelle, celui de la liberté d'autrui, a été dégagé par le juge (2000-433 DC) venant après celui de l'accessibilité et de l'intelligibilité de la loi (cette *Chronique*, n° 93, p. 238). Quant au pluralisme des courants d'expression, le premier d'entre eux (27-7-1982, *Rec.*, p. 48), il est qualifié tantôt d'*objectif* (2000-433 DC), tantôt de *principe* (23-8, *Larrouturou*).

– *Observations dans la perspective de l'élection présidentielle (art. 58 C)*. En vue de la prochaine élection, le Conseil a formulé de nouvelles observations (p. 11403) (cette *Chronique*, n° 77, p. 246). Le projet de LO adopté en Conseil des ministres, le 1er-8, s'en inspire.

– *Observations sur le référendum (art 60 C et 89 C).* À l'issue de la votation du 24-9, le Conseil a présenté diverses observations (p. 15476). Il souhaite « donner un caractère permanent aux principales règles relatives à l'organisation du référendum et à la campagne » afférente. Cette « pérennisation répondrait à l'exigence démocratique de stabilité des règles de droit relatives à l'expression du suffrage ». Ainsi, le pouvoir réglementaire devrait « se borner à fixer les modalités d'application » de la loi, le droit de suffrage étant un droit civique (art. 34 C). Il formule l'avis que les documents envoyés aux électeurs comportent les prises de position des partis habilités à participer à la campagne. Concernant la composition des bureaux de vote, le Conseil se livre à une critique des élus locaux et des organisations politiques, face à la désaffection dont ils ont fait preuve. En dernière analyse, le Conseil livre des réflexions à propos de la durée des émissions de la campagne officielle et de l'outre-mer. Toutefois, on aurait aimé qu'il se prononçât en faveur d'une extension du financement public des opérations référendaires aux partis politiques.

– *Procédure*. Quelques aspects méritent réflexion. En dehors de la face cachée de la compétence consultative du Conseil, celui-ci a soulevé d'office un moyen d'ordre public, sur le fondement de l'incompétence négative du législateur (2000-433 DC). Le recours aux réserves d'interprétation a permis de valider des dispositions incriminées (2000-434 DC). La proclamation du référendum a été rendue au vu des rapports des délégués et de celui de deux rapporteurs. Cette votation a nourri un contentieux qui, pour être répétitif, sans songer à un autre qualificatif, n'en a pas moins présenté un aspect positif en tranchant certaines questions de droit. À preuve, les commentaires autorisés, puisés à la meilleure source.

V. *Code électoral. Collectivités territoriales. Libertés publiques. Loi. Partis politiques. Pouvoir réglementaire. Référendum. Révision de la Constitution.*

CONSEIL DES MINISTRES

– *Ordonnancement*. La pratique selon laquelle le chef de l'État y a le dernier mot a été à nouveau méconnue (cette *Chronique*, n° 91, p 211). Lors de la réunion du 26-7, M. Védrine a repris la parole à propos de la situation en Côte-d'Ivoire, M. Josselin ayant été mis en cause par le président (*Le Monde*, 30/31-7). Il en sera de même, le 1er-8 : M. Jospin est intervenu après la déclaration de M. Chirac sur la Corse (*ibid.*, 3-8).

– *Tradition républicaine*. M. Paul, nouveau secrétaire d'État à l'outre-mer, a été présenté au président par le Premier ministre, le 30-8, à l'entrée du salon Murat (cette *Chronique*, n° 94, p. 185).

V. *Ministres*. *Révision de la Constitution*.

CONSEIL SUPÉRIEUR
DE LA MAGISTRATURE

– *Bibliographie*. *Rapport d'activité 1999*, Les Éditions des Journaux officiels, 2000.

– *Mise au point*. La presse ayant affirmé, à l'occasion de l'avis négatif rendu sur la proposition de nomination du premier avocat général de la Cour de cassation (cette *Chronique*, n° 95, p. 184), que tous les magistrats membres du CSM appartenaient à l'Union fédérale des magistrats, quatre d'entre eux ont précisé qu'ils n'étaient pas membres de ce syndicat ni d'aucun autre (*Le Monde*, 12-7) ; compte tenu des membres non-magistrats, l'UFM n'est donc majoritaire ni dans la formation du siège ni dans celle du parquet (sur une précédente mise au point, V. cette *Chronique*, n° 71, p. 190).

– *Pouvoir d'avis*. Concernant le parquet (art. 65 C), 2 007 projets de nomination ont donné lieu à un total de 54 avis défavorables, dont 14 concernaient des emplois de procureur de la République, 7 ont été passés outre jusqu'en 1997 sur un total de 1 070 nominations, indique le garde des Sceaux (AN, *Q*, p. 5163). En revanche, depuis cette date, les 22 avis négatifs du CSM ont été suivis, sur un total de 937 nominations (*ibid*.).

CONSTITUTION

– *Bibliographie*. X. Prétot, « La Cour de cassation, la Constitution et les traités » (arrêt de l'assemblée plénière, « Mlle Fraisse », 2-6-2000), *RDP*, 2000, p. 1037 ; J.-Cl. Douence et B. Faure, « Y a-t-il deux constitutions ? », *RFDA*, 2000, p. 746.

V. *Autorité juridictionnelle*. *Loi*. *Référendum*. *Révision de la Constitution*.

CONTENTIEUX ÉLECTORAL

– *Concl*. L. Touvet, sous CE, 29-3-2000, *Le Pen*, *RDP*, 2000, p. 933.

– *Compte de campagne*. En l'absence de jurisprudence transposable concernant les interventions de candidats sur la chaîne parlementaire, le ministre de l'Intérieur s'en remet à la CCFP et au juge de l'élection, tout en recommandant, en dépit du principe de la séparation des pouvoirs, « la plus grande prudence aux parlementaires et aux sociétés de programme » (AN, *Q*, p. 4563).

COUR DE JUSTICE
DE LA RÉPUBLIQUE

– *Bibliographie*. D. de Bellesize, « Cour de justice de la République et loi sur la presse », *PA*, 26-9.

– *Pourvoi en cassation*. L'assemblée plénière de la Cour de cassation a repoussé, le 12-7 (*PA*, 14-8), le pourvoi formé par des enseignants, à la suite de la relaxe prononcée par la Cour de justice, le 15-5 (cette *Chronique*, n° 95, p. 184), en faveur de Mme Royal, en faisant préva-

loir, du point de vue de la hiérarchie des normes, l'article 13 de la LO du 23-11-1993 sur l'article 46 de la loi du 29-7-1981 en matière de presse (cette *Chronique*, n° 95, p. 184).

– *Saisine de la commission des requêtes.* Des plaintes ont été déposées par les familles de victimes de l'amiante, le 31-8, contre 9 ministres de l'Industrie et de l'Équipement entre 1977 et 1993 (*Libération*, 2/3-9) (cette *Chronique*, n° 95, p. 184).

Droit communautaire

– *Bibliographie*. P.-Y. Monjal, *Les Normes de droit communautaire*, PUF, « Que sais-je ? », n° 3560, 2000 ; H. Gaudin, « Chronique de jurisprudence communautaire » (1999-2000), *RDP*, 2000, p. 1051 ; « Vers une Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ? » (table ronde Paris-II), *Regards sur l'actualité*, n° spécial 264, La Documentation française, 2000.

Droit constitutionnel

– *Bibliographie*. Th. S. Renoux et M. de Villiers. *Code constitutionnel*, 2e éd., Litec, 2000 ; J.-L. Pezant, « De la situation de nécessité. Réflexions sur les avatars du raisonnement juridique dans la matière constitutionnelle », *RFDC*, 2000, p. 271.

Dyarchie

– *Bibliographie*. Ph. Labro, « Le hussard et l'horloger » (D. de Villepin et O. Schrameck), *Le Monde*, 19-9.

I. *Ordre interne.* Lors du traditionnel entretien du 14 Juillet, le chef de l'État a précisé que sa vision des choses et son jugement ne sont pas les mêmes que ceux du Premier ministre. « Très inquiet » de l'insécurité qui se banalise, il a évoqué l'assurance-chômage dont il redoute l'étatisation, déploré la stagnation du pouvoir d'achat et l'élargissement de la fracture sociale. « Il y aura beaucoup à dire quand viendra le temps des débats », a répliqué L. Jospin d'Avignon (*Le Monde*, 19-7). Quant à la Corse, le chef de l'État s'est borné à rappeler au Conseil des ministres du 1er-8 que les réformes engagées « devront respecter les principes de notre République », ce dont le Premier ministre a pris acte (*ibid*., 3-8), et il a annoncé qu'il attendra pour se prononcer de connaître avec précision le texte du projet de statut (*ibid*., 5-9). À l'occasion du conflit des routiers, J. Chirac estima « anormal » que l'État « profite de la hausse du pétrole », le 13-9, puis s'inquiéta de la faible participation escomptée au référendum devant les jeunes d'Issy-les-Moulineaux ; L. Jospin répliqua le 19-9 en soulignant que « le président actuel a changé d'opinion » à propos du quinquennat, et en lui imputant le désintérêt pour la révision : « Il aurait fallu que le quinquennat soit inscrit dans une réforme plus ample, plus lisible de la Ve République. Cette ouverture n'a pas été faite par le président qui n'a pas accordé au Parlement le droit de présenter des amendements [...]. Puisque, désormais, la responsabilité du président n'est engagée ni à la faveur d'un référendum, ni devant le Parlement (à l'occasion des élections législatives), qu'il revienne plus souvent devant les Français, ce sera une façon de le responsabiliser » (*ibid*., 21-9). Deux jours

plus tard, l'intéressé a souhaité, à FR3, que « les Français prennent les dix minutes nécessaires, dimanche, pour aller voter », tout en réitérant les critiques qu'il avait formulées au Conseil des ministres du 20 sur l'insuffisance de la baisse des impôts (*ibid*., 22 et 23-9). Le chef de l'État, qui avait dénoncé la « manipulation » de l'affaire Méry, devait reprendre l'initiative le 25, à l'occasion des informations mettant en cause à ce propos M. Strauss-Kahn, en exigeant que le Premier ministre diligente une enquête « à la suite de l'éventuelle implication de son ancien ministre de l'Économie ». Le lendemain, L. Jospin fit allusion au chef de l'État devant les parlementaires socialistes en le qualifiant : « Le premier de nos opposants » (*ibid*., 27-9).

II. *Ordre externe*. Outre la présidence française de l'Union européenne depuis le 1er-7 (cette *Chronique*, n° 95, p. 186), l'évolution politique de la Côte-d'Ivoire a retenu l'attention des autorités françaises. À preuve, le communiqué publié, le 25-7, par le ministre des Affaires étrangères, rédigé en concertation avec le palais de l'Élysée (*Le Monde*, 30/31-7). La traditionnelle conférence annuelle des ambassadeurs de France qui s'est tenue le 28-8 a été l'occasion pour le président de prolonger sa réflexion sur l'idée de « constitution européenne », qui avait provoqué une friction avec le gouvernement (cette *Chronique*, n° 95, p. 186). Cependant, M. Védrine a reconnu que « le mot… a acquis une force propre qui répond à un besoin de clarté et de lisibilité » (*Le Monde*, 30-8).

Le chef de l'État s'est rendu seul à la réunion du « G8 » à Nago, dans l'île d'Okinawa au Japon, le 21-7 (*ibid.*, 22-7) et au sommet du millénaire organisé par l'ONU à New York, le 6-9 (*ibid.*, 8-9).

V. *Gouvernement*. *Premier ministre*. *Président de la République*. *Référendum*.

GOUVERNEMENT

– *Collégialité*. Les ministres réunis à Matignon, le 21-9, ont souhaité revenir à l'esprit de collégialité de naguère. « Nous n'avons plus la même façon de débattre collectivement » a observé Mme Guigou (*Libération*, 22-9).

– *Composition*. Le désaccord politique relatif à l'évolution institutionnelle de la Corse entre MM. Jospin et Chevènement a été à l'origine de la démission de celui-ci, le 29-8. Il avait annoncé, entre autres, dès le 27-7, qu'il refusait de soutenir la discussion du projet de loi devant le Parlement (*Le Monde*, 29-7). M. Vaillant, ministre des Relations avec le Parlement, a été nommé place Beauvau, tandis que M. Queyranne, secrétaire d'État à l'outre-mer, lui succédait en cette qualité. M. Christian Paul, député (Nièvre, 3e) (S) (cette *Chronique*, n° 93, p. 254), entre au gouvernement à cette dernière fonction : secrétaire d'État, il est délégué auprès du ministre de l'Intérieur (décret du 29-8, p. 13376). C'est le 9e remaniement du gouvernement Jospin (cette *Chronique*, n° 94, p. 192).

À ce propos, conformément au principe de continuité de l'action des pouvoirs publics, le Conseil constitutionnel a rappelé, le 6-9, (décision *Hauchemaille*) que ledit décret prenait « effet immédiatement », ou, en d'autres termes, « sans attendre sa publication

au *Journal officiel* (29 décembre 1989, « Loi des finances pour 1990 », n° 53, p. 187). Cette décision consacre l'interprétation du Conseil d'État (20 janvier 1988, *Commune de Pomérol*, *RDP*, 1988, p. 1137, concl. J. Massot). À un député qui faisait observer au Premier ministre qu'aucun membre du gouvernement n'était issu du secteur privé, celui-ci a indiqué que le choix des ministres s'opérait en prenant en compte « leur engagement au service de la nation et leurs compétences, et non leur origine professionnelle » (AN, *Q*, p. 5130).

– *Record de longévité républicaine*. Le gouvernement Jospin le détient désormais depuis le 7-9, soit depuis le 2-6-1997: 3 ans, 3 mois et 5 jours. Le précédent était celui du gouvernement Debré (8 janvier 1959-12 avril 1962) : 3 ans, 3 mois et 4 jours. Un second record, celui unique d'un gouvernement de législature est d'ores et déjà prévisible (cette *Chronique*, n° 94, p. 193).

– *Solidarité*. Le plan Jospin sur la Corse l'a mise à rude épreuve, à l'occasion, notamment, de la réunion des ministres, le 6-7. Outre la démission de M. Chevènement, le 29-9, M. Mélenchon a estimé : « Mieux vaudrait perdre la Corse que la République » (*Marianne*, 28-8). Quant à Mme Voynet, après s'être heurtée à M. Chevènement sur le tracé du futur TGV Rhin-Rhône (*Le Monde*, 7-7), elle devait, ainsi que M. Hascoët, contester, le 6-9, l'accord conclu avec les transporteurs routiers (*ibid*., 9-9). Toutefois, M. Jospin apportera à la ministre l'apaisement, le 11-9, en annonçant un plan d'économie d'énergie, « sur [sa] suggestion » (*ibid*., 12-9). Mme Aubry et M. Fabius se sont opposés, le 19-9, sur le cadrage des dépenses de santé (*ibid*., 20-9). De la même manière, M. Gayssot et Mme Tasca ont contesté les choix de celui-ci, lors de la réunion des ministres, le 21-9 (*Libération*, 22-9).

Groupes

– *Association*. Les présidents des groupes RPR, UDF et DL de l'Assemblée nationale et du Sénat ont annoncé le 16-7 la création de l'Association des présidents des groupes parlementaires de l'opposition afin de préparer avec les partis politiques les prochaines conditions de l'alternance (*Le Monde*, 18-7).

– *Présidence*. À la suite de son échec aux élections municipales d'Ajaccio, J. Rossi, député de Corse-du-Sud, a annoncé qu'il démissionnait de la présidence du groupe Démocratie libérale-Indépendants à l'Assemblée nationale (*BQ*, 20-9).

Habilitation législative

– *Code de la route*. L'ordonnance 2000-930 du 22-9 (p. 15056) en détermine la partie législative.

V. *Loi*.

Immunités parlementaires

– *Inviolabilité*. La chambre criminelle de la Cour de cassation a cassé, le 27-9 (*BQ*, 23-9), l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 22-4 (cette *Chronique*, n° 94, p. 197) qui avait dispensé M. Charasse, sénateur (S), de payer une amende pour refus de témoigner en justice dans une

enquête relative à l'Assistance publique. Se fondant sur l'article 6-1 de la CEDH, la chambre d'accusation avait considéré que le juge d'instruction qui avait infligé l'amende ne saurait constituer « une juridiction indépendante et impartiale » ; cette analyse, qui reconnaissait l'ambiguïté du statut du juge d'instruction, n'a pas convaincu la chambre criminelle dont l'arrêt souligne que l'ordonnance avait été prise sur les réquisitions du parquet après débats contradictoires, dans le respect des droits de la défense, et qu'elle était susceptible de recours. M. Charasse a indiqué qu'il ferait opposition, n'ayant pas été informé de la date de l'audience ni des griefs de la Cour (*BQ*, 29-9).

Le pourvoi formé par M. Malécot, sénateur (UC), contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 7-6-1999 (cette *Chronique*, n° 91, p. 218) pour harcèlement téléphonique a été rejeté par la Cour de cassation (*BQ*, 29-9). M. Cazenave, député (RPR), a été condamné, le 20-9, par la cour d'appel de Grenoble à vingt-trois mois de prison avec sursis et 300 000 F d'amende pour abus de biens sociaux et recel (cette *Chronique*, n° 94, p. 245) (*BQ*, 13-9 et 21-9). La cour d'appel de la Réunion a condamné, le 6-7, E. Hoarau, député (RVC), à un an de prison avec sursis, trois ans de privation des droits civiques et 50 000 F d'amende pour une affaire de fraude électorale remontant à 1989 (*BQ*, 7-7). M. Gremetz, député (C) de la Somme, a été condamné, le 12-9, à 20 000 F d'amende par la cour de Paris pour outrage envers des policiers devant le conseil régional de Picardie ; il a également été condamné par la cour de Douai, le 20-9, à deux ans d'inéligibilité pour des violences commises près d'Amiens (cette *Chronique*, n° 94, p. 196).

IRRECEVABILITÉ

V. *Loi.*

LETTRE RECTIFICATIVE

– *Nature*. Conformément à sa jurisprudence (28-12-1990, « Loi de finances pour 1991 », cette *Chronique*, n° 57, p. 183), le Conseil constitutionnel a jugé, le 27-7 (2000-433 DC), que cette modalité « constitue, non un amendement apporté par le gouvernement […], mais la mise en œuvre du pouvoir d'initiative des lois que le Premier ministre tient du premier alinéa de l'article 39 C » (v. notre *Droit parlementaire*, 2e éd., 1996, p. 162) (cette *Chronique*, n° 90, p. 188).

V. *Loi. Premier ministre.*

LIBERTÉS PUBLIQUES

– *Bibliographie*. P. Wachsmann, *Libertés publiques*, 3e éd., Dalloz, 2000 ; E. Aubin, « Les nouvelles conditions de l'accueil des gens du voyage », *PA*, 22/23-8 ; E. Durrieux, « La loi du 15 juin 2000 et le droit de la communication », *ibid.*, 18-7 ; J. Gicquel, « Préférence territoriale et démocratie », dans *La Souveraineté partagée en Nouvelle-Calédonie et en droit comparé*, *op. cit,* p. 379 ; O. Gohin, « Le droit de vote en Nouvelle-Calédonie », *ibid.*, p. 387 ; F. Rolin, E. Corouge, « Le transfèrement des étrangers condamnés », *RFDA*, 2000, p. 808.

– *Chr*. F. Sudre (dir.), CEDH, *RDP*, 2000, p. 699 ; L. Burgorgue-Larsen (dir.), « Jurisprudence européenne comparée », *ibid.*, 2000, p. 1081.

– *Dignité de la personne humaine*. Le TGI de Nanterre a condamné, le 20-9, la chaîne Canal + à verser des dommages-intérêts à l'Association des personnes de petites taille pour des blagues assimilées à un abus de la liberté d'expression. Ladite chaîne a été condamnée, sous peine d'astreinte, à diffuser cette condamnation (*Le Monde*, 22-9).

– *Droit à la liberté et à la sûreté*. Un placement d'office dans un hôpital psychiatrique, a jugé le Conseil d'État, le 28-7 (arrêt « M. *Ea* »), doit respecter les énonciations de l'article 5 de la Convention européenne des droits de l'homme, sous peine d'être dénaturé et relever de la compétence du juge judiciaire.

– *Droit à un procès équitable*. Il fallait lire 4-*1* (cette *Chronique*, n° 94, p. 198).

– *Droit de propriété*. À l'occasion de la décision « Loi sur la chasse » (2000-434 DC), le Conseil constitutionnel a estimé « que le droit de chasse sur un bien foncier se rattache au droit d'usage de ce bien, attribut du droit de propriété », et rappelé (29-7-1998, cette *chronique*, n° 88, p. 169) « qu'il ne peut être apporté de limitation à l'exercice de ce droit qu'à la double condition que ces limitations obéissent à des fins d'intérêt général et n'aient pas un caractère de gravité tel que le sens et la portée du droit de propriété s'en trouveraient dénaturés ».

– *Égalité devant la loi*. Le CC a rappelé de manière classique (2000-433 DC) qu'une différence de situation entre chaînes privées et publiques de télévision justifie un traitement différent pour l'attribution des nouvelles fréquences du numérique terrestre, ainsi que des bouquets satellitaires.

– *Égalité des sexes.* Par-delà la terminologie en faveur de la professeure (p. 13687) et de la consule (p. 11222), Mme Bechtel, conseillère d'État, est devenue, de manière inédite, directrice de l'ENA (décret du 14-9, p. 14614).

– *Informatique et liberté.* La CNIL a présenté, le 5-7 (cette *Chronique*, n° 92, p. 225), son 20e rapport d'activité. Le président Gentot a insisté sur « le devoir de précaution » s'agissant de l'utilisation des fichiers dont le nombre ne cesse de croître. Par ailleurs, la multiplication des téléphones portables est inquiétante en ce qu'ils pourraient se transformer en véritables bracelets électroniques (*Le Monde*, 7-7).

– *Liberté d'aller et venir.* La loi n° 2000-614 du 5-7 (p. 10189) précise les conditions d'accueil et d'habitat des gens du voyage.

– *Liberté d'association*. La décision « Loi sur la chasse » rendue par le Conseil constitutionnel (2000-434 DC) indique que celle-ci est au nombre des *PFRLR*, mais « que cette liberté ne s'oppose pas à ce que des catégories particulières d'associations (les fédérations de chasseurs) fassent l'objet de mesures spécifiques de contrôle de la part de l'État en raison notamment des missions de service public auxquelles elles participent ».

– *Liberté de communication*. « Dernier épisode en date d'un feuilleton constitutionnel » (J.-É. Schoettl), la loi n° 2000-719 du 1er-8 (p. 11903) modifie, pour la 12e fois, la loi du 30-9-1986, en l'ouvrant à Internet et à la télévision par voie hert-

zienne terrestre en mode numérique. Outre des aspects procéduraux (v. *Amendement. Lettre rectificative*), le juge a été appelé à se prononcer sur la conformité de diverses dispositions (2000-433 DC). S'agissant des normes de constitutionnalité applicables, il appartient au législateur « de concilier, en l'état de la maîtrise des techniques et des nécessités économiques d'intérêt général, l'exercice de la liberté de communication (art. 11 de la Déclaration de 1789) […] avec les objectifs de valeur constitutionnelle que sont la sauvegarde de l'ordre public, la liberté d'autrui et la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression socioculturels auxquels ces modes de communication […] sont susceptibles de porter atteinte ». L'article 8 de la loi déférée a été censuré, au motif que la publication des auditions et débats du CSA en vue de la désignation des présidents du conseil d'administration des sociétés publiques méconnaissait « l'entière liberté de parole », tant des candidats que des membres de l'autorité administrative indépendante, en vue de « l'élaboration d'une décision collégiale ». Bref, il était de nature « à porter atteinte à "la nécessaire sauvegarde de la vie privée" desdites personnes ». Quant au pouvoir de sanction inhérent au CSA « dans la mesure nécessaire à l'accomplissement de sa mission » (cette *Chronique*, n° 50, p. 193), les articles 71 et 72 de la loi retenaient la modalité d'une insertion automatique d'un communiqué dans les programmes, en cas de manquement à ses obligations, d'une société. Le principe constitutionnel de la nécessité des peines (art. 8 de la Déclaration de 1789) s'y oppose désormais (99-410 DC, 15-3-1999 *Nouvelle-Calédonie*, cette *Chronique*, n° 90, p. 201). Dans le même ordre d'idée, le Conseil a statué *proprio motu* en estimant que le législateur n'avait pas pleinement exercé sa compétence en matière de responsabilité pénale des « hébergeurs » ou serveurs informatiques (art. 1er de la loi examinée) au cas où ils n'auraient pas « procédé aux diligences appropriées ». Cette formule est apparue « trop imprécise ».

– *Liberté de communication (suite).* Le CSA a adressé une remontrance aux chaînes France 2 et LCI pour avoir traduit, par lecture sur les lèvres, et diffusé, le 3-7, la conversation privée, à l'issue de la finale de l'Euro 2000, entre le capitaine de l'équipe de football, Didier Deschamps, et son entraîneur, Roger Lemerre (*Libération*, 14-7).

Le Conseil d'État a annulé, le 3-7, la décision du CSA autorisant la publicité des sites Internet (*Le Monde*, 5-7). Une nouvelle télévision locale, *TV Breitz* émet en langue bretonne depuis le 1er-9.

– *Liberté d'entreprendre.* Les limitations apportées par le législateur à celle-ci, en vue de préserver le caractère pluraliste des courants d'expression, estime le Conseil constitutionnel (2000-433 DC), ne saurait la limiter « dans des proportions excessives » (cette *Chronique*, n° 94, p. 200). Que la part maximale détenue, en l'occurrence, par une même personne physique ou morale dans une société de télévision numérique soit fixée à 49 % du capital n'a pas porté une « atteinte disproportionnée » à ladite liberté.

– *Liberté d'expression et respect de la vie privée.* La cour d'appel de Caen a confirmé, le 21-7, l'interdiction prononcée par ordonnance de référé, le 12-7, de la publication par l'écrivain

Françoise Chandernagor dans le *Figaro littéraire*, consacrée à la disparition d'un couple et de leurs enfants (*Le Monde*, 14 et 23/24-7).

– *PACS*. Les éléments d'information figurant sur la fiche d'état civil (décret du 26-9-1953) ne concernent pas ce pacte, en ce qu'« il ne modifie pas l'état civil ni la situation familiale des personnes qui le concluent », estime le garde des Sceaux (AN, *Q*, p. 4745). Au surplus, celui-ci a précisé que la loi du 15-11-1999 n'autorise pas la conclusion dudit pacte à titre posthume (p. 4987).

– *Principe d'impartialité* (art. 6, CEDH). Le décret 2000-721 du 1er-8 modifie les dispositions du décret 90-263 du 23-3-1990 relatives à la procédure de sanctions administratives prononcées par la COB (p. 11939) (cette *Chronique*, n° 94, p. 201).

– *Privatisation.* Le décret 2000-700 du 26-7 (p. 11564) a décidé le transfert au secteur privé d'une part majoritaire du capital de la société Thomson Multimedia.

Loi

– *Bibliographie*. J.-Cl. Casanova, « La prolifération des lois » (« La nomorrhée »), *Le Figaro*, 20-9.

– *Domaine.* Fidèle à sa décision de principe du 30-7-1982 (*Blocage des prix et des revenus*, *CCF*, n° 23, p. 276), le Conseil constitutionnel a rappelé le 27-7 (2000-433 DC) « que n'est pas frappée d'inconstitutionnalité, du seul fait de sa nature réglementaire, une disposition contenue dans une loi, lorsque le gouvernement ne s'est pas opposé à son insertion, par la voie d'une irrecevabilité ».

– *Contrôle de constitutionnalité*. En matière électorale, comme désormais en matière référendaire, le contrôle de la loi, par voie d'exception, ne peut être accueilli par le Conseil constitutionnel (11-9, décision *Meyet*).

V. *Autorité juridictionnelle. Constitution. Loi organique. Pouvoir réglementaire.*

Loi de finances

– *Bibliographie*. M. Bouvier, *Introduction au droit fiscal général et à la théorie de l'impôt*, LGDJ, 3e éd., 2000.

– *Conformité de la loi de finances rectificative pour 2000*. La loi n° 2000-656 du 13-7 (*JO* du 14-7) a été promulguée après saisine du CC (2000-432 DC).

V. *Collectivités territoriales. Loi organique.*

Loi organique

– *Domaine*. Conformément à l'article 34 C, « il n'appartient qu'à la loi organique d'imposer une prescription au législateur financier », a jugé le Conseil constitutionnel (2000-433 DC). La redevance cynégétique qui est une imposition de toute nature n'est pas réservée à la compétence exclusive des lois de finances (2000-434 DC).

LOI DE FINANCEMENT
DE LA SÉCURITÉ SOCIALE

– *Bibliographie*. M.-J. Aglae, « Les cavaliers sociaux », *RDP*, 2000, p. 1153.

LOI DU PAYS

V. *Collectivités territoriales.*

MINISTRES

– *Condition*. M. Jack Lang a été débouté, le 19-9, par la 17e chambre du tribunal correctionnel de Paris, du procès en diffamation qu'il avait intenté aux auteurs du livre, *L'Omerta française*, publié en 1999, qui s'interrogeaient sur la relation entre l'état de son patrimoine immobilier et l'utilisation des fonds spéciaux (*Libération*, 20-9).

Le conseil des ministres réuni le 26-7 a autorisé M. Pierret à être entendu comme témoin assisté, en application de l'article L 52 du Code de procédure pénale, dans une affaire pendante devant le tribunal de Saint-Dié-des Vosges (*Le Monde,* 29-7). L'audition devant le juge d'instruction s'est déroulée le 7-8 (*ibid*., 9-8).
Quant à Mme Parly, elle a donné naissance à un fils (*BQ*, 29-9).

– *« Ministres responsables »* (art. 19 C). Le Conseil constitutionnel (décision *Hauchemaille*, 25-7) a consacré la jurisprudence administrative (CE, 10 juin 1966, *Pelon*, *Rec.*, p. 384) à laquelle, du reste, faisait référence la circulaire Juppé du 30-1-1997, en les définissant comme ceux d'entre eux à qui « ils incombent à titre principal de préparer et d'appliquer le décret en cause du président de la République ». En l'espèce, l'absence du contreseing des ministres de la Justice et des Relations avec le Parlement au décret 2000-655 du 12-7, portant organisation du référendum, était justifiée au motif que ceux-ci n'avaient pas la qualité de ministres responsables. Quant à la critique dirigée contre le décret 2000-666 du 18-7 relatif à la campagne référendaire, un rectificatif (p. 11135) a ajouté les ministres de la Justice et des Affaires étrangères, privant ainsi d'effet le grief articulé. À l'occasion d'une nouvelle décision *Meyet*, le 11-9, le Conseil constitutionnel a estimé qu'en matière de campagne audiovisuelle (décret 2000-667 du 18-7) le garde des Sceaux n'avait pas la qualité de ministre responsable.

– *Règle de comportement*. Au cours de la réunion des ministres, le 7-9, M. Jospin a invité ceux-ci à faire preuve de solidarité et à éviter de « théâtraliser » leurs déclarations (*Le Monde*, 9-9).

V. *Cour de justice de la République. Gouvernement. Questions écrites. Référendum.*

ORDRE DU JOUR

– *Retrait*. Le projet de LO relatif à l'élection du président de la République qui avait été déposé sur le bureau du Sénat, le 1er-8, a été retiré, le 6-9, pour être soumis à l'Assemblée nationale (p. 14118).

PARLEMENTAIRES EN MISSION

– *Nominations*. M. Gouzes (Lot-et-Garonne, 2e) (S) a été nommé par un décret du 17-7 (p. 11015) auprès des ministres de la Justice, des Affaires

étrangères et de la ministre déléguée à la Famille. M. Cabiddu (Pas-de-Calais, 11e) (S) l'a été, pour sa part, à l'Économie et aux Finances et au secrétariat d'État à l'Industrie (décret du 6-9, p. 13988) ; de la même façon que M. Launay (Lot, 2e) (S), décret du 18-9 (p. 14638), M. Bockel (Haut-Rhin, 5e) (S) a été investi de cette qualité auprès de M. Fabius (décret du 25-9, p. 15179). Peut-on espérer, un jour, que l'objet de la mission soit mentionné, afin d'éclairer le lecteur ? Le précédent Christian Paul (cette *Chronique*, n° 95, p. 194) a fait école : le décret 2000-756 du 1er-8 détermine les conditions de rémunération des collaborateurs des commissions, comités, missions ou groupes de travail constitués auprès des parlementaires ou des personnalités chargées de missions temporaires (p. 12222).

V. *Assemblée nationale.*

Partis politiques

– *Campagne du référendum*. Le décret n° 2000-667 du 18-7 habilite à participer à la campagne radiotélévisée deux catégories de partis : 1° les partis représentés par au moins cinq députés ou cinq sénateurs au sein d'un groupe parlementaire ; 2° les autres partis ayant obtenu au moins 5 % des suffrages exprimés à l'élection des représentants au Parlement européen du 13-6-1999.
Ces dispositions ont été contestées devant le Conseil constitutionnel qui a écarté les requêtes. D'une part, en réservant aux partis l'accès aux émissions télévisées nationales, les auteurs du décret « n'ont fait que mettre en œuvre les dispositions de l'article 4 de la Constitution » (*Pasqua*, 6-9). D'autre part, « en raison notamment du temps d'antenne disponible à la radio et à la télévision en vue de la campagne officielle », ils n'ont « ni porté atteinte à l'égalité entre les partis, ni violé le principe de valeur constitutionnelle du pluralisme des courants d'idées et d'opinions » (*Larrouturou*, 23-8). Plus précisément, « les critères de représentativité retenus permettent que soient portés à la connaissance des électeurs les différentes prises de position » (*Pasqua*, 6-9). Enfin, les conditions de participation des partis à la campagne des élections européennes ne peuvent être contestées, car ce motif met en cause une élection passée (*Larrouturou*, 23-8).

V. *Conseil constitutionnel. Référendum.*

– *Contentieux judiciaire*. Le bureau national du PS ayant retiré son investiture pour les élections municipales de 2001 à M. Lecourtiller, maire (S) de Plaisir (Yvelines), celui-ci a saisi le juge des référés de Paris, lequel a estimé qu'il « n'appartient pas aux juges des référés, ni plus généralement aux tribunaux de l'ordre judiciaire, de s'immiscer dans l'organisation des opérations électorales de nature politique » (*Le Monde*, 2-8). En revanche, le conseil des prud'hommes de Soisson a condamné la fédération de l'Aisne du PCF pour le licenciement d'une militante qu'elle avait employée sans la déclarer (*ibid*., 9-8).

Pouvoir réglementaire

– *Compétence supplétive*. Dans la décision *Hauchemaille* rendue, le 6-9, le Conseil constitutionnel a jugé, tel

naguère le Conseil d'État (10-9-1992, *Meyet*, *RFDA*, 1992, p. 1095), qu'en l'absence de dispositions législatives permanentes en matière référendaire, il incombe au pouvoir réglementaire, en procédant aux « adaptations justifiées », « de fixer les modalités d'exécution de la décision par laquelle le président de la République […] soumet un texte au référendum ». La continuité de l'action présidentielle se trouve, de la sorte, assurée.

– *Contreseings*. C'est à tort, estime le Conseil constitutionnel dans sa décision du 25-8, que M. Hauchemaille critique l'absence du contreseing des ministres de la Justice et des Relations avec le Parlement sur le décret 2000-655 du 12-7 par lequel le président de la République décide de soumettre le projet de révision au référendum ; en effet, ces ministres n'ont pas la qualité de ministres *responsables* au sens de l'article 19 C, dès lors qu'il ne leur incombe pas à titre principal de préparer et d'appliquer le décret en question. On observera cependant que ledit décret n'a pas été délibéré en Conseil des ministres et qu'aux termes de la jurisprudence Sicard (CE, Ass., 27-4-1962) les contreseings exigés en pareil cas ne sont pas ceux visés à l'article 19 C, mais ceux de l'article 22 C, c'est-à-dire ceux des ministres *chargés de l'exécution*. Pour le même motif, le garde des Sceaux n'ayant pas, en l'espèce, la qualité de ministre responsable, n'avait pas à contresigner le décret 2000-667 du 18-7 relatif à la campagne (*Meyet*, 11-9).

D'autre part, M. Hauchemaille demandait également l'annulation du décret 2000-666 du 18-7 portant organisation du référendum, auquel il reprochait l'absence de contreseing des ministres de la Justice et des Affaires étrangères, omission bien réelle cette fois que répara un rectificatif paru au *JO* du 20-7 (p. 11135), de sorte que le Conseil, dans sa décision du 25, put constater que le grief manque en fait s'agissant du décret rectifié.

– *Délégalisation*. La désignation d'une autorité administrative ressortit à la compétence du pouvoir réglementaire, a jugé le Conseil constitutionnel, de manière classique (2000-189 L).

– *Entrée en vigueur*. Dans une autre requête, M. Hauchemaille critiquait le décret du 31-8 au motif que les nominations au gouvernement de MM. Vaillant et Paul n'avaient pas produit leurs effets à la date à laquelle ils ont contresigné ce décret ; écartant le grief, la décision du 6-9 rappelle que le président de la République a signé le décret de nomination le 29-8 et que cette décision a pris effet immédiatement, de sorte que MM. Vaillant et Paul exerçaient leurs fonctions lorsque le décret a été délibéré et contresigné.

V. *Conseil constitutionnel. Président de la République. Référendum.*

PREMIER MINISTRE

– *Arbitrage*. Si l'aspect nébuleux du mot rapporté au chef de l'État (art. 5 C) nourrit les interrogations, en revanche, il s'avère d'une parfaite limpidité s'agissant du Premier ministre. « Mes arbitrages qui annoncent les décisions » : la formule de M. Jospin, à propos du plan Fabius de réduction des impôts, le 31-8, l'atteste (*Le Monde*, 2-9).

– *Pouvoir d'initiative des lois*.

V. *Lettre rectificative.*

– *Pouvoir de police*. Le renvoi à un décret en Conseil d'État des dispositions d'application des règles de sécurité édictées par la loi relative à la chasse a été contesté en raison de l'habilitation très large accordée au gouvernement, qui méconnaîtrait la compétence du législateur. La décision n° 434 DC écarte le grief : « L'article 34 de la Constitution ne prive pas le chef du gouvernement des attributions de police générale qu'il exerce en vertu de ses pouvoirs propres et en dehors de toute habilitation législative. »

– *Secret défense*. Le ministre de l'Économie et des Finances a saisi le 10-8 (*Le Monde*, 23-8) la commission compétente à propos de l'affaire Elf (cette *Chronique*, n° 95, p. 195).

V. *Gouvernement. Ministres. Président de la République.*

Président de la République

– *Bibliographie*. D. Chagnollaud, *Un président peut en cacher un autre*, Flammarion, 2000 ; R. Ferretti, « La fonction présidentielle : constantes et variantes », *PA*, 1er-9.

– *Collaborateurs*. Le chef de bataillon G. de Jerphanion a été nommé aide de camp du président de la République le 4-7 (*JO* du 5-7), le colonel de gendarmerie J.-P. Vincent commandant militaire de la présidence le 7-7 (*JO* du 10-7), le colonel S. Abrial et le commissaire-chef de la marine S. Peron à l'état-major particulier le 1er-8 (*JO* du 6-8) ; M. R.-O. Maistre a été nommé conseiller pour l'éducation et la culture le 1er-8, en remplacement de Mme Ch. Albanel, et Mme H. Perroud chargée de mission le 1er-8 (*JO* du 2-8) ; M. Ph. Bas a été nommé secrétaire général adjoint de la présidence, en remplacement de M. O. Dutheillet de Lamothe, M. F. Salat-Baroux conseiller social et Mlle E. Sandor chargée de mission, le 13-9 (*JO* du 15-9).

– *Déplacement*. Le chef de l'État s'est rendu en Charente, successivement à Rouillac, Angoulême et Cognac les 21 et 22-9 (*Le Monde*, 23-9) (cette *Chronique*, n° 94, p. 208).

– *Droit de grâce*. Suivant la tradition, M. Chirac a signé un décret de grâce collective à l'occasion de la fête nationale (*Le Monde*, 15-7) (cette *Chronique*, n° 92, p. 229).

– *« Éclaireur »*. Le chef de l'État a énoncé ce nouveau rôle, le 14-7 : « C'est un fait. Il m'arrive d'éclairer le terrain, de dire ce que je pense lorsque j'estime que c'est important. Et puis le gouvernement assume la responsabilité de ce qu'il fait. Et moi, régulièrement je suis comme éclaireur en quelque sorte. Le président de la République n'est pas un arbitre seulement : il est acteur. Il est là aussi pour dire aux Français comment il voit les choses, comment il anticipe l'avenir » (*Le Monde*, 16/17-7).

– *Grand maître de la Légion d'honneur*. Par un décret du 3-7 (p. 10129), le chef de l'État a nommé la surintendante des maisons d'éducation de la Légion d'honneur.

– *Intervention*. Un incident technique a privé de parole pendant quelques

minutes le chef de l'État, le 6-7, au moment où il annonçait sa décision de soumettre au référendum (art. 89 C) le projet de révision relatif au quinquennat. La grue errante, avec François Mitterrand, en 1983, avait créé un précédent (cette *Chronique*, n° 25, p. 203).

– *Irresponsabilité*. Le procureur de Nanterre a adressé au procureur général près la Cour de cassation une requête sollicitant la cassation de l'arrêt de la chambre d'accusation de Versailles infirmant partiellement l'ordonnance d'incompétence du juge P. Desmure rendue conformément à ses réquisitions (cette *Chronique*, n° 94, p. 208). Dans sa réponse, le 23-8, M. J.-F. Burgelin déclare que cet arrêt « n'est pas juridiquement fondé » ; en effet, si la chambre d'accusation estime que l'article 68 C interdit tout acte de poursuite à l'encontre du président de la République pour des faits délictueux qui auraient été commis avant son élection, elle considère que cet article n'entraîne aucune incompétence du juge pour instruire de tels faits, la responsabilité d'une personne n'étant mise en cause, selon elle, que par un réquisitoire la visant nommément ou par sa mise en examen ; or cette interprétation de la « mise en cause » n'est pas conforme à la jurisprudence « d'une toute autre ampleur » de la chambre criminelle. Le pourvoi dans l'intérêt de la loi sollicité n'aurait cependant aucun effet à l'égard des parties qui ne pourraient intervenir, et une cassation éventuelle n'entraînerait aucune conséquence dont elles puissent se prévaloir. Il est donc souhaitable que le problème posé soit évoqué à l'occasion d'un examen au fond de l'affaire et la Cour pourra alors être saisie « selon une procédure respectant pleinement le principe de contradiction ». La garde des Sceaux a indiqué qu'elle n'interviendrait pas dans ce dossier (*Le Monde*, 15-9).

– *Mise en cause*. À la suite de la publication par *Le Monde*, le 21-9, de la « confession posthume » de J.-C. Méry, un communiqué de la présidence de la République affirme ces « allégations mensongères ». Le soir même, J. Chirac a déclaré sur FR3 qu'il « doit y avoir des limites à la calomnie… Hier, on faisait circuler une rumeur fantaisiste sur une grave maladie qui m'aurait atteint – sous-entendu, je ne serais plus capable d'assurer mes fonctions. Aujourd'hui, on rapporte une histoire abracadabrantesque ». Bref, « tout ce qui est dans ce pseudo-message est pour moi sans fondement, mensonge, calomnie et, pour tout dire, manipulation » (*Le Monde*, 23-9).

– *Pédagogue*. Le président a présidé, le 11-9, à l'Élysée, une réunion de travail consacrée au « rôle d'Internet dans le fonctionnement de la démocratie française » (*Le Monde*, 13-9).

– *Président du Conseil européen*. En cette qualité, au cours du second semestre 2000, M. Chirac s'est rendu au Parlement européen, à Strasbourg, le 4-7. Il a répondu aux divers intervenants (*Le Monde*, 6-7). Le rapport des sages, chargés d'examiner la situation en Autriche, au lendemain de l'entrée de l'extrême droite au gouvernement, lui a été remis le 8-9 (*ibid*., 10/11-9) (cette *Chronique*, n° 94, p. 190). Il lui a appartenu d'annoncer à ce dernier « la levée des mesures d'isolement » prises à son encontre tout en réaffirmant une « vigilance particulière » vis-à-vis du FPÖ.

– *Recours au référendum (art. 11 et 89 C)*. Au vu de la jurisprudence *Hauchemaille* du Conseil constitutionnel (25-7), le décret présidentiel a cessé d'appartenir à la catégorie des actes de gouvernement.

– *Sur la cohabitation*. Telle une antienne (cette *Chronique*, n° 94, p. 188), M. Chirac a déclaré lors de son entretien du 14-7 : « Quand les Français ont décidé d'élire la majorité actuelle, j'ai décidé que ma responsabilité était de faire en sorte [qu'ils] n'aient pas à subir les humeurs qui pouvaient être celle de leurs responsables nationaux. Il appartenait alors à chacun [d'entre eux] d'assumer sa responsabilité, de faire son devoir dans le seul intérêt des Français » (*Le Monde*, 16/17-7).

– *Vacances mauriciennes*. L'hebdomadaire *Paris-Match* a présenté ses excuses au président pour des informations inexactes figurant dans un article relatif à son lieu de villégiature publié le 4-8. Mais, le coût desdites vacances a donné lieu à une polémique (*Le Monde,* 5-8 et 3/4-9).

V. *Référendum. Révision de la Constitution.*

Questions écrites

– *Fin de non-recevoir.* La participation de M. Lang, ministre de l'Éducation nationale à la *gay pride*, à Paris, en juin dernier n'appelle de la part du Premier ministre « aucune observation » (AN, *Q*, p. 4486).

– *Réponse*. Nonobstant le principe de la séparation des pouvoirs, le ministre chargé des Relations avec le Parlement a opiné, s'agissant du nombre des commissions permanentes dans les assemblées (AN, *Q*, p. 4418).

– *Réponse à la réponse*. Insatisfait de la réponse apportée par M. Jospin à une prise de position de Mme Voynet (cette *Chronique*, n° 94, p. 209), un député évoque la mission du Premier ministre qui « dirige l'action du gouvernement » (art. 21 C). Pour réponse, « le Premier ministre ne peut que réaffirmer qu'il n'a pas à commenter tous les propos prêtés à des membres du gouvernement » (AN, *Q*, p. 5506).

Référendum

– *Campagne*. En l'absence de dispositions législatives et décrétales d'ensemble (*supra*), applicables au référendum constitutionnel du 24-9 relatif au quinquennat, visé à l'article 89 C, dont il s'agissait, au demeurant, de la première utilisation, les dispositions ci-après ont été adoptées ; le Conseil constitutionnel dûment associé (*supra*).

I. Il s'agit du décret 2000-667 du 18-7 (p. 11070) et de celui 2000-835 du 31-8 (p. 13568) fixant pour les TOM, la Nouvelle-Calédonie, Mayotte et Saint-Pierre-et-Miquelon les conditions d'application du décret susmentionné ; des arrêtés successifs du 23-8 (p. 13010) portant répartition du temps de parole, du 24-8 fixant la liste des organisations politiques habilitées à participer à la campagne (p. 13011) et du 4-9 fixant la couleur des bulletins de vote à Mayotte (p. 13582) ; de la décision 2000-439 du 26-7 du CSA relative aux conditions de production, de programmation et

de diffusion des émissions relatives à la campagne officielle radio-télévisée (p. 11580) ; et de la recommandation 2000-3 du 24-7 (p. 11584) du CSA en vue « d'une présentation et d'un accès à l'antenne équitables ». En dernière analyse, on visera la décision du Conseil constitutionnel du 25-7 portant désignation de ses délégués (p. 12129).

II. Cette présentation appelle deux séries d'observations. En l'absence de dispositions applicables, les partis politiques n'ont pas bénéficié du financement public (loi du 11 mars 1988 modifiée), ce qui a contribué, en dehors de considérations d'opportunité, à les détourner de leur mission de concourir à « l'expression du suffrage » (art. 4 C). Quant aux initiateurs du référendum, ils ont fait preuve de discrétion. Après avoir déclaré, le 14-7, qu'il « ne battrait pas les estrades », le chef de l'État s'est borné à deux interventions : le 13-9 devant le Conseil municipal des jeunes à Issy-les-Moulineaux (Hauts-de-Seine) et à France 3, depuis Angoulême (Charente), le 21-9, en invitant les citoyens à prendre « les dix minutes nécessaires […] pour aller voter ». De manière inédite, semble-t-il, il devait intervenir à la télévision, dès l'annonce des résultats, le 24-9 (*Le Monde*, 15, 23 et 26-9). De son côté, le Premier ministre a participé à Paris, le 19-9, au Cirque d'hiver, à une réunion du PS en annonçant que le quinquennat était « un premier pas en attendant d'autres échéances » (*Le Monde*, 21-9).

– *Contentieux*. Les 6 requêtes adressées au Conseil constitutionnel et le recours présenté au Conseil d'État contre les actes d'organisation du référendum du 24-9 ont enrichi les jurisprudences constitutionnelle et administrative.

1° Sur la compétence du Conseil constitutionnel, tout d'abord, un important infléchissement a été apporté par la décision *Hauchemaille* du 25-7 rendue sur une requête dirigée contre les décrets des 12 et 18-7. Le Conseil commence par rappeler le principe énoncé en 1988 par les décisions *Diemert* et *Bannuel* et confirmé en 1992 (cette *Chronique* n° 64, p. 214) en distinguant ses attributions consultatives et juridictionnnelles, ces dernières ne s'exerçant qu'à l'issue du scrutin. Mais il complète ce rappel d'un autre considérant de principe qui étend la jurisprudence *Delmas* de 1981 aux actes préparatoires du référendum : il lui appartient de « statuer sur les requêtes mettant en cause les opérations à venir » dans les cas où l'irrecevabilité opposée à ces requêtes risquerait de « compromettre gravement son contrôle, vicierait le déroulement du scrutin ou porterait atteinte au fonctionnement normal des pouvoirs publics ». Or, « en l'espèce », les conditions qui « permettent exceptionnellement » au Conseil de statuer avant la proclamation des résultats sont réunies. Le Conseil a jugé en revanche qu'elles ne l'étaient pas pour les actes subséquents (*Hauchemaille*, 6-9), ni pour ceux du CSA (*Hauchemaille*, 23-8) ; il a rappelé qu'il ne lui appartenait pas « de statuer sur des vœux » (*Hauchemaille*, 6-9), ni « d'apprécier la conformité de la loi à la Constitution » en dehors des cas et des modalités définis par son article 61 (*Meyet*, 11-9).

2° Le Conseil d'État, saisi des mêmes actes préparatoires par MM. Larrouturou, Meyet, le RPF, M. Mégret et le MNR, a opposé l'exception de recours parallèle : l'arrêt du 1er-9 constate que « l'existence, devant le Conseil constitutionnel, avant la proclamation des

résultats du scrutin, de cette voie de recours exceptionnelle […] fait obstacle à ce que la légalité de ces décrets soit contestée par la voie du recours pour excès de pouvoir ».

V. *Conseil constitutionnel. Ministres. Partis politiques. Pouvoir réglementaire.*

– *Organisation*. En application du décret 2000-655 du 12-7 (p. 10641) soumettant le projet de loi constitutionnelle au référendum, deux décrets délibérés en conseil des ministres ont été adoptés : décret 2000-666 du 18-7 (p. 11069) rectifié en ce qui concerne ses contreseing (p. 11135), et décret 2000-731 du 1er-8 étendant certaines dispositions pénales du Code électoral à ses opérations (p. 12017).

– *Proclamation*. Les résultats ont été proclamés par le CC, le 28-9 (p. 15473) (v. *ci-dessous*) après qu'il eut rectifié des erreurs matérielles, procédé aux redressements nécessaires et aux annulations ci-après : urne laissée sans surveillance pendant une durée indéterminée en milieu de journée (commune de Villenave-près-Marsac) (Hautes-Pyrénées) ; usage d'une urne non transparente (commune de Biarrotte) (Landes) ; présence de bulletins préparés par la commune réclamant la réouverture d'une pharmacie : un tel agissement a constitué une manœuvre (commune de Horgues) (Hautes-Pyrénées) ; bulletins de vote accompagnés d'un tract déclarés nuls par les bureaux de vote et validés à tort par la commission départementale de recensement, dans le département du Gers, et, en dernier lieu, non-transmission du procès-verbal de la commune de Coulombs (Eure-et-Loir) (cette *Chronique*, n° 64, p. 214).

– *Réflexions*. Devant les jeunes d'Issy-les-Moulineaux, le chef de l'État estimait le 13-9 qu'en cas de faible participation « on mettra probablement longtemps avant d'avoir un autre référendum » (*Le Monde*, 15-9) ; en dépit des 69,81 % d'abstentions, il n'en affirma pas moins le soir du scrutin qu'il faut « recourir au référendum plus souvent. Il faut en faciliter l'usage, étendre les possibilités de référendum local, permettre le référendum d'initiative populaire » (*ibid*., 26-9).

V. *Conseil constitutionnel. Ministres. Pouvoir réglementaire. Révision de la Constitution.*

Catégorie	*Nombre absolu*	*Part des inscrits %*	*Part des votants %*	*Part des exprimés %*
Oui	7 407 697	*18,55*	*61,43*	**73,21**
Non	2 710 651	*6,79*	*22,48*	**26,79**
Exprimés	10 118 348	*25,33*	**83,91**	100,00
Blancs et nuls	1 940 340	*4,86*	**16,09**	
Votants	12 058 688	**30,19**	100,00	
Abstentions	27 882 504	**69,81**		
Inscrits	39 941 192	100,00		

RÉPUBLIQUE

– *Bibliographie*. J. Baubérot, *Histoire de la laïcité française*, PUF, 2000 ; P. Leandri, « Corse Corse Clan », *Libération*, 31-8 ; G. Marcou, « Menace sur l'État républicain », *Le Monde*, 8-8.

– *Chr. RFDC*, 2000, p. 295.

– *Fête nationale*. Huit délégations étrangères (allemande, belge, britannique, espagnole, italienne, luxembourgeoise, néerlandaise et portugaise) appartenant à diverses « euroforces » ont participé au défilé du 14-7 (*Libération*, 7-7) (cette *Chronique*, n° 92, p. 230).

– *Laïcité*. Le ministre de l'Éducation nationale indique les dates des cérémonies propres aux principales fêtes des confessions à l'occasion desquelles les agents de l'Éducation nationale peuvent obtenir une autorisation d'absence (AN, *Q*, p. 4535).

– *Laïcité et droit local alsacien-mosellan*. Les chefs de la cour d'appel de Metz ont décidé, le 21-9 (*Le Monde*, 23-9), qu'un voile recouvrira le tableau de la crucifixion du Christ dans la salle d'audience, afin de prendre en compte la neutralité du service public.

– *Langue*. Le Premier ministre a estimé, le 20-7 (*Le Monde*, 23/24-7), que le français qui « n'est plus la langue d'un pouvoir pourrait être celle d'un "contre-pouvoir" […], une des langues dans lesquelles s'expriment la résistance à l'uniformité du monde, le refus de l'affadissement des identités ». La commission générale de terminologie et de néologie a publié l'édition 2000 (annexe au *JO*, n° 220, 22-9) de son répertoire.

RESPONSABILITÉ GOUVERNEMENTALE

– *Bibliographie*. Ph. Chrestia, « Responsabilité politique et responsabilité pénale entre fléau de la balance et fléau de société », *RDP*, 2000, p. 739.

RÉVISION DE LA CONSTITUTION

– *Bibliographie*. Chr. Boutin et F. Rouvillois, *Quinquennat ou Septennat ?*, Flammarion, 2000 ; Chr. Bigaut, *Le Réformisme constitutionnel en France (1789-2000)*, La Documentation française, 2000 ; B. François, *Quinquennat. Conséquences politiques*, Économica, 2000 ; Ph. Ardant, « Le quinquennat, une erreur et une faute », *Ouest-France*, 18-9 ; J.-P. Camby, « 1873-1973 : cent ans de septennat », *RDP*, 2000, p. 943 ; Interviews « Quinquennat », P. Avril, J.-M. Blanquer, G. Carcassonne, D. Chagnollaud, M.-A. Cohendet, J. Gicquel, F. Mélin-Soucramanien, P. Pactet, J. Robert et D. Rousseau, *ibid.*, p. 953 à 1031 ; O. Beaud, « Le quinquennat, cet inconnu », *Libération*, 8-9 ; V. Giscard d'Estaing, « Mission accomplie », *Le Monde*, 4-7 ; G. Vedel, « Voter oui et comprendre », *ibid.*, 16-9 ; R. Rémond, « Quinquennat : une réforme en trompe-l'œil », *ibid.*, 23-9.

– *Application de l'article 89 alinéa 2*. Pour la première fois, la procédure de droit commun prévue par le 2e alinéa de l'article 89 a été appliqué. Le décret n° 2000-655 du 12-7 (*JO*, 13-7), signé par le président de la République et contresigné par le Premier ministre et le ministre de l'Intérieur, décide que la LC, adoptée en termes identiques par l'Assemblée nationale le 20-6 et par le

Sénat le 29-6, sera soumise au référendum le 24-9. L'article unique de la LC est annexé au décret : « Le premier alinéa de l'article 6 de la Constitution est remplacé par la disposition suivante : "Le président de la République est élu pour cinq ans au suffrage universel direct". » Les résultats du référendum ont été proclamés par le Conseil constitutionnel le 28-9 et la LC promulguée le 2-10.

– *Justification*. « S'agissant d'une réforme qui touche au lien essentiel unissant le chef de l'État aux Français, je me devais de vous interroger », a déclaré le président de la République le soir du scrutin. « Il n'aurait pas été conforme à l'idée que je me fais de la démocratie de vous laisser à l'écart du choix » (*Le Monde*, 26-6).

– *Promulgation de la loi constitutionnelle*. Le chef de l'État a promulgué la LC n° 2000-964 du 2-10 (p. 15582) relative à la durée du mandat du président de la République. Le quinquennat met fin à 125 ans de tradition républicaine (nouvel art. 6 C).

V. *Conseil constitutionnel. Dyarchie. Pouvoir réglementaire. Président de la République. Référendum.*

SÉNAT

– *Bibliographie*. V. Azimi, *Les Premiers Sénateurs français. Consulat et Premier Empire, 1800-1814*, Picard, 2000 ; Sénat, *Recueil des analyses des discussions législatives et des scrutins publics*, 1999-2000, II, 2000 et la séance publique et l'activité du Sénat (année parlementaire 1er-10-1999/30-9-2000).

– *Fête de la Fédération*. En souvenir du 14-7-1790, le président Poncelet a convié, le 14-7, 13 000 maires à un déjeuner républicain dans les jardins du Luxembourg (*Le Monde*, 16-7).

V. *Code électoral.*

SONDAGES

– *Bibliographie*. M. Verpeaux, « Les limites de la loi française face à la technique et face à la CEDH. À propos de l'arrêt du Conseil d'État du 2-6-1999, *Meyet*, *RDFC*, 2000, p. 359.

TRANSPARENCE

– *Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques*. Mme M. Boyer, administrateur civil hors classe, a été nommée le 16-8 secrétaire général de la CCFP en remplacement de M. M. Mouzon, qui conserve la responsabilité du service des partis politiques jusqu'au 28-12 (p. 13259).

VALIDATIONS LÉGISLATIVES

– *Bibliographie*. J.-P. Camby, « Validations législatives : des strates jurisprudentielles de plus en plus nombreuses », *RDP*, 2000, p. 611.

VOTE

– *Bibliographie*. E. Lulin, « Voter par Internet », *Commentaire*, n° 91, 2000, p. 523.

SUMMARIES

Renaud Dehousse
The Emergence of Transnational Constitutionalism

After inventing constitutionalism without a constitution, Europe must now establish the bases of a new construction, i.e. a political system which gives more room to the citizens yet without too much reducing the role of the states with which the citizens still identify. This is a difficult task, but surely one that is worthy of the universalist ambitions of the promoters of European integration.

Denys Simon
The Reciprocal Influence Between the ECJ and the ECHR : Love's Labour Lost ?

The relations between both European Courts of justice have been made more complex by the uncertainties surrounding the legal status of the European Court of Human Rights *vis-à-vis* the Luxemburg Court, as well as the legal status of European law *vis-à-vis* the Strasbourg Court. Their mutual influence, indeed the convergence of their jurisprudence, the use of common standards, the coherence of their methods of interpretation of the law, do not suppress all the risks inherent to their coexistence, in particular given the growing autonomy of the European system of protection of fundamental rights.

Philippe Manin
The Impact of European Courts on French Courts

The European Courts' jurisprudence is having considerable consequences. The French courts apply their decisions. However this alignment may be slow and reluctant. Today, there remains a disagreement between the French courts and the ECJ on the legal basis establishing the primacy of community law over French law. French courts are bound by the decisions of the European Court of Justice through the mechanism of prejudged questions whose consequences have been and continue to be essential.

MARIE-LAURE LAYUS AND FLORENCE SIMONETTI
Judicial Procedures : Similarities and Differences

The two European Courts are enjoying a growing popularity testified by the regular increase of the number of appeals. Given this situation, the organisation of the procedure plays a major role in order to satisfy the expectations of the people who are to be tried. Confronted with similar problems, the two courts have opted for different methods but apply similar principles to their procedures.

OLIVIER DORD
The National Judicial Systems and the European Courts : From Confrontation to Complementarity ?

The author offers a new reading of the relationships between the European Courts and the national judicial systems. The praetorian affirmation of the Luxembourg and Strasbourg Courts is rather well accepted by the member states. Real but limited confrontations, in particular regarding the role of the constitution, have been overcome thanks to the community of values shared by European and national judges. The mutual borrowings and exchanges are forging a new common law. However, such a complementarity does not prevent the alteration of the law, the institutions, and the identity of the state systems.

JACQUELINE DUTHEIL DE LA ROCHÈRE
The Right to a Judge : Access to European Justice

The Luxembourg and Strasbourg Courts have both established the « right to a judge » as a basic principle of the rule of law in a democratic society. However this proclaimed right is imperfectly implemented as far as the acces to the European Courts is concerned. Structural reforms should make access to the judge easier. However in a complex system of superposition of powers and authority such as the European system, the right of appeal of every individual at every level cannot be guaranteed.

DENYS DE BÉCHILLON
Conflicts of Verdicts Between Judges

A widely-shared idea claims that European Courts are not the judges of French law. A critical examination indicates that, from a strictly

legal point of view, this is not so, and that a stiff competition opposes, at least potentially, the various classes of French and European judges on this point. In addition, French law does not seem to offer the necessary resources to solve such conflicts of verdicts. For this reason and also in view of the political, theoretical and symbolic stakes involved in these conflicts, the author argues against letting the judges themselves find a solution, and therefore in favor of a repolitisation of the debate concerning this issue.

Chronicles

"Letter from Russia"
Marie Mendras
The Citizen's Retreat

Pierre Astié, Dominique Breillat
and Céline Hiscock-Lageot
Foreign Notes (July 1st-September 30, 2000)

Pierre Avril and Jean Gicquel
French Constitutional Chronicle (July 1st-September 30, 2000)

© « POUVOIRS », JANVIER 2001

ISSN 0152-0768

ISBN 2-02-041960-2

CPPAP 59-303

RÉALISATION : CURSIVES À PARIS
IMPRESSION : NORMANDIE ROTO IMPRESSION S.A. À LONRAI
DÉPÔT LÉGAL : JANVIER 2001. N° 41960 (XXXXXXX)