

<http://www.cours-univ.fr/cours/licence/droit/licence-droit.html>

Cours d'introduction au droit européen (L1)

Cours assez complet. Ce cours vise à expliquer les tenants et les aboutissants des actuelles institutions européennes ainsi qu'à expliquer leur fonctions. Des premiers pas avec l'aspiration à une « paix mondiale » suite aux rivalités entre États européens avant le vingtième siècle, jusqu'à l'Europe des 27, en passant par le tremplin du « sentiment d'un péril commun » après la seconde guerre mondiale, la notion de droit européen s'est faite de plus en plus présente. Le droit européen n'est pas le résultat d'une unique coopération entre États ; effectivement, de nombreuses organisations, représentant diverses conventions, entrent en jeu... [Voir le cours](#)

- Introduction : La gestation de l'idée européenne (*ci-dessous*)

- | Section I : Du XIXème siècle au second conflit mondial (*ci-dessous*)

- | Section II : Les conséquences du second conflit mondial (*ci-dessous*)

- [PREMIERE PARTIE : LA GRANDE EUROPE – LE CONSEIL DE L'EUROPE](#)

- | [Section I : Les adhésions et les exclusions du Conseil de l'Europe](#)

- | [Section II : Le fonctionnement du Conseil de l'Europe](#)

- | [Section III : La grande œuvre du Conseil de l'Europe : La convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales](#)

- | [Section IV : La protection de la vie familiale](#)

- [DEUXIEME PARTIE : L'EUROPE DES VINGT-SEPT, L'UNION EUROPEENNE](#)

- | [Section I : Le système institutionnel](#)

- | [Section II : Le système normatif, ou la nature du droit communautaire](#)

- | [Section III : Le système contentieux, ou les modalités de contrôle du droit communautaire](#)

Introduction : La gestation de l'idée européenne

L'origine de cette idée d'unification de l'Europe remonte très loin dans le temps et ne se résume pas au vingtième siècle. Il y a eu des hommes de lettre comme Hugo au XIXème siècle, Dante au XIIIème siècle aussi. Il y a eu des économistes comme Bentham (promoteur de l'utilitarisme.) Les rivalités entre les États européens qui ont ravagé le continent européen sont en grande partie à l'origine d'une telle volonté. Avant le XXème siècle, des plans ont été avancés afin de promouvoir la « paix mondiale », car l'Europe était alors la seule partie du monde réellement connue, explorée. Les projets qui se sont manifestés avant le XXème siècle peuvent être classés en deux grands groupes distincts. Pour certains d'entre eux, il était nécessaire de maintenir la souveraineté des États. Il s'agissait alors d'une simple coopération des États dans des institutions permanentes dépourvues de pouvoir de contrainte. D'autres projets, de type « fédéral » (jargon actuel), n'hésitaient pas à soumettre la souveraineté des États membres sous la coupe d'instances supranationales. Tous les plans et projets ont mis en

exerger les mêmes problèmes : quelle place accorder aux États et aux modalités de vote, aux institutions supranationales ? Ces institutions étaient-elles en mesure de détenir un pouvoir de contrainte ? De décider ?

Section I : Du XIXème siècle au second conflit mondial

§1 – Le XIXème siècle.

On constate alors un éveil vigoureux des nationalismes, du repli sur soi des nations dans la continuité de la Révolution française. Cela n'incite pas les États européens à se fondre. Au contraire, cela les incite à fixer leur territoire et à le défendre. À cela s'ajoute la domination coloniale, qui a encouragé la concurrence entre les États européens dans le partage des terres et des richesses découvertes dans le monde. L'heure était alors au maintien d'une Europe politiquement divisée.

Ces deux éléments politiques expliquent que l'heure n'était pas à l'union. Ce sont alors surtout les écrivains, les poètes qui préconisent l'union de l'Europe. V. Hugo : « Les États-Unis d'Europe. » Cette expression va intégrer le langage courant en restant cependant comme relevant du domaine de l'utopie.

§2 – Le choc du premier conflit mondial.

Les principaux vainqueurs de ce conflit sortent diminués dans leur prestige, surtout aux yeux des peuples colonisés du reste du monde. Le leadership de ces grandes nations souffre de ce conflit. De plus, une des conséquences a été que les moyens modernes de communication qui ont commencé à exploser au début du XXème siècle ont fait sentir aux puissances européennes qu'elles étaient finalement petites dans l'immensité du monde. Les États européens étaient de plus en plus incapables de se suffire à eux-mêmes. Un citoyen, le comte Richard Coudenhove-Kalergi, a publié en 1927 un livre intitulé Paneuropa, afin de plaider pour l'unification de l'Europe.

« La communauté des intérêts pave le chemin qui mène à la communauté politique. La question européenne, la voici : est-il possible que sur la petite presqu'île européenne de vingt-cinq États vivant côte à côte dans l'anarchie internationale sans qu'un pareil état de chose conduise à la plus terrible catastrophe politique, économique, culturelle ? L'avenir de l'Europe dépend de la réponse qui sera donnée à cette question. » Aristide Briand, encouragé par ce manifeste, soumet à la Société des Nations, le 5 septembre 1929, un vaste projet d'unification européenne. Le projet du comte a opéré comme un catalyseur psychologique, mais si une réaction politique n'avait pas suivi, il serait tombé aux oubliettes. Ici, Briand a permis qu'un tel projet soit discuté par les gouvernements des États d'Europe. Est né de ce discours le Mémoire Briand du 1er mai 1930, venu préciser le projet. Le projet était centré autour de trois axes majeurs :

- « Instituer entre les peuples d'Europe une sorte de lien fédéral » qui, toutefois, ne devait pas se développer au détriment « des droits souverains des États. » Il fallait alors imaginer des procédures et des institutions.

- Mise en place d'une organisation administrative et institutionnelle propre. Ce qui permettait de doter l'Europe d'institutions indispensables à l'accomplissement de la tâche précitée. Il fallait créer une conférence européenne puis un comité européen. La conférence européenne

était censée être l'instance permettant la logique fédérale, le comité au contraire était l'instance permettant l'expression des États individuellement. Notons qu'en droit, il est plus intéressant de s'occuper des fondements de telle ou telle institution ou de telle ou telle loi, ce qui en permet un apprentissage facile.

- La charte constitutive de l'organisation (le traité institutif de l'organisation) prévoyait d'assurer le rapprochement progressif des économies, en vue de l'établissement d'un « marché commun. » La donne économique devait rester subordonnée à l'autorité politique. C'est le politique qui devait rester l'autorité suprême (alors que, dans la pratique, l'Union se créera en partant de l'économie).

La conclusion du Mémorandum Briand était imprégnée de pragmatisme, en vue surtout d'assurer la paix en mettant en commun de façon rationnelle les « forces vitales » des différents États européens. Tous les points du Mémorandum furent très mal accueillis par les États, à l'exception d'un seul : la Yougoslavie. Ce fut donc un projet mort-né car aucune proposition ferme ne fut adoptée.

Le 14 septembre 1930 Hitler arrivait au pouvoir, on peut donc se demander si ce projet aurait de toute façon perduré.

Section II : Les conséquences du second conflit mondial

La naissance de l'Europe au lendemain de la guerre tient tout simplement du miracle. Des millions de morts, des ressentiments entre les peuples européens extrêmement vivaces, des destructions, un génocide même. Le génocide, d'après la convention du 9 décembre 1948, est l'intention de détruire en tout ou en partie en tant que tel un groupe national, ethnique, religieux ou racial. Ce qui distingue un crime de génocide d'un crime de guerre, est qu'il faut qu'il y ait intention de détruire, d'exterminer, un groupe précisément identifié. Tous ces points étaient en principe autant de barrières contre la construction européenne. Mais cela va évoluer.

Les pays sont ruinés et se rendent compte qu'ils ne parviendront pas à un retour à la prospérité s'ils restent isolés : pragmatisme économique. De plus, les ordres de grandeur géopolitique sont bouleversés : l'Europe n'est plus en termes de géopolitique mondiale. Ceux qui comptent sont les USA et l'URSS. Dans ce contexte de bipolarisation du monde, il est évident que seul un ensemble de pays européens structurés parviendrait à reprendre une certaine place dans le monde. Ce qui favorise l'union est le « sentiment d'un péril commun. » La solidarité qui avait uni les Alliés durant la guerre n'a pas survécu à l'expansion nazie, et l'Europe stalinienne fait peur. Les pays d'Europe de l'Ouest se disent qu'il faut alors se protéger contre cet autoritarisme en puissance. C'est de cette rupture entre la peur de l'Union Soviétique et sa politique expansionniste d'emprise sur l'Europe qu'est née la volonté de solidarité. C'est de cette peur que sont nées les trois premières organisations européennes de coopération. Après la seconde guerre mondiale apparaît une summa divisio avec une Europe « minimaliste » regroupée autour de certains organes et une Europe « de l'intégration » qui essaie de mettre en place une sorte de lien fédéral entre les États.

§1 – Les organisations européennes de coopération.

A – Les solidarités militaire, économique et politique.

On est au sortir de la guerre, et il faut se prémunir du géant soviétique. Le 17 mars 1948 est signé entre la France, le Royaume uni, la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg, le traité de Bruxelles qui rappelle les valeurs essentielles de la civilisation occidentale : respect des droits de l'Homme et principes démocratiques institutionnels. Ce traité affirmait la volonté de coopérer pour reconstruire l'Europe en assurant sa sécurité, en prévoyant un système d'assistance mutuelle automatique en cas d'agression en Europe. À l'époque, cela était encore subrepticement dirigé à l'encontre de l'Allemagne, mais aussi contre l'Union Soviétique. Cela donna naissance à un embryon d'organisation internationale : l'Union Occidentale. Enfin, ce traité a permis la création d'une organisation de coopération militaire, qui deviendra en 1954 l'Union d'Europe Occidentale (UEO.) Ce pacte de Bruxelles était, pour les Américains, le préalable à leur engagement militaire en Europe. Dès sa signature, des ministres européens, dont Bidault (France), ont demandé de l'aide aux USA afin de lutter, éventuellement, contre les Soviétiques. C'est dans ce contexte que la mainmise américaine sur la défense de l'Europe a pris corps.

Le traité de l'Alliance Atlantique est signé le 4 avril 1949 à Washington, instituant l'OTAN. Les cinq signataires du traité de Bruxelles signent ce traité avec les États-Unis, le Canada, la Norvège, le Danemark, l'Islande, le Portugal et l'Italie. Si l'Europe, pendant cinquante ans, a pu baigner dans le « bonheur postmoderne », c'est qu'elle ne s'est jamais souciée des questions relevant de sa défense, étant sous la protection de l'OTAN. L'instance militaire créée par et pour les Européens, l'UEO, végète alors.

La situation économique des pays d'Europe s'aggrave, les productions agricoles et industrielles sont faibles et en 1946-47, il faut tout importer. Elle n'a de plus pas grand-chose à vendre ; s'en suit alors un énorme déficit commercial qu'il n'est plus possible de combler. Le général américain Marshall, secondé par son sous secrétaire d'État Dean Acheson, décide de tendre la main (économiquement parlant) à l'Europe, dans son ensemble. Le 2 juillet 1947, le refus soviétique devient définitif, ce qui entraîne le refus contraint de tous les pays satellites, comme la Tchécoslovaquie. La tension entre les Alliés de la seconde guerre mondiale s'accroît, tandis que l'Union Soviétique se renforce. Le Kominform est créé en 1947, tandis que sous l'angle économique naît alors le COMECON (ou CAEM.) Seule l'Europe Occidentale peut donc accepter cette proposition américaine. En contrepartie de cette proposition américaine, les gouvernements français et britannique organisent à Paris une conférence sur la coopération économique européenne, à laquelle participèrent tous les pays d'Europe, à l'exception de l'Espagne (Franquisme.) Le 16 avril 1948 naît alors l'OECE (Organisation Européenne de Coopération Économique), qui devint en 1961 l'OCDE (Organisation de Coopération et de Développement Économiques.) Cela est fait en vue de répartir les sommes du plan Marshall.

La solidarité politique s'organise aussi avec, le 5 mai 1949, la création du Conseil de l'Europe. La Convention qui porte statut du Conseil de l'Europe est d'abord signée par dix États : les cinq du traité de Bruxelles (France, Belgique, Royaume-Uni, Luxembourg, Italie) plus le Danemark, l'Irlande, l'Italie, la Norvège et la Suède. Churchill, pendant la guerre, appelait déjà à la création de ce Conseil de l'Europe. C'est lui, après la guerre, dans un discours à Zurich le 19 septembre 1946, qui exprime sa volonté d'unification. L'Europe qui devait s'unir était l'Europe Occidentale, il n'imaginait pas que le Royaume-Uni puisse participer à cette union... Le Royaume-Uni, a toujours préféré s'écarter de la construction européenne, il est attiré par les USA. Le discours de Zurich a un retentissement considérable.

C'est l'époque où se créent des mouvements en faveur de l'Europe un peu partout. L'un de ces mouvements, l'Union Européenne des Fédéralistes, appelle en août 1947 une convocation des États Généraux européens à Montpellier. D'autres mouvements suivent cet appel afin de préparer un grand Congrès de l'Europe, qui s'ouvre à La Haye au Pays-Bas sous la direction de Churchill le 7 mai 1948. Il compte 100 délégués issus de 19 pays.

Ce congrès était politiquement sensible mais ce n'était pas un congrès officiel, sinon tous les gouvernements de l'époque y auraient été présents. Cela a constitué un immense espoir pour les fédéralistes européens... puis une immense déception. Bonnefous et Reynaud, politiques français, ont plaidé à La Haye pour l'élection d'une assemblée constituante européenne. Malgré ce projet, le congrès va s'opposer à cela et va adopter une série de résolutions modestes se contentant de réclamer la création de plusieurs éléments :

- Une union politique et économique dans laquelle les États devaient accepter de mettre en commun certains de leurs droits souverains.
- La convocation d'une assemblée européenne composée des délégués élus par les parlements nationaux.
- L'élaboration d'une grande charte européenne des droits de l'Homme dont le respect serait assuré par une cour européenne des droits de l'Homme.

La première proposition ne va pas perdurer dans le cadre du conseil de l'Europe, la seconde va naître sous un aspect minimaliste, seule la troisième va avoir des effets juridiques concrets.

Bonnefous, Reynaud, et à leur suite la France, vont vouloir que ces propositions perdurent. La Belgique et la France ont saisi l'organisation du traité de Bruxelles, son conseil consultatif des ministres des affaires étrangères, afin de demander la création d'une assemblée européenne (deuxième point) : pourrait devenir l'assemblée constituante européenne. C'est de ces discussions qui sont nées dans cette organisation là que va naître le Conseil de l'Europe. Le 26 octobre 1948 est décidée la formation d'un comité de discussion et d'études pour le développement.

Grandes personnalités choisies parmi les cinq États membres de l'UEO. Les représentants français et belges développent l'idée d'une assemblée européenne dotée d'importants pouvoirs. C'est la première assemblée parlementaire de type international. Au sein de ce comité d'études il y avait des britanniques... d'où certaines tensions !

Les représentants britanniques s'opposèrent à la proposition franco-belge et proposèrent la création d'un comité des ministres (opposer l'exécutif au législatif, représentant direct du peuple) qui compenserait la puissance d'une assemblée parlementaire. Ils expriment aussi le souhait que la première assemblée soit composée de représentants de l'exécutif ! Souhait de mise à l'écart des représentants du peuple, prédominance des exécutifs européens dans les relations internationales. Les Britanniques refusaient aussi l'idée selon laquelle l'assemblée parlementaire devait décider.

Les représentants franco-belges voulaient donc transcender les intérêts nationaux au profit d'une assemblée supranationale, représentative, ce qui était révolutionnaire à l'époque. Devant la critique continentale, le Royaume-Uni accepta le principe d'une assemblée parlementaire, composée de représentants des parlements nationaux. Devant cette conception, la position franco-belge s'assouplit et un compromis est trouvé : création par les cinq ministres fondateurs de l'UEO d'un Conseil de l'Europe, composé d'un comité ministériel qui se réunirait à huis clos, et d'un corps consultatif dont les réunions seraient publiques (credo de

la transparence.) En contrepartie de cette transparence, les Britanniques avaient obtenu que cette assemblée ne soit que consultative, et était donc privée de tout pouvoir de décision, pouvoir transféré au comité ministériel. Les délégués franco-belges ont obtenu pour leur part que les délégués (ces représentants parlementaires n'étaient pas élus au suffrage universel, mais étaient des délégués désignés par chaque parlement nationaux) siégeant au sein de l'assemblée soient indépendants et que la liberté de vote leur soit reconnue. Le Royaume-Uni exigea, pour un meilleur contrôle, que les délégués soient nommés par les gouvernements ; ce en quoi ils obtinrent gain de cause. Cet élément fut critiqué, mais dès 1951 ce furent les parlements nationaux qui purent décider de la désignation de leurs délégués.

La convention qui porte statut du Conseil de l'Europe est signée le 5 mai 1949, et entre en vigueur le 3 août.

B – Des solidarités hétérogènes.

Les composantes étatiques de ces organisations étaient différentes. Tous les États européens n'appartenaient pas aux trois organisations. De plus, au sein de ces organisations il y avait des États non européens, comme l'OTAN (USA et Canada.) Pour l'idée d'une unification européenne poussée cela était un problème. De surcroît, les attributions de ces différentes organisations se chevauchaient. Ces trois types d'organisations restaient rivés au schéma classique de la coopération intergouvernementale, ce qui empêchait toute évolution, toute nouvelle ambition poussée.

§2 – La naissance de l'Europe communautaire.

Une date, un texte : 9 mai 1950, discours de Schumann (Déclaration Schumann.) Ce texte a été préparé dans le plus grand secret par Jean Monnet, alors commissaire au plan. La déclaration consistait à proposer de placer l'ensemble de la production franco-allemande de charbon et d'acier sous une haute autorité commune « dans une organisation ouverte à la participation des autres pays d'Europe. »

A – Les trois objectifs de la déclaration Schumann.

- Réorganisation économique de la sidérurgie européenne et de l'ensemble des industries de base. Les pays sont dévastés et il est essentiel de reconstruire l'industrie pour relancer l'économie. Cette réorganisation passait par la fusion des marchés nationaux dans un marché commun (cf. Mémoire Briand.)
- Enterrement définitif du conflit contre l'Allemagne. La meilleure façon d'empêcher le réarmement de la France et de l'Allemagne en secret est de mettre en commun la sidérurgie.
- Relance de l'idée européenne sur de nouvelles bases.

Cela est révolutionnaire car pragmatique.

Nouvelle philosophie : « L'Europe ne se ferait pas d'un coup par l'édification d'une structure politique propre, mais progressivement par des réalisations concrètes créant des solidarités de fait » (Déclaration Schumann.) C'est ce que l'on a appelé la « philosophie des petits pas. » Ce n'est pas le pouvoir politique supérieur qui va pouvoir imposer par la force la solidarité, l'enchevêtrement des intérêts. « Spillover » : effet d'entraînement positif qui va faire en sorte

qu'à terme, on va déboucher sur une entité importante, développée, concrète.

B – Les méandres de la signature des trois traités institutifs/constitutifs/originaires.

C'est à Paris, le 18 avril 1951, qu'est signé le traité instituant la Communauté Européenne du Charbon et de l'Acier (CECA.) Konrad Adenauer (chancelier ouest-allemand) a donc répondu favorablement à la proposition française. Les trois pays du Benelux et l'Italie répondent également présents.

N.B : pour que le traité entre en vigueur, il faut que tous les États, selon leur règle constitutionnelle (ratification par référendum, choix de la part de l'exécutif, etc.), le ratifient.

En Allemagne, le référendum est prohibé ! Il faut dire qu'en prenant en compte l'histoire, le peuple allemand a pu se tromper...

Avec ce traité, ce que l'on a appelé l'Europe des Six prenait corps. Le Royaume-Uni avait d'emblée précisé qu'il n'était pas prêt à mettre en commun ses ressources sidérurgiques, de surcroît sous une haute autorité commune à laquelle seraient transférées toutes les compétences. Il n'y siégeait pas de représentants réels des États, car dès que ces personnes étaient nommées, elles étaient des fonctionnaires de la haute autorité commune. Cette autorité avait une force d'impulsion normative, mais surtout elle décidait. Une instance au-dessus des États décidait en dépassant la logique des souverainetés nationales étriquées. Heureusement que l'Europe a été faite sans le peuple, dans la mesure où si l'on était passé par des voies passant par le peuple, alors cela ne serait jamais fait (la France aurait dit non au rapprochement avec l'Allemagne naziste.)

Cet élan en 1951 a été coupé net par un premier échec : l'échec de la communauté européenne de défense.

Le projet de la Communauté Européenne de Défense (CED) a été présenté par René Pleven, qu'il a présenté devant l'assemblée nationale le 24 octobre 1950. Tous les corps d'armées devaient être placés sous un commandement commun, dans une armée européenne. Cette armée aurait été placée sous l'autorité d'un ministre européen de la défense, qui aurait été nommé par les gouvernements nationaux. Le financement se serait fait sur la base d'un budget européen commun. Ce projet de traité de la CED fut signé par les six États membres le 27 mai 1952, après d'après négociations. On aurait été dans un système supranational où les membres devaient transférer la totalité de leur souveraineté dans le domaine de la défense tout en conservant un faible contingent sur le territoire national.

A peine entrée en vigueur, on pensait déjà à mettre en commun la capacité de faire la guerre, part importante de la souveraineté. Le schéma traditionnel prévu par la CED était similaire à celui de la CECA, il existait un organe indépendant, le commissariat européen de la défense, un organe intergouvernemental représentant les intérêts de nations : conseil des ministres, une assemblée commune composée des représentants des États nationaux, et une instance judiciaire, le tout au niveau supranational. Afin d'entrer en vigueur, il faut la ratification. Est lancée la procédure d'autorisation de ratification en France. Mendès France, nouveau président du Conseil, constate que son gouvernement est divisé quant au soutien à apporter à cette CED. Deux ministres nommés ne parviennent qu'à dresser un catalogue des points positifs et négatifs. Mendès-France se retourne vers ses partenaires européens, et demande des aménagements : refus de la part des cinq autres signataires, ayant déjà ratifié ce traité. Dans ce contexte apparaît une radicalisation des oppositions au sein de l'assemblée nationale. Aucune uniformité n'est constatée au sein même des partis. L'assemblée nationale, le 30 août 1954,

écarter donc le traité instituant la CED, par le vote d'une simple question préalable. Cet échec est lourd de conséquence :

- Dissociation nette entre intégration politique et économique, au point de les faire apparaître comme antagonistes, ne pouvant jamais se mélanger. Aujourd'hui, nous ne sommes pas arrivés au stade de développement que souhaitait le traité pour la CED.

- Les représentants du peuple ont pu dire non (pour de mauvaises raisons parfois : ici, incapacité de s'accorder sur une vision de l'Europe.)

La relance de l'idée européenne a eu lieu à Messine, en Italie. Les petits pays ont toujours été pour l'intégration, car leur intérêt est d'être entouré, aidé. Il faut continuer petit à petit, par secteurs. Notamment dans le domaine économique. Cela a donné naissance au traité EURATOM, instituant la Communauté Économique de l'Énergie Atomique (CEEa.) On se dit qu'au lieu de ne traiter qu'économiquement, on devrait aller dans le sens d'un marché commun pour permettre une grande liberté de capitaux, services, marchandises et personnes. Ces deux traités ont donc été signés le 25 mars 1957 à Rome : EURATOM et CEE.

De ces trois traités institutifs susvisés, c'est le traité de la CEE qui dans la pratique l'a emporté, et a permis la fondation de toute l'action communautaire. Notons que ces trois traités institutifs ont été modifiés afin de rendre l'Europe plus démocratique, plus efficace, etc.

- Traité de « fusion » en 1965 : a fait en sorte que les différentes institutions créées dans la CECA, l'EURATOM et la CEE, servent aux trois communautés.

- Acte Unique Européen de 1986 : traité de révision imaginé par la commission, avec à sa tête Jacques Delors. (puis révisé...)

-...Par le traité sur l'Union Européenne, TUE, adopté à Maastricht en 1992. Qui a lui-même été révisé à Amsterdam (traité sur l'Union Européenne tel que révisé à Amsterdam) en 1997, puis révisé lui-aussi... à Nice en 2000 : Traité sur l'Union Européenne tel que révisé à Nice.

- Complexité inouïe du système, et illisibilité du texte.

Le traité établissant une Constitution pour l'Europe par l'ensemble des chefs d'États européens a été signé le 24 octobre 2004. C'était un simple traité, il devait obtenir, pour son entrée en vigueur, la ratification de tous les États membres. C'était un titre sans base intelligente dans la mesure où l'on n'était pas en présence d'une Constitution, mais les hommes politiques se sont portés sur un tel choix afin de montrer la puissance d'un tel texte. L'intérêt juridique de ce projet était de faire disparaître l'empilement de tous les traités de révision antérieurs.

La relance est venue des exécutifs, qui ont repris le mouvement, plus particulièrement les chancelleries allemandes et françaises. Un énième traité incompréhensible de révision fut adopté à Lisbonne le 13 décembre 2007. La France l'a ensuite ratifié par voie parlementaire.

Première partie : La grande Europe – Le Conseil de l'Europe

www.coe.int

Le conseil de l'Europe a été à l'origine de la CEDH, et de la Cour Européenne des Droits de l'Homme siégeant à Strasbourg. Son but est de contrôler la correcte application au sein des États de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. Au sein de ce Conseil de l'Europe siègent 47 États.

Section I : Les adhésions et les exclusions du Conseil de l'Europe

Le conseil de l'Europe est un club des démocraties, seules les démocraties effectives pouvaient accéder au conseil des ministres. Donc on n'y trouvait pas l'Espagne de Franco, La Grèce des colonels ni le Portugal de Salazar. Le problème s'est posé notamment au moment de la volonté d'adhésion de la Russie.

§1 – L'admission.

Tout membre du Conseil de l'Europe reconnaît, d'après l'article 3, le principe de la « prééminence du droit, et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction peut jouir des droits de l'Homme et des libertés fondamentales. » Il y a aussi un principe idéologique, qui est le libéralisme politique. Il faut respecter les éléments essentiels d'un État de droit, l'État doit lui-même être assujéti aux normes qu'il édicte. De plus, l'article 3 exprime in fine que l'État de droit doit permettre l'accès au juge à tout individu pour se plaindre de la violation de ses droits.

La procédure d'admission est une mesure de cooptation par les États membres : « Tout État européen considéré comme capable de se conformer aux dispositions de l'article 3 et comme en ayant la volonté peut être invité par le comité des ministres à devenir membre du Conseil de l'Europe. » On peut donc, après analyse exégétique de cet article, voir que c'est au comité des ministres de considérer si un État remplit les conditions citées à l'article 3 ou non, afin de lui permettre d'intégrer, à terme, le Conseil de l'Europe. Comme il s'agit d'une cooptation, les exécutifs, ayant leur raison d'État, vont décider de l'adhésion d'un État, en occultant parfois certaines dispositions de l'article 3.

Sur la base d'une pression de l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le comité des ministres accepta de modifier la procédure d'admission afin que l'assemblée ait son mot à dire, qu'elle puisse délivrer un avis consultatif sur l'admission d'un nouvel État membre ; ce qui donne donc une capacité de pression, mais pas de décision. Or, il a changé d'avis dans la pratique à partir de la chute du mur de Berlin. Géopolitiquement parlant, il était difficile de refuser l'accès à un État en cours de démocratisation.

§2 – Procédure d'exclusion, de retrait et de suspension.

Un État peut se retirer volontairement.

Comparaison avec l'Union Européenne des 27 :

Dans le droit communautaire concernant l'intégration, il n'est pas possible de se retirer unilatéralement, il n'est pas prévu que l'on puisse sortir du système. Au contraire, au sein du Conseil de l'Europe il est possible de se retirer. Un des arguments des anti-Europe, était que, du fait de l'omnipotence de l'Europe, il n'était pas possible d'en sortir. En revanche, l'article 1-60 du traité établissant une constitution pour l'Europe, prévoyait bien le retrait, c'était donc un argument à opposer aux détracteurs de l'Europe.

Revenons au Conseil de l'Europe :

L'État qui décide de se retirer du Conseil rompt librement le lien juridique qui le maintenait avec l'organisation. Cependant, les effets du retrait ne sont pas immédiats. Le retrait prend juridiquement effet à la fin de l'année financière en cours si le retrait est intervenu dans les neuf premiers mois de l'année. Il intervient à la fin de l'année financière suivante si ce retrait est intervenu à la fin de l'année financière en cours.

Concernant l'exclusion, elle intervient si un des États enfreint gravement l'une des dispositions contenues à l'article 3. L'article 8 du Conseil de l'Europe prévoit toutes les étapes de l'exclusion : tout d'abord, l'État peut se voir retirer son droit de représentation à l'assemblée parlementaire, s'il persévère, il se voit obligé de se retirer du conseil des ministres.

Concernant la Grèce, ces mécanismes ont joué à deux niveaux : Conseil de l'Europe, et traité international élaboré sous l'égide du Conseil de l'Europe : la CEDH. En Grèce, le 21 avril 1967, un coup d'État porte au pouvoir une junte militaire qui décide d'abolir la constitution et par cela le système parlementaire. Fuite du roi Constantin. Par référendum, la junte fait adopter sa constitution en 1968, constitution d'une formidable rigidité. Ce n'est en réalité qu'en 1974 que ce régime des colonels s'effondre, dans la mesure où la Grèce, en conflit avec la Turquie (Chypre), subit une défaite assez importante : le nord de Chypre est envahi. Au niveau du Conseil de l'Europe, l'assemblée consultative (parlementaire), et une dizaine d'États membres ont demandé au conseil des ministres la suspension de la Grèce jusqu'à la restauration de la démocratie (cf. article 3 du statut, prédominance du droit.)

Devant la CEDH, deux types de requêtes peuvent être présentés. Les individuelles (un particulier attaque un État, violation alléguée d'un des droits intégrés à la convention) à défense subjective (doit arguer d'un intérêt à agir), et les requêtes inter-étatiques (un État décide d'attaquer devant la cour un autre État, au nom de la violation par l'État défendeur d'un des droits, au nom de la sauvegarde des libertés consacrées dans la Convention) à défense objective des valeurs de la convention.

Sous l'angle diplomatique, il n'est pas aisé pour un État d'attaquer un autre État devant la Cour. Au niveau de la convention, les États scandinaves et les Pays-Bas ont réclamé une requête inter-étatique devant la Cour EDH. Le gouvernement militaire décida discrétionnairement de se retirer du Conseil de l'Europe, et décida de dénoncer la Convention Européenne des Droits de l'Homme. En 1974, le gouvernement grec démocratique réintégra le Conseil de l'Europe.

La Turquie fit également l'objet d'une requête de suspension et d'une procédure devant la CEDH. En mai 1981, le pays fut suspendu de représentation à l'assemblée consultative, tandis que dans le même temps (82) les pays scandinaves, mais aussi la France, déposèrent une requête inter-étatique devant la CEDH. Le comité des ministres ne s'est jamais prononcé en la matière, les raisons d'États entrèrent en ligne de compte. La Turquie a hérité d'une position stratégique, et est membre de l'OTAN, la prudence était donc de mise. Il y a donc eu différence entre la lettre du texte et la pratique dictée par la raison d'État. En mai 1984, il y a eu l'élection d'une assemblée plus démocratique, et la Turquie fut à nouveau admise à l'assemblée du Conseil de l'Europe. Les requêtes inter-étatiques ne parvinrent jamais à leur aboutissement. Ces nations reçurent un règlement amiable en 1985. Les règles juridiques permettaient cela, mais il faut souligner qu'il eut lieu après la réintégration de la délégation turque, il aurait donc été politiquement mal venu qu'alors que le conflit était apaisé, la procédure puisse déboucher sur une procédure de condamnation. La Turquie leva la loi martiale qu'elle avait imposée et leva les condamnations arbitraires auxquelles elle avait procédé à l'encontre de personnalités d'opposition.

Lorsque la politique entre en jeu, le droit s'efface ou s'adapte.

Section II : Le fonctionnement du Conseil de l'Europe

Le conseil de l'Europe est né du compromis en 1948 (créé le 5 mai 1949) à La Haye. Cela a eu des effets positifs en ce sens qu'il a permis la création de l'assemblée parlementaire (consultative) et d'un secrétaire général autonome. Les États membres ont permis au Conseil de l'Europe de devenir la plus grande tribune politique qui existait jusqu'au développement de l'Union Européenne. Ce conseil est une puissance tribunitienne.

Le comité des ministres est souvent paralysé par la règle de l'unanimité : un seul État vote contre, tout le système est bloqué. Dans ce contexte, l'assemblée parlementaire va très vite essayer d'utiliser tous ses pouvoirs en tant qu'assemblée du peuple pour se transformer en autorité morale pour obliger les dirigeants à venir parler devant ses membres. Le secrétaire général va devenir de plus en plus important, avec l'appui de l'assemblée parlementaire. Double phénomène dans la création des organisations internationales :

- Détachement progressif de l'organisation internationale de ses créateurs, vers une certaine indépendance.

- Jeu inter-institutionnel mettant en œuvre des enjeux de pouvoirs. Chaque institution représente une légitimité propre, des intérêts propres. Le conseil des ministres va acquérir sa légitimité de la représentation de la souveraineté, c'est une somme d'intérêts nationaux. La logique n'est pas la même pour l'assemblée parlementaire. Ce sont les représentants du peuple. Le lien avec les intérêts des exécutifs nationaux est faible, leur but est de dénoncer les dérives des États. A partir de là, un équilibre institutionnel va se mettre en place, il sera intéressant de voir comment.

§1 – Le comité des ministres.

A – Organisation et structure.

Un représentant de chacun des États membres, statutairement il s'agit du ministre des affaires étrangères des pays concernés. Cependant, il est difficile des les réunir régulièrement. Le statut prévoit qu'en cas d'empêchement, le ministre peut se faire représenter par un membre du gouvernement. En France, on a le secrétaire d'État (aux affaires européennes), le ministre délégué, etc. Mieux, ils peuvent se faire représenter par leur représentant permanent (siège en permanence à Strasbourg), c'est aujourd'hui la règle.

Le représentant permanent a rang d'ambassadeur, c'est la voix du ministre des affaires étrangères. Dans la pratique, les ministres des affaires étrangères se réunissent environ deux fois par an, tandis que leurs représentants tiennent environ douze sessions par an. Le comité des ministres doit tenir une session dans les jours qui suivent ou précèdent les sessions de l'assemblée consultative. Si la session est prévue avant, c'est que la question sera étudiée par l'assemblée juste après, cela permet de faire pression sur l'assemblée sur telle ou telle question. Si cela est fait après, ce peut être un moyen pour désavouer publiquement la décision de l'assemblée.

Le comité est présidé par un membre désigné (et non élu, système égalitaire), généralement la rotation se fait par ordre alphabétique. La présidence dure un an. Le secrétaire général est la voix de l'intérêt général au sein du comité, tandis que les ministres sont la voix des intérêts nationaux. Il n'a cependant aucun pouvoir réel au sein de ce comité, mais peut tenter d'infléchir les décisions du comité. Il y a eu des projets qui avaient pour but de le transformer en président permanent du comité. Cette vision, pertinente pour l'équilibre des forces, n'a pas

vu le jour, bien qu'elle ait été imaginée par analogie avec l'OTAN.

Pour délibérer, il faut réunir les 2/3 des membres du comité en général (parfois l'unanimité sur certaines questions), et la règle est la non-publicité des séances. Cela n'a jamais évolué depuis la création du comité. Il s'est de surcroît ajouté à cela la règle facultative de la non-publicité des notes émises par les États sur telle ou telle question (ne pas dévoiler si tel ou tel État adoptait tel point de vue.)

B – Les pouvoirs du comité des ministres.

L'article 13 du statut fixe la mission, et donc la place prioritaire du comité.

Le comité des ministres est l'organe compétent pour agir au nom du Conseil de l'Europe, conformément aux articles 15 et 16. Il représente le conseil dans son ensemble. L'article 17 dispose que pour agir, il peut créer des organes complémentaires. Sa compétence est considérable : il examine les mesures propres à réaliser les buts du Conseil de l'Europe. C'est lui qui, entre autres, arrête le budget du conseil. La pratique démontre que l'exercice de ces compétences pourra être stimulé par l'assemblée parlementaire qui pourra aiguiller son action. Il y a plein d'oppositions en Europe : États fédéraux, nombreuses minorités, etc...il faut donc tenter, dans les décisions, de glisser des points respectueux aux minorités.

En observant les articles 15, 16 et 20, il y a peu de questions qui se règlent à la majorité simple :

élaboration du règlement intérieur du comité, etc. Quand le conseil des ministres prend une décision, on parle de résolution, celle-ci doit être prise à la majorité, l'exception étant l'unanimité : permet une plus grande marge de manœuvre, d'intervention. Cela constitue la lettre des traités. Dans la pratique, l'exception devient la règle. En effet, l'obligation de soumettre à l'unanimité toutes les résolutions qui recommandaient des politiques communes dans des domaines importants, est devenue très importante dans les traités, tant ces questions sont quantitativement importantes. Tout cela réduit l'activité des ministres. Obtenir une résolution est devenu synonyme de compromis disparates, cela donne l'image de résolutions peu efficaces. Cette pratique a été aggravée par deux types d'attitudes : il est très rare que l'on procède à des votes formels, on tente plutôt d'obtenir un ralliement de tous les représentants à une attitude commune : un consensus. Cette recherche de consensus a fait que l'unanimité s'est répandue dans tous les domaines. C'est bon pour les relations diplomatiques, mais pas dans l'adoption de résolutions fermes et efficaces. Un autre élément est que, quand l'unanimité est requise, l'abstention d'un des membres empêche la formation de l'unanimité.

§2 – L'assemblée parlementaire.

Il s'agissait de la première assemblée parlementaire internationale de l'histoire. Elle marquait la rupture avec l'ordre ancien des relations internationales. Les exécutifs des États désignaient les représentants au sein de l'assemblée parlementaire dès 1948. Cela semble nier le principe glorieux de la séparation des pouvoirs (vérifier le mode de désignation.) Heureusement, cet état de fait ignoble fut renversé et dorénavant, ce sont les parlements nationaux qui élisent leurs représentants. Le parlement européen, qui siège à Strasbourg, est élu au suffrage universel depuis 1979, avec toutes les cinq annuités l'organisation d'un suffrage. Malgré cette représentativité limitée, on peut parler au sein de l'assemblée parlementaire d'une puissance tribunitienne. Il y a à Strasbourg deux assemblées : l'assemblée parlementaire du Conseil de

l'Europe (dont nous parlons ici), ainsi que le Parlement Européen (élu depuis 1979 au suffrage universel direct.)

Structure de l'assemblée consultative :

Composition fixée par l'article 26 du statut, modifié à de nombreuses reprises pour l'arrivée de nouveaux États membres. Désignation au sein de l'assemblée parlementaire des députés issus des nouveaux pays jouissant d'observateurs. C'est un statut intermédiaire et une manière de les intégrer dans les affaires de l'Europe.

Il y a une stratégie institutionnelle très claire. Cela a eu pour but de modifier régulièrement son statut de manière à rapprocher son mode de fonctionnement de celui d'un parlement national : on parle de « statomorphisme. »

Au niveau des sessions tout d'abord. En 1957, l'assemblée prit l'habitude de couper sa session unique d'un mois en trois parties, ce qui lui permettait d'être opérationnelle toute l'année (et répondre aux décisions du comité des ministres.)

Les commissions parlementaires étaient prévues dans le statut, mais il n'était pas obligatoire d'en créer. Dès sa première session, elle en créa six : cinq générales et une permanente. Le comité des ministres a accepté la création de la commission permanente pour une continuité des travaux de l'assemblée entre les différentes sessions. Il s'est néanmoins montré réticent à l'égard des commissions générales, car elles pouvaient entrer en compétition avec les comités d'experts que le comité des ministres pouvait créer. L'assemblée a maintenu ces commissions...mais en a créé au total douze, puis aujourd'hui treize ! En ce qui concerne les groupes politiques, les représentants de Strasbourg ne se sont pas affiliés par pays, mais par couleur politique, sensibilité politique dès 1956. L'assemblée s'est arrogé le droit d'adresser des questions au comité des ministres. Elle a réussi à se débarrasser progressivement du comité des ministres en matière de budget. Dès 1953, elle obtint le droit d'être consultée sur la partie de projet de budget comprenant les crédits relatifs à son fonctionnement. Et depuis 1963, elle a obtenu d'être associée à l'élaboration du budget à parité avec le comité des ministres.

Pourquoi parle-t-on de puissance tribunitienne ?

- Une assemblée supranationale où siègent 47 pays. Il est clair que faire partie d'une telle organisation est politiquement important.

- Un champ de compétences absolument illimité. Cela peut à tout moment être étendu par elle car elle maîtrise son ordre du jour. Boris Mirkine-Guetzevitch, juriste russe, parlait de « parlementarisme rationalisé. »

C'est ainsi proprio motu (de son propre chef), que l'assemblée a pu se saisir de tous types de questions, notamment de défense. Elle dispose de la compétence de sa compétence (sorte de souveraineté.) Malgré tout cela, il faut rappeler qu'elle ne rend que des avis. Ce travail va néanmoins contribuer à influencer le comité des ministres.

- Une assemblée parlementaire participe à la nomination des juges de la Cour EDH (président Jean-Paul Costa, français.)

§3 – Le secrétaire général.

Il y a, en général, deux conceptions concernant un secrétaire général d'assemblée internationale. L'une est purement restrictive et avec un rôle simplement administratif (SDN) et l'autre, avec un homme politique réellement porte-parole de l'organisation, conception activiste que l'on retrouve à l'ONU, à l'OTAN et, comme nous allons le voir, au sein du

Conseil de l'Europe.

Son rôle a évolué dès 1957. D'après le statut, il est nommé par l'assemblée, ce qui accroît sa légitimité, mais sur recommandation du comité des ministres ; sans toutefois établir précisément comment cette recommandation peut s'exprimer. Ainsi, la première fois, un seul nom fut opposé à l'assemblée, donc imposition du choix discrétionnaire du comité des ministres. Puis, les recommandations ont porté sur des hauts fonctionnaires, des technocrates rodés aux rouages des affaires internationales. Ils étaient donc choisis pour des critères diplomatiques. Cependant, ils souffraient d'une carence : ils n'étaient pas élus ; ce qui a eu pour effet de donner une tournure technocratique du secrétaire général (conception restrictive donc.) Il a donc été imposé, dès 1957, le fait que plusieurs noms soient proposés. L. Benvenuti fut ainsi nommé le 2 mai 1957. Le comité a donc accepté de ne plus présenter de fonctionnaires de carrière. Notons qu'il y a traditionnellement alternance de couleurs politiques au poste de secrétaire général. Actuellement, c'est le travailliste anglais Terry Davis.

Rôle et pouvoirs du Secrétaire général :

Il assiste les organes du Conseil de l'Europe. Il assiste à toutes les sessions du Conseil des ministres etc. Dès 1957, il s'est vu reconnaître le droit de porter à l'ordre du jour du comité des ministres des questions : c'est un rôle important car peut mettre les États devant leurs responsabilités.

Il doit établir depuis 1957 un rapport sur la coopération européenne « telle qu'elle est définie dans le statut. » Le champ des compétences étant très vaste, il a un travail énorme ! Il permet une bonne analyse de la situation et peut ainsi déterminer quels sont les points importants à favoriser. On pourrait presque l'assimiler à un chef de gouvernement.

Section III : La grande œuvre du Conseil de l'Europe : La convention de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

Le titre utilisé par les juristes est devenu vulgairement « Convention Européenne des Droits de l'Homme. » CEDH. Les États fondateurs du Conseil de l'Europe ont cherché à instaurer un système de garantie internationale des droits et libertés. Avant, il y avait un important respect du droit de non-ingérence. Désormais, les États ont accepté de limiter leur souveraineté et donc un système de contrôle extérieur aux États.

Elle date du 4 novembre 1950, n'est qu'un texte de compromis traitant des droits civiques.

Article 2 : droit à la vie, article 6 : droit au procès équitable...

N'y figurent pas les droits économiques et sociaux. Un tel droit a une juridicité problématique (droit au logement, par exemple.) Un tel droit n'est pas réellement un droit dans la mesure où quelqu'un ne peut s'en réclamer devant le juge. C'est pour cela que ces droits n'ont pas été instaurés dans la convention de sauvegarde des droits de l'homme et du citoyen, car les instaurer requiert un financement important des États. Un droit économique et social est un objectif à atteindre. En France, le droit au logement était un « objectif à valeur constitutionnelle » : un objectif imposé à la charge du législateur pour favoriser l'obtention d'un logement pour les justiciables.

Ce texte de compromis peut régulièrement être amendé par des protocoles facultatifs (même valeur juridique qu'un traité, donc contraignant.) Deux types de protocoles ont modifié cette convention. Des protocoles concernant l'accroissement des droits garantis : les protocoles normatifs, et des protocoles qui améliorent le fonctionnement conventionnel : les protocoles procéduraux.

§1 – Le système conventionnel européen.

Quatorze protocoles : nomenclature (liste des droits), les autres restructurent le tout.

Protocoles normatifs :

Le premier protocole a été signé en 1952 et est entré en vigueur en 1954. Il garantit en son article 1 le droit au respect des biens (propriété privée), en son article 2 le droit à l'instruction (liberté pour les parents d'assimiler l'éducation de leurs enfants à leurs conceptions religieuses, etc.), et en son article 3 le droit à la tenue à intervalles réguliers d'élections législatives libres.

Le quatrième protocole, entré en vigueur en 1968, après cinq ratifications, consacre en son article 2 la liberté de circulation. L'article 3 proclame l'interdiction de l'expulsion de ses nationaux : un État n'a pas le droit d'expulser un de ses nationaux sur un territoire tiers sur lequel ce national aurait commis un crime. Principe clé du droit procédural pénal. L'article 4 interdit l'expulsion collective d'étrangers (l'expulsion en masse par charters est donc anti-conventionnelle.)

Le sixième protocole, signé en 1983 et entré en vigueur en 1985, abolit la peine de mort. Notons que cela est aboli aussi en temps de guerre (là où l'abolition en France ne concernait que les temps de paix.)

Le protocole numéro 8 concerne des garanties en matière pénale tel le principe de double degré de juridictions (article 2), le droit à la réparation en cas d'erreur judiciaire (article 3) et le principe non bis in idem : on ne peut être jugé deux fois pour un même crime.

Le protocole douze, protocole majeur, a été signé en 2000 et est entré en vigueur en 2005. Il pose le principe général de l'interdiction de toute discrimination. Cette nouvelle nomenclature se termine par « ou toute autre situation », la liste est donc ouverte. Ce protocole n'est entré qu'avec 10 ratifications au début, aujourd'hui il est présent dans environ 13 États, 30 pays ne l'ont donc pas ratifié. Or, ce protocole est majeur puisque, quel que soit le champ dans lequel aurait lieu la discrimination, on peut alléguer une discrimination.

La France a-t-elle signé ce protocole ? Non. La France ne veut pas « participer à l'engorgement de la cour européenne des droits de l'Homme » !



Ci-dessus, la façade de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme.

Le protocole n°2, entré en vigueur en 1970, a attribué à la cour la compétence de délivrer des avis consultatifs. Les saisines consultatives sont très rares (une seule seulement dans toute l'histoire de la CEDH.)

NB : il existe d'autres systèmes équivalents en Amérique Latine (convention de sauvegarde des droits de l'homme qui entra en vigueur en 1969 : cour inter-américaine des droits de l'Homme, qui siège au Costa Rica, même système qu'en Europe, en mieux même, leur cour n'a rendu que 19 avis consultatifs ! ; il y a aussi la même chose en Afrique depuis 1981, avec une cour africaine des droits de l'Homme adoptée en 98.)

Les protocoles n°3 et 4 ont amendé certaines modalités techniques concernant la saisine du Conseil des ministres dans la procédure. Le protocole n°9, entré en vigueur en 1994, organisait un droit de la saisine direct de la cour. Le protocole 11 restructure, lui, tout le système : ancien système sur 3 étages :

- Commission EDH
- Cour EDH
- Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

Le rapport 31 de la commission avait la nature juridique d'un avis et elle avait trois mois pour saisir la cour mais, pour des raisons complexes, il se pouvait qu'elle ne saisisse pas la cour. Les États avaient inséré des clauses facultatives pour accepter des droits de recours individuels devant la Commission (article 25.)

(Anomalie suprême : la commission européenne, une fois la requête considérée comme recevable, publia un rapport 31 dans lequel elle affirmait que, qu'il y ait eu violation de la convention ou non, une fois ce rapport publié, elle avait 3 mois pour saisir la cour. Il se peut cependant qu'elle ne la saisisse pas dans ces trois mois et, dans ce cas là, c'est au comité des ministres à qui il revenait de statuer. C'est une anomalie grave au point de vue de l'aspect des droits fondamentaux et des principes inhérents à un État de droit.)

La seule idée d'une garantie internationale des droits de l'homme est déjà révolutionnaire, mais étant donné du fait que la logique des États qui est déjà mise à mal par cette acceptation de l'Europe souveraine, ils ont rationalisé la procédure qu'ils avaient eux même accepté et créée. Les clauses facultatives : La France a attendu 1974 pour ratifier la CEDH, il a fallu attendre Badinter et que la gauche arrive au pouvoir pour que la France accepte deux clauses facultatives. La commission européenne disparaît alors, laissant la cour seule.

Mais la fonction de la Commission Européenne réapparaît à travers d'autres organes. On a créé trois types de formation de jugement : des comités de 3 juges qui examinent les requêtes et si leur décision est unanime, le processus prend fin. Si la requête est recevable on transmet la requête à une chambre de 7 juges, puis à une chambre de 17 juges. Le premier but était de faire face à l'afflux des requêtes. Ce protocole qui avait pour but de rendre le système plus efficace a été asphyxié très vite et s'est montré insuffisant. Le protocole n°14 signé le 13 mai 2004 avait pour but d'améliorer le protocole 11 qui s'était révélé comme dit précédemment insuffisant. Mais il n'est pas entré en vigueur car il manque la ratification de la Russie, qui ne la ratifiera pas probablement. Car elle veut montrer qu'elle peut faire chier le monde, qu'elle est en position de force. Il y a eu beaucoup de requêtes des tchéchènes devant la CEDH. En fait, de l'avis même des juges de la cour, dans la pratique, le protocole N°14 est mis en place... on fait fi de l'avis de la Russie, c'est une question de survie.

B – Le classement des droits garantis.

Il existe 3 grands types de droits :

1 – Les droits intangibles.

Ils visent à la protection de l'intégrité physique et morale de toute personne humaine : parmi ces droits, le principe de la légalité des délits et des peines, qui ne sont susceptibles d'aucune dérogation (art. 3 : droit à la vie, interdiction de l'esclavage, à la non rétroactivité de la loi pénale, etc.) Ce sont des normes absolument fondamentales : c'est le « minimum humanitaire garanti. » Ces principes doivent être appliqués pendant n'importe quel type de guerre et tout le temps. Dans l'arrêt du 18 janvier 1978, Irlande contre Royaume-Uni, ce dernier a été condamné par la Cour EDH pour avoir « oublié » que la torture est prohibée !

2 – Les droits constitutionnels.

Ils obéissent au régime de droit commun des droits de l'homme. Ils ne bénéficient que d'une protection relative, on pourra toujours suspendre ces droits pour des raisons exceptionnelles et de façon temporaire. Ces droits sont fragiles. Si la substance même du droit est atteinte, alors on est dans une société totalitaire. Ex : l'article 6-1 de la Convention (droit à un procès équitable), l'article 8, 9 (liberté de penser), etc.

Arrêt important : D et H contre République Tchèque. Traite du statut des minorités Roms en République Tchèque : ont-elles été discriminées ? En Tchéquie, il y a des écoles spécifiques pour les handicapés mentaux... où étaient mis quasiment tous les enfants Roms ! Les Tchèques ont dit qu'ils voulaient pallier leur difficulté, et les tirer vers le haut : « discrimination positive. » La République Tchèque a été condamnée. La liberté d'expression peut être aussi restreinte (car sinon on dirait tout et n'importe quoi.)

3 – Les droits indirects dérivés.

Création jurisprudentielle ou création prétorienne.

C'est la protection par ricochet, cela permet à la Cour Européenne d'étendre la protection de certains droits garantis à des personnes non expressément désignées/protégées par la convention : les étrangers et les détenus entre autres. Des droits ont été créés pour eux.

§2 – Le renouveau institutionnel.

A – Le protocole 11, ou la refonte du système.

1 – La juridictionnalisation du système de contrôle.

Elle prend forme avec la saisine individuelle de la cour et la disparition du comité des ministres : le protocole 11 supprime les deux clauses facultatives des articles 25 et 46, c'est une révolution. Les États membres acceptent donc automatiquement la compétence de la cour en signant et ratifiant le protocole. Normalement, la compétence des juridictions internationales est conditionnée par l'accord préalable des États qui se manifeste par l'acceptation de ce qu'on appelle une déclaration facultative. Dorénavant, cet ordre classique n'existe plus.

2 – Unification organique.

A la structure tripartite, succède un seul dispositif : la cour unique. Cette cour est composée de formations multiples. Hormis la formation plénière, la cour se compose de 3 formations

contentieuses : le comité des 3 juges, qui remplit la fonction d'abatage, de tri, qui peut décider seul à l'unanimité de l'irrecevabilité d'une requête (mais pour les requêtes inter-étatiques, elle se passe de ce filtrage car il y a un nombre très restreint de ce type de requêtes et c'est au nom de la garantie des droits qu'ils peuvent agir.) L'élément central : la chambre des 7 juges, qui se prononce sur la recevabilité des requêtes, elle va établir les faits, et elle se mettra à la disposition des parties en vue d'une conciliation à l'amiable. Pour finir, s'il n'y a pas d'accord, c'est la grande chambre des 17 juges qui entre en scène. Sa composition n'est pas fixe, mis à part les membres de droit (président et vice-président de la cour, et le juge « élu au titre de l'État parti au litige » (le défendeur), ce juge prêtant serment en jurant d'être impartial.)

3 – La dualité du contrôle.

C'est un modèle quelque peu « bâtard » : on a deux modalités de saisine de la grande chambre :

- Par la voie du dessaisissement (article 30) : quand il s'agit d'une question grave d'interprétation de la convention ou d'un des protocoles, d'un risque important d'interprétation contraire de la jurisprudence établie. (Au fond, la petite chambre ne statue pas, pour la renvoyer à la grande chambre.) L'article 30 n'impose pas de se dessaisir s'il y a un risque. La faculté va être conditionnée par l'accord préalable des parties. Si l'une des parties refuse, la chambre est obligée de statuer. L'office du juge (=pouvoir) est strictement conditionné par l'accord des parties, il ne maîtrise pas leur dessaisissement. On peut aussi s'interroger sur l'autorité des arrêts de cette chambre, puisque ces mêmes chambres ne sont pas maîtresses de leur rôle. En fait, on voit ici la stratégie mise en place par les États lors de la mise en place du protocole n°11. Les États ne voulaient pas être court-circuités (ils sont parties au procès, puisqu'ils sont poursuivis.) Ils empêchent la chambre de se dessaisir, et ils agissent en fonction de l'arrêt rendu. S'il est vraiment défavorable, ils saisissent la grande chambre, imaginée par les États et pour les États. La raison d'être de l'article 30 est d'éviter les dessaisissements systématiques.

- Par la voie du renvoi (article 43) : procédure inhabituelle. En mettant en place un double contrôle, elle remet en cause le choix de la juridiction unique. Normalement, en droit, un renvoi organise un transfert de compétence d'une juridiction à une autre et il relève de la décision souveraine de la juridiction qui renvoie. Le renvoi se situe toujours avant toute décision au fond. Or, la procédure de l'article 43 est tout autre, elle intervient après. Dans les faits, dans un délai de 3 mois, à compter de la date de l'arrêt d'une chambre, toute partie à l'affaire peut, dans des cas exceptionnels, demander le renvoi devant la grande chambre : on constate que le renvoi a bien lieu postérieurement à l'arrêt rendu par la chambre. Et, le renvoi est décidé par les parties, le juge n'est pas maître des renvois. Voilà une procédure hybride qui ne correspond pas à la conception de renvoi. Les maîtres du jeu sont les parties. On appelle renvoi ce qui en fait ressemble à un appel. Mais ce n'est pas un appel, car les parties ne sont pas tout à fait maîtresses de la procédure. En effet, selon l'article 43, ce qui ressemble à l'appel est possible « selon des cas exceptionnels » (un appel n'a pas de condition.) On est donc pas dans une procédure d'appel, ni de renvoi. On peut parler de « procédure de réexamen. » Mais, qui examine s'il s'agit d'un cas exceptionnel ou non ? Au sein de la chambre des 7 juges, est constitué un collège de 5 juges qui va être amené à filtrer, à examiner, les demandes et déterminer les « cas exceptionnels. » « Procédure d'autorisation d'appel interne. » Les juges ne décident pas à l'unanimité.

L'article 43 du protocole 11 prévoit ces cas exceptionnels : il concerne tout type d'affaire qui

soulève une question grave, relative à l'interprétation ou à l'application de la convention et de ses protocoles.

Si le collège des 5 juges accepte le renvoi, c'est qu'il attend que la grande chambre de 17 juges assure la cohérence jurisprudentielle, l'uniformité de l'interprétation de la convention.

Réexamen dans l'intérêt de la convention. Quel risque d'incohérence ? Les chambres sont composées de manière fixe, élaborées pour maintenir un équilibre géographique. Et elles travaillent en huis clos. Les juges, ne se connaissant pas forcément entre eux, et ne savant pas parfaitement les décisions prises, adoptent des nuances par rapport à la jurisprudence, ce qui provoque des incohérences. Les arrêts de grande chambre sont forcément des arrêts de principe, commentés partout, dans tous les pays.

Quand les États arrivent à un compromis lors de la formation des protocoles, ils joignent à ceux-ci des rapports explicatifs : notification notable d'un droit national (exemple des Roms en République Tchèque : faut-il pousser ce pays à revoir tout son système éducatif ? A tel point que le premier arrêt donna raison au pays. Ce fut un arrêt extrêmement critiqué, notamment par les ONG.)

D'ailleurs, l'arrêt de la grande chambre ne fut pas donné à l'unanimité mais avec des juges dissidents, comme le juge tchèque. On remarque que dans les requérants, il y a un tchèque, un anglais mais aussi un américain : un américain qui vient défendre la minorité Roms ? De plus, il est apparu que les requérants n'ont jamais vu les Roms, on a parlé « d'instrumentalisation » des requérants par les ONG ; la situation était confuse.

Le protocole N°11 a voulu améliorer procéduralement le système. L'enjeu se trouve entre les mains du collège des 5 juges : s'il accepte régulièrement les réexamens, cela freine les délais des affaires et inverse au principe du protocole. S'il accepte trop facilement, c'est l'autorité juridique des chambres des 7 juges qui s'effondre (l'intérêt ne résidera que dans un arrêt de la grande chambre.)

Si dans les 3 mois, la grande chambre n'est pas saisie, l'arrêt de la chambre des 7 juges est définitif.

B – Le protocole 14, ou la dénaturation du système ?

Il fut accepté le 13 mars 2004, 46 États l'ont ratifié (pas la Russie.) Dans les faits, on peut considérer qu'il est entré en vigueur.

NB : lege lata : droit tel qu'il est posé par le législateur, droit positif. Lege ferenda : droit tel qu'on le désigne, en élaboration, mais mis en œuvre implicitement.

Malgré les améliorations du protocole 11, les requêtes continuent d'affluer et les affaires pendantes ne cessent d'augmenter, cela affecte l'efficacité du système de la cour.

Deux grands points :

- simplification et accélération de la procédure.
- condition de recevabilité des requêtes.

Les requêtes manifestement recevables (soit à peu près 90%) et les affaires répétitives (même problème de fond, notamment à propos des violations structurelles.) Comment améliorer la rapide résolution de ces dernières ? Élargissement des compétences du comité de 3 juges : la cour avait commencé en utilisant l'arme de la jurisprudence pour tenter de faire face à ces affaires répétitives, et dans un arrêt de principe du 22 juin 2004, l'affaire Broniowski contre Pologne, la cour a créé « l'arrêt pilote » : expliquer clairement comment l'État doit faire pour

mettre un terme à la violation, et que l'État doit suivre. Lors d'une affaire classique déclarée recevable, on rend conjointement un arrêt sur le fond lorsque la question qui était en cause fait l'objet d'une jurisprudence bien établie, claire, facile à appliquer. On juge rapidement, en motivant la décision par le simple fait qu'il y a une jurisprudence fournie, on regarde à peine l'affaire.

Mais là encore qu'est ce qu'une jurisprudence fournie? ...

- Nouveau mécanisme de filtrage : les juges uniques. Ils ont pour but de traiter les affaires manifestement irrecevables (quatrième formation de jugement, après les 3 juges, les 7 et les 17.) Par exemple, une affaire où l'on demande l'application des droits communautaires, le juge unique va l'écartier (puisque la convention n'est pas le droit communautaire.)

- Renforcement de la flexibilité du système : changement de la taille des chambres (pas encore entré en vigueur) pour qu'elles passent de 7 à 5 pour multiplier l'activité. De même, la possibilité de statuer dans un arrêt tant sur la forme que sur le fond. Quand la chambre examinait l'affaire, elle donnait une première décision sur la recevabilité : lorsqu'un requérant attaque un État, il doit soulever les exceptions préliminaires. Ainsi, la cour doit d'abord examiner la forme (la recevabilité.) Mais, l'article 29 du protocole N°14 permet donc par un arrêt de statuer sur les 2 moyens (fond et forme.)

Le problème principal dénoncé par toutes les ONG défendant les droits de l'Homme est la condition de recevabilité des actions : il faut pouvoir prouver et alléguer l'existence d'un préjudice important. Les critiques se sont alors déchaînées : comment déterminer l'importance choisie par ce protocole ? Le protocole explicatif ne donne aucune explication. Si le protocole entrerait en vigueur, ce serait à la cour de déterminer au cas par cas si le préjudice était important ou non. Entre un individu qui va se plaindre d'avoir été maltraité en garde à vue, et celui qui va se plaindre de voir son procès être trop ralenti, comment déterminer ce qui est important ?...

§3 – La question de l'évolution procédurale.

Le juge a-t-il le droit d'utiliser la technique du revirement de jurisprudence pour faire face à un problème institutionnel et non pas pour la protection des droits des justiciables ? Et plus encore quand il est question d'une cour de protection des droits de l'homme ? Ici, on a la cour européenne qui s'en charge pour faire face à l'engorgement de ses prétoires, tandis que la défense des droits de l'individu est son rôle majeur.

A – L'examen préliminaire de la requête.

Il faut effectuer des distinctions en fonction de la nature des requêtes.

Ø Les requêtes inter-étatiques.

Article 33 de la CEDH. Ce sont des requêtes dites « objectives » (recours objectif.) Tout État contractant peut saisir la cour pour tout type de manquement à la convention. Il s'agit d'une action publique, une actio popularis. L'État ne doit pas être considéré comme agissant pour son propre compte, mais comme soumettant à la cour une question qui touche à l'ordre public

de l'Europe. Par conséquent, il n'a pas à prouver l'existence d'un intérêt à agir qui correspondrait à la violation d'un droit subjectif. Rupture radicale car en DIP (droit international privé) un État ne peut attaquer un autre État parce que les citoyens y voient leurs droits bafoués, l'article 33 et le recours objectif qu'il institue est une rupture totale avec le principe de non-ingérence. C'est peut être pour cela que les applications de cette procédure n'ont pas été nombreuses car diplomatiquement il est très complexe d'activer cette actio popularis. On compte ainsi seulement 14 requêtes inter-étatiques depuis 1959. En ce qui concerne les affaires individuelles, le chiffre est largement supérieur avec entre 800 et 1000 arrêts par an.

On peut regrouper ces 14 requêtes inter-étatiques en 7 groupes d'affaires. Il y en a trois que l'on pourrait appeler des affaires politiquement désintéressées, les autres s'inscrivant dans un contentieux politique fort. Différends politiques larges : Grèce contre RU concernant le statut de Chypre. Autriche contre Italie pour la région Haut Adige. Une affaire Irlande/RU qui concernait l'Irlande du Nord. Et Chypre/Turquie qui a donné lieu à cinq requêtes, qui concernaient toutes l'intervention militaire turque dans le nord de Chypre.

Moins sensible : une affaire Danemark/Turquie, affaire inter-étatique presque individuelle avec un citoyen turque expatrié au Danemark rentre en Turquie pour l'enterrement d'un de ses parents. Quand il atterrit sur le sol turc, il subit une séance de torture dans un commissariat turc. Sur le point de déposer une requête à Strasbourg. Le Danemark a donc décidé d'attaquer la Turquie pour mettre à jour les pratiques de mauvais traitement des commissariats turcs. Arrêt de règlement amiable en 2005 où la Turquie s'engageait à mettre en place un programme d'éducation en matière des droits de l'homme à l'égard des policiers et des militaires.

Sur ces 14 affaires, seules trois requêtes ont donné lieu à des arrêts !

Irlande contre RU en 1978 : RU condamné pour violation de l'article 3 (prohibition de la torture.)

Chypre/Turquie, arrêt du 10 mai 2000. Arrêt important qui intervient dans un contentieux ancien. Arrêt rendu après entrée en vigueur du protocole 11 (cour unique.) Cet arrêt fait le point sur le respect des droits de l'homme sur l'île de Chypre par la Turquie, qui a établi une république fantoche dans le Nord de l'île en 1970, la République turque de Chypre du Nord. Chypre, en attaquant la Turquie, dénonçait la violation des droits de l'Homme dans le Nord de son île. La Cour s'est alors demandée si en déclarant la requête recevable elle n'allait pas entériner la situation d'invasion du Nord de l'île par la Turquie. La cour, en la recevant, a pris soin de considérer que c'était une manière de mettre au grand jour la violation par la Turquie de certains droits fondamentaux.

Il y a tout de même ces derniers temps des occasions manquées de recourir à cette actio popularis, ce qui prouve qu'il n'est pas politiquement aisé de recourir à l'article 33. Elles concernent la Turquie (violation du droit à la vie, article 2, violation de l'article 3 et de l'interdiction de la torture, etc.), la Russie en Tchétchénie, etc. Aujourd'hui, le système conventionnel européen ne fonctionne pas. Beaucoup d'affaires individuelles concernent la violation de droit tchéchènes par la Russie, ou alors en Turquie. Est-ce le rôle des requêtes individuelles de montrer les problèmes collectifs ?

Ø Les requêtes individuelles.

Le droit de recours individuel de l'article 34 confère à l'individu un droit d'action direct devant les juridictions judiciaires internationales.

Les obstacles en amont de la saisine de la Cour :

Obstacles financiers ? Les individus sans ressources peuvent-ils avoir les moyens d'accéder à la cour ? Le ministère d'avocat est obligatoire, mais seulement une fois l'affaire déclarée recevable. Il faut donc avoir les moyens d'avoir un avocat. Le ministère d'avocat n'est donc pas nécessaire avant. Cependant, il faut rédiger la requête, et si elle n'est pas bien formulée, elle ne peut être déclarée recevable.

La question est alors de savoir si un système d'assistance judiciaire gratuite est permis. La cour ne peut offrir cela aux ressortissants de 47 pays ! C'est le conseil de l'Europe qui détermine les moyens de la cour. Les États parties rechignent à donner de l'argent pour cela. Seuls les pays scandinaves font figure de modèle en la matière.

C'est donc à chaque État partie de fournir aux requérants issus de son territoire un système d'assistance. Cela n'existe pas dans certains États, comme la France, qui refuse de mettre en place un système d'assistance judiciaire gratuite sur le plan international. Les pays scandinaves permettent cela.

L'autre entrave (avant saisine) est constituée de pressions pouvant être émises par les autorités étatiques elles-mêmes. Cette entrave, violation de l'article 34 de la convention, existe.

Quantifier cela est très dur. La jurisprudence démontre qu'on a pu mettre à jour certains types de pressions. Parfois, les États tentent de dissuader, durant un interrogatoire, le requérant de déposer sa requête. Pressions aussi sur les avocats : menace de radiation du barreau ! Il y a une telle affaire : l'affaire McShane contre le Royaume-Uni en 2002. Engagement de poursuites disciplinaires contre un individu ou ses avocats.

Est considérée comme une pression, l'interception du courrier d'un détenu, quand le courrier du greffe de la CEDH envoie les possibilités au requérant (cf. surtout affaires contre la Russie.)

Les titulaires de la saisine :

A la lecture de l'article 34, le recours est reconnu à « toute personne physique, à toute organisation non gouvernementale, ou tout groupe de particuliers. »

Toute personne physique : aucune condition relative à la nationalité, la résidence, l'état civil ou la capacité des personnes pouvant saisir la CEDH. La protection de la convention peut donc être invoquée par toute personne contre son pays, mais aussi par les ressortissants d'un autre État, que cet État soit partie ou non à la convention. Un apatride peut même utiliser cette procédure : la seule condition est que la violation ait eu lieu sur le territoire d'un des 47 États concernés, ou sur le territoire d'un pays sur lequel l'un des 47 a le contrôle.

Les incapables (sous l'angle du droit interne) peuvent également s'adresser à la cour, même sans être représentés par un tuteur ou un curateur. CEDH, grande chambre (17 juges) Scozzari et Giunta contre Italie : une mère privée de l'autorité parentale a pu saisir la cour en sa qualité de mère biologique, et sa requête a été acceptée afin de protéger ses enfants. De même, les détenus que les États ont longtemps considérés comme ne pouvant agir, peuvent, du fait de l'affirmation par la jurisprudence, agir. Histoire de la « chienne de Buchenwald » en 1962 : une ancienne partisane du régime nazi qui voulait se plaindre de ses conditions de détention.⁴ La cour avait décidé que le comportement criminel de la requérante ne la privait pas d'agir devant la cour.

En DIP, il faut nécessairement que le ressortissant ait « les mains propres » (clean hands.)

Il faut préciser qu'une disposition de l'article 17 de la Convention concerne l'abus de droit, il ne faut donc pas abuser de ce droit à agir. Instrumenter ce droit de recours pour nuire à la philosophie des droits de l'Homme est un abus de droit.

Roger Garaudy : négationniste. C'est un écrivain français qui arrive à très bien vendre son livre en Iran. Il a pu publier son livre, mais a été condamné pour déni de négationnisme. Il a allégué la liberté d'expression devant la cour, qui a déclaré sa requête irrecevable pour abus de droit, en disant que tout le monde peut requérir, à condition que les faits qui sont historiquement prouvés ne soient pas niés. Il est donc, selon elle, inadmissible d'utiliser le droit de recours individuel pour malmener la philosophie des droits de l'Homme.

Toute « organisation non gouvernementale. » : la cour ne parle pas des ONG comme on l'entend tous les jours ; dans ce cas, cela exclu les ONG au sens d'organismes publics. On parle donc d'organisations non publiques. Toutes les entités de droit privé peuvent accéder à la cour. Il s'agit donc de sociétés commerciales, de sociétés de radio, de syndicats, etc.

On a beaucoup d'attaques de ce type, surtout de la part de partis politiques contre la Turquie, car la cour constitutionnelle peut dissoudre les partis politiques. Enfin, les personnes morales assurant un service public le peuvent (Radio France contre la France en 2003, par exemple.)

En Amérique Latine, les personnes physiques sont les seules à pouvoir accéder à la cour, contrairement à la cour européenne. En revanche, quand une communauté appartenant à un État souhaite attaquer cet État, ce n'est pas recevable. « Tout groupe de particuliers » : un collectif qui souhaite se regrouper pour attaquer en groupe un État en a le droit.

- CEDH, 23 juillet 1968, affaire « linguistique belge contre la Belgique. »

Il faut ici arguer d'un intérêt à agir : La notion de victime. Le requérant individuel doit avoir été victime, car sinon la requête est déclarée irrecevable sur l'angle ratione personae, sous l'angle personnel. De même, s'il n'y a prescription, la requête sera déclarée irrecevable sous l'angle ratione temporis.

Si allègue violation du droit communautaire : ratione materiae. Car ce n'est pas l'objet de la CEDH.

Il faut alors mettre en exergue que, dans des cas particuliers, la requête peut être introduite par une personne autre que la victime, notamment en cas de disparition forcée. C'est le cas de l'enlèvement par des policiers ou militaires qui quelquefois interrogent la personne en commettant des actes de tortures et la disparition de la personne avec volonté réelle de disparition du corps pour faire disparaître les traces de l'élimination de la personne. Ce phénomène fut un temps très fréquent en Uruguay et au Chili.

La convention des Nations Unies concernant ce problème existe depuis 20 ans, mais n'est entrée en vigueur que récemment.

Dès lors, les parents auront alors la capacité d'agir devant la cour de Strasbourg.

De même, lorsqu'un requérant décède en procédure, notamment dans le cas de requérants atteints par le virus du SIDA (affaire du sang contaminé), alors les héritiers, les ayants-droit ont pu continuer l'affaire. X contre France, CEDH 1992, par exemple.

CEDH 6 septembre 1998 : Klass contre Allemagne : il faut avoir été victime pour poursuivre.

Dans la pratique, la cour a donné une notion très extensive à la notion de victime : émergence de la théorie de la victime potentielle. Théorie de la victime potentielle : toute personne susceptible de tomber sous le coup de l'application d'une loi prétendument incompatible avec la convention, même si cette loi n'a pas été appliquée de façon effective à l'égard du requérant. On va à l'encontre de l'arrêt Klass qui posait le principe nécessaire du fait avoir été victime d'une violation. Il en va ainsi du cas des homosexuels. Longtemps, en Europe, l'homosexualité était susceptible de sanctions pénales. Mais par la suite il y eut dépénalisation.

22 octobre 1981, Dudgeon contre RU : affaire emblématique de cette théorie de victime potentielle. En Irlande du Nord, il existait cette sanction pénale de l'homosexualité entre adultes consentants en privé. Dudgeon a saisi la cour en disant « à tout moment je peux être mis en prison. » Il explique qu'il a deux options : soit il assume sa situation, soit il se renie afin de ne pas être mis en prison. Il tente le coup, bien qu'il n'ait pas été victime en tant que tel, et la cour accepte cette requête. De plus, la cour condamne le RU pour avoir violé l'article 8 de la convention (droit au respect de la vie privée et familiale.) Cet arrêt a été suivi par Norris contre le RU en 1988, et 22 avril 1993 avec Modinos contre Chypre.

L'autre domaine de cette théorie est celui du droit des étrangers.

Est victime, l'étranger qui court le risque réel de subir une violation de l'un de ses droits, si une mesure d'éloignement du territoire qui est prise à son encontre est exécutée. Le premier arrêt à avoir consacré cela est celui de la CEDH, le 7 juillet 1989 : Soering contre le RU. L'affaire présentait un fugitif, Soering, réfugié au RU. Les USA en demandent l'extradition car ils veulent le faire rapatrier car il doit subir la peine de mort. Extradier ce ressortissant, alors qu'on sait l'issue de son procès, rendrait coupable le RU de violation de l'article 2 (droit à la vie) et de l'article 3, violation de la torture, car le couloir de la mort est assimilable à de la torture.

Quand un État européen est sur le point d'extrader un étranger sur un territoire où il va être réprimé, la cour considère que cela constitue une violation de l'article 3 de la CEDH.

Citons l'arrêt Open Door contre l'Irlande en octobre 1992. La théorie de la victime potentielle brouille la frontière entre droit de recours individuel et actio popularis. Open Door est une association irlandaise à but non lucratif qui s'occupe essentiellement de conseiller les jeunes femmes enceintes en Irlande, et leur signale qu'elles peuvent se faire avorter au Royaume-Uni. Notons qu'à l'époque, la constitution d'Irlande de 1937 n'admettait pas l'avortement. Des poursuites sont entamées à la demande d'une association prônant le droit à la vie. L'affaire arrive jusqu'à la dernière instance judiciaire irlandaise qui estime que les conseils fournis par l'association contribuent à la destruction des vies à naître. Injonction pour interdire cette association de présenter le moyen de se faire avorter aux jeunes femmes enceintes. L'affaire arrive devant la Cour EDH sur la base de la défense de la liberté d'expression (article 10.) Le §2 de cet article décrit les restrictions permises, et l'association considère que la restriction n'est pas légitime en la matière. La cour va considérer que ladite injonction venue sanctionner l'association n'est pas proportionnée au but légitime de l'article de la Constitution irlandaise.

La Cour fait alors fi d'une disposition constitutionnelle nationale !

Le contrôle de constitutionnalité exercé par le juge irlandais l'a logiquement amenée à faire primer la Constitution. Néanmoins, dans le cadre conventionnel, la convention ne consacre pas le droit de l'enfant à naître, ce qui permet les États qui acceptent et réglementent

l'avortement.

Une loi déclarée constitutionnelle dans l'ordre interne pourra parfaitement être déclarée inconstitutionnelle dans le cadre européen.

Cour EDH, 6 janvier 2005, DR (= Décision de Recevabilité, signifie que l'affaire n'a pas été reçue) Derras c/ (contre) France et Association SOS Sexisme c/ France.

Premier cas : 12 femmes (Derras) et SOS sexisme combattent la transmission du nom patronymique par le père. Le gouvernement soulève alors les exceptions préliminaires, ici : l'association n'est pas victime, ni les douze ressortissantes car pour beaucoup d'entre elles n'étaient ni mariées, ni n'avaient d'enfants. Certaines alléguaient même qu'elles n'avaient pas eu d'enfants du fait de cette incapacité à transmettre leur patronyme ! Leur requête fut alors rejetée !

3 – La recevabilité des requêtes.

a) Conditions communes aux requêtes individuelles et inter-étatiques.

La requête doit être présentée dans un délai de six mois à compter de la date de la décision interne définitive : compétence rationae temporis de la cour. En principe, la compétence de la cour s'étend à tous les faits postérieurs à l'entrée en vigueur de la convention pour l'État défendeur.

Il y a une exception : assouplissement de la jurisprudence. La cour va admettre sa compétence à des faits antérieurs pour des faits susceptibles d'entraîner une violation continue des dispositions de la convention.

La cour ne peut être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes (article 35 §1.) Cette règle renvoie aux principes de droit international généralement reconnus. Empruntés notamment à la jurisprudence de la Cour Internationale de Justice. Il s'agit d'un des six organes principaux des Nations Unies (auparavant Cour Permanente de Justice Internationale de la SDN.) Elle siège à La Haye et, contrairement à la Cour EDH qui accepte que des individus puissent présenter des requêtes, la CIJ n'accepte que les requêtes émanant d'États.

CIJ 21 mars 1959, affaire Interhandel : consécration de la règle de l'épuisement des voies de recours interne. Tout requérant doit d'abord s'adresser au « souverain territorial », aux juridictions nationales. Cette règle a pour objet de protéger les souverainetés nationales contre des procédures internationales intempestives. Le mécanisme de garantie des droits de l'Homme établi par la convention n'a pas pour but de supplanter le droit interne, mais d'en palier les défaillances les plus flagrantes. Le juge interne est le juge conventionnel de droit commun, c'est lui qui, au quotidien, va appliquer la convention européenne et se fera le défenseur des droits de l'Homme.

Dictum classique de la cour, prononcé pour la première fois dans l'affaire Handyside c/ Royaume-Uni en 1986 : « Les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les restrictions au droit énoncées par la convention. » (subsidiarité du recours devant la CEDH.)

Signalons alors un arrêt de revirement de jurisprudence, Kudla c/ Pologne, qui a revisité le principe de subsidiarité dans le domaine particulier du délai raisonnable de l'article 6 §1. Un

procès devient inéquitable s'il est jugé dans un délai déraisonnable.

La cour est engorgée, et elle utilise l'arme du revirement de jurisprudence pour faire face à un défi d'ordre structurel (engorgement) et non pas pour répondre sa fonction de défense des droits de l'Homme.

Article 6 : Droit au procès équitable.

Article 13 : Droit à un recours effectif.

Pendant longtemps, les plaignants invoquaient devant la cour ces articles 6 et 13. La cour s'intéressait alors essentiellement à l'article 6, sans se préoccuper de l'article 13 et du droit au recours effectif. Elle décida qu'à partir d'un an, tout requérant (physique ou moral) se plaignant d'un délai déraisonnable devra prouver qu'il a activé devant ses juridictions nationales une plainte pour se plaindre du délai déraisonnable. L'article 13 devient alors plus important qu'avant. Dans l'épuisement des voies de recours, il faut ajouter une nouvelle voie de droit dans le système interne : plainte d'un délai irraisonnable. Il faut alors que chaque État crée une nouvelle voie de droit. Sur le millier de requêtes que la cour reçoit chaque année, près de 60% concernent des délais déraisonnables, c'est pourquoi la cour a décidé de déplacer en interne ce problème.

b) Les conditions spécifiques aux requêtes individuelles.

Les causes d'irrecevabilité de l'article 35 §3 :

La requête doit rentrer dans le champ de compétence de la cour. Problème de la compétence ratione loci. Les faits doivent relever de la juridiction d'un des 47 États parties, doivent être survenus sur le territoire de l'État partie, ou bien sur des territoires auxquels l'État a étendu par déclaration expresse l'application de la Convention. Ou alors les faits doivent avoir été commis sur un territoire étranger, par des agents sous le contrôle d'un État partie. Si le lien entre agents et États est démontré : ils peuvent être traînés devant la Cour EDH (+ Ratione Materiae.)

La requête ne doit pas être abusive. Cela peut résulter du contenu même de la requête qui peut poursuivre un but autre que celui de la défense des droits. Si un individu faisait cela pour échapper à une sanction pénale, alors la requête pourrait être déclarée irrecevable si la demande était grossière.

Défaut manifeste de fondement. Cela est complexe car pour savoir si une requête est manifestement mal fondée, le comité de trois juges qui examine les requêtes va devoir examiner les faits pour voir si la requête est recevable, contrôle devant en réalité revenir à la chambre de sept juges. Il s'agira surtout des cas où les faits allégués ne constituent manifestement pas une violation des termes de la convention ou absence de commencement de preuve à l'appui des faits allégués. Quand le comité des trois juges déclare la requête irrecevable, il ne peut être présenté de recours à leur encontre.

4 – L'examen au fond de la requête.

Lorsque la requête est déclarée recevable, il faut examiner les faits de façon contradictoire. Le caractère contradictoire de la procédure va permettre d'assurer une certaine égalité entre les parties.

Dans le cadre de l'établissement des faits, la cour dispose de très larges pouvoirs : elle peut

demander des renseignements supplémentaires aux parties, auditionner des témoins, des experts, elle peut même se déplacer si la requête est formulée par un détenu qui se trouve par exemple en Russie ou en France. La Cour EDH a également une fonction de conciliation par le biais du lancement d'une procédure de règlement amiable. On parle alors de conciliation internationale.

Il y a deux différences avec la conciliation internationale telle que l'article 33 de la convention des Nations Unies le prévoit, puisque cette dernière prévoit cela dans le cadre inter-étatique, là où la Convention européenne prévoit cela dans ce cadre-ci et dans le cadre des requêtes individuelles. On ne peut pas aboutir à un règlement amiable allant à l'encontre des droits de l'Homme.

B – Le jugement au fond, la Cour de sept juges.

L'arrêt de la cour va être adopté à la majorité des juges présents et en cas de partage des voix, celle du président de la chambre (celle des sept juges : juridiction de droit commun) est prépondérante. Rappelons que chaque juge peut joindre une opinion individuelle concordante (qui exprime l'accord du juge minoritaire sur la solution rendue mais pas sur les motifs), ou une opinion dissidente (en désaccord tant avec la motivation qu'avec le dispositif de l'arrêt.) Cette capacité à soumettre une opinion séparée n'existe en revanche pas en France, notamment devant le CC. Notons que la CC espagnole et la cour suprême américaine, elles, l'acceptent. Devant les cours internationales, on peut généralement émettre une telle opinion, sauf devant la CJCE du Luxembourg. La doctrine considère que cela permet d'atténuer l'autorité de l'arrêt, notamment dans le cas d'un avis individuel dissident. Cela permet aussi de comprendre le point stratégique qui fut au cœur des discussions.

1 – La constatation de la violation.

La fonction de la cour est de statuer en droit sur la violation alléguée de la convention EDH. Il s'agit toujours de savoir si une décision, une mesure, une loi d'un État partie à la convention a ou non méconnu cette convention. Selon l'article 41, il va falloir que la cour déclare la compatibilité ou l'incompatibilité de la décision avec les articles de la convention. Son pouvoir de décision est donc limité à la simple constatation de la violation. Le contentieux des droits de l'homme est un contentieux de la légalité et non un contentieux de l'annulation. La cour n'a pas la possibilité de casser la décision interne, on se trouverait alors en présence d'une cour fédérale, ce qui n'est pas le cas.

Cf. Affaire Dudgeon c/ RU en 1981 : la décision de la cour n'entraîne pas ipso facto l'annulation de la norme interne, c'est à l'État de le faire.

Si la cour déclare qu'il y a une violation, il va ensuite falloir s'intéresser à la réparation.

2 – La réparation.

Il s'agit d'une règle classique du DIP, mentionnée dans une jurisprudence constante de la CPIJ (SDN.)

Affaire des usines de Chorzów (c/ Pologne) en 1928, émission du dictum suivant : « c'est un principe de droit international que la violation d'un engagement entraîne l'obligation de réparer dans une forme adéquate. »

C'est à nouveau l'article 41 qui règle la question et place la réparation dans le contentieux

classique de l'indemnité. Il donne à la cour le pouvoir d'accorder à la partie lésée une « satisfaction équitable. » Le pouvoir d'appréciation de la cour est discrétionnaire pour déterminer, « s'il y a lieu », la réparation. Cette réparation, dans l'esprit de la cour, est une réparation subsidiaire. La satisfaction équitable ne sera octroyée que si le droit interne ne permet pas d'effacer les conséquences de la pratique interne incompatible avec la Convention EDH.

Ce sont les États qui doivent en premier lieu verser les indemnités, est exigée aussi une restitutio in integrum, s'il est possible de le faire. L'État ne sera pas obligé de transmettre à la victime une indemnité pécuniaire, il s'agira simplement de lui restituer ce qui lui a été pris. Il est très rare que la restitutio in integrum soit possible. L'État reste libre, si son régime juridique interne le lui permet, de réparer son infraction, de décider discrétionnairement les modalités de la réparation (réparation du préjudice subi sous l'angle indemnitaire, restitutio in integrum), dans un délai de six mois à compter de l'arrêt de la CEDH.

C'est le comité des ministres qui doit vérifier si la réparation a bien été effectuée dans les délais.

La réparation du préjudice est subordonnée à trois conditions classiques : le préjudice doit être personnel, direct et certain. Si la victime décède, il faudra verser la réparation à l'ayant-droit de cette dernière, qui obtiendra alors le statut de « partie lésée. » La cour va aussi exiger une stricte causalité entre le manquement constaté et le préjudice allégué ; elle refuse de spéculer sur ce qui aurait pu arriver, elle se borne simplement à constater dans l'appréciation de ce préjudice direct. Enfin, le préjudice doit être certain, la cour accepte de réparer aussi bien le préjudice matériel que le préjudice moral. Dans le cadre du préjudice moral, tous les types d'inquiétudes sont pris en compte : stress, angoisse, etc. Et ce, même dans le cadre d'une personne morale !

Affaire Comingersoll S.A. c/ Portugal : la société attaque le Portugal car la gestion de la faillite par les autorités portugaises est jugée relativement mauvaise. Les membres de la société, comme la société elle-même, étaient dans l'incertitude. Ce sentiment d'inquiétude sur l'avenir financier de la société, qui a découlé d'un délai déraisonnable dans le traitement de l'affaire, a été pris en compte par la cour dans l'évaluation du préjudice moral allégué !

La cour interaméricaine des droits de l'Homme a créé le concept de l'atteinte aux projets de vie. Quand une personne est torturée, quand un enfant a fait l'objet de sévices, etc. C'est tout le projet de vie d'une personne qui s'effondre... Cela a été pris en compte par cette cour pour évaluer ledit préjudice moral.

Si l'État ne répare pas spontanément, la Cour EDH se prononce sur la satisfaction équitable (réparation.) Le prononcé de l'arrêt en question est une satisfaction équitable, la cour en choisit le mode.

Plusieurs formes de la satisfaction équitable :

- Simple prononcé du jugement : le requêtant est satisfait : il a montré les errements juridiques de son État.
- Dédommagement des frais et dépens.
- Allocation d'une réparation pour préjudice subi. La cour statue in concreto, c'est-à-dire en fonction de toutes les spécificités de l'affaire. Aucune affaire n'est semblable à une autre.

Auparavant, il existait des décisions en deux temps : arrêt + déclaration de la réparation. Cela était conforme à l'esprit de la réparation : c'est au droit interne qu'il appartient en premier lieu de réparer la violation. On attendait de voir si l'État pouvait indemniser la victime. S'il ne le pouvait pas, ou simplement partiellement, la cour prononçait un second arrêt de réparation, et,

au titre de la satisfaction équitable, déterminait la compensation à verser. Actuellement, afin d'accélérer la procédure, la cour ne se prononce plus que dans un seul arrêt (première partie : constat de violation, seconde partie : satisfaction équitable.) Cela engendre un problème sur les principes. Ce changement tend à faire du contentieux de l'indemnité un contentieux ordinaire lié au contentieux de la légalité. Brouillage conceptuel d'un côté, mais de l'autre il y a aussi un renforcement des garanties offertes aux victimes.

§4 – Morceaux choisis sur le droit à la vie privée familiale.

Il est consacré dans beaucoup d'instruments internationaux. L'article 17 du Pacte International sur les Droits Civils et Publics, l'article 11 de la Convention Américaine des Droits de l'Homme, l'article 8 de la CEDH : mélange vie privée et familiale, contre les immixtions arbitraires illégales de l'État dans la sphère intime et familiale. On a affaire à deux notions très floues, il ne faut donc pas chercher à définir l'un ou l'autre.

A – La notion de vie privée.

Il n'est pas possible de définir a priori cette notion. Il s'agit d'une notion contingente, elle va donc évoluer en fonction de l'époque, de la société, du milieu dans lequel tout individu évolue. Le courant de laïcisation progressive des sociétés occidentales a eu pour conséquence d'élargir la sphère de la vie privée. Elle recouvre ainsi des actes qui auraient pu être considérés autrefois comme contraire à la morale sociale et religieuse.

La jurisprudence européenne porte la marque des difficultés de définition de la vie privée. Dans un premier temps elle l'a défini comme la sphère intime.

Affaire X et Y contre Pays-Bas en 1985 : sphère intime, notamment sexuelle.

Une évolution importante a été opérée dans l'affaire Niemetz contre Allemagne du 16 décembre 1992 : « La vie privée ne couvre pas uniquement la sphère intime des relations personnelles, mais englobe le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables » (§29 de l'arrêt.)

«Au droit à la vie privée et personnelle vient se rajouter avec cet arrêt le droit à la vie privée et sociale. »

La cour ne définit pas la vie privée, elle s'en garde bien car elle ne veut pas se lier. Elle reste dans une dimension casuistique, c'est-à-dire au cas par cas et affaire par affaire avec cette notion. Le concept de la vie privée s'élargit de plus en plus jusqu'à inclure dans cette notion le droit à un environnement sain.

B – Le contenu du droit au respect de la vie privée.

Malgré le foisonnement jurisprudentiel, on peut sous l'angle pédagogique déterminer cela comme :

a) Le droit à la vie personnelle.

Droit à l'intimité de la vie privée. C'est « le droit de vivre à l'abri des regards étrangers. » Cela revêt une importance particulière face aux moyens modernes d'investigation, aux mains des autorités, mais aussi, maintenant, aux mains de n'importe quel justiciable. Il s'agit de

l'intimité des lieux, du respect du secret des opinions, le droit à l'image et la mémorisation des données à caractère personnel.

L'intimité des lieux :

Il faut que cette intimité soit préservée. C'est le droit au respect de son domicile, qui est affirmé par la cour comme « relevant de la sécurité et du bien-être personnel. » Une voiture ou une chambre d'hôtel peut être apparenté à un domicile. Les locaux professionnels d'une société relèvent aussi de la notion de domicile. La protection de cela se fait par l'article 8.

La cour a considéré qu'il « n'est ni possible ni nécessaire de chercher à définir de manière exhaustive la notion de vie privée, il serait toutefois trop restrictif de la limiter à un cercle intime où chacun peut mener sa vie personnelle à sa guise et d'en écarter entièrement le monde extérieur à ce cercle. Le respect de la vie privée doit aussi englober, dans une certaine mesure, le droit pour l'individu de nouer et de développer des relations avec ses semblables. Il paraît en outre n'y avoir aucune raison de principe de considérer cette manière de comprendre la notion de vie privée comme excluant les activités professionnelles ou commerciales : après tout, c'est dans le travail que la majorité des gens ont beaucoup, voire le maximum, d'occasions de resserrer leurs liens avec le monde extérieur », paragraphe 29 arrêt Niemetz c/ Allemagne (c'est par exemple le cas d'une perquisition chez un avocat dont le cabinet se trouvait partagé avec son domicile, les locaux professionnels tombent alors sous le coup de la protection de l'article 8.)

Une écoute téléphonique pour être légale, doit être prévue par la loi, nécessaire dans une démocratie, et ayant un but légitime. Ces trois conditions doivent toujours être remplies pour que ces écoutes soient conformes à la Convention.

Arrêt du 24 avril 1990 : Kruslin et Huvig c/ France. La France est condamnée dans cette affaire. La Cour EDH a déterminé la notion de « loi » pour montrer que l'ingérence avait dépassé la loi. La Cour EDH doit tenir compte des diverses conceptions de la loi au niveau national. Elle inscrit dans la notion de « loi » le droit interne ainsi que la jurisprudence, elle a donc européenisé la loi. Elle a dégagé une conception matérielle de la loi (qui doit être prévisible et accessible.) L'affaire elle-même, homicides commis par deux hommes, a été traitée car deux hommes furent mis sous écoute téléphonique. Les deux coupables vont alors devant la cour à Strasbourg pour contester la légalité des écoutes téléphoniques. Cependant, en France, seule la jurisprudence de la Cour de Cassation détermine la légalité des écoutes téléphoniques.

La Cour EDH reconnaît que la jurisprudence de la Cour de Cassation permet de déterminer la légalité. Mais est-elle suffisamment claire et prévisible ? La Cour EDH a estimé que la jurisprudence de la Cour de Cassation était trop mouvante et qu'il était donc trop difficile de déterminer si on était ou non dans la légalité. La France fut donc condamnée pour défaut de prévisibilité de la loi. Dans la foulée, la France a réglementé les écoutes téléphoniques dans une loi de 1991.

Arrêt du 31 mai 2005 : Vetter c/ France. La France a été condamnée car l'appartement d'un tiers proche de M. Vetter a été sonorisé par la police sur commission rogatoire. L'ami en question fut condamné pour complicité de crime. La Cour EDH se demande toujours si l'ingérence était prévue par la loi. Une jurisprudence prévoyait-elle la sonorisation d'un appartement ? La Cour EDH émet des doutes sur la base légale. Elle prend le contre-pied de la chambre criminelle de la Cour de Cassation qui avait dit que certains articles du CPP

incluaient la formule de sonorisation. La cour EDH estime que ce n'est pas le cas parce que la sonorisation n'est pas une interception de communication (comme elle était définie aux articles 100s du CPP.)

Arrêt Messina c/ Italie : La Cour EDH a rappelé le droit au respect de la correspondance en milieu carcéral. La Cour EDH oblige l'État du détenu à lui fournir le matériel pour entretenir une correspondance.

b) Le droit à l'image.

Affaire Von Hannover c/ Allemagne en 2004. Affaire dite « Caroline de Monaco. » Caroline de Monaco habite en Allemagne et son image est utilisée dans les journaux people allemands. Elle lance une action pour atteinte à sa vie privée. Elle a épuisé toutes les voies de recours allemandes, puisqu'elle a été jusqu'à la cour constitutionnelle (contrôle de constitutionnalité a posteriori.) Il s'agit du recours direct de protection des droits fondamentaux.

La cour constitutionnelle a estimé qu'en tant que personnage public sa vie privée était plus restreinte et donc la liberté de la presse devait être plus étendue. La princesse saisit alors la Cour EDH de Strasbourg (sous son nom de femme mariée : Von Hannover.) La Cour EDH lui a donné raison et a donc cassé le raisonnement de la cour constitutionnelle allemande. Elle a estimé qu'il fallait absolument distinguer la presse entre celle « digne d'intérêt dont le rôle est de participer aux débats d'intérêts généraux » et la « presse people qui n'a pas pour objet de dégager des débats d'intérêts publics ou généraux. »

Cour EDH : la presse est le chien de garde des sociétés démocratiques. Donc, pour elle, la liberté de la presse est très importante, sauf par exemple dans le cas d'un journal déversant son fiel sur les personnalités publiques qui ne demandaient pas tant de haine et de moqueries.

c) Le droit à la liberté de la vie sexuelle.

La Cour EDH fut amenée à examiner les cas des minorités sexuelles (homosexuels, transsexuels.) Pendant très longtemps, avant les trois affaires ayant permis la dépénalisation de l'homosexualité, la Cour EDH déclarait irrecevable toutes les requêtes présentées par des homosexuels !

Dans les années 1980, elle a affirmé « le droit de chacun de mener la vie sexuelle de son choix, en conformité avec son identité profonde. » Les relations homosexuelles dans la vie privée entre adultes consentants ne pouvaient alors plus faire l'objet de sanctions pénales. D'une manière générale, les relations lesbiennes ou homosexuelles « durables » étaient admises. Cette notion de durabilité fut par la suite oubliée. C'est le triptyque Dudgeon/Norris/Modinos (affaires déjà évoquées) qui a permis cette avancée.

La cour suprême américaine, quant à elle, a considéré dans un arrêt Bowers que l'homosexualité ne faisait pas partie de la culture américaine ! Un arrêt de 2003, Lawrence c/ Texas, la cour suprême opéra enfin un revirement de jurisprudence. Notons que la cour suprême américaine s'est toujours refusée à prendre en compte la jurisprudence internationale. Cependant, dans cet arrêt, elle cite l'arrêt Dudgeon c/ RU de 1981 ! Cet arrêt a néanmoins déclenché une polémique énorme, la chambre des représentants avait alors envoyé une requête à la cour suprême pour que soit rejetée la prise en compte du droit comparé !

A partir du triptyque juridictionnel toute discrimination basée sur l'homosexualité est condamnée. Affaire Smith et Grady c/ RU de septembre 1999 : la révocation automatique des

militaires de l'armée britannique sur la base de leur homosexualité est condamnée au titre de l'article 8 de la CEDH. Les plaintes sur la base d'une discrimination ayant pour cause l'homosexualité sont généralement fondées sur les articles 8 (droit au respect de la vie privée) et 14 (prohibition de toute discrimination) de la CEDH. L'âge pour le consentement aux relations sexuelles entre homosexuels doit être identique à celui des relations hétérosexuelles. Arrêt de 2003 qui est venu condamner l'Autriche.

En matière de transsexualisme, la jurisprudence a été évolutive, d'abord conservatrice puis avant-gardiste. Arrêt Rees c/ RU en 1986 : cet arrêt mettait en évidence l'absence de consensus entre les États parties à la convention s'agissant de l'obligation qu'il y aurait pour les États à procéder de façon automatique au changement d'état civil pour les transsexuels opérés. La cour reconnaissait alors le problème des transsexuels, sans admettre l'obligation pour les États membres de procéder au changement d'état civil.

En France, dans un arrêt de 1992 : frémissement d'évolution. La France a été condamnée pour ne pas avoir procédé au changement des papiers.

Le pas a réellement été franchi en 2002 avec l'arrêt Goodwin c/ RU du 11 juillet : la cour estime que le juste équilibre qu'il faut ménager entre l'intérêt général et les intérêts individuels oblige les États à procéder à la reconnaissance juridique de la conversion sexuelle. Une petite marge de manœuvre est laissée aux États (qui choisissent les modalités de reconnaissance juridique.) La cour fonde sa décision sur l'existence d'un droit au développement personnel.

Quelques mots sur les limites à la liberté de mener la vie sexuelle de son choix : Arrêt K.A et A.D c/ Belgique : La CEDH considérait que s'agissant de tout type de comportement sexuel, l'État pouvait intervenir pour empêcher la manifestation publique d'un comportement sexuel qui éventuellement pourrait heurter, inquiéter, choquer. Il faut ainsi protéger les droits d'autrui dont la capacité est nulle : les mineurs, majeurs incapables.

La première limite est donc la publicité des comportements sexuels pouvant choquer.

La seconde limite concerne les pratiques sadomasochistes entraînant des dommages corporels graves sur les individus.

Arrêt Laskey, Jaggard et Brown c/ RU de février 1997 : la Cour EDH n'a pas condamné le RU pour avoir condamné pénalement les individus, car il ne faut pas pratiquer des dommages corporels infligés sur les différents corps.

Arrêt K.A et A.D c/ Belgique : Notables belges (avocat, médecin + la femme de l'un.) Pratique du sadomasochisme dans un local loué, car le quatrième niveau de la pratique était trop doux à leur goût ! Des poursuites pénales ont été menées à leur encontre sans que la femme porte plainte, suite à la découverte d'une cassette les montrant dans leurs jeux. Ils ont alors fait appel de la condamnation, la femme disant que cela représentait une atteinte à leur vie privée. La Cour a alors bouleversé sa jurisprudence. La limite était auparavant le dommage corporel, même avec consentement. Dès lors, la limite devient le consentement. Toute personne fait ce qu'elle veut de son corps, y compris se soumettre à la torture, du moment qu'il y a consentement.

La cour a estimé que la répression pénale était justifiée car la femme avait dit « stop » à un moment. La cour considère que des actes accomplis entre adultes dans des lieux privés aménagés sont conformes à la convention dès lors que l'intégralité des auteurs de ces actes y

consent.

Jusqu'à présent, la dignité fondait un certain nombre de concepts et d'institutions internationales, et cela depuis 1945. Il s'agit, pour un professeur de Paris 1, d'un principe matriciel de l'Europe juridique. La convention de 1950 n'y fait pas référence, mais la jurisprudence s'y réfère souvent. La charte des droits fondamentaux de l'UE, dans son article 1, consacre la dignité. L'arrêt K.A et A.D a bouleversé tout ce qui existe depuis 1945.

Sont alors apparues d'importantes controverses doctrinales. Dès lors, comment déterminer le caractère idoine du consentement ? A quel moment doit-il être pris en compte ?

§83 de l'arrêt K.A et A.D c/ Belgique :

L'article 8 de la convention protège le droit à l'épanouissement personnel, que ce soit sous la forme du développement personnel (Goodwin c/ RU), ou sous l'aspect de l'autonomie personnelle qui reflète un principe important que sous-tend l'interprétation des garanties de l'article 8 (arrêt Pretty c/ RU d'avril 2002, britannique atteinte d'une maladie dégénérative qui demandait à la cour d'autoriser son mari à lui injecter une substance létale ; la cour avait considéré que l'article 2 du droit à la vie n'incluait pas le droit à la mort.)

d) Le droit à la vie privée sociale.

L'arrêt Niemetz de 1992 a été développé dans un arrêt récent « société Colas EST c/ France » : les sièges sociaux et les locaux professionnels des entreprises doivent être protégés par les garanties de l'article 8.

Droit au développement personnel, sous l'angle social :

Cela recouvre le droit à l'identité, et son prolongement qui est de connaître son origine. Dans une interprétation extensive de l'article 8, la cour, dans un arrêt Burghartz c/ Suisse de 1994 a consacré le droit à un nom, et l'affaire Guillot c/ France est venue affirmer le droit à un prénom.

Droit de connaître ses origines :

La France est un des rares pays qui autorise, avec l'accouchement sous X, le secret de l'accouchement. Ce sont les mères qui sont protégées et non pas les enfants qui, en grandissant et étant adoptés, souhaitent connaître leurs origines.

Affaire Odièvre c/ France : la requérante considérait que la législation de 1973 était une violation de l'article 8. La grande chambre des 17 juges a considéré que l'accouchement sous X était une disposition compatible avec l'article 8. Ainsi, le droit de savoir pour l'enfant n'impliquait pas l'obligation pour la cour de divulguer. La cour a avancé l'absence de consensus, alors que la France est l'un des seuls pays à autoriser l'accouchement sous X !

La France, en sachant que cette affaire était en cour et craignant une condamnation, a adopté en 2002 une loi ouvrant de façon restreinte le droit aux personnes adoptées de connaître leurs origines. Le nouveau texte transforme l'accouchement anonyme en un accouchement secret, et le texte organise de façon stricte la réversibilité du secret.

e) Le droit à un environnement sain.

Il se fonde sur le non-respect de l'article 8 de la CEDH.

1994 : López Ostra c/ Espagne : droit de vivre dans un environnement sain (§55.)

« Il va pourtant de soi que des atteintes graves à l'environnement peuvent affecter le bien-être d'une personne et la priver de la jouissance de son domicile de manière à nuire à sa vie privée et familiale. »

Arrêt Guerra c/ Italie en 1998 : les émissions nocives d'une usine chimique ont été condamnées.

Arrêt Hatten et autres c/ Royaume-Uni du 2 octobre 2001 : le juste équilibre entre « le bien-être économique du pays » et la jouissance effective des requérants dans leur droit au bien-être n'avaient pas été respectés. Il s'agissait du bruit des aéroports.

Théorie des obligations positives :

Dans toutes ces affaires, la cour ne se place pas sur le terrain des ingérences de l'État dans la vie familiale, mais sur le terrain des obligations positives. Dans la première affaire, il s'agit de tannerie. Dans la seconde : usine. Dans la troisième : Heathrow (aéroport.) A chaque fois, ce sont des actions d'entités privées, n'appartenant pas à l'État. Le seul moyen pour condamner les actes était de dire que l'État, en tant que puissance publique, aurait dû intervenir afin que les atteintes à l'environnement soient limitées.

Assiste-t-on à un retour en arrière ? Le temps du désamour est-il arrivé ?

Au titre de l'article 43 de la Convention, l'affaire Hatten a fait l'objet d'un renvoi devant la Grande chambre de 17 juges. Par un arrêt de juillet 2003, cela a anéanti toutes les avancées environnementalistes qui se basaient sur l'article 8. Grande Chambre Hatten du 8 juillet 2003 : infirmation de la solution de 2001 considérant que le juste équilibre avait été trouvé. De nombreuses ONG avaient eu recours à l'action amicus curiae qui leur permet de s'associer aux demandes des requérants. S'il y avait eu une jurisprudence Hatten, alors de nombreuses conséquences économiques en auraient découlé (requêtes de riverains d'aéroports dans de nombreux États.)

Le désamour implique-t-il le divorce ? Toute la construction originelle du droit à un environnement sain basé sur l'article 8 disparaît-elle ?

La cour ne va sanctionner que des atteintes très graves portant sur le domicile du requérant (exemple de l'affaire Tachkin c/ Turquie.)

Affaire Moreno Gomez novembre 2004 : cette dame habite au-dessus d'une discothèque et sa vie est un enfer. Après avoir épuisé les voies de recours internes, elle n'a pas obtenu gain de cause. Elle se présente alors devant le tribunal constitutionnel espagnol sur la base du recours de protection des droits fondamentaux (recurso de amparo.) Dans la constitution espagnole, les quatorze premiers articles concernent les droits fondamentaux.

L'arrêt du tribunal constitutionnel élargit la portée de la protection offerte par les dispositions des articles 15 et 18 de la Constitution (qui ne concernaient pas le droit à l'environnement), et le tribunal retient alors qu'il est possible d'invoquer un droit à la protection de l'intimité pouvant inclure un droit à un environnement sain. Il fonde sa décision sur l'arrêt López Ostra c/ Espagne du 9 décembre 1994. Il y a, dans la constitution espagnole, un article 10 §2 qui autorise le juge constitutionnel espagnol, pour interpréter les droits fondamentaux, à s'inspirer de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et de tous les traités signés et ratifiés par l'Espagne en matière de protection des droits de l'Homme. Il y a une différence juridique très forte entre ces deux types de traités (Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et les autres.) La DUDH fait partie de la « soft law », le droit non contraignant ; tandis que les traités sont de type « hard law. »

Cependant, la cour ne donne toujours pas raison à Madame Moreno Gomez qui décide donc de saisir la CEDH, qui, elle, désavoue le tribunal constitutionnel espagnol. L'analyse est

intéressante, mais le tribunal a violé l'article 8 aux yeux de la CEDH. Un constat de conformité constitutionnelle n'équivaut pas ipso facto à un constat de conformité conventionnelle. Paradoxalement, un pays qui dispose d'un recours protecteur des droits fondamentaux, qui dispose d'une clause d'ouverture internationale importante (article 10 §2), et malgré cela les interprétations constitutionnelles ne sont pas confirmées en droit international.

Section IV : la protection de la vie familiale

§1 – Le droit au mariage.

La Cour de Justice Européenne (avant CEDH) avait dissocié mariage et procréation. En reconnaissant le droit au mariage des détenus, elle reconnaissait cela car il est difficile pour un détenu d'avoir des relations sexuelles. « L'essence du droit de se marier consiste à former une association juridique solidaire entre un homme et une femme. » CE, 1979. Elle avait même reconnu, dans un rapport de 1979, le droit au mariage transsexuel. Découpage entre article 8 (droit à la vie privée et familiale) et article 12 (droit de se marier.) Or, la Cour Européenne a pendant longtemps stoppé net cette évolution : « Le droit de fonder une famille ne se conçoit guère contre le droit de vivre ensemble » (mai 1985.) Arrêt Rees c/ Royaume-Uni en 1986 : la convention ne garantit pas à un transsexuel le droit de se marier. Le transsexuel a le droit de changer de sexe, mais il n'y a pas d'obligation pour les États de modifier son état civil ni d'autoriser son mariage.

Arrêt Goodwin c/ Royaume-Uni en juillet 2002 : la Cour a opéré un revirement de jurisprudence. Arrêt de grande chambre qui a condamné à l'unanimité le Royaume-Uni pour violation des articles 8 et 12. La cour s'est alors fondée sur la charte des droits fondamentaux, adoptée à Nice en 2000. Elle s'est donc fondée sur un texte extérieur à son support juridique, estimant que ce texte est le plus moderne en matière de protection des droits fondamentaux. L'article 9 de ladite charte dispose que toute personne a le droit de se marier ; cela a donc permis à certains États (Espagne, Royaume-Uni, etc.), de permettre la légalisation du mariage homosexuel. Ce dictum de la cour sera-t-il repris pour les homosexuels ? Et bien non, pas pour l'instant. La cause homosexuelle est plus importante en termes de personnes qu'en ce qui concerne les transsexuels.

§2 – Le droit au respect de la vie familiale.

Nous allons nous attacher à la protection de la vie familiale des homosexuels, notamment en ce qui concerne l'adoption.

CEDH, Fretté c/ France du 26 juillet 2002 : M. Fretté, célibataire, s'est vu refusé de nombreuses fois l'agrément pour pouvoir adopter. Refus y compris devant le Conseil d'État. Il allègue alors une violation de l'article 14 (discrimination) et de l'article 8 (vie familiale.) La cour a raisonné en deux temps :

- Qu'en est-il de l'applicabilité de l'article 14 combiné à l'article 8 en l'espèce : le droit à l'adoption est-il intégré à la vie familiale ? Un avis de la CEDH en 1997 (Dalila Di Lazzaro, actrice qui s'était vue débouter le droit à l'adoption ne pouvant être dérogée de l'article 8)

avait répondu par la négative. Le gouvernement français dans sa défense avait donc rappelé ce précédent. De plus, il avait allégué que ce qui était en jeu dans l'affaire était une demande concernant sa vie future, et non une situation antérieure : « ce que revendique le requérant n'est pas la reconnaissance et la protection d'un droit entrant dans la sphère de sa vie privée, mais la reconnaissance d'une simple potentialité, une virtualité de paternité objective. » L'argumentation du gouvernement a été rejetée. La CEDH estime que ce droit existe dans le code civil, et par conséquent il existe dans la convention. Le juge Costa, français actuel président de la CEDH, a considéré que l'adoption n'était pas dans le droit de l'article 8, et qu'il aurait été mieux venu de faire signer aux États un protocole additionnel. La cour a néanmoins reconnu l'existence d'un droit à l'adoption.

- Y a-t-il eu violation des articles 8 et 14 ? « Une distinction va être discriminatoire si elle manque de justifications objectives et raisonnables, c'est-à-dire si elle ne poursuit pas un but légitime. » La distinction avait donc été ici discriminatoire. En outre, cette distinction a été en tant que telle discriminatoire, mais avait-elle poursuivi un but légitime ? Argument avancé par la France : protection de l'intérêt supérieur de l'enfant (CIDE.) Mais il n'y a pas d'étude montrant que les enfants élevés par des homosexuels souffrent de troubles. Finalement : pas de violation. Discrimination justifiée ici car intérêt supérieur de l'enfant et absence de consensus européen.

Arrêt E.B c/ France du 22 janvier 2008 :

Une femme vit en couple avec une autre femme depuis 18 ans. Cette femme engage des démarches pour adopter alors qu'elle a 46 ans. Elle n'a pas caché que son couple est homosexuel. Dans le cadre de l'enquête sociale, la partenaire n'a pas émis le moindre souhait d'avoir un enfant.

Le TA de Besançon : annulation de tous les refus. CAA de Nancy casse le jugement, CE confirme cela.

En gros : la cour n'a pas voulu montrer qu'elle opérait un revirement de jurisprudence. Elle ne dit plus que la discrimination à l'égard d'un homosexuel peut être justifiée ; elle dit que le seul fait d'avoir considéré que c'était essentiellement l'orientation sexuelle de Mme E.B qui justifiait le refus.

Un refus d'agrément à l'égard d'un homosexuel qui se baserait exclusivement sur l'homosexualité d'un requérant serait en soi contraire à la convention.

Deuxième partie : L'Europe des vingt-sept, l'Union Européenne

Cette union résulte de la théorie dite «des petits pas», partir de l'Europe économique pour aller jusqu'à une Europe globale politiquement.

Sur la base de l'échec de la CED, et grâce à une proposition hollandaise, les deux autres traités fondateurs, institutionnels, de l'Europe, ont été signés en 1957.

Il s'agit du traité Euratom et du traité instituant la Communauté Économique Européenne, ce qui constituait déjà une avancée dans la théorie des petits pas, on dépassait la logique fonctionnaliste. Deux traités (CEE et CEA, énergie atomique) furent signés pour une durée illimitée, tandis que le traité CECA était signé pour cinquante ans en 1952. C'est sur la base du traité CEE que toute la construction communautaire s'est développée.

La construction communautaire ne s'est pas faite facilement ; il s'agit d'un processus, un mouvement ouvert dont l'achèvement n'est pas daté et dont les objectifs sont toujours en évolution. On parle parfois de « transformisme constant » dans l'histoire de l'évolution communautaire, une évolution faite de crises et de relances.

De 1957 à 1966, on assiste à une avancée lente mais intéressante ; c'est l'Europe des Six. Première grave crise: Déclenchée par De Gaulle. Il s'agit de la « politique de la chaise vide », qui se déclenche par C. De Gaulle et M. Couve de Murville, son ministre des affaires étrangères. On peut résumer la crise comme suit : le général De Gaulle a utilisé la méconnaissance du système européen pour remettre en cause les règles européennes fixées par Bruxelles. Cela a bloqué le système décisionnel de l'Union pendant environ vingt ans, jusqu'en 1986. Il a fallu attendre l'Acte Unique Européen de 1986 pour relancer de façon dynamique le processus de construction communautaire. En 1973, il y avait eu un premier élargissement laissant entrer le Royaume-Uni, l'Irlande et le Danemark. En 1986 entrèrent l'Espagne et le Portugal. En même temps que le système souffre des périodes de stagnation, qu'il a du mal à s'approfondir, il réussit à s'élargir à d'autres États (dialectique de l'approfondissement et de l'élargissement, doit-on approfondir avant d'élargir ?)

L'adhésion d'un État prend environ quinze ans dans la mesure où il faut prendre en compte les exigences politiques et économiques nécessaires à l'entrée en Europe.

L'Acte Unique Européen est adopté sous la présidence de l'un des plus grands présidents de la commission européenne, il s'agit de Jacques Delors. L'idée est que le marché commun, objectif intégré dans les traités institutifs, qui implique la disparition de toutes les barrières techniques et douanières sur les frontières, qui implique la libre circulation des personnes, des capitaux et des marchandises, n'avait pas été atteint (alors qu'il devait être atteint en 1968...)

Une des explications fut la crise de la politique « de la chaise vide » en 1966. Devant cet échec, Delors eut l'idée de recenser dans un livre sur le marché unique toutes les barrières qui continuaient d'exister et qu'il fallait supprimer. Il découvrit qu'il fallait environ 200 directives européennes, prises sur la base d'un traité de révision ; ce fut l'Acte Unique qui révisa le traité CEE de 1957. L'habileté politique a été de présenter à tout le monde le fait qu'un nouvel objectif était visé : le marché unique. Ce marché unique devait exister au 1er janvier 1992 ; cela était habile car c'était en réalité la manifestation de l'échec du marché commun qui aurait dû exister en 1968. A peine cet objectif fixé, que déjà les États pensaient à réviser cet acte... Ainsi, en 1992, fut signé à Maastricht le traité sur l'Union Européenne. En effet, durant cette période on assiste à la chute du mur de Berlin. L'un des régimes les plus totalitaires chutait. Devant cet élément géopolitique majeur, se posa la question de savoir si l'on pouvait laisser durant longtemps hors Union ces pays où le communisme venait de s'effondrer. Très vite, il est apparu évident qu'il était impossible de laisser ces pays à l'écart de l'Europe. Dans ce contexte, les institutions communautaires et les États ont vu la nécessité de réforme, les anciennes institutions n'ayant été créées que pour six États originels. Il fallait donc favoriser l'adhésion inévitable de ces nouveaux pays. Le traité sur l'Union Européenne a été lancé par deux conférences intergouvernementales. L'une était consacrée à l'union politique, l'autre à l'union économique.

En 1990, l'idée de créer deux conférences distinctes démontrait une certaine maturité politique des États afin d'aborder des questions sérieuses (souveraineté des États, etc.) Le

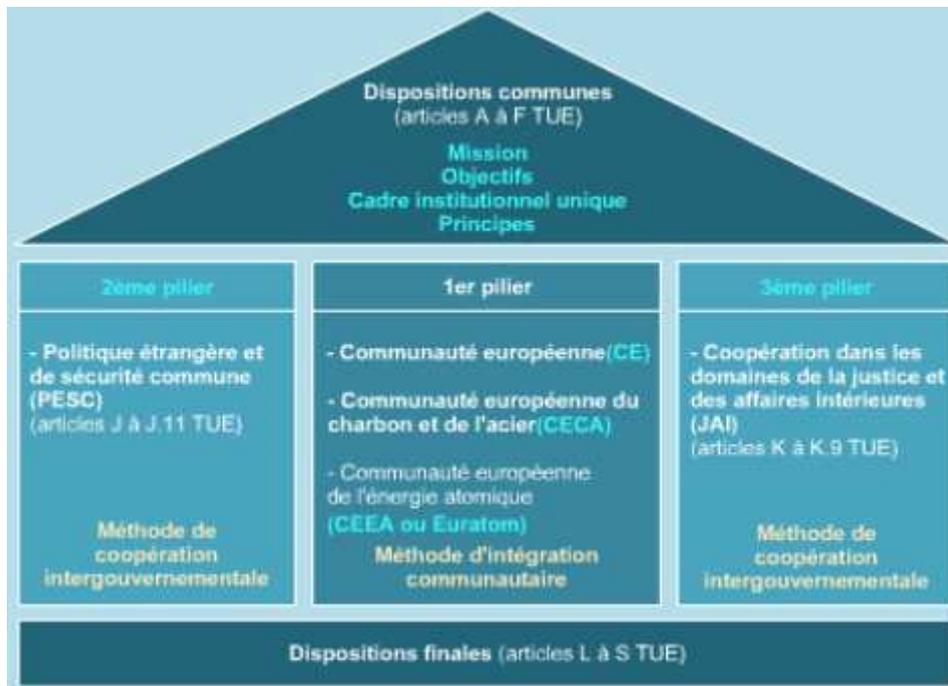
traité de Maastricht (TUE) est généralement représenté sous la forme d'un temple grec (voir ci-dessous.) On a un traité hybride. Trois piliers :

- La CEE (processus d'intégration)

Et deux formes de coopération intergouvernementale :

- La PESc (Politique Européenne de Sécurité Commune)

- La CAIJ (Coopération dans les Affaires Intérieures et de Justice.)



La règle est le vote majoritaire, à la majorité qualifiée. Au niveau de l'intégration du premier pilier, la règle est celle de la primauté absolue du droit communautaire sur les droits nationaux, y compris sur les constitutions nationales (« absolue. ») On parle de règlements et de directives dans le premier pilier (actes propres au système d'intégration), qui s'intègrent directement (surtout règlements) dans les ordres juridiques nationaux. Elles sont donc d'applicabilité directe et immédiate, n'ont pas besoin de normes nationales de transposition pour être opérationnelles.

Les piliers de la défense et de la justice n'ont pas été intégrés immédiatement dans les règles d'intégration. En effet, ces deux domaines sont très proches des artifices de la souveraineté, il était difficile de les intégrer directement dans le système d'intégration. On utilise alors les outils du droit international public : le vote se fait à l'unanimité, les actes adoptés sont des traités et des conventions classiques devant être négociés, signés et ratifiés,

En droit interne français ces actes sont, en vertu de l'article 55 de la Constitution, de type supra-législatif et infra-constitutionnel, et ce après ratification, bien évidemment.

Afin de marquer le nouveau pas effectué, l'adjectif « économique » a été aboli, on ne parle plus de traité CEE, mais de traité CE.

Lorsqu'on parle d'un article issu du TCE (pour Traité instituant la Communauté Européenne, traité CEE à l'origine, devenu TCE en 1992), c'est que la disposition se trouve dans le premier pilier. Lorsque l'on parle d'une disposition du TUE, on parle du second pilier (PESc et CAIJ.) Le TUE englobe le TCE, la PESc et le CAIJ (image du temple grec.)

Des critiques commencent alors à se manifester durant la période de ratification du traité en 1992. Après la signature chacun des États, on devait procéder à la ratification selon ses dispositions constitutionnelles. De nombreuses critiques touchèrent le « déficit démocratique. » La France ratifia le traité de justesse, mais les Danois refusèrent. En effet, l'union économique et monétaire envisagée, devant déboucher sur la monnaie unique, est rejetée par l'État danois. De plus, étant neutres, ils refusent une alliance militaire commune.

Le 2 juin 1992, 50,7% de personnes rejettent cette ratification. Pour la première fois dans l'histoire de la construction communautaire, ce ne sont pas les représentants du peuple qui disent non, mais tout un peuple. Cela distille la logique démocratique dans le système communautaire. Démocratie et construction européenne vont-elles de paire ?

Le traité est tout de même entré en vigueur. Pourquoi cela en 1992, et pourquoi le rejet en 2005 a-t-il empêché l'entrée en vigueur ? Après le non danois, les onze autres États ont en effet renégocié un traité ad hoc. Le traité réaménagé (sans monnaie unique ni alliance militaire), fut à nouveau présenté devant le peuple danois, et a été adopté. En 2005 cela était plus difficile, le « non » n'étant pas réellement explicable par un ou deux points, donc non renégociable.

Après Maastricht, on entre dans une période de crise qui va amener la révision des traités. Le traité d'Amsterdam, en 1997, qui révisé le traité sur l'Union afin de permettre l'approfondissement européen avant l'élargissement aux pays de l'Est. Cependant, les États membres ne parviennent pas à s'accorder sur des réformes institutionnelles. Sur les champs matériels (politiques sociales, économiques etc.), cela est fait, mais pour les réformes matérielles (modalités de vote etc.) c'est plus difficile.

Puisque Amsterdam n'a pas réussi son objectif, on introduit alors une clause de rendez-vous (Vlad Constantinesco), ce qui se fera en 2000 à Nice. Ce traité réforme donc le TA, qui réformait lui-même le TUE...

Ce traité est complexe et confus et n'a pas réussi à réformer le système institutionnel comme il aurait dû. Après Nice, la France (avec Chirac) et l'Allemagne (avec Fischer, ministre des affaires étrangères), font des discours pour fixer un nouvel objectif pour la politique européenne. Dans leur discours, ils disent ainsi que cet objectif est un texte commun connu de tous les citoyens européens qui permettra la réforme, une constitution européenne. Il ne s'agissait pas d'une constitution au sens formel, mais d'un texte unique et fondateur permettant d'éradiquer les anciens traités empilés, tous les traités de révision. Il s'agissait du traité portant sur une constitution pour l'Europe, mis en route en 2003. Il a été signé à l'unanimité par les chefs d'État des vingt-sept États membres en octobre 2004, mais qui fut rejeté par la France et la Hollande en mai 2005.

Retour sur le Traité Établissant une Constitution pour l'Europe :

Le TECE, communément appelé « constitution européenne », fut signé à Rome en octobre 2004. L'élaboration de ce traité fut extrêmement originale, relativement démocratique. D'habitude un tel projet est rédigé au sein d'une CIG (conférence intergouvernementale) qui comprend en son sein des diplomates. Ce sont donc des représentants des exécutifs nationaux. Ils sont certes le reflet des élections, mais les diplomates ne sont pas élus et ne représentent pas les parlements nationaux. Les parlements n'interviennent donc pas dans l'élaboration, ils n'interviennent que pour la ratification, éventuellement. En l'espèce, la première phase a été confiée à une enceinte qui s'est baptisée « Convention » et a été présidée par Giscard

d'Estaing, aidé par deux vice-présidents. Il a été désigné comme représentant la frange la plus « eurosceptique » de la construction européenne. Alors qu'en France, il a été vu comme le défenseur de l'Europe.

Pour la première fois on attribuait à un organe, la Convention, composé des représentants des exécutifs mais aussi des parlements, la capacité d'élaborer du droit communautaire. Il s'agissait, de plus, d'un traité majeur pour l'histoire de la communauté européenne. A la légitimité exécutive s'ajoutait la légitimité parlementaire, plus proche des citoyens.

Mentionnons que lorsque ce mandat a été donné à la Convention pour préparer ce traité de refondation, elle n'était pas en mesure d'adopter ce traité. En juillet 2003, le texte a été remis aux chefs d'États européens, il était prévu que ce soit à nouveau les États qui, au travers d'une conférence intergouvernementale, signent le projet présenté, avec la capacité de l'amender, le modifier. Il y a eu des modifications à la baisse, en fonction des intérêts nationaux. Après cette dernière phase, le texte semblait être une réussite, ayant réussi à déverrouiller des points sur lesquels les États européens ne parvenaient pas à s'entendre depuis des dizaines d'années. Après les refus du 29 mai et du 1er juin, le 29 octobre 2004 le TECE est signé à Rome.

Ce traité se compose de trois parties. Une partie institutionnelle qui parvenait à opérer la réforme institutionnelle souhaitée depuis 1992, une partie comprenant l'intégration in extenso de la charte des droits fondamentaux adoptée en 2000 et une dernière qui codifiait 50 années de construction communautaire.

Cette charte suit l'échec du traité de Nice. Les États s'accordent à adopter la charte des droits fondamentaux qui avait été préparée par une première convention (Convention Herzog, du nom de Roman Herzog, son président.) Elle a pour fonction de dire que le marché commun est devenu un fond commun de valeurs (Guy Braibant, énarque juriste français.) L'intégration comme deuxième partie signifiait qu'elle allait devenir contraignante, devenir du droit primaire. Le Royaume-Uni, le Danemark et l'Irlande ne voulaient pas du chapitre social de la charte. Effectivement, cela constituait un frein à la liberté qui existait sur leur marché. Ces pays ont accepté l'adoption de la charte à condition qu'elle devienne de la « soft law », qu'elle ne soit pas contraignante.

Avec le traité de Lisbonne, est fait un renvoi vers la charte, ce qui vaut charge contraignante pour celle-ci. Le traité adopté à Lisbonne reprend certains points de ce TECE. Mais il est en deçà, les États n'ayant pas pu s'accorder.

Section I : Le système institutionnel

Il s'agit du mode d'élaboration du droit communautaire.

Carbonnier, dans son ouvrage Droit et passion du droit sous la cinquième République, fustigeait les « droits venus d'ailleurs. » Ces droits étaient ceux de l'Union Européenne et de la Convention Européenne. La plupart des auteurs parlent du droit communautaire, auquel il faut aujourd'hui rajouter le terme « européen » ; dans la mesure où il existe des droits communautaires africains et latino-américains.

Le système communautaire doit s'entendre comme le niveau supranational mêlé aux structures des États, au niveau national. La CE, qui représente l'intérêt général communautaire est composée de hauts fonctionnaires des États, est l'instance de proposition normative. Le Parlement européen reçoit le texte, il peut alors le modifier, émettre son veto ou accepter le texte. Le Parlement européen est la seule institution du système communautaire à être élue au SUD depuis 1976. Il représente à sa manière l'intérêt des peuples européens. Le

Conseil de l'Union défend lui les intérêts nationaux, puisqu'il est composé des représentants des États. Il fut pendant longtemps le seul organe à adopter le droit communautaire. La norme est ensuite transmise aux États, au sein desquels la norme passe devant les instances nationales.

§1 – Le niveau communautaire et le triangle décisionnaire communautaire.

En réalité il s'agit du triangle institutionnel, mais nous l'appellerons ici décisionnaire.

A – La commission.

Elle représente l'intérêt général de l'Union Européenne. C'est pourquoi les pères fondateurs lui avaient attribué l'initiative normative.

1 – Le fonctionnement de la commission.

C'est un organe collégial indépendant des structures nationales. Il est actuellement composé d'un commissaire par État membre, il y en a donc 27. Le mode de composition de cette commission fut l'objet de débats importants durant de nombreuses années. Les « grands » États (France, Allemagne, Royaume-Uni, Italie, Espagne), sur la base d'une coutume, bénéficiaient de l'attribution de deux sièges. Ils se sont donc battus pour garder cette prérogative ; or, si l'on prend en considération leur indépendance, cela était en contradiction vis-à-vis de cette idée.

Si les commissaires ont tous joué le jeu de l'indépendance, il n'est pas possible d'éviter les liens d'allégeance entre commissaires et États, d'où le problème. Il arrive ainsi que certains commissaires défendent leurs intérêts nationaux au détriment de l'intérêt général. Les « grands » États ont alors accepté d'oublier la règle de la double allocation de commissaire. Il est cependant évident que cette règle d'attribution (un État = un commissaire) n'est plus satisfaisante pour permettre la collaboration cohérente au sein d'un organe indépendant, la logique voudrait alors qu'il y ait moins de commissaires que d'États membres (car l'organe est indépendant et fonctionne pour l'Europe.)

Le président de la commission a un rôle relativement important. Durant longtemps, il était qualifié de primus inter pares. Cela signifiait qu'il disposait d'une sorte d'autorité morale sur le collège des commissaires ; qu'en fonction de sa personnalité il pouvait avoir une forte influence, mais il n'avait juridiquement pas le pouvoir de décision final. Il n'était pas maître de la commission.

Cela a été critiqué, de nombreuses personnes estimant qu'il fallait qu'il dispose de pouvoirs plus importants. A partir du traité d'Amsterdam en 1997, les États ont décidé de réviser la place du président au sein de la commission. Il a obtenu un statut de leader politique en revalorisant son mode de désignation et en reconfigurant son rôle dans la détermination de la ligne politique de la commission (article 219 du traité CE, premier pilier.) Le traité de Nice a poursuivi la révision du mode de désignation. Il modifie une nouvelle fois la procédure de désignation. Le président est désormais désigné par le Conseil Européen, qui regroupe les chefs d'États et de gouvernement de tous les États membres ainsi que le président de la commission. Le Conseil de l'Union est composé des ministres des États. Le CU n'est pas le CE !

Le Conseil Européen est né dans la pratique, sous Giscard d'Estaing. Il avait considéré qu'il serait bon que les chefs d'États et/ou les chefs de gouvernements puissent se réunir tous les six mois pour faire le point d'une présidence de l'Union par un État et dégager une orientation générale pour l'avenir. On parle souvent de sommet européen. Cette instance est donc venue concurrencer la Commission Européenne.

Le président a vu ses pouvoirs grandir. Ainsi, en vertu de l'article 217 du traité de Nice (TCE), le président récupère des pouvoirs clairs pour gérer la bonne direction de travaux au sein de la commission. Il attribue les commissions internes aux commissaires. On compte par exemple la DG (Direction Générale) de la concurrence, de l'industrie, etc. Ce sont des commissions internes dirigées par un commissaire désigné par le président : de fait, il peut en demander la destitution en cours de mandat, sur accord du collège.

2 – Les fonctions de la commission.



Elle a le pouvoir d'initiative normative. Depuis longtemps, ce pouvoir était exclusif, mais à l'heure actuelle, il est concurrencé par plusieurs institutions. Ainsi, le Conseil Européen (1974, pratique, VGE), par son pouvoir de détermination de l'orientation générale, vient encadrer le pouvoir d'initiative de la Commission, qui devra s'orienter dans le cadre déterminé par le Conseil Européen.

Ce sont donc deux légitimités qui s'affrontent : nationale et européenne.

Le Parlement européen vient lui aussi concurrencer la commission. Depuis le traité de Maastricht, il a obtenu l'initiative de l'initiative : il peut demander à la commission qu'elle se saisisse d'une proposition normative dans un domaine donné. La concurrence est ici moins grande dans la mesure où les légitimités sont très proches. La Banque Centrale Européenne (ci-contre son siège, à Francfort-sur-le-Main) est née avec Maastricht. Cet organe, sur la base de l'article 111 du traité CE, a obtenu un droit d'initiative concurrent pour la conclusion d'accords en matière de taux de change et sur la formulation générale des politiques de change. Cette commission a donc gagné en légitimité démocratique (mode de désignation du président, etc.), mais a perdu du pouvoir.

De plus, l'initiative est négociée. Elle n'est pas en mesure d'élaborer seule un projet normatif. Cela serait tout d'abord techniquement périlleux du fait de la complexité des sujets abordés qui nécessiteraient des spécialistes. Elle est donc en contact permanent avec les mondes économiques des États, mais aussi avec les États eux-mêmes. Elle doit s'informer, phase capitale permettant d'élaborer une proposition. Un rapport s'organise entre la commission et les milieux économiques et sociaux. La commission fait ensuite un rapport d'information de ses discussions avec les milieux économiques et sociaux. Une fois qu'elle a obtenu les informations nécessaires, les milieux économiques et sociaux vont faire pression sur elle afin que la norme aille dans leur sens. Se développe donc une forme de lobbying de leur part. C'est la commission, dans les années 1970, qui a promu l'idée que dans chaque grand secteur économique il y ait des créations de fédérations européennes (un grand groupe pharmaceutique, d'énergie nucléaire, etc.)

La proposition est ensuite envoyée au Parlement européen et au sein des États.

B – Le Parlement européen.

Fonctionnement, évidemment, de type parlementaire. C'est l'institution qui a le plus évolué depuis l'entrée en vigueur des traités constitutifs. Il a mis en œuvre une « stratégie institutionnelle. » C'est le statomorphisme, le fait de vouloir ressembler aux États, donc ici à un Parlement national.

En 1957, le Parlement est une assemblée consultative dans 19 domaines, dont l'avis n'est pas obligatoire et dont les parlementaires sont nommés par les parlementaires nationaux. Le parlement européen a tout fait pour devenir un vrai parlement.

Statomorphisme :

Il a organisé son mode de fonctionnement sous l'angle parlementaire strict. Il a pratiqué un lobbying effréné pour obtenir un plus grand pouvoir normatif, au point de devenir un véritable législateur européen. Se posait en effet le problème du déficit démocratique, les ministres (exécutif) s'occupant à l'époque du pouvoir législatif. Il semblait étonnant que le choix se soit porté sur les ministres pour diriger ce domaine, tandis que les États prônaient la séparation des pouvoirs.

Le Parlement européen s'est auto-baptisé en 1962 en devenant « parlement » et non plus « assemblée consultative. » Le parlement pensait à ses intérêts afin d'établir la démocratie.

Fonctionnement :

Le Parlement maîtrise l'élaboration de son règlement intérieur, et il a très tôt calqué ses travaux sur les méthodes nationales. Il a aménagé la représentation des peuples en fonction, non pas des affinités nationales, mais des affinités politiques. Il était nécessaire que les clivages ne se fassent pas autour de la nationalité. Comme il détermine son ordre du jour, il peut créer des commissions parlementaires. Il y a des commissions permanentes (comme la commission constitutionnelle). Il peut aussi créer, à l'instar des parlements nationaux, des commissions ad hoc. Il y a des « partis » européens comme le PPE (Parti Populaire Européen) ou le PSE (Parti Socialiste Européen.)

Simone Veil fut la première présidente du parlement européen sous l'étiquette PPE.

En 1979 il y eut 63% de participation, 61% en 1984, 49,8% en 1999.

Le taux de participation en Belgique en 2004 fut de 91%...mais c'est un peu ridicule dans la mesure où le vote est obligatoire là-bas. La Slovaquie n'a vu que 17% de participation. 43,1% en France en 2004.

Un pouvoir législatif en extension.

Grâce à une stratégie institutionnelle hors-pair, qui a consisté à chaque révision des traités institutifs à développer un lobbying sur les autres institutions, le Parlement a obtenu plus de pouvoirs. D'une simple procédure consultative en 1957, l'assemblée de Strasbourg a obtenu un pouvoir de co-décision et co-adoption des normes de droit communautaire avec le Conseil de l'Union.

Le Traité CE octroi une simple capacité consultative à l'assemblée, cela était alors cantonné à dix-neuf domaines. Le Parlement se rebelle alors et considère que le Conseil doit lui demander son avis sur tous les domaines des traités institutifs. Ce Conseil de l'Union prenait parfois des décisions avant même que l'avis ne soit donné. Afin de faire valoir ses droits, le Parlement saisit la CJCE et attaqua l'attitude du Conseil de l'Union. Dès lors, le Conseil devait attendre l'avis du Parlement avant de pouvoir légiférer. De même, après avoir révisé le texte avant une nouvelle proposition, le Conseil doit là encore attendre l'avis du Parlement. En 1986, le Parlement se bat pour obtenir plus, il obtient la procédure de coopération qui lui permet d'amender la proposition faite par la commission. Le Parlement ne peut toujours pas adopter la norme, mais il peut influencer la décision.

L'émergence d'un pouvoir normatif :

Il s'agit de la procédure dite de co-décision, datant de 1992 et de l'adoption du Traité de Maastricht. A Amsterdam furent ajoutés vingt domaines de codécisions, à Nice on en compta sept de plus. Actuellement, les domaines ne relevant pas de la codécision relèvent de l'exception.

Exemple : Article 47 du TCE sur la reconnaissance mutuelle des diplômes ou encore article 13 du TCE qui met en place une clause de non-discrimination.

§2 – Le Conseil de l'Union.

C'est le législateur du droit communautaire.

A – La préparation de la décision.

A coté de ce Conseil de l'Union, il y a le COmité des Représentants Européens PERmanents (COREPER.)

Ce COREPER est la voix des États membres à Bruxelles. Il s'agit de la formation institutionnelle permanente qui va permettre aux vingt-sept représentants de se réunir avant la prise de décision. Il prépare les travaux du Conseil, le comité peut adopter des décisions de procédure dans les cas prévus par le règlement intérieur du Conseil.

B – L'adoption de la décision.

Les ministres des exécutifs centraux sont présents, mais, récemment, des États fédéraux ont cherché à plaider pour que les ministres des Länder, les régions allemandes, soient présents à la place des ministres des exécutifs centraux. Ils ont obtenu gain de cause. Cela pose

problème dans la mesure où cela semble remettre en cause le principe du monopole des relations extérieures par les exécutifs centraux des États. Par conséquent, le Conseil est formé par un représentant de chaque État membre au niveau ministériel, habilités à engager le gouvernement de cet État membre.

C – Le mode de votation au sein du Conseil de l'Union.

On peut ici voir la particularité principale du système d'intégration : on y vote à la majorité qualifiée et non à l'unanimité (en effet il y aurait toujours un pays à refuser l'adhésion d'un autre.)

C'est l'article 205 du TCE qui rompt avec l'orthodoxie traditionnelle du droit communautaire. Il consacre en réalité trois modalités de vote. Il y a la majorité qualifiée pondérée (seuil fixé aux deux tiers), c'est la modalité phare en matière de vote. Dans l'union, on a préféré refuser le principe égalitaire du vote (un État = une voix) au profit de l'attribution proportionnelle. Le Luxembourg, pays pourtant fondateur de la première union (CECA), n'aura donc pas le même nombre de voix que l'Allemagne.

Actuellement, dans le Conseil de l'Union, il y a 321 voix et une majorité qualifiée à 232. L'Allemagne, la France, l'Italie et le Royaume-Uni ne représentent que 29 voix. L'Espagne et la Pologne comptent pour 27 voix, etc. Des alliances se mettent en place selon le sujet en cause ; on va alors voir des alliances entre grands pays contre des petits pays dont les intérêts diffèrent (cf. Luxembourg, une fois encore), des alliances entre grands pays contre d'autres, etc...

La réforme des modalités de vote :

L'Allemagne a demandé plus de voix que les autres. Mais la France a estimé que cela était une ignominie de la part de ce grand ami européen qui devrait avoir le même poids que lui en vertu de leur passé somme toute commun et de l'actuelle entente franco-allemande.

§3 – L'association des instances nationales.

L'adhésion d'un État à l'Union n'est jamais neutre puisque le transfert de l'exercice de cette compétence nationale engendre inévitablement des bouleversements au sein des instances nationales. Le but est d'anticiper un aménagement des structures nationales, des pouvoirs des instances constituées. Ces adaptations institutionnelles sont naturelles s'agissant des gouvernements. En effet, en raison de la règle du monopole de la conduite des relations internationales par les exécutifs. Ce sont les gouvernements qui, par l'intermédiaire du COREPER, qui adoptent le droit communautaire dérivé. Ils signent aussi les traités institutifs, le droit communautaire primaire. Pour eux, l'adhésion n'est pas une déperdition de compétences, cela ne fait que confirmer leur position en matière de relations internationales, et plus particulièrement en matière communautaire ici.

Pour les structures nationales, il faut trouver des agencements, des protocoles de fonctionnement, pour qu'elles soient efficaces dans cette conduite des relations communautaires.

A – L'impératif pragmatique de coordination gouvernementale.

Lorsqu'un État adhère à l'union dans un but d'efficacité il faut que les structures se

coordonnent. Comment les structures gouvernementales des États s'adaptent-elles au phénomène de l'intégration pour mieux participer à l'élaboration du droit communautaire ?

a) La coordination horizontale des États centralisés.

L'adhésion induit la création au sein de chaque ministère de services spécialisés dans les questions européennes. Ces services constituent des cellules européennes qui regroupent des fonctionnaires experts en matière européenne capables d'assurer la coordination interne au sein de chaque ministère. Cette coordination interne ne suffit pas. Il faut qu'il y ait une coordination entre les ministères. Les intérêts entre ministères sont très divergents (exemple : les moyens nécessaires pour les politiques écologiques européennes ne sont pas nécessairement octroyés par le ministère de l'économie.)

Formule de la coordination exclusive : cette coordination est assurée par une seule et unique structure. Il y a alors deux possibilités :

- Le contrôle de la coordination est confié au service du chef de gouvernement.

C'est le cas de la France, du Royaume-Uni et de la Suède. Pendant longtemps en France, cette cellule dépendant du chef du gouvernement était le Secrétariat Général du Comité Interministériel pour les questions de coordination économique (SGCI.) Ce secrétariat a été la structure qui, dès 1948 (donc pour le plan Marshall), a permis de coordonner les points de vue ministériels. Cette structure s'est très logiquement vue confié la question de la coordination en matière communautaire.

Le SGCI est devenu le Secrétariat Général des Affaires Européennes (SGAE) depuis octobre 2005. Cette structure a une fonction de coordination des points de vue des ministères en matière d'élaboration du droit communautaire (elle reçoit les points de vue des ministères, réfléchit, envoie ensuite son travail au niveau européen), ainsi qu'un rôle majeur en matière d'application du droit communautaire.

Le SGAE dépend directement du Premier ministre, et, si au sein du SGAE, celui-ci n'arrive pas à coordonner les différentes positions ministérielles, alors le choix définitif de la position de la France dépendra du Premier ministre.

- Le contrôle de la coordination est confié au ministère des affaires étrangères.

C'est notamment le cas du Danemark, de l'Espagne, de la Finlande. Il y a toujours des cellules européennes dans les services du ministère des affaires étrangères ; parfois on crée même un secrétariat d'État aux affaires européennes au sein du ministère.

La coordination partagée : les États ont préféré transmettre cette fonction à deux instances, au risque de rendre plus ardue la tâche d'harmonisation des positions nationales. Il y a deux formules :

- Ministère des affaires étrangères et ministère de l'économie et des finances. C'est le cas de l'Allemagne et de la Belgique.

- Ministère des affaires étrangères et services du chef de gouvernement. C'est le cas en Autriche.

b) La coordination verticale des États composés.

Quand la proposition européenne arrive dans un État décentralisé, celle-ci est transmise aux services du gouvernement central, mais en vertu du principe du respect des instances internes,

il faut aussi que celle-ci soit transmise aux entités décentralisées de la périphérie.

Allemagne : loi fondamentale de Bonn en 1949.

Belgique : révision constitutionnelle de 1993.

Autriche : 1995.

Espagne : constitution du 27 décembre 1978 qui a mis en place un État autonome.

Italie : constitution de 1946 qui a accordé beaucoup d'autonomie aux régions italiennes.

Il y a là encore eu deux formules pour prendre en compte le point de vue des entités infra étatiques.

- Constitutionnalisation des points de vue des entités infra étatiques. L'impératif d'association des entités à l'élaboration du droit communautaire a été inscrit dans la constitution. C'est le cas de l'Allemagne et de l'Autriche.

L'article 23 al.4 et 5 « article Europe » de la Loi fondamentale. Les Länder ont obtenu d'être toujours plus associés au processus d'élaboration communautaire. En 1957, le gouvernement fédéral devait tenir informé le Bundesrat et le Bundestag du cheminement du projet normatif. En 1986 (Acte Unique Européen), il s'est agi pour le gouvernement fédéral de tenir compte d'un vote du Bundesrat (Länder) si le gouvernement constatait que le projet normatif de la commission affectait les compétences normatives des Länder. Au sein du Conseil de l'Union, le représentant allemand ne pouvait pas s'écarter du vote du Bundesrat, il était obligé de défendre la position du Bundesrat. La pratique permettait au représentant de s'écarter de ce vote si des raisons impérieuses concernant l'intégration européenne se manifestaient. En 1992, avec la naissance du TUE, l'Allemagne décide de modifier sa constitution et d'intégrer ce nouvel article 23 pour constitutionnaliser le rôle du Bundesrat. Les alinéas 4 et 5 de l'article 23 donnent au Bundesrat le pouvoir de participer à la formation de la position nationale allemande qui sera défendue in fine au sein du Conseil. L'alinéa 4 dispose que les compétences détenues et exercées ad intra doivent pouvoir être exercées ad extra dès qu'il est question des mêmes domaines en matière communautaire. On parle de « parallélisme des compétences. » Les alinéas 5 et 6 réglementent les trois niveaux de participation du Bundesrat.

L'avis du Bundesrat doit être pris en considération dans toutes les matières qui relèvent du gouvernement central. Dans les matières qui relèvent de la compétence des Länder et quand l'organisation de leurs services est affectée de manière centrale, alors l'opinion va devoir être prise en considération de manière déterminante par le gouvernement central. Dans le cas où les compétences exclusives des Länder sont affectées par une proposition de la commission, le gouvernement doit céder sa position de négociateur à un représentant des Länder nommé par le Bundesrat (article 23 al.6.)

- Prise en compte législative des positions infra étatiques. La Constitution n'a pas été modifiée ici.

C'est le cas de l'Espagne et de l'Italie ; la difficulté était telle pour modifier la constitution, que ces pays ont décidé d'opter pour la formule législative. La constitution espagnole de décembre 1978 a permis d'associer les trois « nationalités historiques » que sont la Galice, le Pays-Basque et la Catalogne au sein d'un seul État uni. Ces trois nations ont accédé à une autonomie forte au sein de cet État.

L'article 2 dispose que l'État est unitaire mais reconnaît l'autonomie de ces trois régions. Une constitution autonome a donc été créée pour ces trois États. D'autres régions, peu attachées pourtant à l'autonomie, ont demandé leur autonomie. Il existe donc dix-sept communautés

autonomes.

Ce qui fait la complexité du lieu est que les niveaux d'autonomie ne sont pas identiques dans la mesure où il y a des différences fortes entre les trois nationalités historiques et les autres. De plus, le processus d'autonomie est évolutif, les niveaux d'autonomie sont renégociés de façon permanente. Cela explique que, dans un premier temps, la participation des communautés autonomes s'est faite sur des accords politiques. C'est dans la pratique qu'est donc née la Conférence pour les affaires communautaires, affublée de conférences sectorielles.

Ce sont les accords autonomiques de 1992 qui ont réglementé cela. La communauté autonome du Pays-Basque a demandé des accords bilatéraux pour ne pas être mise sur le même plan que les autres communautés. Les accords autonomiques ont donc été des accords à 16 + 1 (seize communautés + gouvernement central.)

C'est le 30 novembre 1994 qu'est née réellement la consécration législative de ces accords, cela a réussi à déterminer, neuf ans après l'adhésion, une procédure cadre de participation des communautés autonomes. Une loi de 1997 reprend cela et donne une base juridique légale forte à cette conférence pour les affaires communautaires. Les Basques ont fini par accepter les règles du jeu commun.

B – L'impératif démocratique d'association parlementaire.

Le problème est différent pour les pouvoirs législatifs nationaux. Les constitutions modernes ont encadré de manière drastique les fonctions des assemblées parlementaires, au point de les transformer parfois en simples chambres d'enregistrement (France, etc.) L'adhésion n'est pas particulièrement positive dans la mesure où toutes les spécificités du processus d'intégration ont mis à l'écart les assemblées législatives nationales dans l'élaboration du droit communautaire. La stratégie des parlements nationaux va être de reconquérir une marge de manœuvre. Il y a un groupe d'États où les parlements n'ont qu'une fonction cognitive, ils ne donnent que leur point de vue, sans que celui-ci puissent contraindre les exécutifs.

Il existe un autre groupe où les parlements nationaux ont une réelle fonction de contrôle.

a) La fonction cognitive.

En Espagne, le parlement est bicaméral. Le sénat et le congrès des députés font partie de ces parlements disposant d'une simple fonction cognitive. Elles ont néanmoins réussi en matière communautaire à s'imposer en matière politique. Elles sont parvenues à générer au sein du parlement de grands débats démocratiques sur les questions communautaires. Cela peut intervenir à trois occasions. Tout d'abord, dans le cadre des débats politiques annuels sur l'état de la nation. Les questions européennes sont incluses dans ce débat, au moyen des traditionnelles questions écrites, et sur demande de la commission parlementaire chargée des affaires communautaires (commission mixte) : la commission mixte commune aux affaires européennes.

Cette commission a été créée par une loi du 27 décembre 1985 (l'Espagne est rentrée en Europe le 1er janvier 1986 : anticipation.) Ses attributions, au départ modestes, ont évolué par la suite (évolutivité constante.) Elle est aujourd'hui en mesure d'élaborer des rapports sur toutes les propositions normatives européennes, le gouvernement doit ensuite prendre cela en compte. Elle va transmettre à l'assemblée plénière les questions importantes. Elle est devenue

l'organe clé en mesure de développer des relations horizontales avec les organes au rôle identique au niveau européen.

En tant que tel, elle ne peut pas contraindre l'exécutif espagnol. Les personnalités qui y siègent sont en général de grands ténors politiques, ce qui leur permet de par leur aura de jouer un rôle important, et de contraindre tacitement le gouvernement.

b) Le cas du parlement français.

Il a fallu attendre 1979 pour qu'une instance européenne au sein du parlement français soit créée ! Il s'agit des délégations parlementaires aux affaires européennes (6 juillet), un organe dans chaque assemblée. Cela s'est fait par réaction à la volonté d'élire au suffrage universel direct les députés européens (1976, première application en 1979.) Ces délégations sont en principe subordonnées aux commissions parlementaires permanentes auxquelles elles doivent communiquer toutes les avancées et toutes leurs conclusions. Quand l'affaire est importante, elles vont être en mesure de voter des résolutions.

Suite à la ratification du traité de Maastricht, une importante réforme est intervenue. Un titre XV (XIV à l'origine) de la Constitution est relatif à la communauté européenne. L'article 88-4 est alors créé.

« Le gouvernement soumet à l'assemblée nationale et au sénat, dès leur transmission au conseil de l'union, les projets ou propositions d'actes des communautés et de l'Union Européenne comportant des dispositions de nature législative. Pendant les sessions ou en dehors d'elles, des résolutions peuvent être votées selon les modalités déterminées/fixées par le règlement de chaque assemblée, sur les projets, propositions ou documents déterminés à l'alinéa précédent. »

Il apparaît dès lors insensé de ne transmettre seulement que les dispositions de nature législative, c'est-à-dire entrant dans le domaine de l'article 34 de la Constitution. Cela est pris en compte dans l'action communautaire. Ce qui ne rentre pas dans ce domaine ne sera donc pas transmis aux chambres. C'est le Conseil d'État qui va examiner la proposition normative de la commission et va décider en urgence de la transmission des parties législatives au Parlement (perte de temps...) Les résolutions, en droit parlementaire français, font peur. Sous la quatrième République, c'était par cela que les gouvernements tombaient. Dans ce contexte, les constituants de 1958 ont refusé que le Parlement puisse voter des résolutions politiquement contraignantes. Une résolution ne peut pas porter atteinte aux prérogatives gouvernementales qui ne peuvent être détournées en instruments de mise en jeu de la responsabilité gouvernementale.

Au sein des délégations parlementaires de l'union, il n'y a aucun ténor de la politique, ce qui explique le faible rôle pratique que jouent ces délégations. A la suite de la publication des travaux du comité Balladur, un projet de révision constitutionnelle concernant l'article 88 a été rédigé (notons que l'article 88-4 avait déjà été révisé en 1999.) Le rajout du mot « projet » a été ajouté pour faire référence à tout type d'actes présentés par le conseil de l'union. Le Parlement peut donc se prononcer sur un nombre plus important de documents.

Le terme « Union Européenne », rajouté au premier alinéa, est important lorsque l'on envisage les trois piliers de l'Europe. Dans la version de l'article en date de 1992, cela signifiait que seules les propositions du premier pilier pouvaient être transmises au Parlement ; celles qui faisaient partie de l'Union Européenne en tant que telles n'étaient pas transmises au Parlement ! Dans la version de 1999, cet article évoque de nouveaux actes pouvant être

transmis : les actes issus de l'Union seront transmis (PESC + CAIJ.)

Le comité Balladur a proposé que ce qui concerne les « dispositions de nature législative » soit enlevé, trouvant cela aberrant que le Conseil d'État ait à examiner et trancher entre dispositions de nature législative et d'autre nature. Il a aussi proposé la disparition d'un élément dégagé de la pratique qui consistait à faire en sorte que tous les documents, les projets autres que les propositions normatives, n'étaient pas proposés au Parlement systématiquement. Il a été considéré que cela devait être une obligation. Est alors créé, sur la base de l'alinéa trois, un comité chargé des affaires européennes.

c) La fonction de contrôle.

Le Parlement danois a estimé que « nul n'est au-dessus, nul n'est à coté du Parlement. » En voilà une belle assemblée où les parlementaires vivent sans se préoccuper de souffrir d'une injuste limitation de leurs pouvoirs. Il est logique, dans ce contexte constitutionnel interne, que la commission danoise des affaires européennes puisse obtenir un pouvoir de contrôle important.

Avant chaque réunion du conseil de l'union à Bruxelles, le ministre doit se présenter au Parlement et présenter quel sera le point de départ du Danemark lors des négociations.

Étudions le rôle de la Chambre des Lords et de la Chambre des Communes en Grande-Bretagne. Dans l'esprit, le fonctionnement de ces deux chambres est identique à celui du Parlement danois, les Lords et les députés des communes ont entière carte blanche. Le gouvernement a, lui, deux jours pour transmettre les dispositions européennes au Parlement ! L'obligation d'information se double d'une obligation temporelle.

Section II : Le système normatif, ou la nature du droit communautaire

§1 – Les sources du droit communautaire.

Ces sources sont faciles à retenir. Il s'agit, au sommet de la pyramide, du droit primaire, c'est-à-dire les traités institutifs, d'adhésion et de révision.

En dessous de ce droit primaire se trouvent les principes généraux du droit communautaire délimités par la jurisprudence. Ces principes permettent de combler le silence des traités. Ce droit prétorien a parfois été critiqué par les cours constitutionnelles de certains pays qui considéraient que le droit communautaire n'était pas assez protecteur. Ainsi, les cours constitutionnelles ont déclaré que si une violation des droits fondamentaux était induite dans un traité communautaire, alors cette disposition ne serait pas appliquée. Cette critique est apparue dans les années 1970, ce qui a amené une pratique constructive.

On trouve ensuite les accords internationaux conclus par la communauté avec des États tiers ou des organisations tierces. Vient ensuite le droit dérivé, c'est-à-dire tous les actes adoptés par les institutions communautaires. Cela couvre tous les actes pris dans les trois piliers : CE, PESC, CAIJ. Il s'agit de directives, de décisions, de recommandations et d'avis. Cela constitue la soft law. Le règlement a une portée générale en ce qu'il lie des catégories générales ou abstraites de personnes.

Un règlement communautaire ne peut s'appliquer de façon partielle et est d'applicabilité directe dans tous les États membres vingt jours après sa publication au JOUE (Journal Officiel)

de l'Union Européenne) et produit des effets de droit tant vis-à-vis des particuliers, que des États sans aucune intervention des autorités nationales (modification de la législation, etc.)

La directive ne lie que le ou les États destinataires, elle n'a donc pas une portée générale. Elle ne fixe aux États que des objectifs à atteindre, et leur laisse la compétence pour ce qui s'agit de la forme et des moyens qu'il faudra déployer pour atteindre ces résultats. C'est un acte obligatoire qui entrera en vigueur le jour qu'elle fixe, mais un acte incomplet. Les États vont devoir la transposer en droit interne. Elle fera donc l'objet d'une loi de transposition. Très souvent, les États sont condamnés par la cour du Luxembourg car ils ne transposent pas la directive dans les délais ou car ils la transposent mal, ce qui revient à violer leurs engagements communautaires. La directive ne crée donc en elle-même aucun effet de droit à l'égard des particuliers. Et dans ce cas, si la directive n'est pas transposée, c'est l'ensemble des citoyens européens qui se voient refuser l'accès à un droit nouveau.

La décision est obligatoire dans tous ses éléments, uniquement pour les destinataires qu'elle désigne. Une décision peut même être ad nominem, c'est-à-dire qu'elle ne s'adresse qu'à un ou deux destinataires nommément désignés.

§2 – L'articulation du droit communautaire avec le droit national.

Dans les premiers temps de la construction communautaire, il a fallu imposer l'autorité du droit communautaire, que les juges et administrations nationaux acceptent certaines caractéristiques inhérentes au droit communautaire.

Dans un arrêt Costa c/ ENEL du 15 juillet 1964 de la CJCE fut affirmée la primauté du droit communautaire en ce qui concerne deux types de normes. Le droit communautaire prime sur les lois nationales, même postérieures au traité, et à l'égard d'une règle constitutionnelle interne. Les cours constitutionnelles ont ensuite accepté cette supériorité des traités. Elles l'ont fait en émettant toujours une réserve de constitutionnalité, il y a donc des limites à la primauté.

Arrêt du 9 mars 1978, Simmenthal : fut reconnue la primauté absolue du droit communautaire. De plus, fut déterminé l'office des juges nationaux à l'égard des dispositions communautaires. La cour a tenté de faire du juge national son « allié numéro un. » Le juge national est érigé en juge communautaire de droit commun.

L'effet direct :

C'est le fait pour une norme de droit communautaire de créer des droits en faveur des particuliers (personnes physiques et morales), devant les juridictions nationales, en l'absence ou à l'encontre du droit interne pour en exiger l'application. Les citoyens peuvent alors se prévaloir de leurs droits devant les juridictions nationales.

S'agissant du droit primaire, il a fallu faire évoluer la jurisprudence de la cour puisque les traités ne mentionnaient pas si l'application était directe ou non.

Dans un arrêt du 4 décembre 1974, puis dans un arrêt Van Gend en Loos en date du 5 février 1963, furent considéré d'applicabilité directe du droit primaire, et en particulier l'ancien article 12 du traité CEE, devenu aujourd'hui article 25 du TCE. Pour la directive, c'est la loi

de transposition nationale qui sera directement applicable. Dans le cas d'une non transposition ou d'une mauvaise transposition, la directive sera de façon exceptionnelle d'applicabilité directe.

Arrêt Becker, 1982 : la cour, exceptionnellement, a doté les directives d'effets directs dans deux cas de figure.

Section III : Le système contentieux, ou les modalités de contrôle du droit communautaire

Une des forces de ce système est son évolutivité et son incroyable pouvoir d'adaptation. Au départ fut créée la CJCE du Luxembourg. Par la suite, d'autres niveaux de jugement furent à leur tour créés, du fait d'une meilleure connaissance du droit communautaire par les juges et avocats, et du fait de l'adhésion de nouveaux États membres (6 > 27.)

En 1988, le Conseil de l'Union a décidé de créer le tribunal de première instance des communautés européennes (TPICE.) En 2001 (traité juridique), devant l'engorgement de la Cour de Justice des Communautés Européennes, il fut décidé la création d'une base juridique spécifique permettant au Conseil de l'Union de créer de nouvelles instances juridictionnelles dans des domaines spécialisés : des chambres juridictionnelles.

Une chambre juridictionnelle a donc été créée en 2004, il s'agit du tribunal de la fonction publique européenne.

§2 – Les voies de droit.

A – Le recours en annulation.

L'article concerné est le 203 du traité CE.

Il s'agit de tous les actes émanant des institutions communautaires. Le recours en annulation est recevable lorsque les actes des institutions communautaires sont obligatoires et qu'ils produisent des effets de droit. A contrario, sont exclus du recours, les avis, les mesures d'ordre interne, et tous les types de documents programmatoires ; bref tous les actes qui ne produisent pas d'effets à l'égard des tiers. En réalité, le juge communautaire a été attentif à ne pas s'attacher à la dénomination de l'acte attaqué : l'acte peut laisser croire qu'il n'est pas attaquant mais la cour va rechercher si au-delà de cette dénomination l'acte ne crée pas des effets de droit. Elle regarde le fond de l'acte.

Quelles sont les institutions susceptibles d'attaquer les actes des institutions ? (On les appelle les requérants.)

L'article 230 du traité CE distinguait les requérants dits « privilégiés » et les requérants dits « ordinaires. » Les requérants privilégiés étaient les institutions : on y trouvait depuis 1957 la Commission et le Conseil. Mais la grande institution qui faisait défaut était bien le Parlement européen. En 1957, ce dernier n'était pas mentionné parmi les requérants privilégiés.

Quel est l'intérêt de ce distinguo entre requérants privilégiés et les requérants ordinaires ? Les requérants privilégiés peuvent annuler tout acte obligatoire sans avoir à justifier un intérêt

à agir. Les requérants ordinaires, qui sont des personnes morales et physiques, devaient prouver leur intérêt à agir et le fait que l'acte en cause malmène leurs intérêts.

Le problème majeur est l'exclusion du Parlement européen des requérants privilégiés. Ce dernier n'a pas admis cette exclusion. Toute sa stratégie a consisté à obtenir ce statut. Il a utilisé les ressorts de l'audace et des coups de poker judiciaires pour tenter d'être érigé au rang de requérant privilégié. En 1957, le Parlement européen n'est rien, il n'a qu'un pouvoir consultatif et il n'est pas élu au suffrage universel direct.

Le Parlement européen a décidé d'attaquer en annulation les actes des institutions alors qu'il n'avait pas les pouvoirs pour le faire. La Cour a alors accepté qu'il soit défendeur à l'action, c'est-à-dire le fait que les autres institutions puissent attaquer ses actes.

CJCE, les Verts, 23 avril 1986 : on a reconnu au Parlement européen le fait qu'il puisse se retrouver défendeur à l'instance.

CJCE, Tchernobyl, 1986 : il a été reconnu la légitimation active : le Parlement européen devait justifier l'attaque en annulation « pour la défense de ses propres prérogatives. » Mais cela annonce toujours un intérêt à agir que le Parlement doit justifier.

Le traité de Nice de 2001 a hissé le Parlement européen au rang de requérant privilégié.

En 2001, une directive sur le regroupement familial pour les étrangers ressortissants des États tiers est adoptée. Les étrangers peuvent, sous conditions, faire venir leur famille. Cela a suscité beaucoup de débats par les ONG car cette directive était restrictive : c'était une atteinte à la vie privée et familiale des étrangers. Cette directive a été adoptée sur la base de la codécision. Grâce au nouveau libellé du traité de Nice, le Parlement européen a attaqué en annulation la directive. Ce recours en annulation a donné lieu à un arrêt : CJCE, Parlement européen c. Conseil, 27 juin 2006. La directive n'a pas été annulée car, d'après la Cour, les restrictions sont dûment justifiées et n'atteignent pas la substance de la vie privée et familiale.

Concernant les personnes physiques et morales, elles doivent démontrer que l'acte attaqué les concerne précisément, directement et individuellement. La Cour a toujours interprété de façon stricte ces trois points et a donc limité l'accès au prétoire des individus ; ceci afin de limiter les recours. Sans ces limites, l'institution judiciaire aurait croulé sous la masse des requêtes. Les personnes morales aimeraient que ces trois précisions soient interprétées de façon large. Pour le Parlement européen, la Cour a bien voulu réviser les traités par la voie de l'interprétation judiciaire et par le biais des arrêts et hisser le Parlement au stade des autres institutions. Mais la Cour s'est refusée à le faire pour les particuliers.

B – Le recours en constatation de manquement.

1) Définition.

Un manquement est une violation par les États des obligations issues du droit communautaire. C'est à la fois une action positive (action soit de l'exécutif, du législatif ou du judiciaire national qui agit en contrariété avec le droit communautaire) soit une abstention fautive (le fait de ne pas transposer dans les délais une directive ou de mal transposer.) Toutes les autorités d'un État peuvent être à l'origine d'un manquement.

Pendant longtemps, les institutions communautaires n'ont pas voulu sanctionner les manquements des pouvoirs judiciaires. Il était difficile de lancer une procédure contre des organisations judiciaires nationales. Attaquer un État parce qu'une de ses organisations judiciaires était en contradiction avec le droit communautaire était politiquement difficile. Le juge national est l'allié objectif des institutions communautaires.

CJCE, Köbler, 30 septembre 2003 : pour la première fois dans l'histoire de la construction communautaire, la Cour a accepté le principe qu'un État puisse être condamné pour le fait d'un manquement d'un organe judiciaire national. Dans le système communautaire, quand un organe judiciaire viole de façon flagrante le droit communautaire, la responsabilité de l'État est mise en jeu dans le cadre communautaire.

2) La procédure contentieuse (art 226 et 227 du traité CE.)

Elle est séparée en deux phases. Dans ces deux phases, il y a un chef d'orchestre qui est la Commission Européenne. C'est la gardienne des traités et c'est elle qui doit se soucier du respect de la légalité communautaire. (CJCE, Espagne c. Royaume-Uni, 22 septembre 2006.)

Cette voie n'a pratiquement jamais été utilisée. A 99,9% le recours en manquement est activé par la commission alors que juridiquement les États peuvent attaquer un autre État. Il est plus facile de laisser la commission faire le sale boulot.

La Commission a un pouvoir discrétionnaire pour mettre en œuvre la base pré-contentieuse et pour décider si ensuite elle va saisir la Cour ou non (phase contentieuse.) Jusqu'à la deuxième phase, la Commission va négocier avec l'État en cause. Très souvent, les États se mettent en règle lors de la première phase. Près de 80% des problèmes se règlent lors de la phase pré-contentieuse, ainsi la Cour n'est pas saisie. Les pourcentages restants proviennent des points sur lesquels la Commission et l'État n'ont pas réussi à s'entendre : phase contentieuse qui se caractérise par la saisine officielle de la Cour de justice. Si, après la saisine, l'État se met en conformité avec le droit communautaire, c'est de toute manière trop tard. L'acte introductif d'instance déposé par la Cour déclenche sa saisine.

Lorsqu'un État est condamné, la portée de l'arrêt rendu est déclaratoire. C'est un arrêt en constatation de manquement. La Cour ne peut pas obliger le pays à se mettre en conformité. Les États ont donc décidé d'intégrer une procédure de manquement sur manquement qui permet à la Commission d'attaquer à nouveau l'État qui ne se met pas en conformité, la Cour va sanctionner pécuniairement. Cette innovation a été intégrée dans les traités à l'initiative des États eux-mêmes.

C – Le renvoi préjudiciel de l'article 234 du traité CE.

Sans cette voie de droit, un auteur a écrit qu'il n'y aurait pas de marché commun. Un renvoi est un mécanisme qui permet à un juge, avant de statuer au fond, de surseoir à statuer car il se retrouve face à une difficulté. Il décide de poser une question préjudicielle à une institution judiciaire qui est à un niveau hiérarchiquement supérieur. Cette procédure existe également dans les systèmes nationaux. Un juge national peut se retrouver confronté à deux sortes de difficultés :

- Difficulté d'interprétation du droit communautaire : on parle alors de renvoi préjudiciel en interprétation.

- Sérieux doutes quant à la légalité du droit communautaire.

Le juge suspend le procès ; s'il interprète mal ou s'il applique une règle non valide, c'est toute l'interprétation du droit communautaire qui risque de ne pas être uniforme sur les 27 États membres. Le juge national coopère et dialogue avec le juge communautaire. Il surseoit à statuer et pose une question préjudicielle à la Cour. L'article 234 : cette procédure introduit une obligation pour les juges nationaux qui statuent en dernier ressort. Ce juge national, s'il est confronté à un problème et qu'il statue en dernier ressort, est obligé de poser une question préjudicielle. La raison à cela est que, si le juge interprète mal cela peut malmener l'application du droit communautaire entre les États. En 1964, le Conseil d'État (organe suprême qui ne veut pas « s'abaisser » à poser une question au juge communautaire) a mis sur pied une théorie :

Affaire société des pétroles Shell-Berre de 1964 : invention de la théorie de l'acte clair. Cela signifie que selon lui on n'est pas obligé de renvoyer quand l'acte est clair. Les différents États européens ont copié cette théorie. La Cour de Luxembourg a compris qu'il fallait octroyer aux juridictions suprêmes une marge de manœuvre.

CJCE, CILFIT, 1982 : La Cour de Luxembourg a octroyé une marge de manœuvre. Quand il n'apparaît pas de problème manifeste d'interprétation, la Cour accepte que les juridictions suprêmes ne soient pas obligées de renvoyer. Les juridictions suprêmes, quels que soient les États, ont très peu renvoyé. Les 6 États membres n'ont activé le renvoi préjudiciel qu'une soixantaine de fois. Ce sont les juridictions qui n'ont pas l'obligation de renvoi qui renvoient le plus. La Cour a dû apprendre au juge national à poser des questions.

Est née la doctrine de « l'irrecevabilité préjudicielle » : les juges nationaux ont abusé du renvoi en posant des questions qui n'avaient pas lieu d'être posées. Cela implique qu'il faut être formé au droit communautaire. La question doit être circonscrite à l'objet du litige.