

LE DROIT FRANÇAIS DANS LE CONSEIL DE L'EUROPE : INFLUENCE ET RESISTANCE

*Par Laurent Sermet
Professeur à l'Université de La Réunion*

1. La question du rayonnement du droit français dans le monde soulève, à titre introductif, deux observations : ce sujet est passionnant, il est aussi ambitieux. Passionnant, car il permet de lire le droit français au regard de son développement historique, mais aussi de son expansion géographique, et conduit ainsi à mener une lecture non strictement positiviste. Ambitieux, car sa définition apparaît problématique tant dans sa portée que de son contenu.

2. Peut-on parler, au titre de la portée de ce sujet, du rayonnement du droit au même titre que l'on évoque le rayonnement d'une découverte scientifique ou technique. A titre personnel, j'en doute, à moins que l'on pose et établisse que le droit s'apparente à une science, voire que l'on admette - ce qui est dans une certaine mesure plus plausible, mais moralement discutable - que le droit se réduise à une technique ou à une procédure. La question même du rayonnement du droit est donc problématique.

3. Mais surtout l'objet de notre étude est de savoir ce qu'est le rayonnement du droit. On peut envisager, sans prétention d'exhaustivité, les cinq pistes suivantes. Première piste : est-ce la permanence structurelle du droit au-delà de son histoire politique événementielle ? On se souvient que Jean Carbonnier, dans son article intitulé " Hypothèses fondamentales de la sociologie juridique " paru dans *Flexible Droit*, évoquait le rayonnement du droit romain à travers les âges. Deuxième piste : est-ce l'emprunt fait au droit français, sachant qu'à nos yeux, il convient absolument de ne pas retenir le rayonnement du droit lorsqu'il est fondé sur la contrainte, dans un contexte colonial notamment ? Troisième piste : est-ce que le rayonnement du droit français sous-entend la qualité intrinsèque de ses solutions ? Si tel est le cas, ne faut-il pas alors préciser la nature de

ce droit et envisager, dans une certaine mesure, sa qualité de grand système de droit au sens où René David l'entendait. La question est ambitieuse ; elle est peut-être excessive et mérite en tous cas discussion. Quatrième piste : le rayonnement du droit n'est-il pas, à l'heure de l'internationalisation et de l'eupéanisation du droit, une hypothèse de moins en moins établie ? Enfin, dernière piste : la notion de rayonnement du droit ressort pour l'essentiel de la sociologie et de la politique juridiques. Ce n'est qu'accessoirement que le rayonnement du droit acquiert une dimension juridique lorsqu'il est juridiquement formalisé. On pense ici à l'article 55 de la Constitution française qui formalise en droit français le rayonnement du droit international écrit, via son incorporation comme norme supra-législative et infra-constitutionnelle. Pour le sujet qu'il me revient de traiter, s'il y a lieu de parler de rayonnement du droit français au sein du Conseil de l'Europe, c'est au titre d'un rayonnement de nature politique et sociologique, et non d'un rayonnement ayant une base juridique formelle.

4. Ces remarques préalables faites, il convient de présenter le Conseil de l'Europe. Organisation intergouvernementale, il est créé en 1949, dans la perspective d'une organisation politique des Etats d'Europe occidentale dans le contexte de la guerre froide. Aujourd'hui, grâce à la renonciation des Etats d'Europe centrale et orientale au communisme depuis la décennie 1990, le Conseil de l'Europe s'est très largement étendu en termes de nombre d'Etats et de surface géographique. Il regroupe actuellement quarante-six Etats membres - le dernier étant le micro-Etat de Monaco qui a accédé au Conseil de l'Europe en octobre 2004 - et concerne huit cent millions de personnes. Ces dimensions le rapprochent de l'Union africaine. Le modèle juridique dans lequel s'inscrit l'activité du Conseil de l'Europe est celui de l'harmonisation juridique et politique. Cette harmonisation laisse aux Etats membres du Conseil de l'Europe une marge d'action importante. A ce titre, la subsidiarité de l'activité du Conseil de l'Europe est un principe structurant et pérenne. En cela, il se distingue de l'Union Européenne qui repose, elle, en grande partie, sur une logique de superposition juridique et politique, au moins dans certains domaines tels que la monnaie unique, la politique

commerciale commune et les autres politiques communes. L'article premier du statut du Conseil de l'Europe, adopté à Londres le 5 mai 1949, annonce la vocation très générale de l'organisation : " Il s'agit de réaliser une union plus étroite afin de sauvegarder et promouvoir les idéaux et principes qui sont le patrimoine commun des Etats européens, et favoriser le progrès économique et social. " Plus loin sont expressément visées, en tant que questions d'intérêt commun, les questions économiques, sociales, culturelles, scientifiques, juridiques, administratives, et la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales. En revanche est exclue toute compétence relative à la défense (article 1, paragraphe d, du statut du Conseil de l'Europe).

5. La vocation très générale du Conseil de l'Europe se traduit par l'adoption d'accords internationaux et par la mise en place d'actions politiques communes. A ce titre, et pour se limiter à la présentation conventionnelle, il convient de préciser que, sur le plan formel, les accords internationaux sont, dans un premier temps, négociés sous les auspices du Conseil de l'Europe par les Etats membres. Ils sont ensuite suivis d'une décision du Comité des Ministres, instance politique décisionnelle du Conseil de l'Europe qui arrête les textes et, enfin, ces textes sont soumis à la ratification des Etats membres. La production juridique conventionnelle du Conseil de l'Europe est particulièrement remarquable, tant par sa diversité que par son importance. Sur le plan qualitatif, la diversité est soulignée par le fait que les accords européens, les traités européens, s'inscrivent dans quinze rubriques différentes, très diverses, parmi lesquelles on trouve la démocratie locale, le droit de la famille, le droit civil, le droit et le fonctionnement de l'administration, les problèmes criminels, la bioéthique, etc. Sur le plan quantitatif, on compte quelques 190 traités européens accompagnés de résolutions et recommandations du Comité des Ministres. Ces dernières n'ont pas stricto sensu valeur de droit, d'obligation pour les Etats, mais elles manifestent assurément un droit à l'état latent et il convient de souligner que les recommandations sont, fréquemment, suivies d'actes dans les ordres juridiques nationaux. Au total, une énorme masse conventionnelle existe qui est, dans son immense partie, mal connue, voire ignorée, du grand public,

et surtout de la doctrine qui est muette à son égard. Seuls échappent à cette méconnaissance quelques traités relatifs aux droits de l'homme et à la bioéthique. Le plus connu de ces traités est la Convention européenne des droits de l'homme qui établit un système régional de protection des droits et des libertés. Il est admis que la Convention fonde désormais un : " ordre public européen des droits de l'homme " c'est-à-dire un standard minimum commun partagé par les quarante-six ordres juridiques nationaux, selon la formule consacrée par la Cour européenne des droits de l'homme dans son arrêt Loizidou contre Turquie qui remonte à 1995. Pour être exact, il faut dire que l'ordre public européen des droits de l'homme, ce standard minimal, s'il repose sur l'activité prétorienne de la Cour, repose également sur l'activité de surveillance, dans les ordres juridiques internes, de l'exécution adéquate des arrêts européens par le Comité des Ministres (art. 46 § 2 CEDH).

6. Pour notre problématique, le rayonnement du droit français au sein du Conseil de l'Europe présente les trois formes suivantes. Sans prétention à l'exhaustivité, nous devons parler de rayonnement substantiel du droit français, puis, de rayonnement formel et, enfin, de rayonnement subsidiaire.

I. LE RAYONNEMENT SUBSTANTIEL

7. Le rayonnement substantiel peut être illustré par référence à l'obligation de dépôt légal en matière audiovisuelle. Cet exemple nous apparaît comme étant très significatif. Le 20 juin 1992, la loi française a institué l'obligation du dépôt légal audiovisuel, mettant au même niveau l'archive écrite et l'archive audiovisuelle. On peut dire qu'il y a, avec cette loi, une égalité juridique entre les deux catégories d'archives. La signification de ce dépôt légal est assurément considérable. Au niveau de l'audiovisuel, il s'agit d'une reconnaissance de la nécessité, de la valeur, de ce patrimoine pour les sociétés contemporaines. Au niveau du droit, le dépôt légal obligatoire entraîne l'extension du droit à l'information. Ce n'est qu'une décennie plus tard, soit le 8 novembre 2001, qu'une Convention européenne relative au patrimoine audiovisuel est signée au sein du Conseil de l'Europe. S'inscrivant dans la logique de la coopération culturelle, elle

instaure l'obligation du dépôt légal en matière audiovisuelle. Auparavant, dans la plupart des Etats membres, la sauvegarde du patrimoine audiovisuel dépendait d'un acte de dépôt volontaire laissant la protection de ce patrimoine à des pratiques disparates et discrétionnaires.

8. La Convention relative à la protection du patrimoine audiovisuel définit deux catégories de patrimoine. Ce peut être tout d'abord les images en mouvement, ce peut être ensuite les œuvres cinématographiques. Les œuvres cinématographiques désignent les images en mouvement de toutes durées, en particulier les œuvres cinématographiques de fiction, d'animation et les documentaires destinés à être diffusés dans les salles de spectacles cinématographiques. Il est convenu, article 3, que les Parties appliquent les dispositions de la Convention à toutes les œuvres cinématographiques à compter de l'entrée en vigueur de celle-ci. S'agissant des images en mouvement, il s'agit-là de tout ensemble d'images en mouvement, quelle que soit la méthode utilisée pour l'enregistrement et la nature du support, qu'elle soit accompagnée ou non d'une sonorisation susceptible de donner une impression de mouvement. L'article 3 précise, dans son paragraphe 2, que ce sont des Protocoles - qui complètent la Convention - qui étendent le champ *ratione materiae* (i.e. images en mouvement autres que les œuvres cinématographiques comme les productions audiovisuelles) du dépôt légal. Il doit être précisé que la Convention sur la protection du patrimoine audiovisuel du 8 novembre 2001 est suivie d'un protocole additionnel relatif à la protection des productions audiovisuelles. Désormais l'obligation de dépôt légal s'entend d'une double façon : tout d'abord, comme l'obligation de déposer un exemplaire de référence de l'œuvre audiovisuelle, ici l'œuvre cinématographique, auprès d'un organisme d'archives ; ensuite, comme l'obligation de conservation, qui implique éventuellement une œuvre de restauration de l'œuvre audiovisuelle. En ce sens, article 9 de la Convention indique : “ Chaque partie encourage et favorise la restauration des images en mouvement déposées légalement et faisant partie de son patrimoine audiovisuel dont la qualité s'est détériorée ” et l'article 10, relatif aux mesures d'urgence : “ Chaque Etat prend les dispositions

propres à assurer la sauvegarde des images en mouvement faisant partie de son patrimoine audiovisuel et soumises à un danger imminent qui menace leur existence matérielle lorsqu'elle n'ont pas pu être autrement protégées par la voie du dépôt légal. ” Dans la Convention, le dépôt volontaire demeure, toutefois, à l'égard des productions étrangères et des œuvres nationales produites avant l'entrée en vigueur de la Convention.

9. La convention ouverte à la signature le 8 novembre 2001 n'est pas entrée en vigueur, alors que les conditions de cette entrée en vigueur sont peu exigeantes, puisque cinq ratifications suffisent. La Convention est également ouverte à la Communauté européenne et à l'adhésion d'Etats non membres du Conseil de l'Europe. Le 13 novembre 2004, on doit souligner que la France avait signé le texte le 14 mars 2002 et sans le ratifier. Seuls ont signé et ratifié les Etats membres suivants : le Luxembourg et Monaco. Les signataires non-membres du Conseil de l'Europe sont le Bélarusse, le Saint-Siège, ainsi que la Communauté européenne en tant qu'organisation internationale. Actuellement le nombre de signatures non suivies de ratification est de dix et le nombre de ratifications est de deux. On mesure dès lors combien le rayonnement du droit français, même s'il a pu présider à l'adoption du texte, n'a pas été traduit politiquement par une ratification française.

II - LE RAYONNEMENT FORMEL

10. A ce rayonnement substantiel, il convient d'ajouter un rayonnement formel du droit français sur le droit du Conseil de l'Europe. S'il convient de parler de rayonnement formel du droit français, c'est à nos yeux par référence au Code Civil. L'influence du Code Civil ne concerne pas ici ses dispositions matérielles qui visent principalement, d'une part le droit de la famille, d'autre part le droit de la propriété. Du reste au cours des quarante dernières années, la prétention d'homogénéité du droit substantiel du Code Civil a été mise en question. Des réformes multiples ont eu lieu, que l'on peut classer en trois rubriques. Les réformes conduites par l'autorité du doyen Jean Carbonier. Les réformes d'ordre symbolique, comme l'inscription du droit à la vie privée en 1970, l'inscription du droit au respect du corps

humain en 1994 ou encore l'inscription du pacte civil de solidarité en 2000. Puis les réformes faites sous l'influence de la Convention européenne des droits de l'homme : ainsi l'égalité en matière successorale entre les enfants, et c'est ici l'arrêt Mazurek contre France qui a conduit à mettre en cause l'article 760 du Code Civil ; et enfin la mise en cause de l'inopposabilité du principe d'indisponibilité de l'état civil - nous pensons ici à l'arrêt B. contre France, qui a été suivi par deux arrêts de la Cour de Cassation du 11 décembre 1992.

11. Le rayonnement formel du droit français au sein du Conseil de l'Europe grâce au Code Civil repose sur le concept efficient de codification qui fonde le Code Civil et permet de réaliser trois objectifs. Premier objectif, la rationalisation de la règle de droit qui permet la mise en ordre du droit. Deuxième objectif, la meilleure accessibilité du droit par le sujet de droit - on pense ici à l'objectif de valeur constitutionnelle que rappelle le Conseil constitutionnel en décembre 1999 relatif à l'intelligibilité et à l'accessibilité de la loi. Enfin, troisième objectif, la codification permet l'unification nationale et la progression de l'égalité entre les sujets de droit. Il est vrai que le processus de codification a été indissociable de la notion d'Etat souverain au XIXe siècle. Mais la codification continue à jouer un rôle de premier plan en droit international dans le contexte d'une économie mondialisée, d'une démocratisation des régimes politiques et de la construction européenne en marche, construction européenne soutenue tant au niveau de l'Union Européenne que du Conseil de l'Europe. C'est pourquoi on peut estimer que le Code Civil français rayonne au sein du Conseil de l'Europe par la technique de codification qu'il sous-tend et qui fonde en grande partie la méthodologie de la production conventionnelle. Le rayonnement du Code Civil dans la production conventionnelle européenne n'est pas exclusif. On doit rappeler que la méthode anglo-saxonne de rédaction, de définition, des objets, est perceptible. Mais on peut rapprocher cet argument des propos tenus récemment, lors d'un colloque organisé au sein du Conseil de l'Europe, le 21 octobre 2004, intitulé : " Le Code Civil et l'Europe, influence et modernité ". Le ministre français de la Justice, appelé à introduire ce colloque, a fait les remarques suivantes : " Si le Conseil de l'Europe et la Convention européenne des droits de

l'homme exercent une profonde influence sur notre Code Civil, la modernité de notre code y trouve également un écho. Le principe de codification, dont notre code a été le symbole à l'époque contemporaine, fait partie des outils que propose le Conseil de l'Europe lorsque les Etats font appel à son expertise juridique. Après la chute du mur de Berlin, il a assisté les Etats de l'Est de l'Europe désireux de se doter d'une législation compatible avec les standards démocratiques européens. Dans le cadre de sa mission, le Conseil de l'Europe n'a privilégié, ni la common law, ni le droit écrit. Pourtant force est de constater que ces Etats ont choisi la codification. Ce choix s'explique sans doute par les principes d'ordonnement et de hiérarchie des normes qui structurent la démarche codificatrice. Je me réjouis d'ailleurs que d'éminents représentants de ces Etats soient présents aujourd'hui pour nous faire partager leur expérience. Les principes de clarté et d'accessibilité du droit, que le Code Civil a illustrés avec éclat depuis deux siècles, ont aussi été consacrés à plusieurs reprises par la jurisprudence de la Cour. Dans un univers caractérisé par la prolifération des normes et par l'enchevêtrement des ordres juridiques nationaux et supranationaux, de tels principes doivent guider la démarche du législateur et permettre d'assurer la sécurité juridique ". On le voit, les propos du ministre français de la Justice vont assurément dans le sens de ce rayonnement formel du droit français via le Code Civil.

III - LE RAYONNEMENT SUBSIDIAIRE

12. Enfin il y a lieu d'évoquer, à titre secondaire, le rayonnement subsidiaire du droit français de la fonction publique, dans la mesure où sont opposables aux agents du Conseil de l'Europe, d'une part, les concepts de base tels que la mutation, le détachement, la promotion, d'autre part, le concept de détournement de pouvoir. Cette permanence du droit français de la fonction publique s'explique en partie parce que le contentieux est traité en langue française par des avocats français.

Au total, et j'en ai conscience, l'influence du droit français au sein du Conseil de l'Europe reste à mesurer et à décrire précisément. Il serait utile de définir si ce rayonnement repose sur des raisons d'ordre

pragmatique, à savoir l'efficacité du droit français, ou sur des raisons politiques en raison notamment de l'importance du lobbying que peut faire l'Etat français ou bien des Etats associés à l'Etat français qui partagent en commun des droits similaires. Il serait utile alors de rechercher si ce rayonnement est direct et exclusif ou s'il est secondaire parce que produit par son appartenance à la famille de droit romano-germanique. Le rayonnement du droit français au sein du Conseil de l'Europe reste donc à mesurer. Il serait judicieux d'y consacrer certainement un article, un colloque, voire une thèse.

IV - ET L'INVERSE ? DU RAYONNEMENT DU DROIT DU CONSEIL DE L'EUROPE EN DROIT FRANÇAIS.

13. Mais, pour finir, je crois qu'il serait incomplet pour ce sujet de ne pas évoquer, à titre de conclusion, l'hypothèse de l'influence du droit du Conseil de l'Europe sur le droit français. Le rayonnement de la Convention européenne des droits de l'homme en droit français est aujourd'hui porté à un niveau élevé, qu'on s'en réjouisse ou qu'on le déplore. Les exemples sont nombreux. Prenons notamment l'adoption de la loi du 15 juin 2000 relative au renforcement de la présomption d'innocence et au droit des victimes. Celle-ci est citée par la doctrine comme un exemple d'européanisation du droit français, tant en ce qui concerne l'abrogation de l'obligation de la mise en état préalable à l'examen d'un pourvoi en cassation, que par l'instauration d'un droit d'appel contre les arrêts de cours d'assises. Mais également en ce qui concerne les principes directeurs de la détention provisoire - il s'agit des articles 143 et suivants du Code de procédure pénale - ou encore par l'instauration d'une procédure de réexamen d'une décision pénale, consécutif au prononcé d'un arrêt de violation de la Cour, et il s'agit là des articles 626 -1 et 626-4 du Code de procédure pénale.

14. Cette influence juridique est doublement fondée. Il s'agit d'une influence fondée, d'une part, sur le consentement préalable de l'Etat français par son acceptation des normes européennes, ici de la Convention européenne des droits de l'homme, et, d'autre part, sur la place qu'accorde le droit français aux normes internationales dans l'ordre juridique national. Mais ce rayonnement n'est pas, loin s'en faut, illimité. Des pratiques diverses voient le jour, qui peuvent être

assimilées à une protection contre l'irradiation du droit européen. On peut citer les formes suivantes de protection du droit français concernant le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Tout d'abord, première forme de protection, le refus du Conseil constitutionnel de consacrer la convention européenne des droits de l'homme et sa jurisprudence établie comme une norme de référence constitutionnel, nécessaire au contrôle de constitutionnalité des lois. Cette position générale à l'égard de l'ensemble du droit international et du droit européen est opposable à la convention depuis 1975. Deuxième forme de protection, le refus occasionnel de reconnaître à la jurisprudence européenne l'ensemble de ses effets.

15. L'attitude du Conseil d'Etat vis-à-vis de l'arrêt Kress contre France qui prescrit que le commissaire du gouvernement ne doit pas participer aux délibérés de l'arrêt, mérite d'être signalé. Cette attitude, qui a été formalisée par une note du vice-président du Conseil d'Etat soulignant que le commissaire du gouvernement n'avait pas à être exclu du délibéré, empêche que le Comité de Ministres puisse déclarer que l'affaire Kress contre France soit aujourd'hui correctement exécutée par le droit français. Enfin, dernière forme de protection, la limitation des effets juridiques des traités et des recommandations européennes. Ainsi la recommandation qui prescrit la possibilité de rouvrir les procédures juridictionnelles déclarées contraires à la convention par la Cour, n'est possible, d'après la loi du 15 juin 2000 que nous venons de citer, qu'en matière pénale. L'arrêt du Conseil d'Etat Chevrol du 11 février 2004 vient de le confirmer. Rendu sur les conclusions de Remy Schwartz, le Conseil d'Etat énonce qu'il ne résulte d'aucune disposition de la Convention européenne des droits de l'homme que l'arrêt du 13 février 2003 de la Cour européenne de Strasbourg condamnant la France, puisse avoir pour effet de rouvrir la procédure juridictionnelle close par le Conseil d'Etat le 9 avril 1999. L'autorité de chose jugée par le Conseil d'Etat s'impose pour faire obstacle à l'autorité de chose jugée par la Cour de Strasbourg.