



Cour
européenne
des Droits
de l'Homme

Dialogue entre juges



Dialogue entre judges

Actes du séminaire
19 janvier 2007

Tout ou partie de ce document peut faire l'objet d'une reproduction libre de droits avec mention de la source « *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2007* »

© Cour européenne des droits de l'homme, 2007

© Photos : Conseil de l'Europe

Strasbourg, 2007

TABLE DES MATIÈRES

Actes du séminaire

Françoise Tulkens	5
Juge à la Cour européenne des droits de l'homme	
Vladimiro Zagrebelsky	9
Juge à la Cour européenne des droits de l'homme	
Lucius Caflisch	10
Membre de la Commission du droit international des Nations Unies Ancien juge à la Cour européenne des droits de l'homme	
Lech Garlicki	17
Juge à la Cour européenne des droits de l'homme	
Jorge Rodríguez-Zapata Pérez	18
Juge à la Cour européenne des droits de l'homme	
Elisabet Fura-Sandström	27
Juge à la Cour européenne des droits de l'homme	
Jochen A. Frowein	28
Directeur émérite de l'institut Max-Planck de droit public comparé et de droit international et ancien vice-président de la Commission européenne des droits de l'homme	
Audience solennelle à l'occasion de l'ouverture de l'Année judiciaire 2007	
Luzius Wildhaber	37
Ancien président de la Cour européenne des droits de l'homme	
Jean-Paul Costa	41
Président de la Cour européenne des droits de l'homme	
Photos	49



Françoise Tulkens

Juge à la Cour européenne
des droits de l'homme

LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ENTRE DROIT INTERNATIONAL ET DROIT CONSTITUTIONNEL

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les Hauts magistrats,
Mesdames, Messieurs, chers collègues, chers amis,

Le séminaire qui nous réunit cet après-midi revêt une importance particulière – je dirais même historique – et votre présence nombreuse parmi nous montre que vous l'avez bien compris. En effet, cette rencontre est, tout d'abord et avant tout, un *hommage* à notre cher Président Luzius Wildhaber, le premier président de la « nouvelle » Cour européenne des droits de l'homme qui a été mise en place le 1^{er} novembre 1998. Telle est la raison pour laquelle nous avons décidé, au sein du groupe de travail chargé de la préparation du séminaire et composé des juges Elisabet Fura-Sandström, Vladimiro Zagrebelsky, Lech Garlicki et moi-même, de choisir un thème qui s'inscrivait directement dans les préoccupations académiques, scientifiques et judiciaires du Président Wildhaber. Nous aurons donc la lourde tâche de parler sous son contrôle éclairé.

En contrepoint, tout comme en 2005 et 2006, ce séminaire reste inscrit dans le contexte et dans la perspective du *dialogue entre juges*, un dialogue à nos yeux plus essentiel que jamais. D'un côté de l'Atlantique, la présidente de la Cour internationale de justice, Rosalyn Higgins, évoque ce thème dans un article récent au titre évocateur et provocateur : « *A Babel of Judicial Voices? Ruminations from the Bench* »¹. De l'autre côté de l'Atlantique, la présidente Claire L'Heureux-Dubé de la Cour suprême du Canada souligne l'évolution qui amène les juges à se considérer comme engagés dans un dialogue global sur les droits fondamentaux susceptible de contribuer à créer un droit commun des droits de l'homme².

Comment introduire le débat de cet après-midi ? Nous avons soumis à nos intervenants, dans un texte que vous trouverez sur votre bureau, certaines observations et questions que le thème retenu nous inspirait.

¹ *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 55, octobre 2006, p. 791.

² « *The Importance of Dialogue: Globalization and the International Impact of the Rehnquist Court* », *Tulsa Law Journal*, 1998, vol. 34, p. 15.

Au point de départ, il y a ce *constat* qui d'emblée rend les choses plus complexes, et donc plus intéressantes : par son rôle et par sa nature, la Convention européenne des droits de l'homme ne rentre pas aisément dans les catégories traditionnelles.

D'un côté, la Convention est bien sûr un traité mais, comme la Cour l'a dit depuis longtemps, elle n'est pas un traité au sens classique du terme en ce qu'elle déborde le cadre de la réciprocité entre États et crée un réseau d'obligations objectives qui bénéficient d'une garantie collective. En outre, cette spécificité n'est pas seulement formelle mais elle est aussi substantielle et elle se reflète dans l'interprétation des droits et libertés garantis par la Convention. Cependant, la Convention doit aussi être interprétée à la lumière de la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 et je pense, plus particulièrement, à l'article 31 § 3 c) qui dispose qu'il sera tenu compte, en même temps que du contexte, « de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties ». La Cour est sensible à cette idée que la Convention ne peut s'interpréter dans un vide et elle s'est souvent fondée sur d'autres sources du droit international comme par exemple dans l'arrêt *Mamatkoulou et Askarov c. Turquie* du 4 février 2005 concernant le caractère obligatoire des mesures provisoires³ ou dans l'arrêt *Chypre c. Turquie* du 10 mai 2001 quant à l'obligation d'épuiser les voies de recours internes⁴.

D'un autre côté, il est largement admis – et on n'y insistera sans doute jamais assez – que la vocation de la Convention est d'être appliquée directement dans le droit interne des États. Aujourd'hui, dans presque tous les pays membres du Conseil de l'Europe, lorsque les autorités judiciaires nationales sont appelées à se prononcer sur les droits et libertés, elles se réfèrent en parallèle à la Convention européenne des droits de l'homme et à la Constitution nationale.

Cette *double appartenance* de la Convention européenne des droits de l'homme au droit international et au droit constitutionnel soulève évidemment de nombreuses questions, certaines techniques, d'autres plus fondamentales.

Ainsi, le fait que les droits garantis par la Convention européenne sont inscrits dans un traité international signifie-t-il qu'ils doivent être interprétés différemment des droits et libertés équivalents qui sont protégés par les Constitutions nationales ? Cette question entraîne, en cascade, beaucoup d'autres. Les traités internationaux peuvent-ils être interprétés d'une manière qui imposerait davantage d'obligations aux États que ceux-ci ne sont prêts à en accepter ? Plus précisément, dans quelle mesure le principe de souveraineté admet-il une interprétation qui va au-delà de l'intention originale du traité et qui modifie la substance des obligations auxquelles les États se sont initialement engagés ?

Si des interrogations du même ordre peuvent être soulevées en ce qui concerne les Constitutions nationales et leur interprétation, les méthodes diffèrent entre le droit constitutionnel et le droit international. D'une certaine manière, il peut sembler plus aisé ou plus naturel d'envisager les Constitutions nationales

3 [GC], nos 46827/99 et 46951/99, § 124, CEDH 2005-I.

4 [GC], n° 25781/94, §§ 93 et suiv., CEDH 2001-IV.

comme des « instruments vivants » et de leur accorder dès lors plus de latitude dans les interprétations ou plus exactement les réinterprétations judiciaires des droits garantis. Mais, inversement, les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme se retrouvent souvent en substance dans les Constitutions nationales où ils sont cependant formulés en des termes généraux. Or, dans le processus d'application des dispositions de la Convention, ce langage général doit être traduit dans des principes et des règles plus spécifiques susceptibles de fournir une solution pour chaque cas individuel soumis à la Cour. Cela ne signifie évidemment pas que la Cour peut négliger le texte de la Convention mais cela lui permet, sans aucun doute, une plus grande créativité.

La Convention a aujourd'hui cinquante-six ans et la jurisprudence de la Cour s'est développée depuis quarante ans, parallèlement à des changements profonds qui se sont produits en Europe ces dernières décennies. Une importante jurisprudence s'est progressivement construite et le vrai sens de la Convention se trouve maintenant sans doute davantage dans cette jurisprudence que dans le texte de la Convention elle-même. La Convention est devenue un instrument paneuropéen de protection des droits de l'homme et elle a permis d'atteindre, dans de nombreux pays, un niveau de respect des droits fondamentaux qui était sans doute impossible à imaginer en 1950 lorsque la Convention a été rédigée. Celle-ci n'aurait sans doute pas survécu si elle n'avait pas été considérée comme un instrument vivant dont l'interprétation doit suivre l'évolution de la société dans laquelle nous vivons. Mais, à leur tour, de nombreuses Constitutions nationales ont elles aussi largement évolué de la même manière. A partir du moment où ces Constitutions ont été pensées comme des instruments juridiques et où les voies de la justice constitutionnelle ont été ouvertes aux individus, le texte de celles-ci s'est enrichi et transformé grâce à la jurisprudence des tribunaux constitutionnels et suprêmes nationaux. Il en est résulté, notamment, un rapprochement entre les méthodes d'interprétation de la Convention par la Cour européenne des droits de l'homme et celles adoptées par les tribunaux nationaux en ce qui concerne leur Constitution.

En *définitive*, la Convention européenne des droits de l'homme doit-elle davantage être envisagée comme une expression du droit international ou plutôt comme se rapprochant du droit constitutionnel tel qu'il est appliqué par les cours constitutionnelles ? Ou, plus subtilement, ne se situe-t-elle pas quelque part dans l'entre-deux ?

Telles sont, parmi d'autres, les questions que nous avons soumises à notre collègue, M. le juge Lucius Caflisch, actuellement membre de la Commission du droit international des Nations unies, à M. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, juge au Tribunal constitutionnel d'Espagne, et au professeur Jochen A. Frowein, directeur émérite de l'Institut Max-Planck de droit public comparé et de droit international et ancien vice-président de la Commission européenne des droits de l'homme. Merci à vous, messieurs, d'avoir accepté notre invitation. Chacune de vos interventions de vingt minutes sera suivie d'un débat avec la salle que j'espère le plus ouvert et le plus riche possible.

Comme d'habitude, les langues de travail du séminaire seront l'anglais et le français. Je remercie dès à présent les interprètes qui nous permettront d'éviter le syndrome de la tour de Babel.

Avant de commencer nos travaux, je voudrais encore exprimer notre reconnaissance à Roderick Liddell, qui a été la cheville ouvrière de ce séminaire, ainsi qu'à Alice Bouras qui nous a aidés magnifiquement.

Enfin, vous avez devant les yeux le livre qui contient les interventions du dialogue entre juges qui a eu lieu en 2006 sur le thème de l'exécution et des effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Je remercie vivement Josette Tanner et son équipe qui ont réalisé ce très bel ouvrage. Elles nous ont dès à présent assurés de leur concours pour l'édition 2007, ce qui nous permettra de garder la mémoire de nos travaux.

Je passe maintenant la parole au juge Zagrebelsky qui va introduire notre premier orateur.



Vladimiro Zagrebelsky

**Juge à la Cour européenne
des droits de l'homme**

J'ai le plaisir de présenter Lucius Caflish, qui va nous entretenir des relations entre le droit international et la Cour européenne des droits de l'homme.

Notre orateur est certainement très qualifié pour nous parler de ce sujet : ancien juge à la Cour, professeur de droit international, il a été récemment élu membre de la Commission du droit international des Nations unies.

Nous lui avons demandé de traiter un sujet important et, je dirais, crucial pour nous et pour notre Cour, laquelle a été instaurée par un traité international, est rattachée à une institution internationale, le Conseil de l'Europe, et pourtant dit le droit avec une influence de plus en plus forte et directe sur les droits internes des pays européens. Une cour qui n'est pas vraiment externe à ces pays, d'ailleurs, mais qui se situe plutôt au centre du système juridictionnel et judiciaire de la Région Europe. Dans quel sens est-elle une cour internationale ?

Mon cher collègue, je vous passe la parole pour vingt minutes !



Lucius Caflisch

**Membre de la Commission
du droit international
des Nations Unies
Ancien juge à la Cour européenne
des droits de l'homme**

LE DROIT INTERNATIONAL ET LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

1. INTRODUCTION

Ce bref exposé porte sur la relation entre la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après : la Cour) et le droit international général. Cette relation peut être envisagée sous deux angles : *la contribution faite par la pratique internationale à la protection des droits de l'homme et, à l'inverse, l'application du droit international général dans le cadre de la protection des droits de l'homme*, notamment par la Cour. Je limiterai mes observations à ce dernier thème¹.

Comme tout tribunal, la Cour a une tendance naturelle à vouloir *appliquer « son » droit*, la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après : la Convention) et ses Protocoles, à titre exclusif ou principal, à tel point qu'on a pu penser qu'elle perdait parfois de vue que la Convention elle-même relève du droit international et, notamment, du droit des traités. Cette tendance vers la spécialisation à outrance n'a rien de surprenant ; elle se retrouve parmi des professeurs et praticiens du droit des gens. Ainsi des spécialistes du *droit du commerce international* cherchent à faire croire que ce droit forme une branche séparée du droit des gens dont ils sont seuls à pénétrer les mystères ; certains *pénalistes* voudraient dissocier le droit international pénal du droit international général ; et quelques « *droits-de-l'hommes* » voudraient en faire de même pour leur domaine de prédilection, oubliant que ce sont précisément des instruments internationaux –

des traités – qui fondent leurs activités. Ces tendances centrifuges sont devenues si importantes que la Commission du droit international des Nations unies a résolu de se pencher sur le phénomène de la « fragmentation » du droit des gens².

Je fais partie de ceux qui estiment que, malgré les particularités de telle branche ou telle autre du droit international, ces domaines ont des racines communes et les préceptes qui les régissent sont *complétés par les règles générales du droit international*. C'est là du reste une réalité de mieux en mieux comprise au sein de la Cour. D'abord parce que les affaires portées devant elle recèlent un *nombre croissant* de problèmes généraux de droit international, à tel point que, vers la fin de mon mandat à Strasbourg, il ne s'est guère passé de semaines sans que surgissent au moins une ou plusieurs questions générales de droit des gens. Autre raison, la Cour a été présidée, depuis 1998, par un ancien professeur de droit constitutionnel *et international*, et elle compte dans ses rangs quelques *spécialistes de cette dernière discipline*. On notera enfin et surtout que les juges de la Cour dans leur ensemble ont fait preuve de *l'ouverture d'esprit nécessaire* pour reconnaître que la Convention, acte constitutif de la Cour, *ne saurait être interprétée et appliquée détachée de sa base*.

Voyons maintenant quelques instances où la Cour a été amenée à examiner des questions de droit international général.

2. DROIT DES TRAITÉS

La Convention et ses Protocoles sont des *traités internationaux*, régis par le droit des traités et, en particulier, les règles codifiées par la Convention de Vienne sur le droit des traités du 23 mai 1969 (ci-après : « CV »)³. Cela étant, la Cour applique, avec des déviations mineures, les articles 31 et 32 de cette convention relatifs à *l'interprétation des traités*. Il s'agit là d'opérations de routine qui ne méritent pas de longs développements⁴. D'autres règles du droit des traités sont également invoquées par la Cour : la règle *Pacta sunt servanda* (article 26 CV), par exemple, qui veut notamment qu'un État ne peut échapper à ses obligations conventionnelles en concluant des traités postérieurs à contenu contraire, tels que des accords transférant à une organisation supranationale des compétences en matière de droits de l'homme garantis par la Convention. L'article 26 CV est lié à l'article 27 qui dispose qu'un État contractant *ne peut invoquer son droit interne pour se soustraire à ses obligations conventionnelles*. C'est pour donner effet à cette règle fondamentale que l'article 2 de la Convention américaine des droits de l'homme de 1969⁵ enjoint aux États parties d'adopter les mesures législatives ou autres nécessaires pour garantir l'exercice des droits et libertés prévus par la convention. La Convention européenne ne renferme pas de règle similaire, ce qui explique pourquoi, jusqu'à une époque récente, certains États parties n'ont pas

1 Pour d'autres études consacrées à ce sujet, voir : J.A. Frowein, « *Probleme des allgemeinen Völkerrechts vor der Europäischen Kommission für Menschenrechte* », in *Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer*, Berlin, de Gruyter, 1981, pp. 289-300 ; J.G. Merrills, *The Development of International Law by the European Court of Human Rights*, Manchester University Press, 1993, pp. 69-97 et 423-457 ; L. Caflisch et A.A. Cançado Trindade, « Les Conventions américaine et européenne des droits de l'homme et le droit international général », *Revue générale de droit international public*, 2004, t. 108, pp. 5-62 ; ainsi que la rubrique annuelle de G. Cohen-Jonathan et de J.-F. Flauss, « Cour européenne des droits de l'homme et droit international général », *Annuaire français de droit international*, 2000, t. XLVI, pp. 614-642 ; 2001, t. XLVII, pp. 423-457 ; 2002, t. XLVIII, pp. 675-693 ; 2003, t. XLIX, pp. 662-683 ; 2004, t. L, pp. 778-802, et 2005, t. LI, pp. 675-698.

2 A ce propos voir, tout dernièrement, Rapport de la Commission du droit international, 58e session, 1^{er} mai-9 juin et 3 juillet-11 août 2006, Nations unies, Assemblée générale, Documents officiels, 61e session, Supplément n° 10 (A/61/10), pp. 419-443.

3 Nations unies, *Recueil des traités*, vol. 1155, p. 331.

4 Voir à ce propos L. Caflisch et A.A. Cançado Trindade, *op. cit.*, pp. 9-22.

5 Pour le texte de cette convention, voir *Droits de l'homme en droit international – Recueil de textes* (2e édition), Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2001, p. 473.

incorporé cette Convention à leurs ordres juridiques internes, la conséquence étant qu'ils ont dû appliquer les règles de leur propre droit relatives au respect des droits de l'homme. Heureusement le contenu de ces règles recouvrait largement celui des règles matérielles de la Convention, de sorte que l'absence d'incorporation de cette dernière au droit interne n'a pas emporté des conséquences dramatiques.

Un autre domaine intéressant à la fois la Convention et le droit des traités est celui des réserves. D'après l'article 75 de la *Convention américaine de 1969*, « des réserves ne peuvent être faites qu'en conformité des dispositions de la *Convention de Vienne* », plus précisément des articles 19 et suivants de celle-ci. Il s'agit ici, en apparence, d'une solution relativement libérale en ce sens que l'article 19 CV permet en principe la formulation de réserves, à condition que celles-ci soient compatibles avec « l'objet et le but » du traité en cause. En apparence seulement, car en matière de protection internationale des droits de l'homme, le seuil d'incompatibilité avec l'objet et le but du traité est vite atteint, en principe dès le moment où la réserve porte une atteinte significative à un ou plusieurs droits matériels garantis par le traité. Autre point intéressant, la compatibilité d'une réserve avec la convention sera appréciée, non par les États parties eux-mêmes, mais par la *Cour interaméricaine des droits de l'homme*, et ce dans le cadre d'affaires concrètes portées devant elle.

Le système européen paraît plus strict encore : l'article 57 de la Convention n'autorise un État à formuler une réserve à une disposition de celle-ci que « dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition ». Ainsi les réserves de caractère général sont interdites ; elles doivent viser des dispositions précises de la Convention. De plus doivent-elles être motivées par une législation interne existante contraire aux dispositions conventionnelles en cause. Enfin, les réserves doivent être assorties de listes précises des lois internes qui les ont nécessitées. Comme c'est le cas dans le contexte de la Convention américaine, la validité des réserves sera appréciée par la Cour elle-même, dans le cadre d'affaires concrètes portées devant elle, et non par les États contractants, ce qui, ici encore, a fait disparaître le rituel des déclarations individuelles d'acceptation ou de rejet, avec les doutes et incertitudes qui l'entourent.

En conclusion, on notera donc que la Cour applique les règles générales du droit des traités dans les domaines mentionnés ci-dessus et dans bien d'autres, comme ceux des obligations conventionnelles concurrentes, de l'extinction des traités ou du champ d'application de ceux-ci. Pour ce qui est des réserves, la Cour pratique un régime qui dévie de celui, moins efficace, prévu par la Convention de Vienne.

3. L'IMMUNITÉ DES ÉTATS ET DES REPRÉSENTATIONS DIPLOMATIQUES ET CONSULAIRES

A) GÉNÉRALITÉS

L'immunité de juridiction et d'exécution des États est un vieux problème de droit international : dans certains domaines au moins, l'État étranger ne peut être traduit devant les juridictions étatiques. Sur le plan international, la question se présente sous plusieurs angles, dont les trois suivants :

- Celui des *représentants diplomatiques* et des *agents consulaires* qui, pour être à même d'exercer leurs fonctions, doivent être soustraits à l'emprise des tribunaux locaux. Cette exigence a donné naissance à des règles coutumières codifiées dans deux traités, les *Conventions de Vienne* du 18 avril 1961 et du 24 avril 1963 sur les relations diplomatiques et consulaires⁶.
- Celui du *précepte de l'égalité des États*, inscrit à l'article 2 § 1 de la Charte des Nations unies, qui interdit aux tribunaux d'un État de juger le comportement d'un autre État ; ce dernier et ses biens jouissent ainsi de l'immunité de juridiction et d'exécution, matière qui, à présent, est régie par la *Convention des Nations unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens* du 2 décembre 2004⁷.
- Celui de *l'immunité en principe absolue des organisations intergouvernementales*, qui a été reconnue dans les affaires *Beer et Regan et Waite et Kennedy c. Allemagne*⁸, mais qui ne sera pas traité dans le présent exposé.

B) L'IMMUNITÉ DES REPRÉSENTATIONS DIPLOMATIQUES ET CONSULAIRES : BÂTIMENTS ET PERSONNEL

Nombreux sont les problèmes, dans les nouvelles démocraties, ayant trait à des *propriétés privées* qui ont été *nationalisées* après la Seconde Guerre mondiale, puis vendues ou louées par l'État nationalisant à des missions diplomatiques ou des agences consulaires étrangères. Après l'effondrement du système socialiste, les anciens propriétaires ou leurs héritiers en ont souvent demandé la *restitution* sur la base de l'article premier du Protocole n° 1 à la Convention⁹. Vu l'immunité accordée aux représentations ou agences en cause par les *Conventions de Vienne* de 1961 et 1963 sur les relations diplomatiques et consulaires, la restitution de ces immeubles n'est pas possible, du moins lorsque la propriété a passé à l'État étranger ou tant que la représentation ou agence étrangère est au bénéfice d'un bail. Ainsi le seul remède possible sera le paiement d'une *indemnité*.

Une affaire particulièrement intéressante, actuellement pendante devant la Cour européenne des droits de l'homme, a pour objet la nationalisation d'un immeuble par la Roumanie en 1952¹⁰. Après 1990, l'immeuble fut revendiqué par le successeur de l'ancien propriétaire, qui eut gain de cause devant les tribunaux roumains. Le jugement ne pouvait toutefois être exécuté, car l'immeuble dont il s'agit avait été loué par l'État roumain au *Peace Corps*, agence gouvernementale américaine. Le bail, il est vrai, était arrivé à terme, mais de fait la location a continué. La question qui se pose ici est celle de savoir si le *Peace Corps* exerce des activités qui peuvent être qualifiées de « diplomatiques » au sens de l'article 3 § 1 de la Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques, soustraites

6 Nations unies, *Recueil des traités*, vol. 500, p. 95, et vol. 596, p. 261.

7 Nations unies, Assemblée générale, Résolution n° 59/38 du 2 décembre 2004.

8 [GC], n° 28934/95, 18 février 1999, et [GC], n° 26083/94, arrêt de la même date, CEDH 1999-I.

9 Protocole du 20 mars 1952, Série des traités européens, n° 9.

10 *Hirschhorn c. Roumanie*, requête n° 29294/02 du 24 juillet 2002.

à l'emprise de l'Etat accréditaire en vertu de l'article 22 § 3 de cette même convention¹¹. En cas de réponse affirmative, il n'y aurait aucune possibilité pour le gouvernement roumain de faire exécuter le jugement tant que l'organisation reste dans les locaux. Dans le cas contraire, la Convention des Nations unies du 2 décembre 2004 sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, censée codifier le droit existant, deviendrait applicable, car on se trouverait alors en présence d'un contrat de bail tacite au bénéfice d'un Etat étranger. La question qui se pose alors est celle de savoir si les articles 13 ou 19 de cette convention ne couvrent pas les États-Unis de l'immunité de juridiction ou d'exécution¹².

La protagoniste de l'affaire *Cudak c. Lituanie*¹³ est une téléphoniste de l'ambassade de Pologne en Lituanie, recrutée localement, qui allègue avoir été victime d'avances indésirables de la part d'un diplomate membre de l'ambassade, ce qui, en fin de compte, aurait conduit à son licenciement. L'employée en question porta son affaire jusqu'à la Cour suprême de Lituanie. Celle-ci refusa de s'en saisir, malgré l'article 6 § 1 de la Convention, invoquant l'immunité de juridiction qui couvre les représentations diplomatiques étrangères. Si cette affaire, ensuite soumise à la Cour, ne fait pas l'objet d'un règlement amiable, la requérante aura sans doute des chances de l'emporter sous l'angle de l'article 6 § 1 de la Convention, puisqu'il s'agit d'une employée de nationalité lituanienne recrutée localement et faisant partie du personnel administratif et technique (voir l'article 11 de la convention précitée de 2004¹⁴). En effet, les contrats de travail conclus localement avec des ressortissants de l'Etat accréditaire sont soustraits à l'immunité qui couvre l'Etat accréditant et ses diplomates, et cela pour une raison très simple : sur le plan pratique, les seules juridictions auxquelles l'employée peut s'adresser sont celles de l'Etat hôte. Il est vrai qu'elle pourrait également saisir les tribunaux de l'Etat accréditant, mais cela serait plus compliqué pour la demanderesse et, qui plus est, peu prometteur vu l'hostilité qu'elle risque de rencontrer auprès des juridictions de cet Etat.

Voilà quelques-uns parmi les conflits qui ont opposé droits de l'homme et immunité des États ou des représentations diplomatiques et consulaires. Il y en a eu bien d'autres, à preuve les affaires *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *McElhinney c. Irlande* et *Fogarty c. Royaume-Uni*¹⁵ qui, étant largement connues, ne seront pas examinées ici.

11 Cette disposition a la teneur suivante : « Les locaux de la mission, leur ameublement et les autres objets qui s'y trouvent, ainsi que les moyens de transport de la mission, ne peuvent faire l'objet d'aucune perquisition, réquisition, saisie ou mesure d'exécution. »

12 L'article 13 dispose qu'un Etat étranger ne peut invoquer l'immunité dans une procédure ayant trait à un droit ou intérêt sur un immeuble situé dans l'Etat du for, à la possession de l'immeuble ou à l'usage qu'il en fait. Aux termes de l'article 19, [a]ucune mesure de contrainte postérieure au jugement, telle que saisie, saisie-arrêt ou saisie-exécution, ne peut être prise contre des biens d'un Etat en relation avec une procédure intentée devant un tribunal d'un autre Etat », sauf si le premier y consent.

13 2(déc.), n° 15869/02, 2 mars 2006.

14 Aux termes de cet article, l'immunité ne peut être invoquée par l'Etat étranger devant les tribunaux de l'Etat du for lorsqu'il s'agit d'un contrat de travail devant être exécuté, en totalité ou en partie, sur le territoire du second Etat, à moins que l'employé n'ait été engagé pour s'acquitter de fonctions particulières dans l'exercice de la puissance publique.

15 Respectivement [GC], n° 35763/97, [GC], n° 31253/96, et [GC], n° 37112/97, arrêts du 21 novembre 2001, CEDH 2001-XI.

C) CONCLUSION

Les rapports entre immunité des États et droits de l'homme forment une *préoccupation importante* de la Cour dans le domaine du droit des gens. D'une manière générale, la Cour navigue avec circonspection dans ces eaux troubles, *respectant scrupuleusement les règles générales du droit des gens*.

4. RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE

A) GÉNÉRALITÉS

Normalement les règles relatives à la responsabilité s'appliquent, en droit international, lorsqu'un *sujet de ce droit allègue que les organes d'un autre sujet lui ont porté préjudice par des agissements contraires au droit international*. Il en va de même dans le domaine des droits de l'homme, *sauf que l'individu qui se prétend lésé peut, après épuisement des recours internes, s'en plaindre directement devant une instance internationale*. Ainsi l'individu se voit conférer, en ce domaine précis, la qualité de sujet du droit des gens. Dans le contexte de la responsabilité internationale, des problèmes ont surgi surtout à propos de *l'imputabilité* et de *la réparation*. Le premier problème étant relativement bien connu¹⁶, on va se concentrer sur le second.

B) RÉPARATION

Si elle est sans doute importante sous l'angle pratique, la question de la réparation *n'est pas particulièrement intéressante dans le contexte de la Convention*. L'article 41 de celle-ci dispose, on le sait, que « si le droit interne de la Haute Partie contractante [défenderesse] ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de [la] violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable ». Comme le montre également la jurisprudence relative à l'article premier du Protocole n° 1, qui protège la propriété privée, *la restitution est souvent impossible et la satisfaction équitable n'est pas toujours complète*.

L'article 63 § 1 de la Convention américaine est plus explicite et, de ce fait, plus intéressant. Il demande à la Cour interaméricaine des droits de l'homme de garantir à la partie lésée la jouissance du droit enfreint, d'ordonner, le cas échéant, la réparation du préjudice causé par la mesure illicite et de prévoir le paiement d'une « juste indemnité ». La formulation ouverte de cette disposition a permis à cette cour d'envisager *un large éventail de mesures compensatoires, y compris la réhabilitation des victimes* dont le « projet de vie » aurait été compromis

16 J.-P. Costa, « Qui relève de la juridiction de quel(s) Etat(s) au sens de l'article 1^{er} de la Convention européenne des droits de l'homme ? », in *Libertés, justice, tolérance. Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles, Bruylant, 2004, vol. I, pp. 483-500 ; J.-P. Costa, « L'Etat, le territoire et la Convention européenne des droits de l'homme », in M.G. Kohen (éd.), *La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international. Liber Amicorum Lucius Caflisch*, Leyde, Nijhoff, 2007, pp. 179-195 ; L. Caflisch, « "Jurisdiction" under Article 1 of the European Convention of Human Rights », in *International Law of the XXIst Century. For the 80th Anniversary of Professor Igor I. Lukashuk*, Kiev, Promeni, 2006, pp. 560-583.

par la violation constatée (*Loayza Tamayo c. Pérou, réparation*¹⁷). Dans ce même esprit, la Cour interaméricaine a décidé plus récemment (*Cantoral Benavides c. Pérou, réparation*¹⁸) qu'un requérant victime de torture devait se voir offrir, par l'Etat défendeur, les moyens et possibilités lui permettant de parfaire sa formation dans un établissement réputé.

C) CONCLUSION

Vu la jurisprudence de la Cour interaméricaine, et compte tenu également de ce qui se fait au niveau du droit international général, *la question de la réparation semble relativement peu avancée sur le plan européen*. Peut-être ce retard, que l'on peut regretter, est-il partiellement compensé par le fait que, contrairement à ce qui semble être le cas sur le continent américain, le mécanisme européen dispose d'un système d'exécution bien rodé.

5. CONCLUSION GÉNÉRALE

J'espère avoir pu montrer, malgré la concision qui m'a été recommandée, que la Cour européenne des droits de l'homme fonctionne sur la base de traités régis par le droit des gens et qu'elle est *de plus en plus fréquemment appelée à résoudre des problèmes ressortissant au droit international général*. Elle a bien fait, à mon sens, de ne pas éviter l'examen de ces problèmes et elle devrait continuer dans cette voie ; en effet, *droit des gens et droits de l'homme ne font qu'un et, souvent, le règlement d'une affaire n'est possible qu'en faisant appel à l'un et à l'autre*. Dans le présent exposé, on a évoqué certains domaines touchant aux droits de l'homme où des problèmes généraux de droit international surgissent régulièrement. Il y en a bien d'autres encore : compétence territoriale et extraterritoriale ; droit des conflits armés ; protection de la propriété privée ; succession d'États ; nature juridique des mesures provisoires, pour n'en citer que quelques-uns. Le sujet que je viens de traiter mérite donc d'être approfondi.



Lech Garlicki

Juge à la Cour européenne
des droits de l'homme

Monsieur le Président, c'est pour moi un très grand plaisir de présenter le prochain intervenant, M. Rodríguez-Zapata Pérez, juge au Tribunal constitutionnel d'Espagne depuis 2002.

Non content d'être un distingué juge constitutionnel, M. Rodríguez-Zapata est également un universitaire et un praticien du droit confirmé. Il a commencé sa carrière au Conseil d'Etat (*Consejo de Estado*) en 1978, époque où il fut également impliqué, au sein du ministère du Développement constitutionnel, dans la mise en œuvre de la Constitution de 1978. De 1983 à 1986, il occupa les fonctions de conseil (*letrado*) auprès du Tribunal constitutionnel et, en 1989, il fut nommé vice-président de la commission mixte pour la protection de la propriété intellectuelle.

En 1985, M. Rodríguez-Zapata obtint une chaire de droit constitutionnel et, depuis lors, il a publié sept ouvrages et plus de soixante articles concernant des questions de droit constitutionnel et administratif. Il a acquis en tant que professeur une renommée internationale.

Cette combinaison d'activités universitaires et pratiques fait de M. Rodríguez-Zapata un locuteur privilégié pour nous informer sur la façon dont la Convention européenne des droits de l'homme est comprise et appliquée en Espagne. Le Tribunal constitutionnel d'Espagne, on le sait, compte parmi les plus éminentes juridictions constitutionnelles européennes. Les similitudes entre le texte de la Constitution de 1978 et celui de la Convention, et l'ouverture dont fait preuve le Tribunal constitutionnel par rapport aux idées et aux normes développées par les organes de Strasbourg, démontrent bien que M. Rodríguez-Zapata possède toutes les qualifications requises pour figurer en bonne place parmi nos invités d'aujourd'hui.

Monsieur Rodríguez-Zapata, la parole est à vous.

17 Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 27 novembre 1998, série C (*Resoluciones y Sentencias*) n° 42, § 147.

18 Cour interaméricaine des droits de l'homme, arrêt du 3 décembre 2001, série C (*Resoluciones y Sentencias*) n° 88, § 80.



Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

Juge à la Cour constitutionnelle d'Espagne

L'EFFET DYNAMIQUE DE LA JURISPRUDENCE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET LE RÔLE DES COURS CONSTITUTIONNELLES

I. INTRODUCTION

En mon nom, au nom du président de la juridiction dans laquelle je siège et en celui de mes collègues, je tiens tout d'abord à remercier la Cour européenne des droits de l'homme et son président, M. Jean-Paul Costa, de leur chaleureux accueil. C'est un grand plaisir pour moi d'être ici aujourd'hui et de m'adresser à un auditoire aussi éminent.

II. LA CONVENTION RELÈVE-T-ELLE DU DROIT INTERNATIONAL OU DU DROIT CONSTITUTIONNEL ?

1. La Convention européenne des droits de l'homme était un traité régi par le droit international lorsqu'elle a vu le jour, le 4 novembre 1950.

Il y a cinquante-six ans, à l'époque de la guerre froide, le droit international se distinguait très nettement du droit interne.

Le premier se caractérisait par sa nature interétatique et ne concernait que les États ainsi que les organisations internationales tandis que le second s'appliquait aux individus, lesquels relevaient du « domaine réservé » ou de la « compétence nationale » des États souverains (article 2 § 7 de la Charte des Nations unies).

La doctrine et la pratique internationales ne reconnaissent pas aux individus la qualité de sujets du droit international. Ceux-ci se voyaient systématiquement refuser l'immédiateté et le *locus standi* dans le domaine du droit des nations (*Völkerrechtsunmittelbarkeit*).

Rares étaient les auteurs qui, comme Jessup, considéraient que les droits de l'homme dérogeaient au caractère interétatique du droit des nations.

Les techniques d'interprétation des règles de droit international – dont relevaient les États – étaient par conséquent fort différentes de celles utilisées dans le domaine du droit interne applicable aux individus.

2. La Convention européenne des droits de l'homme déploie ses effets depuis près de cinquante ans, et les organes qu'elle a institués ont élaboré une jurisprudence considérable.

Pour le Groupe des sages, qui a présenté son rapport au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 15 novembre 2006, le mécanisme de contrôle juridictionnel fondé sur la Cour européenne – dont la juridiction est obligatoire pour l'ensemble des États parties à la Convention – ainsi que sur le droit de recours individuel consacré par les articles 34 et 35 de la Convention représente aujourd'hui une caractéristique fondamentale de la *culture juridique européenne* dans le domaine des droits de l'homme.

Il en va de même des cours constitutionnelles d'Europe continentale, qui jouent depuis les événements de 1989 un rôle majeur dans le paysage juridique européen.

Certaines d'entre elles ont pour mission de statuer sur des recours individuels tendant directement à la protection des droits de l'homme. C'est le cas du Tribunal constitutionnel espagnol, qui connaît des *recours d'amparo*, et de la Cour constitutionnelle fédérale allemande, compétente en matière de *Verfassungsbeschwerde*.

Le Groupe des sages considère que le mécanisme de protection confère à la Cour européenne des droits de l'homme une « mission de nature constitutionnelle » consistant « à définir les principes et les standards communs en matière de droits de l'homme et à déterminer le niveau de protection minimale que les États doivent respecter » (Rapport du Groupe des sages, § 24).

Bien qu'elles exercent leur compétence dans le domaine des *droits fondamentaux constitutionnellement reconnus dans leur ordre interne*, les cours constitutionnelles européennes poursuivent le même objectif.

Enfin, les droits fondamentaux sont également protégés au sein de l'Union européenne. Reprenant la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne énonce que « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (...) et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire ». La Charte des droits fondamentaux proclamée solennellement à Nice en décembre 2000 et insérée dans le titre II du Traité établissant une Constitution pour l'Europe n'a pour l'instant que la valeur d'une déclaration juridique contraignante, mais l'entrée en vigueur de ce traité lui conférerait force obligatoire.

3. Il me semble que la situation actuelle présente des différences avec celle qui régnait à la naissance de la Convention, en 1950.

Examinons la manière dont les choses ont évolué sur le terrain de la reconnaissance du droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme et des conséquences qui en ont découlé pour la protection des droits fondamentaux individuels reconnus par les traités.

Dans les années 50, la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de recours individuel devant la Commission européenne des droits de l'homme ne dérogeaient pas fondamentalement au principe selon lequel les individus n'avaient pas la qualité de sujets du droit international car la Commission faisait office de « *filtre* » entre ceux-ci et le droit international.

Cette dernière avait en effet qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme, qualité dont les États et les individus étaient dépourvus.

L'entrée en vigueur du Protocole n° 11 a constitué une évolution importante car, depuis lors, les simples citoyens peuvent saisir directement la Cour, organe institué et agissant en vertu d'une source de droit international.

Appliquée quotidiennement à des cas individuels, la Convention est un traité international dont les dispositions revêtent un caractère constitutionnel et sont considérées comme telles par les juridictions internes.

La Convention et la jurisprudence qui en est issue forment aujourd'hui le « *ius commune* » des États parties à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des Libertés fondamentales.

Ces changements découlent-ils d'une réelle transformation du droit international ou d'une évolution du droit constitutionnel comparé ?

4. Du point de vue du droit international, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme possède une dynamique dont la portée excède largement les effets qui s'attachent normalement à une source de droit international telle que la Convention, comme le démontrent les exemples évoqués ci-après.

Les cours suprêmes des pays du monde entier tiennent compte de la jurisprudence découlant des arrêts de la Cour de Strasbourg.

A cet égard, il ressort de l'arrêt *Hilaire, Constantine and Benjamin et al. v. Trinidad and Tobago* rendu le 21 juin 2002 par la Cour interaméricaine des droits de l'homme (dont le siège est à San José, Costa Rica) dans une affaire où la question de la peine de mort était en cause, que la CEDH constitue un pan du droit commun universel.

Nombre de juridictions internes se réfèrent également aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme pour motiver les décisions qu'elles rendent, même lorsqu'elles ne sont pas liées par la Convention.

Dans des arrêts rendus le 20 juin 2002 en l'affaire *Atkins v. Virginia* et le 26 juin 2003 en l'affaire *Lawrence et al. v. Texas*, qui concernaient respectivement l'application de la peine de mort aux handicapés mentaux et la répression pénale des relations intimes homosexuelles entre adultes, la Cour suprême des États-Unis a mentionné l'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme en l'affaire *Dudgeon c. Royaume-Uni*¹.

1 Arrêt du 22 octobre 1981, série A n° 45.

En Espagne, le Tribunal constitutionnel s'est référé – dans ses décisions n°s 64/2001 (du 17 mars 2001) et 2/2003 (du 19 février 2003) – au cinquième amendement à la Constitution des États-Unis, à l'interdiction d'une *double incrimination* et au Protocole n° 7 à la Convention européenne des droits de l'homme bien que ce texte – et c'est là le point important – n'ait pas été ratifié par l'Espagne et qu'il n'ait donc à son égard aucun effet obligatoire.

Il apparaît donc que la dynamique de la Convention dépasse la portée ordinairement reconnue aux traités conclus sous l'égide du droit international et qu'elle confère manifestement à ce texte un effet *erga omnes*.

Cependant, la Convention demeure en soi un traité international. La réforme instituée par le Protocole n° 14 consacre ce principe. En énonçant dans l'arrêt *Johnston et autres c. Irlande*² que l'on ne saurait déduire du droit au mariage consacré par l'article 12 de la Convention l'existence d'un droit au divorce – corrélatif mais diamétralement opposé – que la plupart des États membres reconnaissent pleinement aujourd'hui (M.J. Beloff, « *What does it all mean?* », in Lammy Betten (éd.), *The Human Rights Act 1998 – What it means*, La Haye, Kluwer Law International, 1999, p. 41), la Cour a montré que l'interprétation dynamique ou évolutive connaissait des limites. L'interprétation d'un traité ne saurait aboutir à la révision de celui-ci et doit en respecter la lettre.

Le grand internationaliste Kunz a forgé la notion de « *droit international par analogie* » pour qualifier les règles régissant les rapports entre les États fédérés au sein d'un État fédéral. Dans le domaine du droit international des droits de l'homme, peut-on parler de « *droit constitutionnel par analogie* » pour décrire l'influence que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme exerce aujourd'hui sur les ordres juridiques internes des États parties ?

Ces considérations me conduisent à souscrire à l'opinion du Groupe des sages selon laquelle il conviendrait de mettre en place des mécanismes – tels que celui des *avis consultatifs* – qui permettraient aux juridictions nationales de coopérer avec la Cour en s'adressant à elle et contribueraient à renforcer le dialogue entre les juridictions, favorisant ainsi le développement du « *rôle constitutionnel* » de la Cour évoqué ci-dessus.

III. LA PERMÉABILITÉ DES ORDRES JURIDIQUES NATIONAUX AUX DROITS DE L'HOMME

Je voudrais maintenant aborder un autre point. C'est peut-être sur le terrain du droit interne – c'est-à-dire des mutations que le droit constitutionnel a connues en Europe et dans le reste du monde entre les années 80 et 90 – qu'il convient de se placer pour analyser l'importante évolution qui s'est produite entre la situation actuelle et celle qui régnait dans les années 50.

Il faudrait que les juridictions de tous les États parties à la Convention affirment que le droit interne doit impérativement être interprété de manière cohérente avec les normes de droit international régissant les droits fondamentaux.

2 Arrêt du 18 décembre 1986, série A n° 112.

En Espagne, cette obligation découle directement du texte même de la Constitution de 1978.

La Convention a été incorporée dans l'ordre juridique espagnol le 4 octobre 1979 et fait partie du droit interne depuis cette date, conformément à l'article 96 § 1 de la Constitution espagnole.

L'Espagne adhère depuis le seizième siècle à la *doctrine du monisme modéré*, en vertu de laquelle tous les traités internationaux sont applicables de plein droit dans l'ordre juridique interne dès lors qu'ils sont entrés en vigueur dans l'ordre international, et peuvent avoir des effets directs sur les individus (à condition bien sûr que leurs dispositions soient *self-executing*). La publication d'un traité dans le Journal officiel est la seule formalité requise pour son intégration dans l'ordre interne.

C'est par ce mécanisme que la Convention européenne des droits de l'homme a été incorporée dans l'ordre juridique espagnol, ce qui confère à ce texte une autorité infraconstitutionnelle mais supralégislative car aucune loi interne ne peut recevoir une interprétation contraire aux engagements internationaux de l'Espagne.

En outre, en énonçant que les droits fondamentaux constitutionnellement reconnus doivent être interprétés conformément aux traités internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne, et en particulier la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 10 § 2 de la Constitution renforce la valeur juridique de ce traité.

Dans les premières années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la Constitution espagnole, le contenu essentiel d'un certain nombre de droits fondamentaux a été interprété à la lumière de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Une bonne partie du régime du droit au procès équitable énoncé à l'article 24 de la Constitution découle de l'article 6 de la Convention.

IV. LE DIALOGUE ENTRE LES JURIDICTIONS CONSTITUTIONNELLES ET LA COUR DE STRASBOURG

Je souhaiterais vous donner un aperçu des techniques que le Tribunal constitutionnel espagnol met en œuvre au quotidien pour coopérer avec la Cour de Strasbourg et qui vont au-delà des obligations que lui impose le mécanisme de droit international institué par le texte de la Convention.

1. Il convient bien entendu d'aborder l'importante question de l'*exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*. En s'y conformant exactement, les États parties à la Convention contribuent à rehausser le prestige de la Cour de Strasbourg, à renforcer l'efficacité de l'action qu'elle mène et à limiter le nombre des requêtes qui lui sont déférées.

Le Groupe des sages a proposé d'introduire un texte conventionnel qui obligerait expressément les États parties à instituer des mécanismes de droit interne en vue de redresser les préjudices résultant de tout manquement à la Convention et notamment des violations qui découlent de défaillances structurelles ou générales dans le droit ou la pratique de l'État.

Parce qu'il peut s'appuyer sur l'article 10 § 2 de la Constitution (précité) et qu'il poursuit les mêmes buts que la Cour de Strasbourg en matière de protection des droits de l'homme, le Tribunal constitutionnel espagnol entretient des relations harmonieuses avec elle.

Le Tribunal constitutionnel est un passage obligé pour les requérants désireux de saisir la Cour européenne des droits de l'homme et leur offre des garanties qui les dissuadent en général de s'adresser à elle.

Dès lors qu'il se conforme à la jurisprudence de Strasbourg et annule les décisions judiciaires internes qui la méconnaissent, les parties n'ont plus intérêt à poursuivre la procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme. Il va de soi que la perspective de l'annulation des décisions internes restreignant les droits de l'homme est de nature à inciter les juridictions nationales à offrir à ceux-ci une protection au moins équivalente à celle qui est garantie par la Cour de Strasbourg. Souscrivant à la position adoptée par la Cour constitutionnelle fédérale allemande en 2004 relativement à l'affaire *Görgülü*³, le Tribunal constitutionnel est lui aussi disposé à apporter son soutien à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

Je souhaiterais illustrer ce propos en partant de l'exemple de l'affaire *Sáez Maeso c. Espagne* (n° 77837/01), dans laquelle la Cour a rendu le 9 novembre 2004 un arrêt constatant la violation de l'article 6 § 1 de la Convention au motif que :

« l'interprétation particulièrement rigoureuse faite par les juridictions d'une règle de procédure a[vait] privé le requérant du droit d'accès à un tribunal en vue de faire examiner son pourvoi en cassation ».

Rapporteur de l'arrêt n° 248/2005 rendu par le Tribunal constitutionnel le 10 octobre 2005, je me suis exprimé en ces termes :

« Lorsqu'il exerce son contrôle sur les décisions que les organes judiciaires prennent en cette matière, le Tribunal constitutionnel doit tenir compte des traités internationaux auxquels se réfère l'article 10 § 2 de la Constitution espagnole, traités dont les dispositions « constituent de précieux critères herméneutiques pour la détermination du sens et de la portée des libertés et droits fondamentaux reconnus par la Constitution » et doivent par conséquent être examinées « pour consolider le sens et la portée des droits fondamentaux expressément consacrés (...) par la Constitution » (voir les STC n°s 292/2000, du 30 novembre 2000, FJ 8, se référant au traité de Nice EDJ 2000/40918, et 53/2002, du 27 février 2002, FJ 3 EDJ 2002/2904) car notre doctrine constitutionnelle opère des renvois à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui finissent par ériger la jurisprudence de la Cour de Strasbourg au rang de critère de détermination des normes minimales communes d'interprétation (voir la Déclaration no 1/2004, du 13 décembre 2004, FJ 6, et la jurisprudence qui y est mentionnée).

(...)

3 *Görgülü c. Allemagne*, n° 74969/01, 26 février 2004.

(...) Il convient également de garder à l'esprit que les circonstances de la cause présentent manifestement des analogies avec l'affaire *Sáez Maeso c. Espagne* (EDJ 2004/152246), sur laquelle la Cour européenne des droits de l'homme s'est prononcée le 9 novembre 2004. Dans cette affaire, où était en cause une décision par laquelle la chambre du contentieux administratif du Tribunal suprême avait rejeté un pourvoi initialement déclaré recevable au motif que le mémoire déposé à l'appui du pourvoi ne mentionnait pas l'article 95 § 1 de la LJCA de 1956 (EDL 1956/42) sur lequel les moyens de cassation s'appuyaient, la Cour avait conclu à la violation de l'article 6 § 1 de la Convention (EDL 1979/3822). (...) »

Pour rendre l'arrêt rapporté, le Tribunal constitutionnel ne s'est pas fondé sur la décision de la Cour européenne des droits de l'homme mais s'en est largement inspiré. Il s'est aligné sur la position adoptée par celle-ci en opérant un revirement de jurisprudence qui n'a donné lieu à aucune opinion dissidente. La troisième chambre de la Cour suprême a immédiatement modifié sa pratique.

2. La question qui suscite le plus de difficultés dans le cadre du dialogue entre les cours est celle du *sort des décisions des tribunaux internes jugées incompatibles avec la Convention par la Cour européenne*.

En raison du principe de séparation des pouvoirs et de son corollaire qui veut que seuls les tribunaux puissent revenir sur des décisions juridictionnelles, il ne peut être remédié à la situation évoquée ci-dessus que par les juridictions nationales.

Dans les ordres juridiques internes, les tribunaux ne peuvent réexaminer des décisions que si leurs règles procédurales les y autorisent. Or les décisions soumises à la Cour de Strasbourg sont par hypothèse définitives et ne peuvent faire l'objet d'un réexamen, sauf dans les très rares cas où la réouverture de la procédure est permise. Le principe de sécurité juridique (consacré par l'article 9 de la Constitution) interdit la remise en cause des décisions juridictionnelles passées en force de chose jugée. Une requête individuelle ne peut être déclarée recevable à Strasbourg qu'après épuisement des voies de recours internes, ce qui signifie que seules les décisions internes définitives peuvent être contestées devant la Cour européenne des droits de l'homme.

Lorsque la Cour constate qu'une décision de ce type est contraire à la Convention, deux principes s'opposent puisque l'Etat défendeur doit réparer le préjudice qui découle de la violation par l'intermédiaire de ses organes judiciaires alors que ceux-ci ne peuvent, au nom de la sécurité juridique, y remédier en remettant en cause le caractère définitif de la décision. Dans cette hypothèse, le système procédural doit autoriser le réexamen de la décision litigieuse.

Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 6 décembre 1988 en l'affaire *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*⁴, la Cour européenne des droits de l'homme a constaté une violation du droit garanti par l'article 6 § 1 de la Convention alors que ni la Cour suprême ni le Tribunal constitutionnel n'avaient conclu à la violation du droit correspondant consacré par l'article 24 § 1 de la Constitution espagnole.

4 Série A n° 146.

Dans l'arrêt n° 245/1991 prononcé le 16 décembre 1991 en l'affaire *Barberà (Bultó)*, le Tribunal constitutionnel a jugé que les juridictions pénales nationales devaient réexaminer les affaires dans lesquelles des décisions internes jugées contraires à la Convention par la Cour européenne avaient été rendues.

Pour se prononcer ainsi, le Tribunal constitutionnel a considéré que l'on ne pouvait déduire de la Convention l'existence d'une obligation de rouvrir la procédure et que les juridictions ordinaires espagnoles pouvaient à bon droit refuser de rouvrir le procès en application des dispositions pertinentes du code de procédure pénale lorsque la Cour européenne avait conclu à l'incompatibilité d'une décision interne avec la Convention. Toutefois, il a rappelé que, en vertu de l'article 10 § 2 de la Constitution, les droits fondamentaux constitutionnellement reconnus devaient être interprétés conformément aux traités internationaux de protection des droits de l'homme ratifiés par l'Espagne.

Il a également déclaré qu'une violation de l'article 6 § 1 de la Convention impliquait un manquement aux dispositions correspondantes de la Constitution (les articles 24 § 2 et 10 § 2 de ce texte).

Observant que la décision pénale (qui consistait en une peine d'emprisonnement) rendue en violation de l'article 6 § 1 de la Convention *continuait à être exécutée* en dépit de l'arrêt de la Cour européenne, il en a conclu que cette *situation s'analysait en une violation continue du droit à la liberté consacré par la Constitution*, en conséquence de quoi il a annulé les décisions rendues par la Cour suprême et l'*Audiencia Nacional* et ordonné le réexamen de l'affaire.

L'affaire qui a donné lieu à l'arrêt en question a été déférée au Tribunal constitutionnel par un recours tendant à la protection des droits fondamentaux. En annulant pour inconstitutionnalité la décision dont il était saisi, le Tribunal constitutionnel a ouvert la voie à un réexamen de l'affaire. Au regard du code de procédure pénale, pareille décision ne constitue pas une réouverture de la procédure, mais du point de vue pratique, c'est bien de cela qu'il s'agit.

Le Tribunal constitutionnel ne s'est pas contenté de statuer sur l'affaire qui lui avait été déférée, il a aussi invité le Parlement à légiférer pour remédier à cette situation, ce qui n'a pas été fait jusqu'ici.

Cette affaire a suscité une vive polémique.

Le Tribunal constitutionnel a maintenu sa position dans l'arrêt no 240/2005 qu'il a rendu le 10 octobre 2005 – et auquel j'ai joint une opinion concordante – consécutivement à la décision prononcée par la Cour le 14 octobre 1999 en l'affaire *Riera Blume et autres c. Espagne*⁵, ainsi que dans l'arrêt n° 197/2006, du 3 juillet 2006, qui a donné lieu à une opinion dissidente de mon collègue Pablo Pérez Tremps.

3. *Il n'est pas douteux qu'un dialogue s'est instauré entre la Cour européenne des droits de l'homme et le Tribunal constitutionnel espagnol sur la question de l'égalité des armes, élément inhérent au droit à un procès équitable, d'une portée plus large, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention.*

5 N° 37680/97, CEDH 1999-VII.

Dans l'affaire *Ruiz-Mateos c. Espagne*⁶, la Cour européenne a été appelée à statuer sur le point de savoir si la procédure d'examen par le Tribunal constitutionnel espagnol des questions préjudicielles de constitutionnalité posées par les juridictions ordinaires respectait certaines garanties découlant de la notion de procès équitable.

Ayant estimé que la procédure suivie devant le Tribunal constitutionnel n'était pas équitable, la Cour européenne a conclu à la violation de l'article 6 § 1.

Pour se prononcer ainsi, la Cour s'est essentiellement fondée sur le fait que l'avocat de l'Etat (*Abogado del Estado*) avait eu connaissance par avance des arguments de la famille Ruiz-Mateos et avait ainsi pu les discuter en dernier lieu devant le Tribunal constitutionnel, alors que les requérants n'avaient quant à eux pas eu l'occasion de répondre à ses observations (*loc. cit.*, p. 26, §§ 65 et 67).

Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 27 avril 2004 en l'affaire *Gorraiz Lizarraga et autres c. Espagne*⁷, qui concernait un barrage à Itoiz (Navarre), la Cour a indiqué que les circonstances de la cause se distinguaient nettement de celles de l'affaire *Ruiz-Mateos*, où l'expropriation litigieuse découlait d'un décret-loi qui ne visait que les requérants.

Se conformant à la décision de la Cour dans son arrêt no 48/2005 du 3 mars 2005, le Tribunal constitutionnel a jugé *contra legem* que les individus devaient se voir reconnaître qualité pour agir en matière de contrôle de constitutionnalité des normes lorsque le litige portait sur une expropriation ou une saisie découlant directement d'un acte législatif individuel.

Le projet de la loi portant réforme du Tribunal constitutionnel entérine cette solution.

V. CONCLUSION

Dans les années 30, le grand constitutionnaliste russe Boris Mirkine-Guetzévitch appelait de ses vœux l'unification du droit public externe et du droit public interne. L'article 7 de la Constitution espagnole de 1931 n'a pas réussi à atteindre cet objectif. La Convention européenne des droits de l'homme est en passe d'y parvenir dans le domaine d'activité du Conseil de l'Europe.



Elisabet Fura-Sandström

Juge à la Cour européenne
des droits de l'homme

M. Frowein fut pendant longtemps, de 1973 à 1993, membre de la Commission européenne des droits de l'homme, dont il assura également la vice-présidence à partir de 1981, époque où la Convention européenne des droits de l'homme commença réellement à prendre son essor et à devenir une part importante et du droit international et du droit constitutionnel, ou, comme le dit M. Frowein lui-même : « lorsque, d'un baiser, la Belle au bois dormant fut éveillée à la vie ».

M. Frowein dirigea de 1981 à 2002 l'Institut Max-Planck de droit public comparé et de droit international à Heidelberg ; il est aujourd'hui plus actif que jamais depuis qu'il est maître de son temps : appliqué à cet homme, le terme « retraité » est bien trompeur !

Nombre d'entre vous seront heureux d'apprendre que la sortie de la troisième édition de ses commentaires sur la Convention, publiés aux Editions Engel (*Europäische MenschenRechtsKonvention, EMRK-Kommentar, Frowein/Peukert, N.P. Engel Verlag, 2. Auflage 1996*), est prévue pour mi-2007.

M. Frowein traitera aujourd'hui le sujet suivant : « La transformation du droit constitutionnel par la Convention européenne des droits de l'homme ». Et nous sommes impatients d'en savoir plus sur ces fascinantes transformations. Ont-elles réellement lieu et, dans l'affirmative, est-ce un bien ?

Donc, je vous en prie, Monsieur Frowein (ou dois-je dire « Prince charmant » ?), la parole est à vous.

6 Arrêt du 23 juin 1993, série A n° 262.

7 N° 62543/00, CEDH 2004-III.



Jochen A. Frowein

**Directeur émérite de l'institut
Max-Planck de droit public
comparé et de droit international**

**Ancien vice-président de la
Commission européenne des droits de l'homme**

LA TRANSFORMATION DU DROIT CONSTITUTIONNEL PAR LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

1. INTRODUCTION

C'est cinq ans seulement après la fin de la Seconde Guerre mondiale, mettant un terme au mépris total des droits de l'homme qui avait sévi dans l'un des grands pays européens et les territoires occupés, que les gouvernements européens ont souscrit à une Déclaration européenne des droits de l'homme. Ils s'affirmaient résolus, en tant que gouvernements animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun d'idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies en 1948.

La Convention constituait bien sûr une réaction aux idéologies totalitaires qui animaient le national-socialisme tout comme à la doctrine et au régime communistes de l'Union soviétique et des pays de derrière le rideau de fer. Mais entendait-elle aller au-delà de cette réaction et de la clarification des principes fondamentaux parfaitement consacrés par la structure constitutionnelle des États européens libres ? S'il ne fallait voir dans la Convention qu'un tel instrument général offrant un système de secours en cas de triomphe de régimes totalitaires dans des pays de l'Europe de l'Ouest, son importance aurait pu se limiter aux requêtes introduites contre la Grèce pendant le régime des colonels ou contre la Turquie après le coup d'État militaire¹. Si, à l'inverse, il fallait considérer la Convention comme une déclaration des droits destinée à la partie libre de l'Europe, alors cette déclaration se devait d'influencer le système juridique des États membres.

¹ Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme, vol. 11, p. 691, et vol. 12, II ; Décisions et rapports 35, p. 143, et 44, p. 31.

On n'a certainement pas envisagé l'ampleur de cet impact en 1950 ou en 1953, année où la Convention est entrée en vigueur. La France et la Grande-Bretagne étaient fières de connaître, dans leur ordre juridique, une tradition ininterrompue de garantie des droits fondamentaux. Elles ne s'attendaient pas à ce que la Convention européenne aille au-delà de ce qu'offrait leur système interne. La réticence de la France vis-à-vis de la ratification s'expliquait par d'autres raisons. La Grande-Bretagne, elle, a ratifié de bonne heure et il était admis que la Convention ne modifierait en rien son ordre juridique.

Avec le recul, on peut dire que la mise en place de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme en tant qu'organes juridictionnels chargés de faire appliquer la Convention relève de ce qu'on appelle, en allemand, le « *List der Vernunft* », une certaine ruse de la raison que les auteurs de la Convention n'ont pas vraiment comprise. Vouloir sincèrement qu'une telle déclaration des droits soit appliquée et instituer des organes juridictionnels ne peut rester sans conséquence. Beaucoup d'éléments donnent à penser que la Commission n'a pas été clairement perçue comme un organe juridictionnel par les auteurs de la Convention. Dès le début, toutefois, les membres de la Commission ont compris que leur autorité supposait une interprétation de ce texte dans un sens juridictionnel.

J'en viens maintenant à la transformation, par la Convention, de principes constitutionnels, transformation que l'on peut fort bien qualifier de révolutionnaire si on la compare à la tradition constitutionnelle de nombreux États. Je pense au contrôle juridictionnel des lois, au plein contrôle juridictionnel des décisions administratives, aux garanties d'un processus démocratique ouvert, au rôle d'une législation proportionnée et à la reconnaissance pleine et entière de la dignité de l'individu. J'aborderai rapidement chacun de ces points.

2. LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES LOIS

On connaît la tradition française et britannique, à l'opposé d'un contrôle juridictionnel des lois tel qu'il a été développé par la Cour suprême des États-Unis. L'Allemagne, elle, au lendemain de la terrible expérience qu'elle avait vécue avec le national-socialisme, a bien entendu choisi, en 1949, un système qui englobe le contrôle des lois. L'Autriche a de nouveau souscrit à ce principe qu'elle connaissait déjà, certes de manière limitée, depuis 1920 et l'Italie s'est également ralliée à un tel contrôle juridictionnel, là encore avec certaines limites, dans le cadre de sa Constitution d'après-guerre. Mais il est tout à fait clair qu'en 1950 ou en 1953 la majorité des pays de l'Europe de l'Ouest n'admettaient pas la possibilité d'un contrôle juridictionnel des lois.

Il est peu vraisemblable que les États membres aient bien conçu les conséquences de ce qu'ils avaient fait en instituant des organes juridictionnels pour contrôler le respect de la Convention européenne des droits de l'homme. Lorsque, dans l'affaire linguistique belge, le gouvernement belge a soutenu que la question faisait partie, pour l'essentiel, du domaine réservé de la Belgique, la Cour a répondu que la Convention et le Protocole additionnel portaient sur des matières qui relevaient normalement de l'ordre juridique des États contractants mais qu'ils étaient des instruments internationaux ayant essentiellement pour objet de fixer certaines normes internationales à respecter

par les États contractants dans leurs rapports avec les personnes placées sous leur juridiction². Cela devait bien entendu signifier que la législation tombait, elle aussi, dans le champ du contrôle de la Commission et de la Cour.

Dans les années 70, les arrêts rendus par la Cour dans plusieurs affaires ont montré qu'il en était bien ainsi. Dans l'affaire *Marckx*, où elle a jugé que, s'agissant des rapports entre une mère et son enfant née hors mariage, le droit belge de la famille n'était pas conforme à l'article 8, la Cour a essayé de préciser sa compétence. Elle a déclaré qu'elle n'avait pas à se livrer à un examen abstrait des textes législatifs incriminés. Elle devait plutôt rechercher si leur application aux requérantes cadrait ou non avec la Convention. La Cour a poursuivi en ces termes³ :

« Sans doute [la] décision [de la Cour] produira-t-elle fatalement des effets débordant les limites du cas d'espèce, d'autant que les violations relevées ont leur source immédiate dans lesdits textes et non dans des mesures individuelles d'exécution (...) »

Chose inattendue, c'est le gouvernement allemand qui, dans l'affaire *Axen*, a contesté la compétence de la Cour en soutenant que celle-ci serait amenée à se livrer à un contrôle abstrait de la compatibilité d'une norme de droit interne avec la Convention, laquelle ne prévoirait rien de tel. La Cour a répondu que sa tâche consistait uniquement à déterminer si la manière dont la législation incriminée avait été appliquée avait respecté l'article 6 de la Convention. Elle a ajouté qu'une telle décision pourrait sans doute entraîner des conséquences dans d'autres espèces relatives elles aussi au jeu de la loi en cause mais qu'elle ne résulterait pas pour autant d'un contrôle abstrait de la compatibilité de celle-ci avec la Convention⁴.

Dès lors, il était clair que le droit de la Convention exigeait un contrôle juridictionnel des lois, ne serait-ce que par la Cour européenne des droits de l'homme. La nature de dispositif subsidiaire de la Convention commandait, en bonne logique, que les juridictions nationales examinent d'abord la question avant que la Cour européenne des droits de l'homme n'en soit saisie. Il ne faut évidemment pas oublier qu'à l'époque la juridiction de la Commission et de la Cour ne s'imposait pas automatiquement à tous les États européens.

C'est seulement pour les affaires étatiques que la Commission était pleinement compétente ; s'agissant des affaires individuelles, on exigeait une déclaration spéciale de la part du pays en cause qui devait également accepter la juridiction de la Cour. Heureusement, les États furent de plus en plus nombreux à accepter ces règles et ils ont donc dû amender leur système constitutionnel lorsqu'il ne prévoyait pas le contrôle juridictionnel des lois. Ce processus s'est développé lentement mais il a débouché sur une transformation assez profonde des principes constitutionnels. Les juridictions françaises, hollandaises et belges ont accepté cette nécessité au bout d'un certain temps.

2 Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » (exception préliminaire), arrêt du 9 février 1967, série A n° 5, p. 19.

3 *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, série A n° 31, p. 25.

4 *Axen c. Allemagne*, arrêt du 8 décembre 1983, série A n° 72, p. 11.

La loi britannique de 1998 sur les droits de l'homme (*Human Rights Act 1998*) constitue un bon exemple de ce genre de conséquences. Depuis 2000, la Chambre des lords est en fait habilitée à contrôler les lois, sans pouvoir toutefois les annuler. En Suisse, où la Constitution ne permet pas le contrôle de la législation fédérale, le Tribunal fédéral a admis qu'il résulte de la Convention européenne que la Cour a le pouvoir de contrôler les lois sur la base de la Convention. Cette règle s'applique désormais dans de nombreux pays européens. Il est dommage qu'en Allemagne, où le contrôle juridictionnel des lois a une place si importante dans la Constitution, la Cour constitutionnelle n'accepte toujours pas la plénitude du contrôle au titre de la Convention. La jurisprudence récente montre toutefois que la Cour entend se montrer plus active à cet égard et contrôler les décisions des juridictions allemandes qui emportent violation du droit de la Convention. La procédure de l'arrêt pilote développée par la Cour européenne des droits de l'homme est un bon exemple de l'importance majeure que présente le contrôle judiciaire des lois par le biais du droit de la Convention⁵.

3. LE CONTRÔLE JURIDICTIONNEL DES DÉCISIONS ADMINISTRATIVES

Lors de l'élaboration de la Convention de 1948 à 1950 ou de son entrée en vigueur en 1953, le plein contrôle juridictionnel des décisions administratives était loin d'être généralement accepté en Europe. Pendant longtemps, nombreux furent ceux qui estimaient que l'article 6 de la Convention ne s'appliquait pas au domaine habituel du droit administratif. C'est au cours d'un lent processus que la Cour a précisé que cette disposition majeure entraînait des conséquences automatiques pour le contrôle juridictionnel des décisions administratives, une question d'importance et de rang constitutionnels dans nombre de pays. Il est désormais de jurisprudence bien établie que l'article 6 s'applique à tous les droits individuels qui ne sont pas des droits politiques au sens étroit du terme et ne relèvent pas de certains domaines spéciaux, tels que le droit fiscal par exemple.

Le contrôle juridictionnel que commande l'article 6 doit porter sur les points de droit et de fait de la cause. Plusieurs États membres ont dû modifier leur système de contrôle juridictionnel des actes administratifs afin d'y inclure le contrôle des faits en plus de celui du droit. D'un autre côté, on n'exige pas que soit prévue la possibilité d'un plein contrôle de novo à l'instar de ce que reconnaît le droit américain. Le pouvoir discrétionnaire de l'administration, en particulier, se concilie parfaitement avec la Convention et il ne peut faire l'objet d'un contrôle juridictionnel sauf en cas d'allégation de dépassement des limites du pouvoir discrétionnaire et, partant, d'illégalité de la décision.

Ici, la marge est étroite et la jurisprudence ne saurait être immuable. L'arrêt rendu en 1986 dans l'affaire *Van Marle* et autres au cours de laquelle j'ai eu l'honneur de représenter la Commission devant la Cour est certainement toujours valable. La Cour a estimé qu'une évaluation des connaissances et de l'expérience nécessaires pour exercer une certaine profession sous un certain titre s'apparentait à un examen de type scolaire ou universitaire et s'éloignait tant de la charge normale du juge qu'on

5 *Broniowski c. Pologne* [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V.

ne pouvait considérer que les garanties de l'article 6 s'étendaient aux différends sur pareille matière⁶. Il est probablement plus important de dire qu'il ne s'agit pas là d'une question pouvant donner lieu à un litige portant sur des droits.

Il est évident que le contrôle juridictionnel des actes administratifs doit être de nature à entraîner l'annulation de la décision administrative. Comme le montre la jurisprudence récente concernant par exemple le Royaume-Uni et la Pologne, il n'est pas toujours aisé de prévoir la ligne de démarcation entre un contrôle juridictionnel suffisant au titre de l'article 6 et une violation⁷. Il n'en demeure pas moins que le besoin d'un contrôle juridictionnel efficace des décisions administratives qui a été dégagé de l'article 6 de la Convention est certainement l'une des grandes avancées de la jurisprudence de la Convention.

4. LES GARANTIES D'UN PROCESSUS DÉMOCRATIQUE OUVERT

Le Statut du Conseil de l'Europe suffit déjà à obliger tous les États membres à avoir un système constitutionnel démocratique. En 1950 ou en 1953, il était loin d'être évident que les organes de la Convention contribueraient à clarifier ce qu'est véritablement un système démocratique. La jurisprudence sur l'article 10 a montré que le système constitutionnel des États membres ne garantissait pas toujours le droit de l'opposition à la libre critique du gouvernement, y compris en des termes durs et provocateurs. Avec l'affaire *Lingens*, les organes de la Convention ont commencé à expliquer que la critique politique est de la plus haute importance dans une société démocratique⁸. Toutes les affaires ont souligné le rôle de « chien de garde » que doit jouer la presse. La Commission comme la Cour ont tenu compte de la difficulté, pour un journaliste, de découvrir la vérité lorsque les autorités publiques ne veulent pas dévoiler leur pratique⁹. Il importe de protéger la critique responsable dans une société démocratique même dans le cas où un journaliste n'est pas en mesure d'apporter toute la preuve des faits. Ce principe a été à l'origine d'une profonde modification constitutionnelle dans de nombreux pays.

La Convention n'harmonise pas les systèmes électoraux. Il a fallu insister sur ce point lorsque le Parti libéral du Royaume-Uni et d'Irlande du Nord a saisi la Commission des droits de l'homme d'une requête bien argumentée¹⁰. Il existe toutefois assurément des limites en ce qui concerne les avantages ou les désavantages que les électeurs peuvent tirer d'un système électoral. Je reste convaincu que, dans l'affaire *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, portant sur le système électoral belge, la Cour aurait dû, à l'instar de la Commission, conclure à l'existence d'une violation¹¹. Il semble que

6 *Van Marle et autres c. Pays-Bas*, arrêt du 26 juin 1986, série A n° 101, pp. 11 et suiv.

7 Voir, par exemple, l'arrêt *Tsfayo c. Royaume-Uni* du 14 novembre 2006, n° 60860/00, et l'arrêt *Potocka et autres c. Pologne* du 4 octobre 2001, n° 33776/96, CEDH 2001-X.

8 *Lingens c. Autriche*, arrêt du 8 juillet 1986, série A n° 103.

9 *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, arrêt du 25 juin 1992, série A n° 239.

10 *Parti libéral, Mme R. et M. P. c. Royaume-Uni*, n° 8765/79, décision de la Commission du 18 décembre 1980, Décisions et rapports 21, pp. 211, 237 et suiv.

11 *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, arrêt du 2 mars 1987, série A n° 113.

la Cour ait tendance à recourir à des règles plus strictes depuis que de nombreuses démocraties récentes sont devenues membres du système. Pour ma part, je ne saurais que souscrire à cette évolution.

5. LE BESOIN D'UNE LÉGISLATION PROPORTIONNÉE POUR FONDER LES RESTRICTIONS APPORTÉES AUX LIBERTÉS

L'article 4 de la Déclaration française de 1789 énonce le principe constitutionnel primordial selon lequel les limites à la liberté doivent être prévues par la loi : « Ces bornes ne peuvent être déterminées que par la loi. » Presque tous les États parties à la Convention sinon tous ont souscrit à cette règle. Mais elle n'a pas toujours été appliquée en pratique. Je me souviens encore fort bien de la discussion que j'ai eue avec l'avocat du Home Office, à Londres, lors de la tentative de règlement amiable dans la célèbre affaire *Malone*¹². L'avocat m'a confié, et je suis sûr qu'il avait raison, qu'il y avait beaucoup plus d'écoutes téléphoniques clandestines en Allemagne qu'en Grande-Bretagne. Bien entendu, cela ne pouvait toutefois pas couvrir l'absence de toute base légale aux restrictions apportées à la liberté personnelle en ce domaine au Royaume-Uni. Les organes de la Convention ont adhéré sans faille à l'exigence d'une législation démocratique comme condition à la limitation des libertés garanties par les articles 8 à 11 de la Convention et contribué ainsi à confirmer un vieux principe constitutionnel qui prévaut dans les pays démocratiques.

Les dangers modernes, terrorisme inclus, peuvent accroître encore l'importance du problème qui nous occupe ici. Les rapports de la presse selon lesquels la police londonienne entendrait mettre sur pied un registre de criminels potentiels sur la base du profil général d'une personne en sont un excellent exemple. Ne nous appartient-il pas d'exiger de nos représentants élus qu'ils précisent, au terme d'un processus ouvert, dans quelle mesure la police peut se fonder sur les données personnelles concernant un individu pour déterminer un tel profil ?

C'est en particulier dans ce domaine que le besoin d'un contrôle juridictionnel des lois semble évident à notre époque. L'arrêt de la Chambre des lords sur les dispositions de la législation antiterroriste britannique illustre fort bien le contrôle fondé sur le droit de la Convention. Lorsque la loi britannique sur les droits de l'homme est entrée en vigueur, il était grand temps. Je me souviens avoir déclaré, en 1993, que je n'accepterais plus de discuter de l'applicabilité interne du droit de la Convention au Royaume-Uni car je l'avais déjà fait trois ou quatre fois et que je ne voyais aucun intérêt à me répéter. J'ai toujours été persuadé que, dès que la Chambre des lords aurait ce pouvoir de contrôle, nous assisterions à des développements considérables. Les faits m'ont déjà donné raison.

6. LA RECONNAISSANCE PLEINE ET ENTIÈRE DE L'INDIVIDU ET DE LA DIGNITÉ INDIVIDUELLE

La dignité de la personne humaine est un principe fondamental du droit de la Convention. Comme la Cour l'a dit, c'est tout particulièrement l'article 3 qui consacre pleinement l'idée que les organes étatiques ne doivent jamais méconnaître la dignité humaine même si des intérêts publics primordiaux sont en jeu. Dans ce cadre, le principe

12 *Malone c. Royaume-Uni*, arrêt du 2 août 1984, série A n° 82.

de proportionnalité revêt toute son importance. Ainsi que la Cour suprême israélienne l'a déclaré de façon convaincante, l'État démocratique tenu par la règle de droit ne peut lutter contre le terrorisme qu'en ayant une main attachée derrière le dos et non en utilisant n'importe quel moyen à l'image des terroristes.

7. LA TRANSFORMATION DE L'EUROPE DE L'EST

J'évoquerai, pour finir, la transformation constitutionnelle qu'a connue l'Europe centrale et orientale et le rôle qu'a joué la Convention des droits de l'homme à cet égard. Il n'est qu'à lire les constitutions des nouveaux États membres pour comprendre à quel point le droit de la Convention a influencé les déclarations des droits. De surcroît, les juridictions d'un grand nombre de ces nouveaux États membres ont déjà consacré l'importance de la jurisprudence de la Convention pour leur système juridique interne.

Je n'oublierai jamais quelle était la situation à Bucarest lorsque je m'y suis rendu dans le cadre du processus d'adhésion de la Roumanie au Conseil de l'Europe. Le procureur général d'alors dont le bureau montrait bien qui, de lui, du président de la Cour constitutionnelle ou du président de la Cour suprême, détenait la réalité du pouvoir, a essayé de me convaincre que le système en vigueur dans la Roumanie communiste était vraiment supérieur au système européen. Selon lui, le pouvoir central d'injonction aux juridictions reconnu au procureur général garantissait une application uniforme de la loi. Il a fallu un certain temps pour lui expliquer en quoi cette approche était clairement à l'opposé des principes fondamentaux de la primauté du droit et de l'indépendance des cours et tribunaux.

On ne saurait guère exagérer le rôle du système de droit de la Convention dans la transformation des ordres juridiques de l'Europe de l'Est. Certes, la reconnaissance de principes ne suffit pas à rendre satisfaisante la situation juridique réelle dans certains des pays concernés. Les arrêts relatifs à la Russie et à l'Ukraine, en particulier, l'ont bien montré il n'y a pas si longtemps encore. Cela dit, le rôle joué par la Convention européenne des droits de l'homme dans la transformation des systèmes de l'Europe centrale et orientale semble sans précédent.

8. CONCLUSIONS

Permettez-moi de tirer un certain nombre de conclusions de ce que j'ai essayé d'expliquer. De tout temps j'ai estimé que, bien que la Convention européenne des droits de l'homme soit à l'évidence un traité conclu en vertu du droit international, il faut y voir beaucoup plus que cela. Sinon, elle n'aurait pas pu atteindre son objectif, à savoir être un instrument constitutionnel de l'ordre public européen, comme la Cour l'a justement constaté en reprenant la formule de la Commission.

Cette nature doit se refléter dans l'interprétation des dispositions de la Convention. La Convention est un instrument vivant. Elle ne diffère pas des déclarations des droits de nombre de nos systèmes constitutionnels qui sont interprétées par les cours constitutionnelles ou autres. Je n'ai jamais aimé la notion d'interprétation dynamique des dispositions de la Convention car elle véhicule l'idée fautive que ce dynamisme s'attache au rôle de l'interprète ou du juge. Je ne crois pas que cela soit correct. Une bonne analyse de ce qu'est la Convention et la reconnaissance que cette Convention

doit s'appliquer à des situations souvent fort différentes de celles qui existaient lors de son élaboration montrent bien en effet que ce n'est pas l'intention de ses auteurs qui doit prévaloir.

A ce propos, certaines des opinions dissidentes du célèbre juriste international et juge à la Cour européenne des droits de l'homme que fut Sir Gerald Fitzmaurice, sont révélatrices du problème dans toute son ampleur. Ce juge a exprimé avec force son dissentiment dans les affaires *Tyrer et Marckx*. Il entendait limiter le rôle de la Convention à une mise hors la loi de ce qui s'était passé à l'époque du national-socialisme en Allemagne et au cours de la Seconde Guerre mondiale dans les territoires occupés. Ainsi conçue, la Convention n'aurait pas été en mesure d'exercer une grande influence.

Je me souviens parfaitement de la discussion passionnée à laquelle l'affaire *Tyrer*¹³ a donné lieu en Grande-Bretagne après qu'elle eut été jugée. Quelque dix années plus tard, j'ai eu le sentiment que l'approche correcte de la Commission et de la Cour était généralement reconnue. Comment interpréter un traitement dégradant comme se limitant à une certaine conception ayant eu cours à une époque même s'il n'était pas difficile du tout de comprendre de quoi il s'agissait ? Il n'est en général pas facile de trouver un consensus sur la nature d'une conception déterminée existant à un moment donné.

Des notions telles que celle d'« inhumain » ou de « dégradant », pour ne rien dire de la torture, ne sauraient se rattacher à une période particulière. La tâche de l'interprète et du juge consiste précisément à procéder à une juste analyse de la situation dont il est question. Les discussions quant aux pratiques américaines en Irak sont là pour montrer le danger qu'il y a à chercher à s'abriter derrière des distinctions empruntées à des événements antérieurs et à perdre ainsi de vue le véritable sens de dispositions telles que l'article 3 commun aux Conventions de Genève, pour ne prendre qu'un exemple.

Les juges qui ont organisé la manifestation d'aujourd'hui ont précisé quelque peu leurs pensées. Je me permettrai de relever une phrase : « En tant que limitations volontaires de la souveraineté nationale, les traités internationaux ne sauraient s'interpréter dans un sens imposant à un État plus d'obligations que ce qu'il entend accepter. » Je ne crois pas qu'il s'agisse là d'un principe satisfaisant pour interpréter une convention telle que la Convention européenne des droits de l'homme. J'estime qu'il n'est même pas approprié à l'interprétation de la Charte des Nations unies, de nombreux exemples sont là pour le prouver. Quoi qu'il en soit, la Convention représente une espèce de constitution pour les États européens membres en ce qui concerne les droits de l'homme. Il faut avoir cela à l'esprit lorsqu'on interprète ses règles et je pense que, dans leur jurisprudence, si elles ne sont pas exemptes d'un certain nombre de critiques, la Commission et la Cour ont, dans l'ensemble, adopté l'approche qui convient pour interpréter la Convention.

¹³ *Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978, série A n° 26.

AUDIENCE SOLENNELLE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME À L'OCCASION DE L'OUVERTURE DE L'ANNÉE JUDICIAIRE



Luzius Wildhaber

**Ancien président
de la Cour européenne
des droits de l'homme**

Monsieur le Président du Comité des Ministres, Mesdames et Messieurs les Ministres, Présidents et Excellences, Monsieur le Secrétaire général, chers collègues et amis, Mesdames et Messieurs,

Je suis là parce que l'heure est venue pour moi de dire au revoir et de vous remercier du fond du cœur pour votre collégialité, votre fidélité et votre amitié.

J'ai eu l'immense privilège de présider pendant plus de huit ans cette institution unique qu'est la Cour européenne des droits de l'homme. Ce fut un privilège non seulement parce qu'il s'agit d'un travail passionnant, parce que la variété, la diversité et la richesse des affaires qui nous arrivent sont fantastiques, ou parce que j'ai eu le plaisir de travailler dans un environnement d'une diversité culturelle extrêmement riche avec des collègues sympathiques, engagés et enthousiastes, mais aussi et surtout en raison de ce que cette Cour représente pour des centaines de millions de personnes en Europe et même au-delà. La Cour est souvent décrite comme le joyau de la couronne du Conseil de l'Europe, mais elle est plus que ça. C'est le symbole, et en réalité l'expression concrète, d'un idéal, d'une aspiration vers une société dans laquelle démocratie effective et état de droit seraient les piliers de la stabilité politique et de la prospérité économique, et où tout individu pourrait se réaliser. La Convention européenne des droits de l'homme offre un modèle de communauté internationale liée par le respect de normes communes et par leur mise en œuvre collective. C'est le legs du vingtième siècle, avec ses champs de bataille et ses camps, au vingt et unième siècle, avec ses nouveaux défis et ses nouvelles peurs. Les droits et libertés qu'elle garantit sont à la fois éternels et universels.

Je crois donc qu'il serait difficile de surestimer l'importance de notre Cour. Mais le système mis en place par la Convention européenne des droits de l'homme ne se limite pas à l'activité d'un seul organe. Son effectivité dépend nécessairement de la participation active des autres branches du Conseil de l'Europe et des gouvernements des États membres qui travaillent ensemble au sein du Comité des Ministres. Au-delà, elle dépend aussi et surtout de la participation active et positive des autorités nationales, particulièrement des autorités judiciaires, dont beaucoup sont représentées ici aujourd'hui. C'est un message que j'ai répété tout au long de mon mandat et j'ai eu le grand plaisir de rendre visite pratiquement à toutes les juridictions nationales suprêmes et constitutionnelles, qui sont nos partenaires dans le cadre de ce système. Mes collègues et moi-même avons toujours promu un dialogue continu entre ces juridictions et les organes de Strasbourg et je suis heureux

de voir le nombre élevé de participants au séminaire d'aujourd'hui. Cela montre le degré élevé d'intérêt et d'implication des juges nationaux, et honnêtement, c'est ce qu'il faut. Il s'agit de votre Convention autant que de la nôtre – c'est également votre héritage, que vous devez préserver et faire fructifier, et transformer en une réalité vivante qui aidera et profitera aux ressortissants et aux résidents de vos pays.

Ensemble, nous avons entrepris et accompli beaucoup pendant ces huit années, et la Cour est à présent fermement établie sur la carte de l'Europe. Malgré certaines difficultés initiales, nous avons réussi à fusionner l'ancienne Commission et l'ancienne Cour. Nous avons mené la lutte contre ce qui constitue, selon les termes employés par Lord Woolf of Barnes, une multiplication par huit du nombre d'affaires depuis 1998, et nous nous en sommes sortis assez bien. En fait, je suis convaincu que nous nous en sommes même très bien sortis. Nous n'avons pas cessé de rationaliser et hiérarchiser nos méthodes de travail et nos procédures, et d'élever ainsi notre productivité, sans que pour autant la qualité de nos arrêts n'en ait souffert. Il est largement reconnu également que notre Cour est bien gérée, et qu'il y règne une bonne atmosphère de travail.

Notre jurisprudence, qui a toujours rejeté un positivisme stérile pour adhérer plutôt à la doctrine de l'instrument vivant, constitue un phare et un symbole allant bien au-delà des frontières de l'Europe. Comme je l'ai déjà mentionné, nous avons entretenu un dialogue vivant avec nos collègues des cours suprêmes, constitutionnelles et internationales, et les visites que j'ai rendues à ces juridictions, presque toujours en compagnie du juge national, ont été pour moi une priorité. La Cour a adopté des directives sur la présence et les missions des juges, et elle va bientôt, je l'espère vivement, adopter son code éthique. La liste des réalisations que je pourrais mentionner est longue, mais je m'en tiendrai là.

Pendant ces huit années, la Cour a été confrontée à des changements radicaux. « Le changement », ce fut notre mot d'ordre, toujours. Depuis les débuts de la Cour en 1998, nous avons dû faire face à l'augmentation exponentielle de notre charge de travail et à la nécessité d'adapter nos méthodes de travail. J'aimerais remercier mes collègues et les membres du greffe pour leurs efforts, leur ouverture au changement, leur soutien à l'informatisation complète de ce que nous pouvons appeler nos « lignes de production ». Nous ne devons pas tomber dans la complaisance cependant. Il faut faire encore plus. Le traitement des affaires substantielles est toujours trop long, dans certains cas intolérablement long, et cela compromet la crédibilité du système. Nous savions dès le début qu'il faudrait faire évoluer sans cesse le mécanisme de la Convention. Aujourd'hui encore, nous sommes conscients qu'il doit continuer à évoluer. A cet égard également, des efforts ont été faits, notamment l'élaboration et l'adoption du Protocole n° 14 et, plus récemment, l'instauration du Groupe des sages. Nous pouvons conclure de toute cette activité que personne n'a encore découvert le remède miracle, sans doute parce que, finalement, la réponse tient principalement aux systèmes juridiques nationaux, et que leur évolution représente inévitablement un lent et long processus. Dans l'intervalle, l'efficacité du mécanisme des organes de Strasbourg doit être accrue et c'est l'enjeu du Protocole n° 14. Comme vous le savez, nous attendons une dernière ratification – celle de la Fédération de Russie – pour qu'il entre en vigueur. Je ne peux que rappeler que le Protocole contribuerait fortement à permettre à la Cour de faire face à l'augmentation du volume des requêtes, tout en aidant à

limiter la hausse des coûts. L'un des buts sous-jacents du Protocole n° 14, et surtout des recommandations et résolutions qui l'accompagnent, consiste à ménager l'équilibre entre le mécanisme international et les autorités nationales en renforçant le principe de subsidiarité. Encore une fois, l'idée consiste à dire que les citoyens doivent être en mesure de faire valoir leurs droits devant les tribunaux nationaux ; or une protection internationale bien organisée des droits de l'homme ne peut jamais être aussi effective qu'un système de protection national qui fonctionne bien.

Tout semble plaider pour une rapide entrée en vigueur du Protocole n° 14. La Cour est prête pour cela, les projets de règlement nécessaires ont été adoptés, les méthodes de travail ont été ajustées, et tout cela nous a permis d'arriver à des augmentations substantielles de productivité. Nous ne devrions pas attendre les autres évolutions qui découleront du rapport du Groupe des sages ; nous devons aller de l'avant maintenant.

A l'occasion de mon dernier acte officiel en tant que président de la Cour, à savoir un discours devant les délégués des ministres, j'ai donc demandé aux autorités de la Fédération de Russie de jouer le jeu, de prendre pleinement part au système de la Convention et de donner à la Cour les outils dont elle a besoin pour poursuivre ses efforts visant à augmenter l'efficacité de ses processus. Le Protocole n° 14 n'est en aucune façon un texte révolutionnaire, mais il offre des solutions pratiques à certains problèmes, notamment le mécanisme du juge unique pour les affaires manifestement irrecevables et celui du comité de trois juges pour les affaires répétitives. Le rapport du Groupe des sages se base sur ces mesures et présume leur mise en œuvre.

Permettez-moi d'aborder une dernière question importante qui peut sembler d'une simplicité trompeuse. Que représente pour nous une Cour européenne des droits de l'homme ? Que doit-elle être, et comment doit-elle être ? Doit-elle être un instrument d'intégration européenne ? Doit-elle faire le travail des organisations non gouvernementales ? Doit-elle être ce que j'appelle quelquefois une « machine de guerre » des droits de l'homme ou de certaines théories en matière de droits de l'homme ? Doit-elle jouer un rôle politique et, dans l'affirmative, quelle sorte de rôle ? Doit-elle défendre le « système en place », comme diraient certains auteurs américains, ce qui signifierait que la Cour doit défendre la classe dirigeante ou le système gouvernemental de chacun des pays membres ? Ces questions mériteraient certainement des réponses élaborées, et nous n'avons pas le temps. Mais je vais donner une réponse d'une simplicité trompeuse et dire qu'une juridiction doit être au moins ça, et pas plus que ça : elle doit être une juridiction. Elle doit, en toute indépendance et impartialité, et dans le cadre de procédures rationnelles, équitables et prévisibles, statuer sur les questions pour lesquelles elle est compétente. Si elle s'attribue d'autres rôles, son indépendance en sera amoindrie, et elle s'exposera à des pressions gouvernementales, elle ne pourra plus réellement remplir ses fonctions bénéfiques et perdra d'abord sa crédibilité puis son utilité. Il est admis que la Cour européenne des droits de l'homme se prononce sur des conflits sociaux et ne peut donc pas toujours plaire à tout le monde. Elle n'est pas toujours populaire aux yeux des gouvernements. Mais cela est inévitable, et l'accepter fait nécessairement partie de l'appartenance à la communauté des États démocratiques.

Mesdames et Messieurs, lorsque je me remémore toutes ces années en tant que président et en tant que juge, tant de souvenirs riches et vivaces me reviennent en mémoire : de collègues et d'amis, d'affaires importantes, de visites aux juridictions nationales, de réunions avec des juges de tous les pays membres du Conseil de l'Europe. Je suis tellement reconnaissant pour tous ces souvenirs, pour tout le soutien dont j'ai bénéficié, pour toute l'amitié dont on a bien voulu me gratifier. Bien sûr, c'est un crève-cœur de quitter la Cour, mais je le fais avec le sentiment que nous avons fait tout ce que nous pouvions dans la limite des ressources dont nous disposions. Je suis convaincu d'avoir transmis mes responsabilités à un nouveau président qui est parfaitement capable d'assumer cette mission, qui est particulièrement qualifié pour ce poste de par la grande expérience qu'il possède dans le domaine judiciaire et dans d'autres domaines, et pour lequel j'ai le plus grand respect en tant que juge et en tant que personne.

Evidemment je ne voudrais pas remettre mes pouvoirs et fonctions à un juge français sans le faire en français. Cher Jean-Paul, nous te connaissons tous et toutes comme un juge expérimenté, rapide, au style clair et élégant, mais en même temps précis et lucide, avec un solide bon sens. Tu as fait tes preuves à la Cour, et avant cela en suivant une carrière brillante et impressionnante en France. Je connais aussi tes qualités d'être humain et d'ami, et t'en suis très reconnaissant. Toute ma confiance et celle de mes collègues te sont acquises, et il ne me reste qu'à te souhaiter (ainsi qu'à Brigitte) beaucoup de chance, de succès et de santé, pour ton propre bien-être ainsi que celui de la Cour.



Jean-Paul Costa

**Président de la Cour européenne
des droits de l'homme**

Monsieur le Président du Comité des Ministres, Monsieur le Garde des Sceaux, Mesdames et Messieurs les Présidents, Excellences, Monsieur le Préfet de la Région Alsace, Monsieur le Secrétaire général du Conseil de l'Europe, Madame la Secrétaire générale adjointe, chers collègues, Mesdames, Messieurs,

Vous êtes très nombreux, et je vous en remercie au nom de la Cour, à assister à cette audience solennelle de rentrée de la Cour européenne des droits de l'homme. La présence d'un auditoire d'une telle ampleur, et les hautes fonctions exercées par ceux et celles qui le composent, nous font honneur, à mes collègues et à moi. Elles reflètent le respect et la considération portés à notre juridiction, partout en Europe et au-delà même de notre continent, et elles nous réconfortent et nous rassurent à un moment délicat de l'histoire, déjà quinquagénaire, de notre juridiction.

L'audience d'aujourd'hui revêt une signification particulière. Et tout d'abord parce qu'elle coïncide avec le départ de mon prédécesseur, le Président Luzius Wildhaber, qui a atteint hier à minuit la limite d'âge assignée aux juges par la Convention qui régit notre institution.

Je rendrai pour commencer, et je remplis ce devoir avec plaisir et sincérité, l'hommage qu'il mérite à Luzius Wildhaber. Elu au titre de la Suisse, juge de la Cour dès 1991, il en est devenu le président en 1998, grâce à la confiance de ses pairs, exprimée très largement et renouvelée deux fois depuis lors. L'accession à la présidence de Luzius Wildhaber s'est confondue avec l'entrée en vigueur du

Protocole n° 11, qui a profondément réformé notre système. Sous ses mandats successifs, celui-ci a été confronté à une augmentation que certains qualifient d'exponentielle. Le nombre des requêtes nouvelles a sextuplé en huit ans, frôlant à présent le niveau de 40 000 par an, et grâce aux efforts inlassables des juges et du personnel du greffe, et aussi aux moyens supplémentaires fournis à la Cour par les États membres du Conseil de l'Europe, la Cour a pu faire face, même si le nombre actuel des affaires en instance – près de 90 000 – atteint un niveau au-delà duquel la croissance risque d'être ingérable ; j'y reviendrai.

Luzius Wildhaber a présidé et dirigé cette Cour avec compétence et sagesse, avec fermeté et humanité, avec brio et efficacité. Et notamment il a déployé – avec succès – tous ses efforts personnels pour faire connaître l'institution de tous les systèmes judiciaires nationaux et de toutes les autorités étatiques, y compris dans les pays les plus récemment entrés au sein du système européen de protection des

droits de l'homme. Par son action, il aura puissamment élevé la connaissance et la prise de conscience, partout en Europe, des enjeux mêmes d'une telle protection. De cela, et de bien d'autres aspects de son activité au cours de ses années à Strasbourg, je tiens à le remercier et à lui rendre justice. Luzius Wildhaber laissera dans l'histoire le souvenir non seulement d'un juge et juriste éminent, mais d'un grand président. Je sais, je mesure déjà, que lui succéder est un honneur, et ne sera pas une tâche facile.

Mesdames et Messieurs, selon la tradition, cette cérémonie permet de retracer l'activité de la Cour pendant l'année écoulée. J'y procéderai assez rapidement, avant de consacrer l'essentiel de ce discours aux perspectives d'avenir.

Je sais que les statistiques peuvent être fastidieuses. Je me bornerai donc à citer quelques chiffres pour vous donner une idée de l'activité considérable que la Cour a déployée durant l'année 2006. Plus de 39 000 requêtes ont été enregistrées ou, pour être plus précis, attribuées à un organe décisionnel, appelant ainsi une décision judiciaire. Près de 30 000 d'entre elles ont abouti à une décision ou un arrêt. La différence démontre un déficit regrettable de presque 10 000 requêtes. Le nombre de requêtes pendantes au début de l'année 2007 atteint quasiment 90 000, dont plus de 65 000 attribuées à un organe décisionnel. Une comparaison avec l'année 2005 montre une augmentation du nombre total de nouvelles requêtes de 13 %. Quant au nombre d'affaires pendantes en fin d'année, il a augmenté de 12 %. Ces chiffres sont alarmants, et ce d'autant plus que la tendance à la hausse persiste au fil des années, même s'il a été possible de réduire quelque peu le déficit.

Face à cette situation, la Cour n'est bien entendu pas demeurée inactive. En 2006, le nombre d'affaires terminées a crû de 4 % tandis que le nombre d'arrêts rendus a augmenté de 40 %, ce qui reflète la politique de la Cour consistant à concentrer plus de ressources sur les affaires bien fondées. Au cours des deux dernières années, le nombre total de requêtes terminées a augmenté de 40 %, alors qu'à l'évidence les ressources financières et humaines mises à la disposition de la Cour, même si elles sont en hausse, n'ont nullement augmenté dans les mêmes proportions.

En réalité, notre Cour s'efforce d'accroître constamment son efficacité en rationalisant et en modernisant son organisation. Le greffe a procédé à une restructuration de ses divisions et a commencé à appliquer certaines des mesures recommandées par Lord Woolf of Barnes dans le rapport qu'il a rédigé à l'issue de son étude du fonctionnement de la Cour menée en 2005. Une unité a été spécialement mise en place au sein du greffe pour s'occuper de l'arriéré, c'est-à-dire des requêtes les plus anciennes. Enfin, le 1^{er} avril 2006, nous avons créé une cinquième section, ce qui a entraîné une diminution du nombre de juges dans chaque section et du nombre de juges siégeant comme suppléants dans chaque affaire, et a naturellement augmenté le nombre d'affaires traitées par chacun des juges. J'ajouterai que les juges et les agents du greffe ont déployé des efforts tout particuliers pour que la Cour soit prête à fonctionner selon les modalités prévues par le Protocole n° 14 dès que celui-ci entrera en vigueur. Ces efforts ont essentiellement porté sur les méthodes de travail et le règlement de la Cour. D'après une évaluation provisoire, sans aucune augmentation de ressources, l'application du Protocole n° 14

permettra à la Cour d'augmenter sa productivité d'au moins 25 %. Cela seul montre que, bien qu'il ne soit pas en lui-même suffisant, le Protocole n° 14 nous est indispensable. J'y reviendrai.

Une activité aussi intense sur le plan quantitatif ne s'est pas faite, je le crois, au détriment de la qualité des arrêts rendus par la Cour. Même si, comme c'est le cas pour toute juridiction, certaines décisions peuvent être critiquées (et d'ailleurs nos arrêts ne sont pas tous rendus à l'unanimité), il me semble que les observateurs s'accordent tous à dire que la qualité et l'impact des arrêts rendus à Strasbourg suscitent le respect. Les arrêts adoptés en 2006 ont concerné un grand nombre d'États membres et certains ont tranché des questions nouvelles.

Permettez-moi de citer un petit nombre d'exemples tirés de notre jurisprudence récente.

Les affaires *Sørensen et Rasmussen c. Danemark*¹ ont donné à la Cour l'occasion de se pencher sur les droits sociaux. La Cour a dit que la présence dans des contrats de travail de clauses de monopole syndical allait à l'encontre du droit d'association négatif, en l'occurrence du droit à ne pas être contraint d'adhérer à un syndicat, et emportait violation de l'article 11 de la Convention.

Dans l'affaire *Giniewski c. France*², la Cour a conclu à la violation de la liberté d'expression en ce que l'auteur d'un article paru dans un quotidien avait été condamné pour diffamation, alors même que la sanction était très modérée. L'article exprimait le point de vue que la doctrine défendue par l'Église catholique sur le judaïsme pouvait avoir conduit à l'antisémitisme contemporain et donc indirectement aux camps de concentration.

Dans son arrêt *Sejdovic c. Italie*³, la Cour a estimé contraire au principe d'équité de la procédure le fait qu'un accusé ait été jugé en son absence alors qu'il n'avait pas été démontré qu'il avait cherché à se soustraire à la justice ou qu'il avait de manière non équivoque renoncé à son droit de se défendre personnellement, sans avoir eu ensuite la possibilité d'obtenir qu'un tribunal statue de nouveau sur l'accusation pénale dirigée contre lui.

Dans l'affaire *Stec et autres c. Royaume-Uni*⁴, après avoir considéré que la création de prestations sociales, même sans cotisations de la part du bénéficiaire, engendrait un intérêt patrimonial relevant de l'article 1 du Protocole n° 1, qui porte sur la protection de la propriété, la Cour a jugé que l'avantage conféré aux femmes par la législation britannique n'était pas contraire à l'article 14 de la Convention – lequel interdit la discrimination – combiné avec l'article 1 du Protocole n° 1. La Cour a notamment fondé sa conclusion sur une décision de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE), considérant qu'il y avait lieu « d'attacher un poids particulier à la valeur hautement persuasive de la conclusion à laquelle a abouti la CJCE ».

1 [GC], nos 52562/99 et 52620/99, 11 janvier 2006.

2 N° 64016/00, 31 janvier 2006.

3 [GC], n° 56581/00, 1^{er} mars 2006.

4 [GC], nos 65731/01 et 65900/01, 12 avril 2006.

Comme dans la précédente affaire *Broniowski c. Pologne*⁵, l'affaire *Hutten-Czapska c. Pologne*⁶ a donné à la Cour l'occasion de rendre un arrêt pilote. Cette procédure, qui est selon moi porteuse d'espoir pour l'avenir, consiste à constater l'existence d'une violation structurelle (en l'occurrence de l'article 1 du Protocole n° 1) puis à dire que l'Etat, tout en conservant le choix des moyens, doit garantir, dans son ordre juridique, un mécanisme propre à redresser cette violation structurelle. Dans l'affaire *Hutten-Czapska*, le problème concernait le système de contrôle des loyers et la Cour, dans le dispositif de son arrêt, a dit que la Pologne devait ménager un juste équilibre entre les intérêts des propriétaires et l'intérêt général de la collectivité, conformément aux normes de protection du droit de propriété énoncées dans la Convention.

Enfin, dans l'affaire *Jalloh c. Allemagne*⁷, la Cour – très partagée dans son vote – a rendu un arrêt concluant à la violation de l'article 3 de la Convention. Un procureur avait ordonné qu'un médecin administre un émétique au requérant, soupçonné d'avoir avalé un sachet contenant de la drogue, pour le faire vomir. Sous l'effet du médicament, le requérant a régurgité le sachet, et il a en fin de compte été condamné pour trafic de stupéfiants. La Cour a conclu que le requérant avait été soumis à des traitements inhumains et dégradants contraires à l'article 3.

Ces exemples, choisis parmi beaucoup d'autres que j'aurais pu citer, montrent que l'énorme quantité d'affaires que la Cour doit traiter ne l'empêche pas de rendre des décisions très importantes et soigneusement rédigées. Bien qu'ils n'aient pas d'effet *erga omnes*, ses arrêts influencent les juges et législateurs de tous les États parties et contribuent réellement à l'harmonisation des normes européennes dans le domaine des droits et libertés. A cet égard, j'aimerais rendre hommage aux juridictions internes, qui appliquent de plus en plus volontiers la jurisprudence de Strasbourg – voire la devancent – permettant ainsi à la coopération judiciaire de devenir une réalité.

J'en viens maintenant à ce qui me paraît l'essentiel : quel rôle joue notre Cour ? Quelles sont ses perspectives d'avenir ?

A mes yeux, la Cour européenne des droits de l'homme tient une place capitale, de par son existence et grâce à sa jurisprudence, dans l'amélioration lente et progressive de la protection des droits de l'homme. Pour moi, l'article le plus important de la Convention est son article premier : « Les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au titre I de la (...) Convention ». Les Hautes Parties contractantes, ce sont les quarante-six États membres ; mais j'espère bien que, dans un avenir proche, l'Union européenne le deviendra elle aussi : l'actuelle panne du Traité établissant une Constitution pour l'Europe est un incident fâcheux de l'histoire, mais l'Européen convaincu que je suis sait bien que la construction européenne ne s'est pas faite sans heurts ni coups d'arrêt et que, comme Galilée le disait de notre planète, « *eppur, si muove* », « et pourtant, elle tourne », et donc l'Europe tourne et finit toujours par avancer, et pas seulement l'Europe des juges.

5 [GC], n° 31443/96, CEDH 2004-V.

6 [GC], n° 35014/97, 19 juin 2006.

7 [GC], n° 54810/00, 11 juillet 2006.

C'est aux États membres du Conseil de l'Europe qu'il appartient au premier chef de veiller au respect des droits et libertés de ceux, nationaux ou étrangers, qui relèvent de leur juridiction, au sens de l'article 1^{er} que je viens de citer. Serait-ce faire preuve d'optimisme, voire d'angélisme, que d'estimer que, depuis la signature de la Convention en 1950, cette obligation de respecter les droits de l'homme est globalement de mieux en mieux remplie ? Des dictatures ont disparu et fait place à des régimes démocratiques dans le Sud de notre continent ; le mur de Berlin est tombé et le rideau de fer s'est levé, il y a déjà plus de quinze ans. Malgré de graves conflits comme la guerre en ex-Yougoslavie, les problèmes kurde ou tchétchène, malgré le terrorisme, dont la Cour a considéré dès 1978 qu'il constituait une grave violation des droits de l'homme, et que les États ont le devoir de lutter contre lui, sur le long terme, la barbarie dans l'ensemble recule, la démocratie progresse, les droits de l'homme s'épanouissent.

Ce processus est largement dû aux États eux-mêmes et à leurs peuples. Mais, sans oublier l'apport de l'opinion publique, qui est de plus en plus internationale, des organisations non gouvernementales, de la presse, des Barreaux, comment nier la contribution essentielle de notre Cour ? Celle-ci n'est pas le fruit d'une génération spontanée : elle a été voulue par la Convention (donc par les États), dont l'article 19 est l'écho ou le miroir de son article 1^{er} : « Afin d'assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la (...) Convention, il est institué une Cour européenne des droits de l'homme (...) »

Ses jugements, qu'ils rejettent une requête ou qu'ils condamnent un Etat, font autorité et tracent la ligne de démarcation entre ce qui est tolérable et ce qui ne l'est pas. Nous sommes, et mes collègues et moi en sommes fiers, nous sommes l'institution qui a le devoir et le pouvoir de dire « halte ! », et ceci en vertu de l'engagement solennel et librement consenti des États, ce qui d'ailleurs est, à mon avis, assez admirable de leur part : ils admettent que la justice doit prévaloir sur la raison d'Etat.

Pascal disait : « La justice sans la force est impuissante ; la force sans la justice est tyrannique » ; mais il ajoutait : « Il faut donc mettre ensemble la justice et la force ; et pour cela faire que ce qui est juste soit fort, ou que ce qui est fort soit juste. » Il me semble que le texte signé à Rome le 4 novembre 1950, la Convention, constitue un pari que je n'ose dire pascalien : faire, grâce à un abandon de souveraineté, que la justice européenne des droits de l'homme soit forte, ce qui veut dire respectée.

Mais, avant d'être forte, encore faut-il que la justice soit juste. Et j'entends parfois dire que notre Cour ne serait pas juste, qu'elle rendrait des jugements non juridiques, mais politiques. J'ai moi-même, au cours de missions variées, entendu cette accusation, et l'expérience m'a montré que lorsqu'on explique la réalité des choses calmement, elle finit par se dissiper ; les accusateurs se désistent. Je plaide fermement non coupable, et, je crois, tous mes collègues avec moi. Dans un monde lui-même politisé autant qu'il est médiatisé, les hommes et les femmes qui composent notre juridiction rendent, malaisément mais avec une grande honnêteté, une justice qui se fonde sur le Droit, lequel n'est pas une science exacte, et sur l'équité, qui est une notion subjective par essence. Je nie qu'ils rendent des jugements politiques,

ou qu'ils pratiquent je ne sais quels doubles ou triples standards ; parce que c'est tout simplement faux. Nos arrêts, je l'ai dit, sont ouverts à la critique. Nous pouvons nous tromper, mais nous ne cédon à aucune politisation.

J'en viens pour finir à l'avenir de la Cour de Strasbourg. Je constate d'abord qu'elle est maintenant universellement connue et respectée, même loin des rivages de l'Europe, de la « vieille Europe »... Mais son avenir dépend de son efficacité. Faute d'efficacité, elle perdrait sa crédibilité, son autorité morale et juridique, et finalement sa raison d'être. Or cette efficacité dépend de nous, certes, qui faisons tout ce que l'ingéniosité et l'énergie peuvent nous dicter pour trouver des solutions pragmatiques à notre engorgement. Mais elle dépend aussi de vous. Elle dépend des cours et autorités nationales, responsables au premier chef de l'application de la Convention européenne des droits de l'homme. Plus les remèdes seront apportés au niveau national et moins l'afflux des requêtes à Strasbourg sera justifié, sans même parler de l'indispensable prévention des violations, par la réforme des textes et la modification des pratiques.

Ne nous faisons pas d'illusion : la source ne va pas se tarir rapidement. Mais entre le tarissement et le « tsunami », il y a beaucoup de place pour le progrès effectif du principe de subsidiarité.

Le futur de notre Cour dépend aussi de vous, représentants des États. Je ne parlerai pas ici, ce n'est ni le lieu ni le moment, des moyens budgétaires et humains qui seraient indispensables tant au Conseil de l'Europe qu'à la Cour, lesquels – faut-il le rappeler ? – sont tous deux, ensemble, des piliers de la grande Europe, de la plus grande Europe. Mais je pense au Protocole n° 14, et à plus long terme aux suites à donner au rapport du Groupe des sages.

Le Protocole n° 14 a été voulu par les États. Il a fait suite aux travaux du groupe d'évaluation, institué par la Conférence interministérielle de Rome dès novembre 2000 et dont le rapport date de septembre 2001. Ces initiatives s'inscrivaient dans un processus que le Président Wildhaber avait qualifié de « réforme de la réforme », parce qu'il est devenu rapidement clair que le Protocole n° 11 ne suffirait plus à l'efficacité du système.

Le Protocole n° 14 a été élaboré grâce à des travaux intergouvernementaux. Il a été achevé et ouvert à la signature dès le 13 mai 2004. Depuis lors, les quarante-six États l'ont signé ; quarante-cinq l'ont ratifié. Un seul manque encore à l'appel, et c'est d'autant plus surprenant que les plus hautes autorités de cet État se déclarent favorables à notre Cour et à son renforcement. Je ne répéterai pas comme Caton, « *delenda est Carthago* », car il ne s'agit pas de détruire, mais au contraire de consolider et de construire, mais je répéterai inlassablement : « il faut faire entrer en vigueur le Protocole 14 ». Et le plus tôt sera le mieux. Je suis intimement persuadé que cet impératif catégorique, comme disait Kant, est également une décision fondée sur la raison pratique, pour citer à nouveau le philosophe de Königsberg. Et donc j'espère, je suis sûr, que la raison prévaudra.

Une ratification rapide serait d'autant plus logique qu'au 3^e Sommet du Conseil de l'Europe, en mai 2005, à Varsovie, les chefs d'État et de gouvernement ont décidé la création d'un Groupe des sages, chargé de faire des propositions sur l'avenir à moyen et à long terme de la Cour et du système européen de protection des droits de l'homme. Le mandat prévoyait même que, dans leur rapport, les sages examineraient les premiers effets de l'application du Protocole ! Or le rapport, lui, existe déjà, et il a été soumis officiellement, avant-hier, par son président, M. Gil Carlos Rodríguez Iglesias, ancien président de la CJCE, au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, et les délégués des ministres ont unanimement salué la qualité et la richesse de ce rapport. Je remercie moi-même les onze sages pour leur travail et pour leurs propositions, sur lesquelles notre Cour donnera son avis. Mais, au risque de me répéter, j'observe que le rapport des sages *présuppose* le Protocole n° 14 ; il n'est nullement un substitut à celui-ci, encore moins un « plan B » (si j'ose dire).

La Cour, vous le voyez, est donc confrontée à des problèmes délicats, en particulier des problèmes de gestion du calendrier, qui créent une incertitude fâcheuse, y compris quant à la situation personnelle de mes collègues.

Cela dit, au-delà de ces difficultés techniques qui sont solubles, mais surtout si l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 intervient bientôt, c'est l'avenir du système qui est en jeu. Celui-ci repose sur un mécanisme unique en son genre : l'accès direct de 800 millions de justiciables à une juridiction internationale chargée de veiller, en dernier ressort, à la protection de leurs droits les plus fondamentaux.

Je suis personnellement favorable à ce droit de recours individuel, conquis de haute lutte, et donc à son maintien.

Mais ne nous voilons pas la face. J'ai trop milité en faveur du principe de réalité, au-delà des apparences, pour ne pas percevoir que, sans des réformes importantes, certains disent radicales, l'afflux de requêtes devant une juridiction submergée risque de tuer *de facto* le recours individuel. Celui-ci deviendra une sorte de catoblépas, cet animal fabuleux qui, selon la légende, se dévorait lui-même !

En 2006 la Cour a rendu plus de 1 500 arrêts sur le fond, ce qui est en une seule année presque deux fois plus que le total des arrêts délivrés par l'ancienne Cour en presque quarante ans, de 1960 à 1998 ! Mais ce nombre élevé ne doit pas cacher que près de 95 % des requêtes jugées en 2006 l'ont été non pas par des arrêts mais par des décisions, qui les ont déclarées irrecevables ou les ont rayées du rôle. Est-il à la gloire d'une juridiction qui a de hautes ambitions et de grandes responsabilités que d'écarter autant de requêtes comme dénuées de tout fondement ? Est-ce défendre efficacement les droits de l'homme que de statuer sur le bien-fondé des plaintes une fois sur vingt seulement ? En l'état actuel des choses, notre Cour ne peut pas faire autrement. Faisons, tous ensemble, s'il vous plaît, qu'il en soit autrement à l'avenir. Et commençons par donner aux instruments dont nous avons besoin la force juridique propre à leur faire produire leurs effets positifs.

Mesdames, Messieurs, j'ai conscience d'avoir été long. Mais puisque janvier est le mois des vœux, permettez-moi avant de conclure d'abord de vous présenter à tous et à toutes, au nom de tous mes collègues et en mon nom, mes vœux les meilleurs pour 2007, ensuite d'exprimer solennellement un souhait : que le plus grand système de protection des droits et libertés qui existe dans le monde trouve un nouveau souffle, et sorte de ses difficultés actuelles – avec votre concours, j'y insiste – rasséréiné et renforcé.

Un slogan de mai 1968, en France, disait « soyez réalistes, demandez l'impossible ! ». C'est au contraire parce que je crois que c'est possible que je considère mon souhait comme réaliste.

Je vous remercie vivement de votre attention.

PHOTOS





ANCIENS DIALOGUES ENTRE JUGES

- Dialogue entre juges - 2006
- Dialogue entre juges - 2005