UNIVERSITÉ DE GENÈVE

Archive ouverte UNIGE
https://archive-ouverte.unige.ch

Ouvrage collectif 2007

Published version Open Access

This is the published version of the publication, made available in accordance with the publisher's policy.

# Les droits de l'homme et la constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni

Auer, Andreas (ed.); Flückiger, Alexandre (ed.); Hottelier, Michel (ed.)

**How to cite**

AUER, Andreas, FLÜCKIGER, Alexandre, HOTTELIER, Michel, (eds.). Les droits de l'homme et la constitution : études en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni. Genève : Schulthess, 2007. (Collection genevoise. Recueils de textes)

This publication URL: https://archive-ouverte.unige.ch/unige:6589

© This document is protected by copyright. Please refer to copyright holder(s) for terms of use.

Collection Genevoise

Recueils de textes

Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni

# Les droits de l'homme et la constitution

Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni

Faculté de droit de Genève

Schulthess

Collection Genevoise

Faculté de droit de Genève

Etudes en l'honneur du
Professeur Giorgio Malinverni

# Les droits de l'homme et la constitution

Edité par
Andreas Auer
Alexandre Flückiger
Michel Hottelier

Schulthess § 2007

Information bibliographique: ‹Die Deutsche Bibliothek›.
Die Deutsche Bibliothek a répertorié cette publication dans la Deutsche Nationalbibliografie; les données bibliographiques détaillées peuvent être consultées sur Internet à l'adresse ‹http://dnb.ddb.de›.

Tous droits réservés. Toute traduction, reproduction, représentation ou adaptation intégrale ou partielle de cette publication, par quelque procédé que ce soit (graphique, électronique ou mécanique, y compris photocopie et microfilm), et toutes formes d'enregistrement sont strictement interdites sans l'autorisation expresse et écrite de l'éditeur.

© Schulthess Médias Juridiques SA, Genève · Zurich · Bâle 2007
ISBN 978-3-7255-5442-3
ISSN Collection Genevoise: 1661-8963

www.schulthess.com

# Remerciements

Les éditeurs tiennent à remercier les personnes suivantes pour le précieux concours qu'elle leur ont prêté dans le cadre de la publication du présent ouvrage : Mesdames Delphine Depeursinge, Céline Gutzwiller et Joëlle Sambuc Bloise ; Messieurs Murat Alder, Frédéric Bernard, Gregor Chatton, Abdoulaye Soma et Tristan Zimmermann, toutes et tous assistants au département de droit constitutionnel de la Faculté de droit de l'Université de Genève.

Les éditeurs expriment également leur profonde reconnaissance à Mesdames Caroline Chaix, Caterina Gidari Wassmer, Ariane Tschopp et Sandra Zeugin pour leur collaboration lors de la mise au point des textes.

# Avant-propos

La fin de l'année 2006 a marqué, pour les soussignés, une drôle de césure : nous avons perdu un collègue, mais gagné un Juge. Le Professeur Giorgio Malinverni, qui a enseigné sans interruption depuis 1973 à la Faculté de droit de l'Université de Genève, est arrivé au terme de sa brillante carrière académique. Mais, par l'un de ces tours de passe-passe dont il semble avoir le secret, il a réussi à rebondir aussitôt, et d'une fort belle façon : le voilà Juge à la Cour européenne des droits de l'homme. Grâce à cette heureuse coïncidence, le présent recueil d'études ne signifie pas un triste adieu, mais un prometteur au revoir.

Il est vrai que la Convention de Rome et la Cour de Strasbourg sont en quelque sorte l'alpha et l'oméga du parcours académique et des préoccupations professionnelles de Giorgio Malinverni. Depuis que la Suisse a ratifié la première, en 1974, il se penche sur la jurisprudence de la seconde. Il l'a fait connaître d'abord dans un milieu qui, à l'époque, y était plutôt indifférent. Il l'a commentée ensuite de façon fort savante pour ceux qui, toujours plus nombreux, y prenaient goût. Il contribue à la forger aujourd'hui, à un moment où elle a acquis une importance et conquis une omniprésence dans l'ordre juridique suisse dont lui-même n'aurait probablement, à l'époque, pas même osé rêver. Si Giorgio Malinverni a grandi avec la Convention, celle-ci a grandi avec lui.

Internationaliste de formation, Giorgio Malinverni est ainsi devenu « droits-de-l'homme-iste » par conviction, tout en étant constitutionnaliste de profession. Avec une fermeté qui frise l'entêtement et qui contraste avec la discrétion et la prudence générales de ses propos, notre collègue a su œuvrer inlassablement pour le respect des droits de l'homme et pour une meilleure prise en compte, par le droit constitutionnel suisse, de la dimension internationale de ces droits. S'il est vrai qu'il n'a négligé aucun des grands chapitres de la branche principale qu'il a enseignée à des générations d'étudiants et qu'il s'est en particulier beaucoup intéressé au fédéralisme, c'est aux libertés, à la protection des minorités et aux droits économiques, sociaux et culturels qu'il a consacré sa passion.

Depuis qu'il a entamé ce combat difficile vers le milieu des années 1970, bien des choses ont changé. En particulier, la Convention européenne des droits de l'homme est devenue une référence incontournable dans l'ordre juridique suisse. Malgré cela, ou peut-être à cause de cela, le nombre d'affaires qui condamnent la Suisse pour avoir violé la CEDH est en constante augmentation : il ne se passe plus guère de mois qui ne voie les juges de Strasbourg

montrer du doigt telle décision, tel jugement ou telle norme helvétiques. Aussi inquiétante soit-elle d'un point de vue objectif, cette évolution rassure les éditeurs de ces études dédiées au Professeur Giorgio Malinverni, en ce que notre ancien collègue ne manquera pas de travail dans la seconde carrière qu'il vient d'entamer.

Genève, juin 2007

Michel Hottelier Alexandre Flückiger Andreas Auer

# Sommaire

*Remerciements* ..... V

*Avant-propos* ..... VII

## I

## Institutions européennes

Nicolas Levrat

L'apport de la Commission de Venise au développement d'un droit européen des minorités ..... 3

Vincent Martenet

La légitimation de l'Union européenne par les droits fondamentaux ..... 29

Franz Matscher

Il contributo della Commissione di Venezia alla protezione delle minoranze in Europa ..... 49

## II

## Démocratie

Andreas Auer

La démocratie directe comme piège et comme chance pour l'Union européenne ..... 57

Daniel Thürer / Malcolm MacLaren

A Common Law of Democracy? – an Experimental Conceptualization ..... 77

## III

## Droits de l'homme

Christian Bovet

*Spam* : un conflit de libertés ? ..... 97

Gérard Cohen-Jonathan

Du caractère objectif des obligations internationales relatives aux droits de l'homme. Quelques observations ..... 109

Jean-François Flauss

Le double standard dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : fiction ou réalité ? ..... 135

Alexandre Flückiger

L'obligation jurisprudentielle d'évaluation législative : une application du principe de précaution aux droits fondamentaux ..... 155

Michel Hottelier

Le principe de faveur, arbitre des droits fondamentaux et des droits de l'homme ..... 171

Elias Kastanas

La protection des personnes appartenant à des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme ..... 197

Pierre Lambert

Les droits et les devoirs de l'homme : un équilibre délicat ..... 219

Victor Monnier

Aperçu de la destinée des droits fondamentaux sous la République helvétique (1798-1803) ..... 229

Eibe Riedel

Measuring Human Rights Compliance.
The IBSA Procedure as a Tool of Monitoring ..... 251

Thierry Tanquerel

La liberté du choix du moyen de transport en droit
fédéral et cantonal ..... 273

Luzius Wildhaber

Recent Developments in the Court's Case-Law
on Freedom of the Press ..... 295

Barbara Wilson

Le conflit entre la protection des informations confidentielles
et la liberté de la presse à la lumière de l'affaire *Stoll c. Suisse*.
Et si la minorité avait raison ? ..... 307

## IV

## Droit humanitaire

Laurence Boisson de Chazournes / Luigi Condorelli

Quelles perspectives pour la responsabilité de protéger ? ..... 329

Yves Sandoz

Droit international humanitaire et droits de l'homme :
mariage d'amour ou de raison ? ..... 339

Marco Sassòli

Le droit international humanitaire, une *lex specialis*
par rapport aux droits humains ? ..... 375

## V

## Droits économiques et sociaux

François Bellanger
La notion de « marché public », une définition sans concession ? ..... 399

Beat Bürgenmeier
Justice sociale par l'efficacité économique ? ..... 423

Pierre-Yves Greber
Le Conseil de L'Europe et la sécurité sociale :
réalisations et perspectives ..... 443

## VI

## Liste des publications de Giorgio Malinverni

1. Ouvrages ..... 461

2. Articles et participations à des ouvrages ..... 461

3. Chroniques régulières ..... 469

# I

# Institutions européennes

# L'apport de la Commission de Venise au développement d'un droit européen des minorités

Nicolas Levrat

*Professeur à l'Université de Genève*

Giorgio Malinverni a été désigné par le gouvernement suisse pour siéger au sein de la Commission de Venise dès l'institution de celle-ci, en 1990. Son élection par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le 27 juin 2006 comme juge suisse à la Cour européenne des droits de l'homme, a signifié la fin de son engagement au sein de cette Commission pour la démocratie par le droit. En plus de quinze années d'activités, Giorgio Malinverni aura laissé sa marque dans cette expérience institutionnelle particulière qu'est cette Commission, instituée par des Etats membres du Conseil de l'Europe en mai 1990, afin de contribuer à une transition pacifique des Etats d'Europe centrale – puis orientale – vers des régimes démocratiques libéraux et pluripartites fondés sur l'Etat de droit.

Bien que son acte constitutif ne la mentionne pas parmi ses axes d'activités prioritaires, la question de la prise en compte de minorités va largement occuper la Commission de Venise, ainsi d'ailleurs que l'institution strasbourgeoise dans son ensemble, dès le début des années 1990. Cette préoccupation se traduira notamment par l'adoption au sein du Conseil de l'Europe de trois textes conventionnels relatifs à cet enjeu[1]. Sur cette thématique particulière,

[1] Un des principaux produits de l'activité du Conseil de l'Europe est l'élaboration et l'adoption de conventions internationales, ensuite ouvertes à la signature et à la ratification par ses membres (conventions européennes), voire au-delà (conventions ouvertes). Produisant ces dernières années quelques quatre textes conventionnels par année (voir sur les conditions et les modalités de cette production normative N. Levrat, « De quelques particularités du mode d'élaboration des normes conventionnelles, et de leur influence sur la nature des Traités conclus au sein du Conseil de l'Europe », *Revue de droit de l'ULB*, vol. 22, 2000-2, « *L'apport du Conseil de l'Europe au développement d'un droit européen* », Bruxelles, Bruylant, pp. 19-58.). Le nombre de conventions actuellement recensées dans la Série des Traités du Conseil de l'Europe (voir http://conventions.coe.int/Treaty/FR/v3DefaultFRE.asp) est de précisément 200. Parmi elles, adoptées respectivement en 1992, 1995 et 2000, la *Charte européenne des langues régionales et minoritaires* (STCE n° 148), la *Convention-cadre pour la protection des minorités nationales* (STCE n° 157) et le *Protocole n° 12 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales* (STCE n° 177).

Giorgio Malinverni aura posé les bases de l'action de la Commission de Venise, puisque c'est lui qui rédigea, durant le mois de mai 1990, dans le cadre d'un groupe de travail de la Commission sur la protection des minorités, une « liste des principes concernant les minorités nationales » qui sera adoptée par la Commission lors de sa 4e réunion[2]. Cette liste sera ensuite présentée par le Président de la Commission (à l'époque M. La Pergola) à la réunion de Copenhague sur la dimension humaine de la CSCE[3], et servira ensuite de base au projet de Convention de la Commission[4].

Dans cette contribution, nous essayerons de montrer pourquoi la Commission pour la démocratie par le droit a constitué une structure adéquate pour travailler sur cette thématique (1) et quelles ont été concrètement ses contributions à la solution de la problématique résurgente des minorités nationales après la chute du mur (2). Dans une brève troisième partie conclusive, nous essayerons d'évaluer la substance de l'apport de cette Commission à la prise en compte par le droit, au niveau européen, de la question minoritaire.

## 1. Pourquoi la Commission de Venise travaille-t-elle sur la question des minorités ?

A l'initiative du gouvernement italien, une Conférence pour la constitution d'une Commission pour la démocratie par le droit s'est tenue à Venise les 19 et 20 janvier 1990. Cette Conférence a adopté une Résolution créant, d'une part et à titre transitoire (pour une période de deux ans), la « Commission européenne pour la démocratie par le droit », et demandant d'autre part à cette Commission nouvellement créée et aux organes du Conseil de l'Europe d'examiner les modalités selon lesquelles pourraient être développés des liens institutionnels entre cette Commission et l'organisation strasbourgeoise.

Rapidement, un grand nombre d'Etats membres se sont montrés intéressés à participer aux travaux de cette Commission ; mais pas tous. En effet la République fédérale d'Allemagne – qui, après la chute du mur, souhai-

---

2 Laquelle s'est tenue à Venise les 25 et 26 mai 1990.

3 Et l'on retrouve trace de nombre de ces principes dans le Document de Copenhague du 29 juin sur la dimension humaine de la CSCE (voir pour l'intégralité du document, l'excellent site www.ena.lu/mce.cfm). Les extraits pertinents pour ce qui concerne les minorités ont été reproduits dans l'ouvrage collectif A. Fenet & al., *Le droit et les minorités*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 399-403.

4 « Rapport explicatif relatif à la proposition pour une Convention européenne pour la protection des minorités », Venise, 9 février 1991. Texte publié dans *La protection des minorités. Travaux de la Commission européenne pour la démocratie par le droit*, Editions du Conseil de l'Europe, Collection « Science et technique de la démocratie », n° 9, Strasbourg, 1994, p. 25.

tait gérer de manière autonome les réformes, notamment constitutionnelles, qu'allait nécessiter la transition de l'ancienne Allemagne de l'Est vers sa réintégration à une Allemagne réunifiée – et le Royaume-Uni – qui pour des raisons historiques et de tradition juridique n'adhère pas à la conception de réformes démocratiques via des réformes de type constitutionnel – ne souhaitent pas s'associer à ce projet. Aussi est-il décidé de recourir à une modalité de coopération permettant aux Etats désireux – pour autant qu'ils représentent une majorité des membres de l'organisation – de coopérer dans le cadre du Conseil de l'Europe, sans pour autant lier les Etats réticents : l'Accord partiel[5].

## 1.1. Origine, structure et mandat de la Commission de Venise

C'est ainsi que le 10 mai 1990 est adoptée la Résolution (90) 6 relative à un accord partiel portant sur la création de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, laquelle lie dix-huit des vingt Etats membres de l'organisation de l'époque. Cette Commission sera composée « d'experts indépendants de renommée internationale en raison de leur expérience au sein des institutions démocratiques ou de leur contribution au développement du droit et des sciences politiques »[6], « désignés à raison d'un par pays »[7].

La mission de ces dix-huit experts est de coopérer « avec les Etats membres du Conseil de l'Europe ainsi que les Etats non membres, en particulier ceux de l'Europe centrale et orientale », avec pour « champ d'action spécifique [les]

---

5 Les Recommandations aux Etats membres doivent, en vertu de l'article 20.a du Statut du Conseil de l'Europe (STCE n° 1) être prises à l'unanimité des voix exprimées et à la majorité des voix des représentants ayant le droit de siéger ; un Etat opposé à un projet qui pourrait avoir pour ce qui le concerne des incidences financières ou par lequel il ne souhaite pas être lié, peut donc opposer son vote négatif (veto), lequel empêchera l'adoption d'une Recommandation. Aussi, dès août 1951, afin d'éviter les blocages, le Comité des Ministres adoptera lors de sa 9e session, une résolution statutaire envisageant la possibilité d'adopter des « Accords partiels ». Cette procédure permet « à certains représentants au Comité des Ministres, en s'abstenant de voter en faveur d'une proposition, de ne pas lier leur gouvernement à la décision de leurs collègues ». Ainsi, « [s]i le Comité décide, à l'unanimité des voix exprimées et à la majorité des représentants ayant le droit de siéger au Comité, qu'il est permis de s'abstenir de participer à une proposition quelconque dont il est saisi, cette proposition est soumise au Comité ; elle n'est considérée comme adoptée que par les représentants qui auront voté en sa faveur et son application est limitée en conséquence.
Toutes dépenses supplémentaires engagées par le Conseil de l'Europe à l'occasion d'une proposition adoptée conformément à la procédure susvisée sont exclusivement à la charge des membres dont les représentants ont voté en faveur de cette proposition. » (Annexe au Statut du Conseil de l'Europe, STCE n° 1).

6 Article 3 § 1 de la Résolution (90) 6 du Comité des Ministres du 10 mai 1990.

7 Article 3 § 2 de la Résolution (90) 6 du Comité des Ministres du 10 mai 1990.

garanties offertes par le droit au service de la démocratie »[8]. Cette mission se réalisera par un travail sur la connaissance des différents systèmes juridiques visant à améliorer la compréhension entre cultures juridiques et par un « examen des problèmes posés par le fonctionnement, le renforcement et le développement des institutions démocratiques »[9]. Ces missions devront se réaliser par des travaux articulés autour de trois axes[10] :

– les principes et la technique constitutionnels, législatifs et administratifs au service de l'efficacité des institutions démocratiques et de leur renforcement, ainsi qu'au principe de la primauté du droit ;
– les droits et libertés publics, notamment ceux qui concernent la participation des citoyens à la vie des institutions ; et
– la contribution des collectivités locales et régionales au développement de la démocratie.

Cette Commission est instituée comme un organe consultatif, et peut dans ce cadre :

– effectuer de sa propre initiative des recherches et élaborer, le cas échéant, des schémas de lois, de recommandations et d'accords internationaux ;
– formuler des avis sur demande de l'Assemblée parlementaire, du Secrétaire général ainsi que de tout Etat membre du Conseil de l'Europe, de tout Etat non membre ou de toute organisation intergouvernementale[11].

On reconnaît dans les priorités assignées aux travaux que devra mener cette Commission les principaux axes d'activité du Conseil de l'Europe, avec notamment une forte présence des questions institutionnelles liées à l'organisation régionale et locale du pouvoir[12]. Par contre, la question des minorités n'y est aucunement abordée ; pour la simple raison que cette question

8 Article 1er § 1 de la Résolution (90) 6 du Comité des Ministres du 10 mai 1990.

9 Ibid.

10 Article 1er § 2 de la Résolution (90) 6 du Comité des Ministres du 10 mai 1990.

11 Les demandes des Etats membres ou non membres, ainsi que d'organisations intergouvernementales, doivent être formulées par l'entremise du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, lequel se prononce dans la composition restreinte aux Etats membres de l'Accord partiel (article 2 § 2 de la Résolution (90) 6 du Comité des Ministres du 10 mai 1990).

12 Que l'on retrouve d'une manière plus générale dans les modalités de contribution du Conseil de l'Europe au processus de transition dans les pays d'Europe centrale et orientale. Ainsi, via la Conférence permanente des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe (CPLRE) et un programme de coopération intergouvernemental « *Local democracy* » (LODE), puis un peu plus tard, dans le contexte particulier des Balkans avec les agences de la démocratie locale, cette priorité singularise l'action du Conseil de l'Europe. Cette question, nous le verrons, a un lien direct avec la dimension territoriale de certaines revendications minoritaires en termes d'autonomie politique.

n'est encore pratiquement pas traitée dans le cadre de l'organisation strasbourgeoise[13], si ce n'est depuis le début des années 1980 sous l'angle de la dimension culturelle et linguistique[14]. Cette dernière demande émanant de l'Assemblée parlementaire sera relayée par la CPLRE[15] avant d'aboutir, en 1992, à l'ouverture à la signature d'une Charte européenne des langues régionales ou minoritaires[16]. Si cette charte vise bien des langues qui sont celles de groupes minoritaires – puisqu'il faut entendre par langue régionale ou minoritaire des langues « pratiquées traditionnellement sur un territoire d'un Etat par des ressortissants de cet Etat qui constituent un groupe numériquement inférieur au reste de la population de l'Etat ; et différentes de la (des) langue(s) officielle(s) de cet Etat »[17] – son accent principal est placé sur la protection des langues comme partie d'un patrimoine culturel de l'Europe[18],

---

13 Si ce n'est un activisme de l'Assemblée parlementaire entre 1957 et 1961 sur la question des minorités nationales (Résolution 136 (1957) « relative à la situation des minorités nationales en Europe » et Recommandation 285 (1961) « relative aux droits des minorités nationales ». Cette dernière demandait que soit inclus dans le 2e Protocole à la CEDH un article précisant : « Les personnes appartenant à une minorité nationale ne peuvent être privées du droit, en commun avec les autres membres de leur groupe et dans les limites assignées par l'ordre public, d'avoir leur propre vie culturelle, d'employer leur propre langue, d'ouvrir des écoles qui leur soient propres et de recevoir l'enseignement dans la langue de leur choix ou de professer et de pratique leur propre religion. » L'on sait que la proposition ne sera pas retenue, et qu'il faudra attendre le 50e anniversaire de l'adoption de la CEDH pour voir un Protocole n° 12 lui être adjoint, lequel étend la portée du principe de non-discrimination tel que protégé par le CEDH, notamment à l'égard des minorités.

14 Mais l'approche est véritablement centrée sur la langue en premier lieu ; ainsi le premier principe énoncé est, de manière révélatrice « le respect de l'authenticité scientifique » dans le traitement scientifique, humain et culturel de chaque langue. Ce n'est qu'ensuite que sont envisagés la reconnaissance du droit de l'enfant à sa propre langue, et enfin seulement le droit des communautés humaines au développement de leur langue et leur culture propres (voir la Recommandation 928(1981) adoptée par l'Assemblée parlementaire le 7 octobre 1981).

15 De 1957 (réunie pour la première fois en janvier 1957, suite à une demande de l'Assemblée parlementaire (Résolution 76 (1955), puis convoquée régulièrement depuis (voir la Recommandation 191 (1959) du 22 janvier 1959)) à fin 1993, la CPLRE désigne la Conférence permanente des pouvoirs locaux et régionaux de l'Europe. Dès janvier 1994, l'acronyme CPLRE désigne le Congrès des pouvoirs locaux et régionaux du Conseil de l'Europe, institué par la Résolution statutaire (94)3 adoptée par le Comité des Ministres le 14 janvier 1994.

16 Ouverte à la signature le 4 novembre 1992 (STCE n° 148) et entrée en vigueur le 1er mars 1998. 22 Etats membres du Conseil de l'Europe sont actuellement liés, à des degrés divers, par ce texte conventionnel.

17 Article 1, lit a, de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires (STCE n° 148).

18 Ainsi les paragraphes 2 et 5 du préambule précisent :

« 2. Considérant que la protection des langues régionales ou minoritaires historiques de l'Europe, dont certaines risquent, au fil du temps, de disparaître, contribue à maintenir et à développer les traditions et la richesse culturelles de l'Europe ; [...]
5. Soulignant la valeur de l'interculturel et du plurilinguisme, et considérant que la protection et l'encouragement des langues régionales ou minoritaires ne devraient pas se faire au détriment des langues officielles et de la nécessité de les apprendre ; »

même si le rattachement aux droits de la personne[19] ainsi qu'une discrète évocation de la problématique résurgente des minorités ne sont pas totalement absentes[20].

Aussi apparaît-il clairement qu'au moment où est prise la décision de constituer une Commission pour la démocratie par le droit, la perception de l'enjeu juridique d'une prise en compte des minorités n'apparaît pas aux yeux des Etats occidentaux. La cause en est double. D'une part, historiquement et géographiquement, la problématique des minorités nationales est liée à l'Europe centrale, et non pas aux Etats-nations d'Europe occidentale[21]. D'autre part, la protection universelle des droits de l'homme s'est chronologiquement substituée à la protection internationale des minorités et réduit l'enjeu de leur prise en compte à l'interdiction de tout traitement discriminatoire à l'encontre des personnes appartenant à des groupes minoritaires. En effet, lorsque se dessine le droit international moderne, l'alternative entre un droit des minorités – qui dans la pratique de l'entre-deux-guerres avait échoué à protéger les populations bénéficiaires et à pacifier les territoires sur lesquels elles vivaient – et une protection universelle des droits de la personne était perçue avec une acuité particulière[22]. La transcription en droit positif de cette alternative sera clairement formulée par l'Assemblée générale des Nations Unies, qui dans sa Résolution 217 (III) du 10 décembre 1948 – laquelle contient la déclaration universelle des droits de l'homme – traite en quelques brefs paragraphes du sort des minorités. On peut ainsi y lire :

---

19 Le troisième paragraphe du préambule se lit comme suit :
« 3. Considérant que le droit de pratiquer une langue régionale ou minoritaire dans la vie privée et publique constitue un droit imprescriptible, conformément aux principes contenus dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques des Nations Unies, et conformément à l'esprit de la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales du Conseil de l'Europe ; »

20 Ce sont les paragraphes 4 et 6 du préambule qui incluent pour le premier une référence aux travaux de l'OSCE qui portent notamment sur cette question, et pour le second aux débats en cours au sein du Conseil de l'Europe sur la question des minorités nationales. Ainsi :
« 4. Prenant en compte le travail réalisé dans le cadre de la CSCE, et en particulier l'Acte final d'Helsinki de 1975 et le document de la réunion de Copenhague de 1990 ; [...]
6. Conscients du fait que la protection et la promotion des langues régionales ou minoritaires dans les différents pays et régions d'Europe représentent une contribution importante à la construction d'une Europe fondée sur les principes de la démocratie et de la diversité culturelle, dans le cadre de la souveraineté nationale et de l'intégrité territoriale ; »

21 De nombreux ouvrages traitent d'un point de vue historique de la question des minorités. Mais sans se plonger dans les détails de la constitution de ces minorités (notamment nationales), une approche statistique au tournant des années mille neuf cents nonante est révélatrice. Voir par exemple le *World Directory of Minorities*, édité par le Minority Rights Group (Harlow, Longham, 1990), ou en français R. Caratini, *La force des faibles : encyclopédie mondiale des minorités*, Paris, Larousse, 1986.

22 Voir ainsi pour un excellent article de doctrine et une claire alternative, P. Guggenheim, « Minderheitenschutz oder Menshenrechte », *Israelitisches Wochenblatt für die Schweiz*, 1942.

> « Considérant que les Nations Unies ne peuvent pas demeurer indifférentes au sort des minorités ;
>
> Considérant qu'il est difficile d'adopter une solution uniforme de cette question complexe et délicate qui revêt des aspects particuliers dans chaque Etat où elle se pose ;
>
> Considérant le caractère universel de la Déclaration des droits de l'homme ;
>
> Décide de ne pas traiter par une disposition spécifique dans le corps de la Déclaration la question des minorités. »

Notons que l'interdiction de la discrimination garantissant que « chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamées dans la présente Déclaration, sans distinction de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'opinion politique ou de toute autre opinion, d'origine nationale ou sociale, de fortune, de naissance ou de toute autre situation »[23], bien qu'elle vise expressément l'origine nationale ou les critères traditionnellement utilisés pour définir les groupes minoritaires (race – le langage actuel préfère ethnie[24] – couleur, sexe, langue ou religion), n'est ainsi pas considérée par l'Assemblée générale elle-même comme constituant une disposition visant particulièrement la situation des minorités, puisqu'elle a décidé de ne pas traiter « par une disposition spécifique dans le corps de la Déclaration de la question des minorités ».

## 1.2. Emergence de la question des minorités nationales et recours à la Commission de Venise

Comme nous venons de le voir, la question des minorités, et plus particulièrement des minorités nationales, n'apparaît pas comme une priorité au début de l'année 1990, lorsqu'est constituée la Commission de Venise. Les enjeux juridiques de la transition économique et politique du régime socialiste vers un système économique et politique libéral ne sont pas immédiatement perçus comme impliquant aussi un retour de la question des minorités nationales. Pourtant, avant même que la Commission de Venise ne soit constituée sous la forme d'un Accord partiel au sein du Conseil de l'Europe, trois Etats, la Hongrie, l'Italie et la Yougoslavie[25] – c'est-à-dire un seul Etat membre du

---

[23] Article 2 al. 1 de la *Déclaration universelle des droits de l'homme*, Résolution 217 (III) A de l'Assemblée générale des Nations Unies, adoptée le 10 décembre 1948.

[24] Voir par exemple la *Déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales, ou ethniques, religieuses et linguistiques*, (Annexe à la Résolution 47/135 du 18 décembre 1992).

[25] Il s'agit encore de la République socialiste fédérative de Yougoslavie, laquelle a, notamment dans le cadre de la CSCE dès les années 1970, essayé d'obtenir un traitement juridique de la question des minorités nationales.

Conseil de l'Europe[26] (mais l'Italie joue un rôle particulier en tant qu'initiatrice du projet, ainsi qu'en occupant la Présidence de cette Commission et en y détachant du personnel[27]) – demandent la constitution d'un groupe de travail sur la question des minorités nationales. Et ce groupe de travail se réunit dès le début mai 1990, chargeant Giorgio Malinverni de rédiger une « liste des principes concernant les minorités nationales », ce qui sera fait et validé par la Commission dans son ensemble avant la fin du même mois[28].

Ce sont, comme le laisse deviner l'identité des Etats qui ont demandé que cette question soit mise à l'agenda de la Commission de Venise, la Hongrie et la Yougoslavie qui jouent à ce moment précis de l'histoire un rôle moteur dans la résurgence au sommet de l'agenda européen de la question des minorités ; mais dans des contextes et avec des intérêts différents. Ainsi la Yougoslavie avait de longue date et avec constance plaidé pour une prise en compte par le droit international de la question des minorités. C'est à l'insistance de la délégation yougoslave que l'on doit l'insertion d'un article sur les minorités « ethniques, religieuses ou linguistiques » dans le Pacte de 1966 relatif aux droits civils et politiques[29], ainsi que des efforts en vue de l'élaboration d'une déclaration des droits des personnes appartenant à des minorités nationales ou ethniques ou religieuses[30]. Dans le contexte plus spécifiquement européen, la Yougoslavie obtiendra une référence à la question des minorités dans le point VII du décalogue d'Helsinki[31].

Quant à la Hongrie, si sous le régime communiste elle ne s'était pas montrée active sur cette question, elle est historiquement l'Etat qui est le plus directement concerné par la question des minorités, ayant notamment été

---

[26] La Hongrie ne deviendra membre qu'en novembre 1990, premier parmi les pays ex-communistes à être admis au Conseil de l'Europe. Quant à la Yougoslavie, en coopération étroite avec le Conseil de l'Europe dès 1989, elle entamera sa désintégration en 1991, avant de rejoindre l'institution strasbourgeoise.

[27] Article 8 de l'Accord partiel du 10 mai 1990.

[28] 4e réunion de la Commission, Venise, 25-26 mai 1990.

[29] Lequel se lit comme suit : « Dans les Etats où il existe des minorités ethniques, religieuses ou linguistiques, les personnes appartenant à ces minorités ne peuvent être privées du droit d'avoir, en commun avec les autres membres de leur groupe, leur propre vie culturelle, de professer et de pratique leur propre religion, ou d'employer leur propre langue. » (article 27 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966, UNTS 14668).

[30] Adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 18 décembre 1992 (Résolution 47/135) ; mais trop tard pour la Yougoslavie. Sur ce rôle particulier de la Yougoslavie « étonnamment, du moins en rétrospective », voir I. Schulte-Tenkchoff et T. Ansbach, « Les minorités en droit international », dans l'ouvrage collectif rédigé par A. Fenet & al., cité supra note 3, pp. 43-44.

[31] Laquelle se lit comme suit : « Les Etats participants sur le territoire desquels existent des minorités nationales respectent le droit des personnes appartenant à ces minorités à l'égalité devant la loi, leur donnent l'entière possibilité de jouir effectivement des droits de l'homme et des libertés fondamentales et, de cette manière, protègent leurs intérêts légitimes dans ce domaine. » (Acte final de la Conférence sur la Sécurité et la coopération en Europe, Helsinki, 1er août 1975).

après la première guerre mondiale « sanctionnée » par le Traité de Trianon qui l'ampute d'une majorité de ce qui était son territoire, laissant de nombreuses populations de nationalité hongroise au sein d'Etats voisins (Roumanie, Slovaquie, Slovénie, République fédérale de Yougoslavie principalement). D'où l'intérêt des gouvernants de cet Etat de pousser à l'adoption de normes internationales relatives à la protection des minorités, dont pourraient bénéficier ces populations hongroises résidant sur le territoire et possédant la citoyenneté des Etats voisins ; aujourd'hui encore, cet intérêt se traduit par une disposition constitutionnelle hongroise, laquelle précise que « la République de Hongrie se sent responsable du sort des hongrois vivant hors de ses frontières et s'active à promouvoir et développer leurs relations avec la Hongrie. »[32]. Début 1990, la Hongrie est également l'Etat le plus avancé dans la transition vers les standards démocratiques et économiques occidentaux, ce qui se traduit par un rapprochement institutionnel avancé, notamment avec le Conseil de l'Europe[33]. Ce dernier facteur explique très certainement la grande influence dont jouit à ce moment la Hongrie sur la scène européenne.

Ainsi la Commission de Venise va, bien que cela ne figure pas dans son acte constitutif – ni dans la Résolution de la Conférence de Venise du 20 janvier 1990, ni dans la Résolution du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 10 mai 1990 instituant la Commission de Venise sous la forme d'un accord partiel au sein du Conseil de l'Europe – consacrer une part substantielle de ses activités à la question des minorités dans l'Europe d'après 1989.

## 2. Comment la Commission de Venise intervient dans le développement d'un droit des minorités

La contribution de la Commission de Venise au développement d'un droit européen des minorités va se réaliser selon trois modalités principales, toutes trois relevant d'un registre normatif. En effet, une forme de division fonctionnelle du travail dans la prise en compte des questions liées aux minorités en Europe après 1989 va rapidement s'établir entre d'une part la Conférence sur la coopération et la sécurité en Europe (CSCE qui deviendra l'OSCE en 1994) et de l'autre le Conseil de l'Europe. Nous avons vu ci-dessus que grâce à l'action de la République fédérative de Yougoslavie, la question des minorités

[32] Article 6 § 3 de la Constitution de la République de Hongrie actuellement en vigueur.

[33] La Hongrie sera d'ailleurs le premier Etat ex-communiste à adhérer au Conseil de l'Europe le 6 novembre 1990, six mois avant la Tchécoslovaquie (7 mai 1991) et un an avant la Pologne (26 novembre 1991). Quant à la Yougoslavie, lors des bouleversements de 1989, elle apparaissait comme étant en mesure de rejoindre rapidement le Conseil de l'Europe (avec lequel elle entretenait depuis le milieu des années 1980 des relations d'importance croissante).

nationales apparaissait dès les années septante dans le champ des préoccupations de la CSCE. Alors que ce n'est, nous venons de le montrer, qu'au tournant des années nonante que le Conseil de l'Europe – organisation dédiée à la protection individuelle des droits de la personne – se voit assigner une mission dans le cadre de la protection des minorités. Il y a ainsi une claire antériorité de la CSCE.

Cependant, la CSCE jouit d'une particularité tout à fait intéressante d'un point de vue juridique, puisqu'il s'agit d'un processus de coopération multilatéral délibérément ancré hors du droit. En effet, les engagements consentis dans le cadre de cette conférence, dès son origine, sont explicitement considérés par les Etats participants comme des engagements de nature strictement politiques, non générateurs de droits et d'obligations de nature juridique. En conséquence, les résultats découlant des travaux tenus dans ce cadre ne prennent pas la forme d'actes juridiquement contraignants. Si des engagements de nature purement politique peuvent se révéler tout à fait adéquats pour réguler des relations entre Etats[34], il paraît par contre nécessaire, pour offrir à des groupes de population minoritaires (qui ne se situent pas sur un plan d'égalité avec les Etats) des garanties dans leurs relations avec des Etats souverains, d'avoir recours au droit. D'où la possibilité, et même la nécessité, d'un espace pour une action normative qui, en raison des trajectoires historiques et des expériences accumulées par chacun de ces mécanismes de coopération, sera mieux accomplie par le Conseil de l'Europe que dans le cadre de la CSCE. Cette dernière concentrera son action sur la dimension sécuritaire du traitement de la question des minorités (principalement nationales) avec l'institution dès 1992 d'un Haut Commissaire pour les minorités nationales, chargé de trouver des solutions ponctuelles aux tensions découlant de la situation de populations minoritaires dans certains Etats européens[35].

Le champ normatif est par contre laissé au Conseil de l'Europe, et nous verrons que la Commission de Venise va se révéler plus prompte à formuler des propositions que l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ou la mécanique de la coopération intergouvernementale.

---

[34] Et de ce point de vue, il est indéniable que l'Acte final d'Helsinki et les travaux menés dans le cadre de la CSCE ont eu une importance déterminante sur l'évolution de l'Europe. Pour la possibilité de l'existence de telles relations et leur lien avec un ordre juridique international, voir les passionnants travaux de l'Institut du droit international conclus en 1983 à la session de Cambridge sur le thème des « textes internationaux ayant une portée juridique dans les relations mutuelles entre leurs auteurs et textes qui en sont dépourvus » ; *Annuaire de l'Institut du droit international*, Vol. 60-I, session de Cambridge 1983, Paris, Pedone, 1983, pp. 166-373 et Vol. 60-II, Paris, Pedone, 1984, pp. 117-291.

[35] Déclaration du Sommet de Helsinki, 10 Juillet 1992, pp. 7-15, prévoyant notamment des mécanismes d'alerte rapide et d'action rapide.
Voir le site www.osce.org/documents/mcs/1992/07/4046_fr.pdf .

## 2.1. L'élaboration de règles conventionnelles pour la protection des minorités

La première initiative, et peut-être la plus importante, de la Commission de Venise consiste à travailler, très promptement, à l'élaboration d'une proposition pour une Convention européenne pour la protection des minorités. Ce texte sera adopté par la Commission dans son ensemble le 9 février 1991, et sera transmis au Comité des Ministres. Il est en effet clair que quelle que soit la qualité des travaux de cette Commission et la compétence des membres qui la composent, celle-ci ne constitue qu'un organe consultatif constitué d'experts indépendants[36], et ne possède à ce titre pas la légitimité permettant l'adoption d'un texte appelé à lier sur le plan européen les Etats. Son mandat initial prévoit cependant que « la Commission peut effectuer de sa propre initiative des recherches et élaborer, le cas échéant, des schémas de lois, de recommandations et d'accords internationaux »[37]. De plus il est indiqué que « toute proposition de la Commission peut être discutée et adoptée par les organes statutaires du Conseil de l'Europe. »[38] Aussi la Commission est-elle bien dans son rôle en élaborant un projet et en le transmettant à l'organe compétent du Conseil de l'Europe[39].

Mais une sorte de compétition va s'engager avec l'autre organe principal du Conseil de l'Europe, l'Assemblée parlementaire, qui parallèlement aux travaux de la Commission de Venise, s'engage en 1990 dans la recherche de solutions normatives aux revendications des minorités. Ces travaux connaissent une première consécration en octobre 1990 avec l'adoption par l'Assemblée parlementaire d'une Recommandation[40] et d'une Directive[41] relatives toutes deux « aux droits des minorités nationales ». Ces textes, outre qu'ils constituent le retour après quelques trente années de silence de l'Assemblée parlementaire à une approche plus générale de la question des minorités, font le constat qu'il existe en Europe de nombreuses catégories de minorités et que « avec l'évolution des Etats d'Europe centrale et de l'Est vers la démocratie, de graves problèmes de minorités apparaissent également dans ces pays »[42], que le Conseil de l'Europe se doit de les traiter. En conséquence, l'Assemblée énonce une série de normes minimales pour assurer une protection juridique

---

36 Article 3 §§ 1 et 2 de la Résolution (90) 6 du Comité des Ministres du 10 mai 1990.

37 Article 2 § 1 de la Résolution (90) 6 du Comité des Ministres du 10 mai 1990.

38 Ibid.

39 En vertu des articles 1.b et 15.a du Statut du Conseil de l'Europe (STCE n° 1), c'est bien le Comité des Ministres qui est compétent pour adopter des accords internationaux dans le cadre du Conseil de l'Europe.

40 Recommandation 1134 (1990) relative aux droits des minorités, adoptée le 1er octobre 1990.

41 Directive N° 456 (1990) relative aux droits des minorités, adoptée le 1er octobre 1990.

42 Recommandation 1134 (1990) § 6.

adéquate des minorités (Recommandation 1134) et se propose d'une part « de définir plus en détail les principes concernant les droits des minorités qui ont été énoncés [par la Recommandation 1134] et qui pourraient être inclus dans un Protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme ou dans une convention spéciale du Conseil de l'Europe »[43], et d'autre part « de jouer un rôle de médiation et de conciliation dans les conflits mettant en cause des minorités chaque fois que la demande lui en sera faite »[44].

Ce second rôle, nous l'avons vu, sera confié à la CSCE et non au Conseil de l'Europe[45]. L'élaboration d'un texte conventionnel va par contre continuer à occuper l'Assemblée. Considérant que le processus n'avance pas assez rapidement[46], les Parlementaires ne sont pas non plus convaincus par la proposition de Convention formulée par la Commission de Venise. Non que son contenu soit jugé inapproprié ou mal rédigé, mais parce que « bien qu'elle contienne une définition remarquable des droits à garantir, la proposition de convention paraît faible sur le mécanisme de contrôle. Aussi l'Assemblée estime-t-elle préférable et urgent d'élaborer un protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme »[47].

Ce que fera l'Assemblée parlementaire l'année suivante, en annexant à sa Recommandation 1201[48] une « Proposition de protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales concernant les personnes appartenant à des minorités nationales ». Cette proposition, bien qu'elle reprenne pour l'essentiel les mêmes principes que ceux développés par la Commission pour la démocratie par le droit – la divergence principale portant sur la forme et les modalités de contrôle[49],

---

43 Directive N° 456 (1990), § 3.

44 Directive N° 456 (1990), § 5.

45 Si l'on excepte les « mesures de confiances » qui seront mises sur pied par le Secrétariat du Conseil de l'Europe, dans le but de mettre en œuvre une des décisions du Sommet de Vienne du 9 octobre 1993 ; mais ces actions n'auront pas, sur la durée, l'impact de l'action normative du Conseil de l'Europe.

46 La Recommandation 1177 (1992) adoptée le 4 février 1992 indique que « Les pétitions et les déclarations de principe d'autorités gouvernementales en faveur d'une reconnaissance, d'une protection, voire d'une promotion des droits des « minorités » sont aujourd'hui nombreuses, que celles-ci soient qualifiées de nationales, d'ethniques et de culturelles, de linguistiques ou de religieuses. [...] L'extrême diversité des situations est désormais convenablement recensée et analysée. Il en est de même de la très grande complexité des problèmes soulevés et des difficultés à la fois juridiques et politiques à résoudre ceux-ci. Dire cela aujourd'hui ne suffit plus. [...] Il est urgent de déboucher sur des décisions et des engagements internationaux susceptibles d'être mis en œuvre rapidement sur le terrain. Il en va de la paix, de la démocratie, des libertés et du respect des droits de l'homme sur notre continent. » (§§ 6, 7 et 8).

47 Recommandation 1177 (1992) § 12.

48 Adoptée le 1er février 1993.

49 Dans l'avis adopté par la Commission de Venise sur ce projet de Convention, rédigé en décembre 1992 par Giorgio Malinverni (disponible en anglais uniquement sur Internet, à l'adresse www.

un Protocole additionnel à la CEDH impliquant que les dispositions qu'il contient pourraient, contre les Etats y ayant souscrit, être invoquées devant la Cour européenne des droits de l'homme – aura surtout un retentissement en raison du seul article allant nettement au-delà des propositions des experts vénitiens. En effet, l'article 11 de ce projet énonce : « Dans les régions où elles sont majoritaires, les personnes appartenant à une minorité nationale ont le droit de disposer d'administrations locales ou autonomes appropriées, ou d'un statut spécial, correspondant à la situation historique et territoriale spécifique, et conformes à la législation nationale de l'Etat ». Le lien entre les droits des minorités nationales et des modalités d'autonomie territoriale constitue une thématique explosive, que les Etats voudront écarter, parce que considérée comme porteuse d'instabilité. Ainsi durant cette même année 1993, le premier Sommet du Conseil de l'Europe[50] adopte à Vienne le 9 octobre une « Déclaration de Vienne », à laquelle est annexée une Déclaration sur les minorités nationales. Les chefs de gouvernement européens y font le constat que « les minorités nationales que les bouleversements de l'histoire ont établies en Europe doivent être protégées et respectées afin de contribuer ainsi à la stabilité et à la paix. Dans cette Europe que nous voulons bâtir, il faut répondre à ce défi : *assurer la protection des droits des personnes appartenant à des minorités nationales au sein d'un Etat de droit, dans le respect de l'intégrité territoriale et de la souveraineté nationale des Etats*. A ces conditions ces minorités apporteront une précieuse contribution à la vie de nos sociétés »[51]. Ainsi la

venice.coe.int/docs/1992/CDL-MIN(1992)008-e.asp ), celle-ci constate que la différence fondamentale entre son projet (de deux ans antérieur) et celui-ci concerne la forme et le mécanisme de mise en œuvre des droits. Pour le reste, bien que plusieurs dispositions de caractère général qui figurent dans le projet de la Commission pour la démocratie par le droit ne se retrouvent pas dans le projet de l'Assemblée, ce qui aura pour effet de limiter les droits dont pourraient bénéficier les minorités, la Commission note que les dispositions proposées correspondent à celles de son propre projet. Pour ce qui est du mécanisme de mise en œuvre par contre, la Commission sous la plume de G. Malinverni, tout en reconnaissant qu'un Protocole additionnel à la CEDH aurait des avantages, réitère ses doutes sur l'efficacité d'un mécanisme de protection juridictionnelle des droits énoncés, avançant pour cela deux raisons. Premièrement, « while it is closely linked to the protection of human rights, the protection of minorities does present far more marked political features », ce qui aurait pour conséquence qu'une décision de la CEDH ne serait pas nécessairement le meilleur moyen de régler le problème. Deuxièmement, la Commission de Venise doute que la nature de certains droits énoncés au bénéfice des minorités se prête à une mise en œuvre judiciaire. Aussi la Commission ne soutient-elle pas le projet de l'Assemblée. Il est intéressant de noter sur cette question de la mise en œuvre une forme de renversement des fronts, les hommes et femmes politiques exigeant un mécanisme placé sous la supervision des juges, les experts en droit constitutionnel trouvant plus de mérite à une solution négociée sur la base de principes juridiques (« The Commission therefore persists in its belief that flexible, diplomatic solutions applied by a non-judicial body may prove more efficient in this tricky field »).

50 Lequel réunit pour la première fois les chefs de gouvernement ou d'Etats des Etats membres du Conseil de l'Europe à l'invitation du gouvernement autrichien, qui exerce la Présidence du Conseil de l'Europe, les 9 et 10 octobre 1993.

51 Annexe II à la Déclaration de Vienne, §§ 1 et 2. C'est nous qui soulignons.

question d'une dimension territoriale en lien à des solutions aux revendications, par ailleurs légitimes, de minorités nationales est écartée.

Par contre, dans le corps de la déclaration elle-même, les dirigeants européens s'engagent à « souscrire des engagements politiques et juridiques relatifs à la protection des minorités nationales en Europe et de donner mandat au Comité des Ministres d'élaborer les instruments juridiques internationaux appropriés ». De plus, ils demandent expressément au Comité des Ministres, entre autres mesures, « de rédiger à bref délai une convention-cadre précisant les principes que les Etats contractants s'engagent à respecter pour assurer la protection des minorités nationales. Cet instrument serait ouvert également à la signature des Etats non membres ».

En fait, le Comité des Ministres n'avait pas attendu cette injonction pour transmettre, en mai 1992, la proposition formulée par la Commission de Venise au Comité directeur des droits de l'homme du Conseil de l'Europe, afin que celui-ci en examine les mérites. Mais les discussions au sein de ce Comité directeur achoppaient sur la résistance des représentants de plusieurs Etats européens (France et Turquie notamment). Par contre, une fois une telle instruction clairement énoncée par les plus hautes autorités étatiques, l'adoption d'un texte conventionnel européen dans un délai raisonnable est acquise. Cependant, se fondant sur le nouveau mandat confié par la Déclaration des Chefs d'Etat et de gouvernement, les Etats membres du Conseil de l'Europe vont abandonner l'examen du projet de Convention de la Commission de Venise, pour charger un nouveau Comité ad hoc[52] de rédiger un nouveau projet de Convention-cadre. Si le rapport explicatif à la Convention-cadre qui sera ouverte à la signature au sein du Conseil de l'Europe le 5 février 1995 précise que le projet de la Commission de Venise a été examiné parmi plusieurs autres textes, l'examen des dispositions du projet vénitien et du texte adopté par le Comité ad hoc, puis le Comité des Ministres, montrent la claire filiation de cette nouvelle convention qui reprend la structure, les orientations de principe (comme par exemple l'affirmation – au demeurant historiquement contestable[53] – que « la protection des minorités nationales et des droits et libertés des personnes appartenant à ces minorités fait partie intégrante de la protection internationale des droits de l'homme et, comme telle, constitue un domaine de la coopération internationale »[54]) ainsi que la

[52] Mis en place par le Comité des Ministres le 4 novembre 1993, dans le but de concrétiser la demande des chefs d'Etats et de gouvernements énoncée à Vienne le mois précédent, il s'intitule Comité ad hoc pour les minorités nationales (CAHMIN).

[53] Puisque la protection internationale des minorités est antérieure à la protection internationale des droits de l'homme.

[54] Article 1er, § 1 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales du 1er février 1995, STCE nº 157. A comparer avec le texte de l'article premier du projet de la Commission de

plupart des dispositions, à la notable exception de la définition de ce qu'est une minorité nationale !

Ainsi, si la Commission n'a pas elle-même formellement rédigé le texte qui donnera le fondement à la Convention-cadre de 1995, son projet de 1991 a, nous y reviendrons dans notre conclusion, fait plus que jeter les bases du texte conventionnel.

## 2.2. L'évaluation des législations nationales relatives aux minorités

Comme le prévoit son statut, « la Commission formule des avis sur demande de l'Assemblée parlementaire, du Secrétaire général, ainsi que de tout Etat membre du Conseil de l'Europe […] »[55]. Elle sera ainsi amenée à se prononcer sur le cadre juridique relatif à la protection des minorités au sein de dix « Etats »[56]. Ses avis concernent tant des Etats membres[57] que des « Etats » non-membres[58]. Cinq d'entre eux ont été rendus sur la demande de « l'Etat » concerné lui-même[59], cinq sur demande de l'Assemblée parlementaire, que ce

Venise, lequel se lit comme suit : « La protection internationale des droits des minorités ethniques, linguistiques et religieuses, ainsi que les droits des personnes appartenant à ces minorités, telle que garantie par la présente Convention, est une composante essentielle de la protection internationale des droits de l'homme et, comme telle, est un domaine de la coopération internationale ».

55 Article 2 § 2 de la Résolution (90) 6 du 10 mai 1990. Le paragraphe 3 de cet article étend la possibilité à des Etats non membres du Conseil de l'Europe de formuler une telle requête, par l'intermédiaire du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

56 La demande formulée par le ministre chargé de la protection des droits des groupes nationaux et ethniques de la République du Monténégro en novembre 2003 ne peut véritablement être assimilée à une demande d'un Etat, le Monténégro étant à cette date clairement une République de la Fédération de Serbie-Monténégro. Cette question n'est cependant pas même soulevée par l'avis rendu en 1994 par la Commission de Venise (CDL-AD (2004) 026 (www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-AD(2004)026-f.asp). Signalons encore l'avis rendu à propos « des groupes de personnes auxquels la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales pourrait s'appliquer en Belgique adopté par la Commission lors de sa 50e session plénière (Venise, 8-9 mars 2002) », que nous classons tant dans la présente catégorie que dans celle des avis interprétatifs (voir ci-dessous).

57 Hongrie (1993 et 2001), Moldova (1999), Belgique (2002), Croatie et Lituanie (2003), Ukraine et Roumanie (2005).

58 Moldova (1993), Croatie (1996), Bosnie-Herzégovine (2001) et Monténégro (2004, voir note 56). Des avis concernant certains Etats ont été rendus tant préalablement à leur adhésion que postérieurement à celle-ci, raison pour laquelle ils apparaissent dans les deux catégories.

59 Hongrie, en 1993 et 2001, Lituanie en 2003, Monténégro (voir note 56) en 2004, Ukraine et Roumanie en 2005.

soit préalablement à l'adhésion[60], ou postérieurement à celle-ci, dans le cadre du contrôle du respect des engagements pris au moment de l'adhésion[61]. La demande relative à la Belgique a été formulée par l'Assemblée à la demande de députés belges francophones, relayés par une majorité de membres de la Commission des affaires juridiques de l'Assemblée.

Soulignons enfin le mode de saisine particulier pour ce qui a concerné le projet de loi relatif aux communautés et minorités nationales en Bosnie-Herzégovine, puisque celui-ci a été demandé par le Bureau du haut-représentant, fonction internationale liée à la mise en œuvre des Accords de Dayton sur le territoire de la Bosnie. Ce dernier cas illustre tant l'ouverture dont à fait tout au long de son existence preuve la Commission de Venise dans sa collaboration avec des institutions ou Etats n'ayant pas de lien direct avec le Conseil de l'Europe, que la reconnaissance par la Communauté internationale de la pertinence et de l'importance du rôle joué par cette Commission dans des situations politiquement complexes.

Sans pouvoir nous livrer, faute de place, à une analyse détaillée du contenu de ces différents avis, soulignons à leur propos trois éléments qui nous paraissent significatifs pour caractériser le rôle de la Commission de Venise en l'espèce.

Premièrement, constatons que cette modalité d'action revient à « l'approche classique » – celle qui a prévalu dans le cadre de la Société des Nations – de la question des minorités, c'est-à-dire à un examen de la situation de certaines minorités dans certains pays, au cas par cas. Ce qui n'empêche pas que des éléments juridiques communs puissent se dégager de la lecture combinée de ces avis, comme nous allons le voir.

Deuxièmement, et selon une interprétation stricte de son mandat par la Commission, c'est dans le cadre d'une protection des minorités selon les mécanismes de l'Etat de droit que s'inscrivent les avis de la Commission. Ce qui ne limite néanmoins pas l'examen aux dispositions qui peuvent être invoquées

---

60 Moldova (1993), Croatie (1996). Il est depuis 1951 acquis que les adhésions au Conseil de l'Europe ne peuvent se faire qu'après que l'Assemblée parlementaire a rendu un avis positif concernant l'Etat candidat. Cependant, depuis 1993, l'adhésion conditionnelle d'Etats membres est devenue la règle. Ainsi dans son avis positif relatif à la candidature d'un Etat, l'Assemblée constate que certains éléments posent encore problème au regard des standards européens, et prend acte de l'engagement unilatéral de l'Etat candidat à se conformer dans les meilleurs délais à ces divers standards ; sur la base de ces engagements précis, l'Assemblée parlementaire se déclare alors favorable à l'adhésion de l'Etat candidat. L'Assemblée qui ensuite souhaite contrôler le respect de ces engagements a donc mis au point une procédure de suivi qui lui permet d'engager des actions pour vérifier la satisfaction effective des engagements contractés (voir notamment la Résolution 115 (1997) amendée par la Résolution 1431 (2005), laquelle institue une Commission pour le respect des obligations et engagements des Etats membres du Conseil de l'Europe).

61 Moldova (1999), Croatie (2003).

devant les juridictions, puisque la Commission traite également dans une majorité de ses avis en la matière de dispositions qui, par exemple, visent à assurer une participation équitable de groupes minoritaires aux processus décisionnels.

Troisièmement, la procédure d'avis dans ces cas s'apparente plus à un dialogue, s'inscrivant dans la durée, qu'à la seule analyse statique de dispositions législatives. Le dialogue se noue tant avec les différents acteurs concernés dans le pays à propos duquel doit être rendu l'avis (autorités gouvernementales, mais aussi membres du Parlement ou instituts spécialisés dans la protection des minorités, ainsi que représentants de groupes minoritaires eux-mêmes) qu'entre les membres de la Commission. Ainsi les rapporteurs désignés par la Commission se rendent dans le pays en question pour rencontrer les acteurs et comprendre les enjeux. Quant au dialogue entre membres de la Commission, il se manifeste – outre les discussions en séance ou autour dont il n'existe pas de compte-rendu détaillé – par des commentaires écrits nominalement signés et rendus publics. C'est de ce dialogue qu'émerge (ou parfois n'aboutit pas) le texte de l'avis que la Commission adopte ensuite en séance plénière. Ainsi, outre la dimension normative qui peut être attachée au texte de l'avis adopté, cette procédure d'avis s'inscrit aussi dans une procédure de dialogue politique dont la valeur, même si nous n'avons la place d'en traiter plus en détail ici, ne doit pas être sous-estimée.

Quant au fond, ces avis insistent tout d'abord sur les possibles conséquences, principalement en relation avec les exigences d'un Etat de droit, que pourra avoir la mise en œuvre des dispositions soumises à l'examen des membres de la Commission. Ainsi les avis sont attentifs à la nécessité de ne pas garantir les droits des personnes appartenant à un groupe minoritaire au détriment des droits de personnes appartenant à un tel groupe mais souhaitant jouir, à égalité avec les autres citoyens, du droit commun à tous les citoyens. A l'inverse, les avis de la Commission mettent toujours en exergue les possibilités que les textes législatifs laissent aux autorités pour apporter des dérogations aux droits garantis aux minorités, soulignant le danger qu'un texte positif dans son contenu puisse être privé de ses effets par des décisions ultérieures des autorités administratives ou politiques. Enfin, l'existence de mécanismes juridictionnels effectifs qui pourront garantir le respect des droits énoncés est également toujours soulignée comme constituant une partie intégrante et nécessaire d'une protection d'une minorité.

Les autres éléments relèvent des situations particulières à chaque texte soumis à examen, et nous n'en traiterons pas dans cette brève contribution.

## 2.3. L'adoption d'avis interprétatifs d'autres textes conventionnels du Conseil de l'Europe

La capacité de formuler des avis reconnue à la Commission par l'article deux paragraphe deux de la Résolution du Conseil des Ministres l'instituant ne concerne pas les seules situations nationales. Ainsi à plusieurs reprises, la Commission sera appelée à rendre des avis interprétant le sens ou la portée de dispositions d'autres textes conventionnels adoptés dans le cadre du Conseil de l'Europe[62]. Trois cas particuliers ont été soumis à l'attention des membres de la Commission et ont donné lieu à l'adoption d'avis ; deux en 1996, un en 2002.

La première demande émane de la Commission des Affaires juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et concerne l'interprétation de l'article 11 du projet de Protocole additionnel à la CEDH annexé à la Recommandation 1201 de l'Assemblée parlementaire[63]. Le cas est un peu particulier, dans la mesure où il ne s'agit pas d'un texte conventionnel adopté par les Etats membres du Conseil de l'Europe, mais d'un texte sans valeur juridique contraignante propre, adopté par la seule Assemblée parlementaire ; mais dans la mesure où d'une part l'Assemblée parlementaire s'y réfère dans les avis qu'elle rend dans le cadre de la procédure d'adhésion de nouveaux Etats membres, et qu'elle exige sur cette base de ceux-ci un engagement unilatéral à respecter les principes contenus dans cette Recommandation 1201, et que d'autre part plusieurs accords bilatéraux entre Etats membres du Conseil s'y réfèrent également, le texte de cet article sans portée juridique propre n'en produit pas moins des effets juridiques.

Comme le souligne la Commission, « les Etats semblent en effet craindre que le droit de disposer d'administrations locales ou autonomes appropriées,

---

62 Ces avis interprétatifs, rendus principalement dans le domaine de la protection des minorités, sont considérés comme une des contributions majeures de la Commission de Venise au fonctionnement du Conseil de l'Europe. Ainsi dans le cadre des réflexions sur le rôle du Conseil de l'Europe au-delà de son cinquantième anniversaire, les Etats membres avaient mandaté un « Comité des sages », lequel dans son rapport final rendu au Comité des Ministres en octobre 1998, « estime qu'il serait utile à l'avenir que les conventions du Conseil de l'Europe contiennent des dispositions précises concernant leur interprétation. La possibilité de demander à la Commission de Venise, si besoin en est, de donner des avis non contraignants sur l'interprétation des conventions existantes dépourvues de mécanismes d'interprétation propres doit être prise en considération. En effet, dans le passé, la Commission de Venise a déjà répondu à plusieurs demandes d'avis juridiques de la part de commissions de l'Assemblée parlementaire ». (*Rapport final au Comité des Ministres (CM(98)178)*, Strasbourg, 20 octobre 1998, § 13). L'Assemblée parlementaire reprendra et étendra l'idée, en proposant dans sa *Recommandation 1458 (2000)* la création d'une « autorité judiciaire générale » en vue de permettre « une interprétation et une application uniforme des conventions du Conseil de l'Europe dans les différents Etats membres. »

63 Dont le texte est cité supra, au point 2.1.

combiné avec le droit de contacts transfrontaliers (article 10 de la proposition de Protocole), puisse promouvoir des tendances sécessionnistes. […] la sensibilité à l'égard d'une autonomie quelconque de minorités nationales est encore trop forte dans nombre d'Etats : on craint la spirale autonomie culturelle, autonomie administrative, sécession »[64]. Outre une interprétation détaillée des termes de ce projet d'article, de laquelle il ressort notamment que « la possibilité d'une application de l'article 13[65] combiné avec l'article 11 de la Recommandation 1201 ne saurait être exclue » ; ce qui pourrait alors signifier que dans une région dotée d'une autonomie institutionnelle en faveur du groupe – minoritaire au niveau national mais relativement majoritaire dans l'aire dans laquelle des institutions autonomes existent – les personnes appartenant au groupe majoritaire au niveau national mais se retrouvant en situation minoritaire au regard des institutions territoriales dominées par le groupe minoritaire, pourraient elles-mêmes exiger une autonomie institutionnelle pour défendre leurs droits… Si nous n'avons aucune difficulté à adhérer à pareil avis sur le fond, il nous paraît cependant que la mise en œuvre d'une telle règle se révélerait extrêmement complexe, voire source d'instabilité institutionnelle, toute solution selon ce paramètre étant probablement génératrice d'une nouvelle situation justifiant protection.

Mais surtout, la Commission note que « le droit international ne saurait en principe imposer aux Etats des solutions territoriales au problème des minorités et que ceux-ci ne sont en principe pas tenus d'instituer des formes de décentralisation en leur faveur » et qu'en conséquence, « compte tenu de l'état actuel du droit international, une approche extensive du droit des minorités de disposer d'administrations locales ou autonomes n'est possible qu'en présence d'un instrument de droit international contraignant, ce qui n'est pas le cas en l'espèce ». De plus, la Commission prend soin de préciser, pour ce qui concerne le droit international positif applicable en Europe, que « pour la Convention-cadre [pour la protection des minorités nationales], la participation aux affaires publiques est avant tout une question d'autonomie personnelle et non d'autonomie locale », et que par ailleurs, « l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme n'a pas, non plus, laissé entendre que des dispositions de celle-ci pourraient être utilisées pour revendiquer un droit à un statut spécial. » Ainsi selon la Commission de Venise, la portée de cet article 11 doit être interprétée, au regard du droit international existant, d'une manière extrêmement restrictive.

---

64 CDL-INF (96) 4, 22 mars 1996, p. 5. L'article 10 mentionné est celui du projet annexé à la Recommandation 1201 de l'Assemblée parlementaire.

65 Lequel se lit comme suit : « L'exercice des droits et libertés énoncés dans ce Protocole s'applique intégralement aux personnes appartenant à un groupe majoritaire dans l'ensemble de l'Etat, mais minoritaire dans une ou plusieurs de ses régions. »

En 1996 également, la même Commission de l'Assemblée parlementaire sollicite la Commission de Venise pour savoir « s'il est possible de parvenir à un noyau dur de droits dans la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires, susceptibles d'être acceptés par tous les Etats contractants à la Convention ». Il faut à ce propos savoir que cette Charte, dans le but de faciliter son acceptation par les Etats membres du Conseil de l'Europe, permet à ceux-ci de n'accepter, à l'exception d'un article 7 indiquant les objectifs et principes selon lesquels les Etats parties fondent leur politique relative aux langues régionales ou minoritaires[66], que certaines des dispositions précises énoncées dans la Partie III[67], selon une mécanique d'*opting-in*[68]. Cette demande fait écho à un commentaire que la Commission de Venise avait formulé à propos de cette Charte dans son avis, rendu en novembre 1991 sur le projet de texte et dans lequel, tout en apportant son appui au projet et à sa finalité, la Commission observait que « le dispositif prévu à l'article 3 est très souple afin d'être accepté par un grand nombre d'Etats. Cependant, comme elle estime que les droits des personnes appartenant à des minorités revêtent

---

66 Ces principes sont :
« a. la reconnaissance des langues régionales ou minoritaires en tant qu'expression de la richesse culturelle ;
b. le respect de l'aire géographique de chaque langue régionale ou minoritaire, en faisant en sorte que les divisions administratives existant déjà ou nouvelles ne constituent pas un obstacle à la promotion de cette langue régionale ou minoritaire ;
c. la nécessité d'une action résolue de promotion des langues régionales ou minoritaires, afin de les sauvegarder ;
d. la facilitation et/ou l'encouragement de l'usage oral et écrit des langues régionales ou minoritaires dans la vie publique et dans la vie privée ;
e. le maintien et le développement de relations, dans les domaines couverts par la présente Charte, entre les groupes pratiquant une langue régionale ou minoritaire et d'autres groupes du même Etat parlant une langue pratiquée sous une forme identique ou proche, ainsi que l'établissement de relations culturelles avec d'autres groupes de l'Etat pratiquant des langues différentes ;
f. la mise à disposition de formes et de moyens adéquats d'enseignement et d'étude des langues régionales ou minoritaires à tous les stades appropriés ;
g. la mise à disposition de moyens permettant aux non-locuteurs d'une langue régionale ou minoritaire habitant l'aire où cette langue est pratiquée de l'apprendre s'ils le souhaitent :
h. la promotion des études et de la recherche sur les langues régionales ou minoritaires dans les universités ou les établissements équivalents ;
i. la promotion des formes appropriées d'échanges transnationaux, dans les domaines couverts par la présente Charte, pour les langues régionales ou minoritaires pratiquées sous une forme identique ou proche dans deux ou plusieurs Etats ». (article 7 § 1 de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires).

67 L'article 2 § 2 de la Charte se lit comme suit : « En ce qui concerne toute langue indiquée au moment de la ratification, de l'acceptation ou de l'approbation, conformément à l'article 3, chaque Partie s'engage à appliquer un minimum de trente-cinq paragraphes ou alinéas choisis parmi les dispositions de la Partie III de la présente Charte, dont au moins trois choisis dans chacun des articles 8 et 12 et un dans chacun des articles 9, 10, 11 et 13 ».

68 Sur ce mécanisme et ses implications sur le droit conventionnel du Conseil de l'Europe, notamment cette Charte, voir N. Levrat, « De quelques particularités… », cité supra note 1.

un aspect de droits fondamentaux, elle aurait préféré une solution allant plus loin et s'appliquant au plus grand nombre possible de langues minoritaires et, de préférence, à toutes »[69].

En 1996 pourtant, la Commission constatera que « le concept d'un noyau dur, tel qu'envisagé par l'Assemblée parlementaire, s'avère être étranger à l'esprit et au système de fonctionnement de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires », tout en soulignant que le contenu de l'article 7 de cette Charte constitue en soi un « noyau dur ». Et enfin qu'en matière de droits linguistiques, les articles 5.1, 6, 9.1, 10-14 et 17 de la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales constituent par ailleurs en Europe un noyau dur de droits linguistiques[70]. Ainsi, tout en limitant la portée de cette Charte pour une protection étendue des droits des minorités, elle n'en confirme pas moins qu'« en dépit de l'objectif affirmé par ses auteurs dans le rapport explicatif, la Charte est en fait souvent considérée aussi bien au sein du Conseil de l'Europe qu'en dehors de celui-ci comme un instrument fondamental pour la protection des minorités », et que, comme elle l'exprimait dans son avis de 1991, « ces deux méthodes différentes [celle de la Convention-cadre (ou du projet de la Commission de Venise de 1991) et celle de la Charte] pour apporter une solution à la situation des minorités se complètent harmonieusement ».

En 2002 enfin, la Commission est saisie par la Commission des Droits de l'Homme de l'Assemblée parlementaire, d'une demande d'avis « sur les groupes de personnes auxquelles pourrait s'appliquer la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales en Belgique »[71]. Cette demande d'avis portant sur un cas très particulier offre à la Commission de Venise une occasion de revenir sur la définition des minorités nationales qui doivent bénéficier de la protection des dispositions de la Convention-cadre. En effet, une des principales critiques formulée à l'égard de cette Convention est l'absence de définition des minorités nationales auxquelles elle a potentiellement vocation à s'appliquer. Ce qui a conduit bon nombre d'Etats à énoncer, par le biais d'une déclaration, leur propre définition de ce qu'il convient d'entendre par minorité nationale[72], ou à énumérer exhaustivement les minorités nationales

---

69 « Avis sur le projet de Charte européenne des langues régionales ou minoritaires adopté par la Commission européenne pour la démocratie par le droit lors de sa 9e réunion », 23 novembre 1991, *CDL(1991)20*, § 6.

70 Conclusion de « l'avis sur les dispositions de la Charte européenne des langues régionales ou minoritaires qui devraient être acceptées par tous les Etats contractants », *CDL-INF (1996)3*, adopté le 22 mars 1996.

71 Demande du 4 octobre 2001; Avis du 9 mars 2002, *CDL-AD(2002)001*.

72 C'est le cas de l'Autriche, de l'Estonie, du Luxembourg, de la Pologne, de la Suisse et de l'ERYM.

qui se trouvent sur leur propre territoire[73]. La Commission de Venise va donc, par le biais de ce cas particulier et sur la base d'une interprétation téléologique de la Convention[74], proposer une définition générale des minorités qui « méritent »[75] une protection. Ce faisant, la Commission va énoncer deux principes des plus intéressants.

Premièrement, elle va insister sur le fait que le seul critère numérique est loin d'être suffisant pour déterminer les groupes nécessitant une protection au sens de la cette Convention-cadre, et que notamment, « aux yeux de la Commission, il faut exclure du domaine d'application de la Convention-cadre les groupes de personnes qui, bien qu'inférieurs en nombre au reste ou à d'autres groupes de population, occupent, *de jure* ou *de facto*, une position dominante ou codominante »[76]. Par contre, la Commission indique aussi que « dans le contexte de la décentralisation, l'existence d'une « minorité nationale » au sens de la Convention-cadre et, en particulier, la question de savoir si un groupe est dominant ou codominant, doivent être évalués à la fois au niveau de l'Etat et à celui des collectivités territoriales »[77], ce qui à l'évidence ne découle pas nécessairement du libellé des dispositions de la Convention-cadre. Ainsi, par les éléments d'appréciation d'une situation nationale particulière, celle de la Belgique, la Commission propose de fournir « une méthodologie » dont le champ d'application et la portée dépassent de loin la question soumise à son examen[78].

Ainsi, par l'entremise de ces questions d'interprétation précises qui lui sont soumises, la Commission de Venise en profite pour délimiter la portée et le champ d'application des instruments conventionnels du Conseil de

---

73 Danemark, Allemagne, Slovénie, Suède et Liechtenstein. Notons que le Liechtenstein et le Luxembourg déclarent unilatéralement qu'en conséquence de la définition qu'ils retiennent des minorités nationales, aucun groupe de population correspondant à leurs critères ne se trouve sur leur territoire ; ce qui manifestement constitue une réserve contraire à l'objet et au but du Traité au sens de l'article 20 de la Convention de Vienne sur le droit des Traités. Voir sur ce point l'article de Frowein, Jochen & Bank, Roland, « The Effect of Member States' Declarations Defining ‹National Minorities› upon Signature or Ratification of the Council of Europe Framework Convention », *ZaöRV*, 1999, pp. 649 ss.

74 Expressément revendiquée au § 6 de l'avis cité.

75 Terme des plus discutables qui est utilisé par la Commission, toujours au § 6 de son avis cité.

76 Paragraphe 7 de l'avis cité. Selon ce même avis, « les situations de « position codominante » sont caractéristiques des Etats composés de plusieurs groupes ethniques – dont l'un est supérieur, ne fût-ce que légèrement, en nombre – gérant ensemble et sur un pied d'égalité les principaux éléments structurels de l'Etat ». (§ 8 de l'avis). Ce qui bien évidemment s'applique aux francophones en Belgique (voir § 43 de ce même avis).

77 Paragraphe 41 de l'Avis cité.

78 Même si dans ce même paragraphe dans lequel elle annonce la prétention méthodologique de son avis, la Commission précise que « les conclusions auxquelles elle parviendra ne s'appliquent qu'au cas belge. » (§ 4 de l'avis cité). Précaution de langage qui ne trompera personne.

l'Europe, et offrir sa vision des conditions et modalités d'une protection des minorités en Europe. Il s'agit certainement d'une contribution substantielle.

## 2.4. Les études thématiques

La Commission va aussi procéder, principalement par la demande de rapports à ses experts désignés par les Etats parties à l'Accord partiel et le cas échéant par l'envoi de questionnaires aux Etats membres du Conseil de l'Europe, à un certain nombre d'études relatives à différentes modalités de la protection des minorités en Europe. Ainsi dès 1991, des travaux sont entrepris sur le fédéralisme et la protection des minorités[79], sur la participation des minorités aux institutions démocratiques[80], les autonomies locales, l'intégrité territoriale et la protection des minorités[81], le droit électoral et les minorités nationales[82], le cadre juridique général de référence pour faciliter la solution des conflits ethno-politiques en Europe[83] et le traitement préférentiel des minorités nationales par la Nation-mère[84]. Actuellement, la question de l'application possible des mécanismes de protection des minorités au bénéfice de personnes non-citoyennes est en cours d'étude[85].

Ces différentes études transversales contribuent indiscutablement à la réflexion académique et au développement d'un droit des minorités en Europe. Cependant, pour intéressant que soit leur contenu, ces travaux ne se distinguent pas qualitativement des travaux de sociétés savantes ou de groupes spécialisés dans la promotion du droit des minorités (par exemple, et de longue date, les travaux remarquables du *Minority Rights Group).* Ainsi, si ces études et travaux servent de terreau à l'activité plus spécifique de la Commission de Venise, et qu'ils ont de par leur nature suscité l'intérêt de la

---

79 Lesquels aboutiront à une publication en 1994 d'un document sur la protection des minorités dans les Etats fédéraux et régionalisés (CDL-MIN (1994)007). Voir aussi sur cette question, N. Levrat, « La protection des minorités dans les systèmes fédéraux », *Revue Trimestrielle des Droits de l'Homme*, N° 30 (1997), pp. 229-271.

80 Etude réalisée par Stéphane Pierré-Caps et publiée en 1993 (CDL-MIN(1993)002). Les travaux et consultations se poursuivront jusqu'en 1998, date à laquelle sera publiée une « note de synthèse » sur la question (CDL-MIN(1998)001). En 2005, un « Rapport sur les règles électorales et les actions positives en faveur de la participation des minorités nationales aux processus de décision dans les pays européens a été adopté (CDL-AD(2005)009).

81 CDL-STD(1996)016.

82 CDL-MIN(1999)001.

83 CDL-INF(2000)016.

84 Un projet de Rapport a été adopté en 2001 (CDL(2001)097). Les travaux se sont poursuivis, mais aucun document final public n'a été adopté.

85 Une table-ronde s'est tenue sur cette question en juin 2006 à Genève; les travaux se poursuivent.

Communauté académique qui y trouve un matériau riche et de qualité, ils ne constituent pas à notre sens une contribution décisive, en tant que tels, au développement du droit des minorités par la Commission de Venise. En tout cas pas à un titre comparable aux trois autres modalités de contribution décrites ci-dessus.

## Conclusion : une dimension vénitienne du droit européen des minorités ?

A l'heure d'un bilan, loin d'être définitif – même si cette question ne semble pas aujourd'hui en Europe, avec la notable exception de certains territoires des Balkans et, le cas échéant certaines situations en (ou autour de la) Turquie, d'une même actualité qu'elle ne le fut dans les années nonante du siècle dernier – de la contribution de la Commission de Venise au développement d'un droit des minorités en Europe, nous souhaitons mettre en évidence une contribution plus essentielle que toutes les autres, de l'activité de la Commission de Venise sur le développement de ce droit. Tellement centrale et structurelle pour ce qui concerne ce droit, qu'elle n'est à notre avis pas suffisamment mise en évidence par les analyses.

Nous avons certes montré ci-dessus que les actions de la Commission ont été multiformes et ont concerné un nombre important de situations les plus diverses. Pourtant, ce qu'il nous paraît essentiel de retenir c'est la volonté, dès l'origine de ses travaux en la matière, de la Commission de Venise de proposer une approche normative globale à la question de la protection des minorités. Prenant l'exact contre-pied de l'Assemblée générale de l'ONU qui, lorsqu'elle se prononça sur la question en 1948 constatait « qu'il est difficile d'adopter une solution uniforme de cette question complexe et délicate qui revêt des aspects particuliers dans chaque Etat où elle se pose », la Commission de Venise essaie au contraire dans son projet de Convention de 1991 de « fournir une réponse globale à toutes les situations concernant les minorités »[86]. Cette première proposition de texte conventionnel ne sera certes pas formellement à la base des textes conventionnels finalement acceptés par les Etats membres du Conseil de l'Europe. Mais la conception selon laquelle une solution normative globale aux questions soulevées par la protection des minorités pouvait être apportée – en totale rupture avec les acquis antérieurs d'un droit des minorités – exercera une influence majeure sur les autres acteurs, notamment

[86] Description de sa propre proposition de Convention dans l'avis que la Commission rend concernant la Charte européenne de l'autonomie locale (CDL(1991)20, § 5).

l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, et surtout les chefs de gouvernement réunis à Vienne à l'automne 1993. Lesquels instruiront ainsi sans hésitation le Comité des Ministres « de rédiger à bref délai une convention-cadre précisant les principes que les Etats contractants s'engagent à respecter pour assurer la protection des minorités nationales »[87]. Ce qui conduira au premier instrument conventionnel posant des principes juridiques globaux applicables à la protection des minorités. C'est une véritable révolution dans la conception même du droit des minorités, et c'est à la Commission de Venise qu'elle est due. Cela est sa contribution majeure.

Ce qui ne doit cependant pas conduire à négliger les autres éléments substantiels que la Commission a permis d'apporter au développement de ce droit par l'adoption de ses différents avis sur des questions plus concrètes. De ce point de vue, il est étonnant de noter que la Commission de Venise a toujours souligné et privilégié la dimension des droits fondamentaux liés à la protection des minorités, alors que son mandat initial et sa composition auraient pu la porter à prendre en considération des solutions constitutionnelles plus larges, réalisant une protection effective des droits des groupes minoritaires hors de l'attribution de droits subjectifs aux individus membres d'un groupe minoritaire. Ce ne sera pas le cas. Au contraire, comme cela ressort de son avis « sur les groupes de personnes auxquelles pourrait s'appliquer la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales en Belgique », la Commission considère – sans que cela ne ressorte nullement de la lettre des textes adoptés – que les personnes appartenant à un groupe de population auquel les agencements constitutionnels au sein de l'Etat offrent des garanties de participation effective et paritaire aux processus décisionnels, ne relèvent alors plus de la question de la protection des minorités. Point de vue tout à fait défendable et cohérent en ce qui concerne la protection effective des droits fondamentaux des personnes appartenant à de tels groupes de populations, mais pas nécessairement évident au regard du mandat initial que l'article premier de la Résolution (90) 6 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe assignait à cette Commission… Il est également vrai que le mandat initial ne mentionnait pas cette question de la protection des minorités, et qu'ainsi cette activité majeure de la Commission de Venise, comme nous avons tenté de le monter dans cette contribution, semble s'être développée en marge des objectifs et des principes directeurs initialement assignés à cette Commission. Avec cependant des résultats probants.

Il est dans cette perspective intéressant de noter que la révision du statut de la Commission, en 2002, bien que « souhaitant développer le Statut de la

87 Déclaration de Vienne, Annexe II.

Commission à la lumière de l'expérience acquise »[88], ne fait toujours aucune mention de la question de la protection des minorités et ne mentionne toujours, comme l'Accord partiel initial, que « les droits et libertés fondamentaux, notamment ceux qui concernent la participation des citoyens à la vie publique », précisément le critère utilisé par la Commission pour exclure, lorsqu'une telle participation est correctement réalisée, du bénéfice des règles du droit des minorités les personnes appartenant à un groupe numériquement minoritaire. Ce dernier constat nous paraît illustrer que, bien que la Commission de Venise ait pour la première fois permis de proposer des principes généraux applicables à la protection des minorités, le traitement de cette question continue à se faire de manière plus pragmatique que strictement normative. Peut-être est-ce d'ailleurs, malgré tout, là le premier principe général applicable au traitement juridique de toutes les situations de groupes minoritaires.

[88] Paragraphe 6 des considérants de la Résolution (2002)3 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 21 février 2002. Le but principal de cette révision est de transformer la Commission de Venise en accord partiel élargi, c'est-à-dire autorisant la pleine association d'Etats non-membres du Conseil de l'Europe. Actuellement, le Chili, le Kirghizstan, le Monténégro et la République de Corée sont ainsi parties à cet Accord partiel. Alors que le Belarus est membre associé et que l'Afrique du Sud (à des conditions particulières), l'Argentine, le Canada, les Etats-Unis d'Amérique, Israël, le Japon, le Kazakhstan, le Mexique, le Saint-Siège et l'Uruguay y ont un statut d'observateur.

# La légitimation de l'Union européenne par les droits fondamentaux

Vincent Martenet

*Professeur à l'Université de Lausanne*

## I. Introduction

L'Union européenne a connu une évolution considérable s'agissant des sources des droits fondamentaux. Cette évolution s'est effectuée *en plusieurs étapes*. D'émanation jurisprudentielle, sous réserve de quelques garanties figurant dans le droit primaire, les droits fondamentaux au sein de l'Union européenne ont progressivement reçu une consécration dans le droit écrit[1]. L'adoption de l'article 6 § 2 du Traité sur l'Union européenne (ci-après « TUE ») représente une étape importante à cet égard.

*La Charte des droits fondamentaux* (ci-après « Charte ») a offert à l'Union européenne son premier catalogue de droits fondamentaux. Parce qu'elle ne constitue pas un instrument juridique contraignant, cette Charte a toutefois soulevé plus d'interrogations et de doutes qu'elle n'a apporté de certitudes. De ce point de vue, l'édifice des droits fondamentaux demeure précaire.

*Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe* (ci-après « TECE »), signé à Rome le 29 octobre 2004, devait bouleverser l'architecture des sources des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne. Ce Traité – pratiquement condamné suite à son rejet par les citoyens français et néerlandais[2] – constitue une œuvre digne d'intérêt, notamment sous l'angle des droits fondamentaux.

La présente contribution cherche à déterminer dans quelle mesure la place faite aux droits fondamentaux dans l'Union européenne contribue à *la légitimation* de celle-ci. Au préalable, nous rappellerons la fonction de légitimation que remplissent les droits fondamentaux dans un Etat ou une union d'Etats (II). Nous examinerons, ensuite, si la seule légitimation des Etats membres d'une telle union est suffisante (III). Puis, nous passerons en revue le triple déficit – qui est, en même temps, un triple défi – auquel est

---

1 Sur cette évolution, voir, pour une synthèse, Joël Rideau, *Droit institutionnel de l'Union et des Communautés européennes*, 5e éd., Paris 2006, pp. 349-370.

2 Lors du Conseil européen des 15 et 16 juin 2006, il a été décidé de poursuivre le processus de réflexion et de consultation sur l'avenir du TECE (voir les conclusions de la présidence, du 16 juin 2006, pp. 16-17). Ni celui-ci, ni le mot « Constitution » ne sont cependant mentionnés dans la Déclaration de Berlin du 25 mars 2007. En vertu de l'accord trouvé lors du Conseil européen des 21 et 22 juin 2007, une conférence intergouvernementale sera chargée de préparer un *Traité modificatif* destiné à remplacer le TECE.

confrontée l'Union européenne en matière de droits fondamentaux (IV). Enfin, nous conclurons par quelques remarques sur la pleine réalisation d'*une Union de droit* (V). En insistant sur la place qui doit être faite aux droits fondamentaux dans l'Union européenne, nous souhaitons rendre hommage au Professeur – et maintenant Juge – Giorgio Malinverni, défenseur infatigable de ces droits, dont nous fûmes l'assistant et pour lequel nous avons la plus haute estime.

## II. La fonction de légitimation des droits fondamentaux

Dans une optique *juridique*, les droits politiques conférés aux citoyens et les droits fondamentaux reconnus aux particuliers contribuent à asseoir la légitimité d'une collectivité[3]. Cette remarque vaut aussi bien pour les Etats membres de l'Union européenne que pour cette dernière. Les droits politiques et les droits fondamentaux remplissent ainsi une fonction commune. Cela ne signifie toutefois pas que les uns et les autres entretiennent toujours des relations harmonieuses. Les droits fondamentaux limitent parfois les droits politiques, comme l'a confirmé le Tribunal fédéral suisse le 9 juillet 2003, en interdisant le vote populaire par les urnes sur les demandes de naturalisation des étrangers à Emmen[4] ainsi qu'à Zurich[5].

La faculté de contester l'activité d'une collectivité sous l'angle des droits fondamentaux ainsi que l'examen d'une telle contestation par un tribunal indépendant et impartial sont de nature à légitimer cette collectivité. Il s'agit là du paradoxe classique des droits fondamentaux et de la justice constitutionnelle. En assurant le respect des droits fondamentaux, le juge constitutionnel ou communautaire fournit en réalité une contribution essentielle à *la légitimité* de l'activité des institutions de l'Union et des Etats membres[6]. Or

---

3 Sur la problématique de la légitimation de l'Union, voir notamment Paul Magnette, « Will the EU be more legitimate after the Convention ? », in : J. Shaw / P. Magnette / L. Hoffmann / A. Vergés Bausili, *The Convention on the Future of Europe – Working Towards an EU Constitution*, Londres 2003, pp. 21-41. Voir également Renaud Dehousse, « Naissance d'un constitutionnalisme transnational », *Pouvoirs* n° 96 (2001), pp. 19-30, 30, qui semble toutefois mettre l'accent sur les droits politiques.

4 ATF 129 I 217 *A.*, SJ 2004 I 181.

5 ATF 129 I 232 *UDC, section de la Ville de Zurich*, SJ 2003 I 513.

6 Voir, par exemple, Beate Rudolf, note in : *1 International Journal of Constitutional Law (I·CON)* 2003, pp. 135-141, 140 ; comp. également Juliane Kokott / Alexandra Rüth, « The European Convention and its Draft Treaty establishing a Constitution for Europe : Appropriate answers to the Laeken questions ? », *CMLR* 40 (2003), pp. 1315-1345, 1330 et surtout 1343. Dans le même sens, mais au niveau étatique, Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. I, Berne 2000, p. 633, n° 1793 (passage non repris dans la 2e édition de l'ouvrage).

cette légitimité paraît indispensable à la construction européenne ainsi qu'à sa poursuite[7]. La confiance des citoyens européens en l'Union européenne et ses institutions, organes et organismes requiert certainement une protection effective de leurs droits fondamentaux[8]. De nos jours, la légitimation d'un Etat ou d'une union d'Etats par les droits fondamentaux suppose la mise en place du triptyque suivant: catalogue des droits fondamentaux, protection effective au plan interne et protection effective de ces droits par un organe juridictionnel externe. La notion de «protection» est entendue ici dans un sens large et englobe tant le respect et le contrôle que la mise en œuvre.

A l'inverse, l'absence de caractère contraignant de la Charte et les défauts actuels de la protection juridictionnelle des droits fondamentaux dans l'Union européenne donnent à penser que ces derniers ne sont pas entièrement pris au sérieux[9]. L'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, du 26 août 1789, proclamait que «toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution». A l'aune de ce texte majeur, l'existence d'*une Constitution européenne* suppose la protection effective des droits fondamentaux.

## III. La légitimation de l'ensemble par les composantes

Dans une union d'Etats, la protection des droits fondamentaux au sein de ces derniers contribue à légitimer l'union elle-même. L'Union européenne ne fait pas exception à cet égard. Ainsi les Etats qui rejoignent l'Union européenne sont-ils tenus de protéger les droits fondamentaux[10]. Au reste, tous les Etats membres de l'Union européenne ont ratifié la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après «CEDH») et mis en place des procédures internes de protection des droits fondamentaux.

Le fait que les Etats membres de l'Union européenne respectent, protègent et mettent en œuvre les droits fondamentaux contribue certes à la légitimation de cette dernière. Cela ne suffit cependant pas. En effet, *les institutions de l'Union européenne* doivent elles-mêmes être légitimées, compte tenu des pouvoirs étendus dont elles disposent. Ces institutions doivent – elles aussi – respecter, protéger et mettre en œuvre les droits fondamentaux.

---

7 Voir Francis G. Jacobs, «The evolution of the European legal order», *CMLR* 41 (2004), pp. 303-316, 316.

8 Kokott / Rüth (note 6), p. 1343; cf. aussi Robert Badinter, *Une Constitution européenne*, Paris 2002, p. 20; Valéry Giscard d'Estaing, *La Constitution pour l'Europe*, Paris 2003, p. 37.

9 Voir *infra* IV.A.1 et IV.B.1. Du même avis, cf. Joseph H. H. Weiler, «Does the Union Truly Need a Charter of Rights?», *European Law Journal* 2000, pp. 95-97, 96; Rudolf (note 6), p. 139.

10 Articles 49 TUE et I-58 TECE.

Si l'on estimait que seule compte la protection assurée par les Etats, on devrait alors considérer – pour que l'édifice tienne du point de vue des droits fondamentaux – que les institutions de l'Union européenne ne sont que l'émanation des Etats. Logiquement, il faudrait alors admettre un contrôle des actes de ces institutions par la Cour européenne des droits de l'homme, ce qui équivaudrait à une adhésion de fait de la Communauté européenne – voire de l'Union elle-même si la personnalité juridique lui est reconnue[11] – à la CEDH[12]. Une telle adhésion ne résoudrait cependant pas les difficultés qui subsistent dans l'Union européenne quant aux droits garantis, d'une part, et aux mécanismes de protection, d'autre part. Elle ne suffirait dès lors pas, à elle seule, à parachever le processus de légitimation de l'Union européenne par les droits fondamentaux.

# IV. Le triple défi(cit) de l'Union européenne

## A. Le statut de la Charte des droits fondamentaux

### *1. Le déficit actuel*

La Charte est certes un texte important, et son adoption a réjoui bon nombre d'observateurs de l'Union européenne. Cependant, la seule adoption de la Charte ne représente probablement pas une étape cruciale du processus de constitutionnalisation de la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union, en particulier parce que la Charte *elle-même* est dépourvue de force juridique contraignante[13], même si elle produit d'ores et déjà des effets juridiques[14].

Le fait de dénier intentionnellement une force contraignante à un texte longuement débattu et soigneusement élaboré au sein d'une Convention

---

11 Sur ce point, voir l'article I-7 TECE.

12 Sur cette problématique, voir Giorgio Malinverni, «Le droit communautaire devant la Cour de Strasbourg», in: A. Auer / J.-D. Delley / M. Hottelier / G. Malinverni (éd.), *Aux confins du droit – Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Bâle et al. 2001, pp. 265-291, 287.

13 Hugues Dumont / Sébastien Van Drooghenbroeck, «La contribution de la Charte à la constitutionnalisation du droit de l'Union européenne», in: J.-Y. Carlier / O. De Schutter (dir.), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Bruxelles 2002, pp. 61-96, 91; Emmanuelle Bribosia, «La protection des droits fondamentaux», in: P. Magnette (éd.), *La Constitution de l'Europe*, 2e éd., Bruxelles 2002, pp. 113-134, spécialement 113, 126 et 133. Pour un avis différent, voir Gisella Gori / Fabienne Kauff-Gazin, «Les droits de l'Homme à Nice», in: V. Constantinesco / Y. Gautier / D. Simon (dir.), *Le Traité de Nice*, Strasbourg 2001, pp. 231-257, 256.

14 Voir, parmi de nombreux auteurs, Michel Clapié, *Manuel d'institutions européennes*, 2e éd., Paris 2006, p. 339. Pour une illustration, cf. ci-dessous (fin de la présente section IV.A.1).

donne un signal pour le moins douteux et ambigu sur l'importance attachée à son contenu. Il ne faut pas perdre de vue que la Charte constitue, dans une large mesure, une œuvre de synthèse des droits fondamentaux dont le respect s'impose à l'Union[15] – conformément à la volonté manifestée par les Etats membres lors du lancement du projet d'élaboration de la Charte au Conseil européen de Cologne en juin 1999[16]. Dans cette optique, il est pour le moins paradoxal de se lancer dans un exercice de codification du droit existant, puis de dénier au fruit de cet exercice tout caractère contraignant[17]. La nécessité même de la démarche semble douteuse, à tout le moins d'un point de vue juridique[18]. Aussi nous semble-t-il hautement discutable de prétendre que l'Union est en mesure de tirer une part de sa légitimité d'une telle entreprise[19], fût-elle couronnée de succès.

Par ailleurs, *le catalogue* des droits, libertés et principes figurant dans la Charte ne recèle qu'un potentiel de légitimation réduit, du fait que la CEDH et les constitutions nationales contiennent déjà, dans une large mesure, des droits similaires[20]. En vertu du 5e paragraphe du Préambule de la Charte, le contenu de celle-ci résulte notamment de la CEDH, des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ainsi que de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes et de la Cour européenne des droits de l'homme. Or une compilation, fût-elle soigneusement effectuée, ne saurait constituer l'étape ultime du processus de légitimation de l'Union, même s'il est vrai que toute codification comporte son lot d'innovations[21].

---

15 Voir notamment Jean-François Renucci, *Droit européen des droits de l'homme*, 3e éd., Paris 2002, pp. 450-451, no 252.

16 Voir notamment Rideau (note 1), p. 367; Gori / Kauff-Gazin (note 13), pp. 247 et 251; Neil Walker, «The Charter of Fundamental Rights of the EU: Legal, Symbolic and Constitutional Implications», in: P. A. Zervakis / P. J. Cullen (éd.), *The Post-Nice Process: Towards a European Constitution?*, Baden-Baden 2002, pp. 119-128, 120; Jürgen Zimmerling, «Anhang zu Artikel 6 EUV», in: C. O. Lenz / K.-D. Borchardt (éd.), *EU- und EG-Vertrag – Kommentar*, 3e éd., Cologne et al. 2003, p. 31, no 21.

17 Voir également Renucci (note 15), pp. 26-27, no 14.

18 Franz C. Mayer, «La Charte européenne des droits fondamentaux et la Constitution européenne», *RTDE* 2003, pp. 175-196, 192.

19 D'un autre avis, Jacqueline Dutheil de la Rochère, «La place de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne dans la Constitution européenne», in: G. Cohen-Jonathan / J. Dutheil de la Rochère (dir.), *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruxelles 2003, pp. 229-238, 231.

20 Egalement sceptique sur ce point, Joseph H. H. Weiler, *The constitution of Europe*, Cambridge 1999, pp. 334-335; dans un sens voisin, Francisco Rubio Llorente, «A Charter of dubious utility», *1 International Journal of Constitutional Law (I·CON)* 2003, pp. 405-426, 423. D'un avis différent, Jacqueline Dutheil de la Rochère, «The EU and the individual: Fundamental rights in the Draft Constitutional Treaty», *CMLR* 41 (2004), pp. 345-354, 349-350.

21 Dans ce sens, Walker (note 16), p. 121, à propos de la Charte; Mayer (note 18), pp. 194-196.

La Charte des droits fondamentaux a néanmoins *une valeur symbolique et politique*[22]. Ainsi contribue-t-elle à la promotion des droits fondamentaux dans l'Union, à défaut de légitimer cette dernière. De plus, la Charte leur offre *une lisibilité* et *une visibilité* renforcées au sein de l'Union[23]. Ces apports de la Charte méritent d'être évoqués. Enfin et surtout, certains textes relevant du droit dérivé se réfèrent désormais à la Charte et indiquent même qu'ils la respectent[24]. Dans un tel cas, la Cour de justice des Communautés européennes semble accepter de se fonder sur la Charte[25].

## 2. *Le défi*

Le TECE accorde, quant à lui, une place centrale aux droits fondamentaux et rend contraignante la Charte. Les droits fondamentaux tirent, pour la première fois, leur source d'un instrument *propre* à l'Union, même si de nombreux ponts existent dans la Charte entre celle-ci et d'autres sources, telles que la CEDH[26] ou les traditions constitutionnelles communes aux Etats membres de l'Union[27]. Ces différents aspects sont importants. En particulier, *la force juridique* donnée à la Charte est indiscutablement un apport substantiel du TECE[28].

Pour l'heure, l'Union européenne est confrontée au défi consistant à sortir le TECE de l'impasse dans laquelle il se trouve, en vue de sauver au moins sa deuxième partie, à savoir l'intégration de la Charte dans un texte contraignant. Cet apport du TECE a été bien accueilli et pourrait être sauvé[29]. Lors du Conseil européen des 21 et 22 juin 2007, un accord a été trouvé pour rendre la Charte contraignante, sans toutefois l'intégrer formellement dans un traité. Le Royaume-Uni bénéficiera d'une dérogation.

Si elle y parvient, l'Union fera face à d'autres défis. Le tableau ne sera pas, en effet, idyllique. Ainsi est-il regrettable que la portée de la Charte ait

---

22 Rideau (note 1), p. 368.

23 Voir Dumont / Van Drooghenbroeck (note 13), pp. 86-87.

24 Cf. en particulier le considérant 2 de la directive 2003/86/CE du Conseil, du 22 septembre 2003, relative au droit au regroupement familial (JO 2003 L 251, p. 12).

25 CJCE, arrêt *Parlement c. Conseil* du 27 juin 2006 (GC), C-540/03, points 38 et 58. En outre, l'arrêt *Unibet c. Justitiekanslern* du 13 mars 2007 (GC ; aff. C-432/05) est peut-être annonciateur d'une évolution de la jurisprudence de la CJCE consistant désormais à accepter de se référer à la Charte (voir le point 37 *in fine* de l'arrêt).

26 Article II-112 § 3 TECE.

27 Article II-112 § 4 TECE.

28 Dans ce sens, voir notamment Kokott / Rüth (note 6), p. 1328.

29 Robert Badinter, « Postface », in : C. Kaddous / A. Auer (éd.), *Les principes fondamentaux de la Constitution européenne*, Bâle et al. 2006, pp. 355-358, 357.

été partiellement édulcorée par l'adjonction d'un paragraphe 5 à l'article II-112 TECE qui restreint considérablement la justiciabilité des principes qu'elle contient[30]. Il faut espérer que l'Union et les Etats membres ne profiteront pas de cette clause pour négliger les « principes » figurant dans le Titre IV de la Charte intitulé « solidarité »[31]. Ces principes doivent déployer leurs effets, y compris parfois indépendamment de leur mise en œuvre législative et réglementaire[32]. En particulier, toute opération consistant, pour les juridictions de l'Union, à rechercher *une concordance pratique*[33] entre diverses garanties fondamentales doit tenir compte de ces principes, même s'ils ne sont pas ou que partiellement justiciables. Le renvoi, dans la Charte, aux explications du Praesidium de la Convention constitue une autre modification malencontreuse apportée à ce texte[34]. Un tel renvoi risque d'affecter la vitalité de la Charte[35]. Il appartiendra à la Cour de justice de manœuvrer subtilement afin de ne pas rester prisonnière des explications du Praesidium.

Enfin, même si le Traité modificatif annoncé donnera indiscutablement un nouvel élan aux droits fondamentaux dans l'Union européenne, il nous semble abusif de faire de sa ratification « le couronnement de la constitutionnalisation progressive de la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne »[36]. Il s'agira plutôt d'une étape significative – mais en

---

30 Voir spécialement Olivier Duhamel, *Pour l'Europe – Le texte intégral de la Constitution expliqué et commenté*, Paris 2003, pp. 70-71, 165 et 301; voir également Olivier De Schutter, « Les droits fondamentaux dans le projet européen », in: O. De Schutter / P. Nihoul (coordination), *Une Constitution pour l'Europe*, Bruxelles 2004, pp. 81-117, spécialement 112-114.

31 Sur ce point, voir Duhamel (note 30), pp. 70-71 et 301.

32 Voir aussi Laurence Burgorgue-Larsen, « Ombres et lumières de la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *Cahiers de droit européen* 2004 (nos 5-6), pp. 663-690, 689-690; Emmanuelle Bribosia, « Les droits fondamentaux dans la Constitution de l'Union européenne », in: M. Dony / E. Bribosia (éd.), *Commentaire de la Constitution de l'Union européenne*, Bruxelles 2005, pp. 115-137, 125-126, no 18; Koen Lenaerts / Piet Van Nuffel, *Constitutional Law of the European Union*, 2e éd., Londres 2005, pp. 733-734.

33 Sur cette notion dans le cadre de la Charte des droits fondamentaux, voir Bengt Beutler, « Artikel 6 EU », in: H. von der Groeben / J. Schwarze (éd.), *Kommentar zum Vertrag über die EU und zur Gründung der EG*, 6e éd., Baden-Baden 2003, p. 99, no 64. Voir, par analogie, Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, 2e éd., Berne 2006, p. 123, no 265, à propos du droit international et du droit suisse.

34 5e § du Préambule de la Charte et article III-112 § 7 TECE.

35 Sur ce point, voir Vincent Martenet, « L'émergence d'un ‹ bloc de constitutionnalité › européen en matière de droits fondamentaux », *RSDIE* 2005, pp. 281-313, 303; voir aussi Mehmet Tinc, « L'article I-9 du TECE », in: V. Constantinesco et al. (dir.), *Le TECE – Analyses et Commentaires*, Strasbourg 2005, pp. 349-361, 355.

36 Dans ce sens pourtant à propos du TECE, Bribosia (note 13), p. 123 ainsi que Jean-François Flauss, « Les droits fondamentaux dans la constitution européenne: la constitutionnalisation de la Charte des droits fondamentaux », *Revue des affaires européennes* 2001-2002/6, pp. 703-709, 703. Voir également la note explicative du Praesidium, du 6 février 2003, relative aux articles 1 à 16 du projet de TECE (CONV 528/03, Annexe II, p. 13).

aucun cas ultime – de ce processus[37]. Celui-ci restera inachevé s'agissant des droits fondamentaux, tant que ceux-ci ne bénéficieront pas d'une protection juridictionnelle *pleine* et *effective*.

## B. La protection interne des droits fondamentaux

### *1. Le déficit actuel*

L'effectivité des droits fondamentaux dépend étroitement de la protection juridictionnelle dont ils bénéficient ainsi que de l'accès à la justice des particuliers qui s'estiment victimes d'une violation de leurs droits[38]. La protection de ceux-ci au niveau de l'Union laisse encore à désirer[39]. Ce constat a été établi à maintes reprises. La procédure de recours en annulation sur saisine des particuliers présente d'incontestables lacunes, notamment en ce qui concerne la qualité pour recourir, et n'offre pas une garantie juridictionnelle satisfaisante en matière de droits fondamentaux[40]. En effet, la preuve du fait que le recourant est concerné directement et individuellement est difficile à apporter[41].

La procédure de renvoi préjudiciel ne permet pas non plus de protéger pleinement les droits fondamentaux des particuliers[42]. Ces derniers n'ont pas un contrôle suffisant sur la procédure[43]. Au surplus, la protection des droits fondamentaux dans le troisième pilier, tel qu'issu du Traité d'Amsterdam, présente diverses carences[44]. Or les domaines faisant partie du troisième pilier sont sensibles sous l'angle des droits fondamentaux et le risque d'atteinte

---

37 Sur ce processus, voir notamment Beutler (note 33), pp. 74-75, n^os^ 8-11; Dumont / Van Drooghenbroeck (note 13), notamment pp. 65 et 84.

38 Bribosia (note 13), p. 119.

39 Voir notamment Bribosia (note 13), pp. 119-123; Paweł Filipek, «Protection of Human Rights in the EU – Meeting the Standards of a European Human Rights System?», in: A. Bodnar / M. Kowalski / K. Raible / F. Schorkopf (éd.), *The Emerging Constitutional Law of the European Union*, Berlin et al. 2003, pp. 59-62 et 67.

40 Voir notamment Bribosia (note 13), p. 120 et les références doctrinales; Fabrice Picod, «Les voies juridictionnelles de garantie des droits fondamentaux», in: Cohen-Jonathan / Dutheil de la Rochère (note 19), pp. 241-252, 246-247; Bernadette Lebaut-Ferrarese / Michaël Karpenschif, «La ‹constitutionnalisation› de la Charte: un acte fondamental pour l'Union européenne», in: C. Philip / P. Soldatos (dir.), *La Convention sur l'avenir de l'Europe*, Bruxelles 2004, pp. 125-161, 157.

41 Voir notamment Renucci (note 15), pp. 654-655, n° 428.

42 Voir notamment Bribosia (note 13), p. 121 et les références doctrinales.

43 Voir notamment Renucci (note 15), p. 660, n° 434; Bribosia (note 13), p. 121; Lebaut-Ferrarese / Karpenschif (note 40), p. 157.

44 Voir l'article 35 TUE. Voir Bribosia (note 13), pp. 122-123 et les références; Flauss (note 36), p. 706; Lebaut-Ferrarese / Karpenschif (note 40), pp. 157-158; Henri Labayle, «Architecte ou spectatrice? – La Cour de justice de l'Union dans l'Espace de liberté, sécurité et justice», *RTDE* 2006, pp. 1-46, 35-46.

à ces droits y est élevé. Aussi le droit au juge communautaire en matière de droits fondamentaux demeure-t-il globalement déficitaire[45].

Il est cependant intéressant de noter que l'absence de mécanismes de protection des droits fondamentaux pleinement efficaces a peut-être – encore que cela reste à démontrer – favorisé la marche en avant de la construction européenne. En effet, les droits fondamentaux canalisent et restreignent l'action d'une communauté, même s'ils s'analysent aussi comme des objectifs à atteindre[46], ce qui renvoie à l'idée d'un projet commun. Une certaine indulgence a pu être de mise dans le passé, compte tenu du jeune âge de la Communauté et du fait que son action consistait, dans une très large mesure, à octroyer de nouveaux droits aux particuliers, essentiellement en matière économique. Cela rendait dès lors moins perceptible les carences relatives aux mécanismes de protection des droits fondamentaux.

Devenue adulte et voyant son champ d'action augmenter sans cesse, l'Union ne saurait aujourd'hui opposer la construction européenne à la protection des droits fondamentaux. Il serait erroné d'opposer *intégration* et *légitimation*. L'une ne va, en réalité, pas sans l'autre.

Le TECE apportait diverses améliorations en la matière. Le deuxième paragraphe de l'article III-365 TECE indiquait clairement que la Cour de justice serait notamment habilitée à se prononcer sur les recours pour « violation de la Constitution ». L'article III-369 TECE devait, pour sa part, rendre la Cour de justice compétente pour statuer, à titre préjudiciel, sur l'interprétation de la Constitution ainsi que sur la validité et l'interprétation des actes des institutions, organes et organismes de l'Union. Ainsi, le contrôle devait s'opérer *par rapport à la future Constitution européenne* et donc par rapport aux droits fondamentaux qu'elle consacrait. Cependant, le TECE n'avait pas totalement comblé les lacunes concernant la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union, même si la qualité pour recourir en annulation, prévue à l'article III-365 § 4 TECE, était reconnue de manière plus large aux particuliers s'agissant des actes réglementaires *self-executing*, ce que la doctrine salue unanimement[47]. De plus, le TECE accroissait le contrôle juridictionnel des actes relevant des domaines afférant à l'Espace de liberté, de sécurité et

---

45 Voir notamment Olivier De Schutter, « Les droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam », in : Y. Lejeune (dir.), *Le traité d'Amsterdam*, Bruxelles 1998, pp. 153-187, 167-170 ; Jacqueline Dutheil de La Rochère, « Droit au juge, accès à la justice européenne », *Pouvoirs* n° 96 (2001), pp. 123-141, 136-141 ; Bribosia (note 13), pp. 119-123 ; Dumont / Van Drooghenbroeck (note 13), p. 91.

46 Voir notamment Rubio Llorente (note 20), pp. 417-418 et 426 ; De Schutter (note 30), notamment pp. 114-115.

47 Sur ce point, voir spécialement Kokott / Rüth (note 6), p. 1329 et les références aux travaux préparatoires ; Jean-Victor Louis, « La fonction juridictionnelle – De Nice à Rome… et au-delà », in : De Schutter / Nihoul (note 30), pp. 119-140, 135.

de justice[48], même si une limite importante subsistait[49]. En somme, le TECE aurait indiscutablement permis à l'Union d'avancer dans la bonne direction, sans toutefois combler intégralement le déficit existant en matière de protection des droits fondamentaux[50].

## 2. *Le défi*

### *a) La protection effective des droits fondamentaux*

La reconsidération complète des conditions de recevabilité du recours en annulation est une solution souvent évoquée pour remédier aux défauts de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne[51]. Cependant, une telle solution risque de n'être, en définitive, qu'*une demi-mesure*. Il peut s'avérer délicat de maintenir les voies de droit actuelles tout en les élargissant. En effet, même après une réforme de celles-ci, les règles de procédure, les conditions de recevabilité et les moyens de recours risquent fort de différer en fonction de l'auteur du recours – un Etat membre, une institution de l'Union ou un particulier. Il ne faut pas perdre de vue que ces voies de droit s'inscrivent aussi dans une perspective interétatique et interinstitutionnelle très marquée. Le contexte diffère dès lors de celui qui existe en droit interne, où il semble plus aisé d'assigner à des voies de droit ordinaires la fonction supplémentaire d'assurer la protection des droits fondamentaux.

Une voie de droit spécifique, centrée sur la protection *des intérêts des particuliers*, présente l'avantage de la clarté. A l'inverse, une voie de droit générale court plusieurs lièvres à la fois. Elle contribue à assurer le respect du droit de l'Union européenne et de la hiérarchie des normes qui en font partie. Elle protège la répartition – horizontale et verticale – des compétences et pouvoirs. Elle est utilisée pour faire respecter les droits fondamentaux, etc. Cette multiplicité des fonctions remplies par une seule et même voie de droit peut se traduire par un manque de lisibilité de l'organisation juridictionnelle de l'Union et, surtout, par des confusions dans l'esprit des

---

48 Voir Henri Labayle, « L'Espace de liberté, sécurité et justice dans la Constitution pour l'Europe », *RTDE* 2005, pp. 437-472, 453-459 ; Bribosia (note 32), pp. 136-137, nos 29-30 ; Koen Lenaerts / Ignace Maselis, « Le système juridictionnel de l'Union », in : Dony / Bribosia (note 32), pp. 219-239, 238-239, nos 38-40.

49 Voir l'article III-377 TECE.

50 Joël Rideau, « La greffe de la Charte des droits fondamentaux sur le projet de Constitution européenne », in : Olivier Beaud et al. (dir.), *L'Europe en voie de Constitution*, Bruxelles 2004, pp. 347-365, 360-361 ; Bribosia (note 32), pp. 133-135 et 136-137, nos 27 et 30 ; voir également Lenaerts / Maselis (note 48), pp. 231-233 et 240, nos 26-27 et 40.

51 Voir spécialement Picod (note 40), pp. 248-249 ; voir également Filipek (note 39), pp. 67-68 ; Lebaut-Ferrarese / Karpenschif (note 40), pp. 158-159.

justiciables, voire dans celui des juges eux-mêmes sur le rôle qui leur est dévolu[52].

Il nous sera encore permis de douter que la seule proclamation, à l'article 47 de la Charte (article II-107 TECE), du *droit à un recours effectif* puisse entraîner un bouleversement de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne[53]. La Cour de justice des Communautés européennes pourrait certes être amenée à modifier sa jurisprudence, eu égard à cette garantie. En revanche, la mise sur pied de nouvelles voies de droit nécessite l'accord des Etats membres[54].

La création d'une voie de droit spécifique[55], destinée à assurer la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union, impliquerait de définir certaines des caractéristiques essentielles de la procédure de recours. Deux d'entre elles méritent un examen attentif : la question de la saisine et celle des moyens de recours. Au préalable, il faut souligner que l'ouverture d'une telle voie de droit irait sans doute de pair avec la mise en place de certains mécanismes de filtrage – au niveau national ou au niveau européen – afin d'éviter l'engorgement de la Cour de justice[56]. Une réflexion approfondie sur l'architecture juridictionnelle de l'Union serait, par conséquent, nécessaire.

*b) La saisine par les particuliers*

La saisine par les particuliers revêt une grande importance dans un système démocratique, dans la mesure où « la défense des principes constitutionnels, la défense des droits et libertés ne se délègue pas ; elles n'est pas l'affaire des représentants, mais celle des citoyens [mieux : des particuliers] eux-mêmes »[57]. En ce sens, la procédure du renvoi préjudiciel ne sera jamais pleinement satisfaisante. Les particuliers n'ont pas un contrôle suffisant sur cette procédure, par ailleurs aléatoire.

---

52 Comp. Labayle (note 44), p. 45 : « Juge de l'action des pouvoirs publics européens ou nationaux, la juridiction de Luxembourg éprouve, semble-t-il, quelques difficultés à se débarrasser de cette tunique de Nessus pour adopter l'angle de vue de l'individu réclamant protection face à l'ingérence des pouvoirs publics. »

53 Egalement circonspecte, Bribosia (note 13), p. 132.

54 Voir, par analogie, CJCE, arrêt *Unión de Pequeños Agricultores / Conseil* du 25 juillet 2002, C-50/00 P, Rec., pp. I-6677 ss, 6735-6736, points 44 et 45, dans lequel la CJCE indique que si un système de contrôle de la légalité des actes communautaires de portée générale autre que celui mis en place par le TCE est certes envisageable, c'est aux Etats membres et non au juge qu'il appartient de réformer ce système.

55 Voir aussi Martenet (note 35), pp. 309-311.

56 Dans ce sens, voir notamment Guillaume Drago, « Le contrôle juridictionnel », *Revue des affaires européennes* 2001-2002/6, pp. 721-733, 728 ; voir également Mayer (note 18), p. 183.

57 Dominique Rousseau, « Pour une Cour constitutionnelle ? », *RDP* 2002, pp. 363-375, 374, à propos du contrôle de constitutionnalité en France. D'un autre avis, Henry Roussillon, « La saisine du Conseil constitutionnel : contribution à un débat », *RIDC* 2002, pp. 487-511, 506-507.

Cette procédure est instituée plutôt dans l'intérêt du droit communautaire que dans celui des particuliers. Elle exprime une coopération « de juge à juge »[58]. L'affirmation est sans doute quelque peu réductrice. Il n'en demeure pas moins que le renvoi préjudiciel apparaît avant tout comme une procédure d'ordre public ayant comme but l'unification de l'interprétation du droit communautaire dans les Etats membres[59]. Dès lors, seul un recours sur saisine des particuliers sert véritablement les intérêts de ces derniers et en est le vecteur effectif.

Grâce à la création d'une procédure juridictionnelle de garantie des droits fondamentaux, sur saisine des particuliers, ces derniers deviendraient *des acteurs à part entière* du respect de leurs droits fondamentaux au sein de l'Union européenne[60], et donc des acteurs du droit constitutionnel européen[61]. Certes, les particuliers sont, aujourd'hui déjà, indirectement des acteurs de la construction européenne puisque la Cour de justice a été amenée à rendre bon nombre de ses grands arrêts suite à des procédures initiées par des particuliers au plan national[62]. Une voie de droit spécifique destinée à assurer le respect des droits fondamentaux peut néanmoins contribuer à l'effectivité de la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne[63]. L'Union européenne en tirerait un surcroît de légitimité[64].

*c) Les moyens de recours*

La création d'une telle voie de droit suppose, à notre avis, presque inévitablement de définir *les moyens* qui pourront être invoqués par des particuliers dans leurs recours[65]. Permettre à ceux-ci d'invoquer n'importe quel moyen

58 Denys Simon, *Le système juridique communautaire*, 3e éd., Paris 2001, p. 662.

59 Jean-Paul Jacqué, « L'avenir de l'architecture juridictionnelle de l'Union », *RTDE 1999*, p. 443.

60 Comp. Koen Lenaerts / Eddy De Smijter, « A ‹ Bill of Rights › for the European Union », *CMLR* 38 (2001), pp. 273-300, 300, à propos de la Charte.

61 Dans un sens voisin, Dutheil de la Rochère (note 19), pp. 231-232. Comp., dans une optique plus générale, Renaud Dehousse, « Un nouveau constitutionnalisme ? », in : R. Dehousse (dir.), *Une Constitution pour l'Europe ?*, Paris 2002, pp. 19-38, 31-34.

62 Dehousse (note 3), p. 29.

63 Dans le même sens sur ce dernier point, Renucci (note 15), p. 655, no 428.

64 Dans le même sens, voir notamment Kokott / Rüth (note 6), p. 1329. Voir également Beutler (note 33), p. 137, no 194 ; Flauss (note 36), p. 706 ; Drago (note 56), pp. 727-728, qui préconise cependant de confier cette fonction au juge national, tout en relevant ensuite que « le contentieux devra à un moment ou à un autre remonter vers la Cour de justice pour assurer une unité d'interprétation » (p. 737). Plutôt réservé, tout en reconnaissant les insuffisances du système actuel, Bruno de Witte, « Le rôle passé et futur de la CJCE dans la protection des droits de l'homme », in : P. Alston (dir.), *L'Union européenne et les droits de l'homme*, Bruxelles 2001, pp. 895-935, 911-914 et 931-934.

65 Dans le même sens, quoique critique, Picod (note 40), pp. 251-252. D'un avis semble-t-il différent, Bribosia (note 13), p. 121, note 39.

risquerait, en effet, de surcharger et même de paralyser les juridictions de l'Union. Dans ce contexte, la notion de « droits fondamentaux » deviendra pratiquement incontournable, même si la distinction, au stade de la recevabilité, entre les recours qui seraient fondés sur un moyen tiré de la violation d'un droit fondamental, d'une part, et les autres recours, d'autre part, peut s'avérer délicate.

La distinction entre normes institutionnelles et droits fondamentaux est parfois réductrice. Ainsi, « la défense de certaines prérogatives des organes constitutionnels est au cœur de la défense des droits fondamentaux »[66]. Si une norme en apparence institutionnelle ou procédurale a clairement pour fonction de protéger – même indirectement – certaines prérogatives fondamentales, individuelles et justiciables des particuliers, alors elle devrait pouvoir être invoquée par un particulier dans un recours, à certaines conditions et selon des modalités qui restent bien évidemment à définir. Au reste, les particuliers sont d'ores et déjà habilités à invoquer, selon des modalités variables, certains principes s'imposant aux institutions communautaires, comme le principe démocratique, le principe de subsidiarité ou encore le respect de la sécurité juridique[67].

## C. La protection externe des droits fondamentaux

### *1. Le déficit actuel*

Dans un avis rendu en 1996, la Cour de justice des Communautés européennes a dénié à la Communauté européenne la compétence d'adhérer à la CEDH[68]. Il convient néanmoins de se demander si la Cour européenne des droits de l'homme n'assure pas, aujourd'hui déjà, *un contrôle externe* des actes reposant sur le droit de l'Union européenne. A cet égard, il sied de distinguer les actes nationaux de mise en œuvre du droit de l'Union européenne, d'une part, des actes des institutions communautaires, d'autre part. Rappelons préalablement que, dans l'arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999, la Cour européenne des droits de l'homme a consacré, pour la première fois, le principe de l'engagement de la responsabilité des Etats en cas de conclusion d'un accord international incompatible avec la CEDH[69].

---

66 Guillaume Drago, *Contentieux constitutionnel français*, 2e éd., Paris 2006, p. 259, par analogie.

67 Voir spécialement Rideau (note 1), pp. 283-284 et les nombreuses références jurisprudentielles.

68 Avis 2/94 du 28 mars 1996, *Adhésion de la Communauté à la CEDH*, Rec., pp. I-1759 ss.

69 Arrêt *Matthews c. Royaume-Uni* du 18 février 1999 (GC), requête n° 24833/94, Rec. 1999-I, pp. 305 ss, §§ 26-35. Diverses normes relatives à l'élection des membres du Parlement européen étaient en cause dans cet arrêt.

*Les actes nationaux* de mise en œuvre du droit de l'Union européenne sont susceptibles d'un contrôle de la part de la Cour européenne des droits de l'homme[70], qu'ils mettent en œuvre des normes de droit primaire ou de droit dérivé[71]. Il convient néanmoins de procéder à une distinction entre les actes adoptés par les Etats lorsque ces derniers disposent d'un pouvoir d'appréciation et les actes qu'ils adoptent sans bénéficier d'un tel pouvoir. La Cour européenne des droits de l'homme accepte largement de contrôler les premiers – en particulier quant à la manière dont les Etats ont fait usage de leur pouvoir d'appréciation[72] –, tandis qu'elle recourt à la présomption de la « protection équivalente » s'agissant des seconds[73]. Selon cette présomption, un acte étatique qui ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de l'appartenance de l'Etat en question à une organisation internationale est *réputé justifié* dès lors qu'il est constant que l'organisation en question accorde aux droits fondamentaux « une protection à tout le moins équivalente à celle assurée par la Convention »[74]. La présomption peut être renversée dans le cadre d'une affaire donnée « si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste »[75]. Dans l'arrêt *Bosphorus Airways c. Irlande* du 30 juin 2005 portant sur la saisie d'un aéronef, la Cour européenne des droits de l'homme a jugé que « la protection offerte par le droit communautaire est, et était à l'époque des faits, ‹ équivalente › à celle assurée par le mécanisme de la Convention »[76]. Elle a rejeté le grief allégué de violation de l'article 1er du Protocole no 1 à la CEDH après avoir estimé que « l'on ne saurait considérer que la protection des droits de

---

70 Voir notamment Malinverni (note 12), pp. 268-272.

71 Dans le même sens, Frédéric Sudre et al., *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, 3e éd., Paris 2005, pp. 674-675 et les références jurisprudentielles.

72 Arrêt *Cantoni c. France* du 15 novembre 1996, Rec. 1996-V, notamment §§ 26 et 32. Dans cette affaire, la France avait certes reproduit mot pour mot une directive communautaire. La France disposait toutefois d'un pouvoir d'appréciation (voir spécialement le § 26).

73 Arrêt *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande* du 30 juin 2005 (GC), requête no 45036/98, §§ 155-165. Voir Florence Benoît-Rhomer, « A propos de l'arrêt *Bosphorus Air Lines* du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention », *RTDH* 2005, pp. 827-853, 843-847.

74 Arrêt *Bosphorus* (note 73), § 155. La protection équivalente suppose l'examen des garanties substantielles offertes *et* des mécanismes censés en contrôler le respect. Son constat peut être réévalué en fonction des changements pertinents intervenus dans la protection des droits fondamentaux.

75 Arrêt *Bosphorus* (note 73), § 156. Voir notamment Günter Hirsch, « Schutz der Grundrechte im ‹ Bermuda-Dreieck › zwischen Karlsruhe, Strassburg und Luxemburg », *Europarecht (Beiheft 1)* 2006, pp. 7-18, 14-15 ; Hans-Ullrich Paeffgen, « Die justiziellen Grundrechte in der Europäischen Verfassung », Europarecht (Beiheft 1) 2006, pp. 63-86, 82.

76 Arrêt *Bosphorus* (note 73), § 165. La saisie avait été effectuée par les autorités irlandaises en application de l'article 8 du règlement (CEE) no 990/93, qui se fondait lui-même sur la résolution 820 (1993) du Conseil de sécurité des Nations Unies, du 17 avril 1993. L'équivalence de la protection est analysée aux §§ 159-165 de l'arrêt, qui renvoient aux §§ 73-99 de celui-ci.

la société requérante garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste, de sorte que ladite présomption de respect de la Convention par l'Etat défendeur n'a pas été renversée »[77]. Le champ d'application de la solution développée dans l'arrêt *Bosphorus* semble très large. On observera néanmoins que, dans les cas où aucune voie de recours n'est ouverte devant les instances juridictionnelles communautaires, la présomption de « protection équivalente » ne devrait pas s'appliquer[78] ou, à tout le moins, être renversée.

En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme n'a pas rendu, à ce jour, d'arrêts dans lesquels l'acte *directement* attaqué émanait d'*une institution communautaire* comme la Commission européenne, le Tribunal de première instance ou la Cour de justice des Communautés européennes[79]. De surcroît, elle n'a jamais statué sur une requête attaquant directement un acte communautaire de droit dérivé ne faisant pas l'objet de mesures nationales d'exécution. Elle considère, d'une manière générale, qu'une organisation internationale « ne peut, tant qu'elle n'est pas partie à la Convention, voir sa responsabilité engagée au titre de celle-ci pour les procédures conduites devant ses organes ou les décisions rendues par eux »[80]. Si elle estime que le transfert de compétences à des organisations internationales « ne fait […] pas disparaître la responsabilité des Etats membres » découlant de l'article 1er CEDH[81], elle n'a pas reconnu à ce jour, de manière claire et expresse, leur responsabilité individuelle ou collective pour les actes émanant des institutions communautaires lorsque de tels actes ne donnent pas lieu à des mesures nationales.

---

77 Arrêt *Bosphorus* (note 73), §§ 166-167. Dans le même sens, voir une décision *Coopérative des Agriculteurs de Mayenne et Coopérative Laitière Maine-Anjou c. France* du 10 octobre 2006, requête n° 16931/04, ch. 5 *in fine* de la partie « en droit ».

78 Cf. spécialement le raisonnement de la Cour résultant du § 33 de l'arrêt *Matthews* (note 69).

79 L'affaire *Senator Lines GmbH c. les Etats membres de l'Union européenne* (quinze à l'époque) portait sur cette question (requête n° 56672/00). Cette affaire a toutefois débouché sur une décision d'irrecevabilité de la Cour européenne des droits de l'homme (décision du 10 mars 2004 [GC], Rec. 2004-IV, pp. 347-363). Auparavant, le Tribunal de première instance des Communautés européennes (TPI) avait annulé une amende infligée par la Commission européenne à *Senator Lines GmbH* et à d'autres compagnies maritimes. La Cour a jugé que la société *Senator Lines GmbH* ne pouvait pas se prétendre victime d'une violation de la CEDH, du fait que l'amende n'avait pas été recouvrée et avait ensuite été annulée par le TPI.

Sur cette affaire, voir spécialement Malinverni (note 12), pp. 275 ss ; Frédéric Krenc, « La décision *Senator Lines* ou l'ajournement d'une question délicate », *RTDH* 2005, pp. 121-158.

80 Arrêt *Bosphorus* (note 73), § 152. Certains auteurs interprètent la réserve de « l'insuffisance manifeste » figurant dans l'arrêt *Bosphorus* comme ouvrant la voie à un contrôle des jugements et arrêts des tribunaux communautaires (Stephan Breitenmoser / Boris Riemer / Claudia Seitz, *Praxis des Europarechts – Grundrechtsschutz*, Zurich et al. 2006, p. 366, n° 7). Une telle approche revient toutefois à solliciter quelque peu le texte de l'arrêt.

81 Arrêt *Matthews* (note 69), § 32.

Compte tenu de ce qui précède, force est de constater qu'en l'état de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, un contrôle externe n'est pas pleinement assuré à l'endroit des actes reposant sur le droit de l'Union européenne. Cette remarque s'applique aussi bien aux actes émanant des institutions communautaires qu'aux actes nationaux d'application lorsque les Etats sont dépourvus de pouvoir d'appréciation. A cet égard, l'existence d'une « protection équivalente » dans l'Union européenne est examinée de manière très abstraite par la Cour, laquelle minimise, voire néglige, les lacunes des voies de droit existant dans l'Union[82]. Par ailleurs, la réserve de l'« insuffisance manifeste » fixe un seuil d'exigence fort bas[83]. Enfin, il ne faut pas se méprendre sur la signification, pour la Cour, de l'existence d'une protection équivalente dans l'Union européenne. Il s'agit uniquement d'une technique qu'elle utilise pour limiter son examen. En revanche, la Cour ne remet pas en question l'opportunité d'une adhésion de l'Union à la CEDH[84].

## 2. *Le défi*

En vertu de l'article I-9 § 2 TECE, l'Union « adhère » à la CEDH. Le Protocole n° 14 à la CEDH prévoit l'insertion d'un nouveau paragraphe 2 à l'article 59 de celle-ci, aux termes duquel « l'Union européenne peut adhérer à la [CEDH] ». L'Union européenne sera confrontée au défi de sauver au moins l'apport majeur que constitue l'article I-9 § 2 TECE[85], si ce Traité est abandonné. Cela impliquera de modifier le droit primaire.

D'aucuns soutiennent que l'adhésion de l'Union à la CEDH rendra vaine toute voie de recours spécifique destinée à la protection des droits fondamentaux dans l'Union[86]. Cependant, il ne faut pas perdre de vue le fait que la Charte des droits fondamentaux peut présenter des différences par rap-

---

82 Voir l'opinion concordante commune aux Juges Rozakis, Tulkens, Traja, Botoucharova, Zagrebelsky et Garlicki, ch. 3 dans l'arrêt *Bosphorus* (note 73). Sur ces lacunes, voir *supra* IV.B.1. Voir également Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 8e éd., Paris 2006, p. 650. D'un avis sensiblement différent, Benoît-Rhomer (note 73), pp. 847-850.

83 Voir, dans le même sens, l'opinion concordante commune précitée (note 82), ch. 4. Voir Sudre (note 82), pp. 650-651. Plus optimiste, Benoît-Rhomer (note 73), pp. 850-852.

84 Arrêt *Bosphorus* (note 73), §§ 80-81 et 159 *in fine*, où la Cour renvoie à l'article I-9 § 2 TECE sans émettre une quelconque critique ou réserve. Voir surtout, dans cette affaire, l'opinion concordante du Juge Ress, ch. 1 (1re phrase) et celle précitée (note 82), ch. 3 (3e §).

85 Un consensus semble aujourd'hui exister sur la nécessité d'introduire, dans le droit primaire, une clause susceptible de constituer une base juridique à l'adhésion (voir Florence Benoît-Rohmer, « Valeurs et droits fondamentaux dans la Constitution », *RTDE* 2005, pp. 261-283, 280-281).

86 Picod (note 40), p. 252 ; voir aussi, quoique de manière plus nuancée, Florence Benoît-Rohmer in : Cohen-Jonathan / Dutheil de la Rochère (note 19), pp. 280-281 ; cf. enfin Rideau (note 50), p. 357.

port à la CEDH, et que celles-ci ne peuvent être que des « plus » et non des « moins »[87]. La Charte contient des garanties supplémentaires[88] ainsi que des garanties plus étendues[89]. Or il faut bien que ces garanties et ces « plus » soient protégés de manière effective et efficace au sein de l'Union.

De plus, on ne saurait confondre protection *interne* et protection *externe* des droits fondamentaux. L'une et l'autre sont nécessaires et se complètent, comme l'a bien mis en évidence Giorgio Malinverni[90]. Les mécanismes de protection des droits de l'homme existant au sein d'une collectivité jouent un rôle essentiel dans le processus d'assimilation des droits fondamentaux par les organes de cette collectivité et d'imprégnation de l'ordre juridique par ces droits. La protection des droits de l'homme assurée par la Cour européenne des droits de l'homme, subsidiaire par nature[91], complète et renforce la protection existant au sein d'une communauté.

Au reste, l'existence de voies de recours spécifiques au niveau national, comme en Allemagne ou en Espagne, réduit généralement le nombre de requêtes individuelles à Strasbourg[92] et, par conséquent, concourt à la sauvegarde de la viabilité de la protection des droits fondamentaux en Europe. Au demeurant, un nombre élevé de *condamnations* des organes, institutions et organismes de l'Union par la Cour européenne des droits de l'homme risquerait peut-être d'affecter sa légitimité. Aussi l'Union serait-elle bien inspirée de traiter le contentieux relatif aux droits fondamentaux dans toute la mesure du possible en son sein, la Cour européenne des droits de l'homme n'intervenant que de manière subsidiaire.

Une autre façon d'éviter de trop vives tensions entre l'Union européenne et la Cour européenne des droits de l'homme consisterait à habiliter certains organes de l'Union à demander *des avis consultatifs* à la Cour de Strasbourg[93]. La protection des droits fondamentaux au sein de l'Union aurait tout à gagner

---

87 Article 52 § 3, 2e phrase, de la Charte (article II-112 § 3, 2e phrase, TECE). Voir notamment Guy Braibant, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Paris 2001, p. 263 ; Emmanuelle Bribosia, « Le dilemme du juge national », in : M. Dony / E. Bribosia (éd.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles 2002, pp. 265-277, 275-276.

88 Voir notamment Michael Holoubek, « Die liberalen Rechte der Grundrechtscharta im Vergleich zur Europäischen Menschenrechtskonvention », in : A. Duschanek / S. Griller (éd.), *Grundrechte für Europa – Die Europäische Union nach Nizza*, Vienne / New York 2002, pp. 25-37, 31-32 ; voir aussi, dans le même ouvrage, Stefan Griller, « Der Anwendungsbereich der Grundrechtscharta und das Verhältnis zu sonstigen Gemeinschaftsrechten, Rechten aus der EMRK und zu verfassungsgesetzlich gewährleisteten Rechten », pp. 131-182, 153 et les illustrations.

89 Voir notamment Holoubek (note 88), pp. 29-31.

90 Malinverni (note 12), pp. 288-291.

91 Voir notamment Sudre (note 82), pp. 200-201.

92 Jean-Paul Costa in : Cohen-Jonathan / Dutheil de la Rochère (note 19), p. 274 ; voir également, dans le même ouvrage, Gérard Cohen-Jonathan, p. 276.

93 Voir notamment Malinverni (note 12), p. 290 et les références doctrinales.

d'un tel dialogue, par ailleurs susceptible de contribuer à la légitimation de celle-ci, dans la mesure où elle pourrait alors s'appuyer sur les avis émis par une institution prestigieuse. Un tel processus de légitimation impliquerait bien évidemment que l'Union suive les avis de la Cour.

Il faut, en outre, relever qu'en cas d'adhésion de l'Union à la CEDH, l'effet conjugué des articles 6 et 13 de cette dernière pourrait contraindre l'Union à renforcer la place accordée aux particuliers dans son système juridictionnel. Aussi l'impulsion de la réforme pourrait-elle, en définitive, venir de la Cour européenne des droits de l'homme elle-même. La protection externe des droits de l'homme résultant de l'adhésion de l'Union à la CEDH pourrait entraîner un renforcement de la protection interne de ces droits au sein de l'Union. Cela illustre parfaitement le double effet – externe et interne – de l'adhésion à la CEDH en matière de droits fondamentaux.

Enfin, l'adhésion de l'Union à la CEDH risque, compte tenu de l'existence d'un contrôle externe s'exerçant – par hypothèse – sur *tous* les actes émanant de l'Union, de bouleverser la hiérarchie des normes en hissant *de facto* la CEDH au sommet de cette hiérarchie[94], alors que les accords internationaux conclus par la Communauté ou, à l'avenir, par l'Union n'occupent en principe, selon la jurisprudence classique de la Cour de justice, que le second rang, après les traités constitutifs[95]. La place des droits fondamentaux dans l'ordre constitutionnel européen serait ainsi renforcée de ce point de vue également.

## V. Vers une Union de droit

Les droits fondamentaux contribuent certes à la légitimation de l'Union européenne. L'accès des particuliers aux organes juridictionnels communautaires demeure néanmoins déficitaire. En somme, l'Union européenne n'est pas allée au bout de la démarche consistant à assurer aux particuliers une protection complète et effective de leurs droits fondamentaux. Une telle protection concourrait cependant à faire de l'Union *une Union de droit*[96], un peu sur le modèle de l'Etat de droit dans lequel le respect des droits fondamentaux est central[97]. Au reste, le préambule de la Charte marque l'attachement des Etats membres de l'Union à l'idée d'Etat de droit[98].

---

94 Comp. Flauss (note 36), p. 709.

95 Voir notamment Rideau (note 1), pp. 246-247 et les références.

96 Dans le même sens à propos de la notion de « communauté de droit », voir Simon (note 58), p. 97.

97 Voir, par exemple, Jacques Chevallier, « La mondialisation de l'Etat de droit », in: *Mélanges Philippe Ardant*, Paris 1999, pp. 325-337 et *L'Etat de droit*, 3e éd., Paris 1999, pp. 105-116.

98 Charte des droits fondamentaux, préambule, 2e §, 1re phrase.

N'oublions pas que les particuliers sont *les bénéficiaires* des droits fondamentaux. Ce sont eux qui sont touchés par une violation de ces droits. Il semble dès lors naturel de leur permettre de se plaindre d'une telle violation, sans être entravés par des exigences de recevabilité excessives, comme dans le recours en annulation, et sans être privés du contrôle de la procédure, comme lors d'un renvoi préjudiciel. Aussi appartient-il à l'Union de mettre en place des mécanismes de protection des droits fondamentaux *en faveur des particuliers*. A notre sens, la façon optimale d'y parvenir consiste à créer une voie de droit spécifique pour la protection des droits fondamentaux. Nous concédons volontiers que d'autres solutions existent, sans toutefois offrir une protection aussi performante et – cela n'est pas sans importance – transparente aux particuliers.

En somme, le processus de constitutionnalisation des droits fondamentaux au sein de l'Union, en cours depuis de nombreuses années, demeure inachevé. Une prochaine étape consistera à conférer une force contraignante à la Charte, une autre à faire des particuliers des « majeurs constitutionnels »[99] s'agissant de l'accès tant au juge communautaire qu'à la Cour européenne des droits de l'homme. Puisse une réforme à venir du droit constitutionnel européen entraîner l'émancipation des citoyens européens quant au contentieux des droits fondamentaux ! La pleine légitimation de l'Union par ces droits est à ce prix. Or l'Union vit pour l'heure à crédit.

[99] Voir, par analogie, Rousseau (note 57), p. 374, à propos du contrôle de constitutionnalité en France.

# Il contributo della Commissione di Venezia alla protezione delle minoranze in Europa

Franz Matscher

*Ancien membre de la Commission du Conseil de l'Europe pour la Démocratie par le droit*

## I. La protezione delle minoranze nel quadro delle istituzioni europee

1. Nei primi decenni della sua vita, il Consiglio d'Europa si è poco occupato e ancora meno preoccupato del problema delle numerose minoranze esistenti in Europa[1], anche se non ci voleva uno spirito visionario e illuminato per percepire il potenziale dinamico che esse nascondevano nell'attesa della loro rivelazione. Per quanto riguarda l'Europa dell'Est e del Sudest si pensava che l'Impero sovietico ed il regime dei suoi stati satelliti, dove le numerose minoranze erano tenute sotto un rigido controllo, sarebbe perdurato. Riguardo invece alle non poche minoranze stabilite nell'Europa occidentale, esse rimanevano abbandonate al loro destino, a meno che fossero state in grado di arrangiarsi con lo stato nel quale erano stabilite, eventualmente con l'appoggio dello stato patrio. Anche là, il Consiglio d'Europa fece ben poco per assisterle nella ricerca di una soluzione[2].

L'attitudine fondamentalmente distaccata del Consiglio d'Europa di fronte ai problemi delle minoranze è in gran parte dovuta al fatto che certi paesi membri di carattere fortemente nazionalistico e di impronta giacobina, tale la Francia, la Grecia, la Turchia, negarono almeno per quanto concerne essi stessi, il concetto di minoranza : Ogni cittadino dello stato deve essere orgoglioso di esserlo e non ha alcun diritto di rivendicare uno status particolare.

A questo si aggiunse la concezione delle Nazioni Unite degli anni quaranta e cinquanta : Ogni persona che gode della non-discriminazione e dei

---

1 Vedi Brueghel, A Neglected Field : The protection of minorities, HJR 1971, p. 433 ; troppo eufemistica al riguardo, benché solamente descrittiva la pubblicazione del Consiglio d'Europa curata da Thornberry / Martín Estebánez, The Council of Europa and minorities (1994).

2 Come caso isolato non vorrei omettere di menzionare una iniziativa della Commissione politica dell'Assemblea consultativa che condusse alla creazione di una sottocommissione capeggiata dal presidente del senato belga, Paul Struye, la quale negli anni 1961/1962 condusse una inchiesta e prestò – senza conseguire successi sensibili – buoni uffici all' Italia e l'Austria nella ricerca di una soluzione del problema sudtirolese.

diritti fondamentali è sufficientemente protetta e non ha diritto a un trattamento privilegiato, motivato dalla sua appartenenza ad una minoranza. E ovvio che questa concezione è erronea, ed è stata opportunatamente abbandonata, perché disconosce l'essenza della protezione delle minoranze: infatti essa richiede anche misure positive ed il riconoscimento di diritti collettivi.

Per quanto riguarda il Consiglio d'Europa, né il suo Statuto del 1949, né la Convenzione europea dei Diritti dell'Uomo del 1950 offrono alcun aggancio valido per dedurre o definire una sua missione relativa alla protezione delle minoranze. L'unico richiamo all'articolo 14 della Convenzione che vieta ogni discriminazione, espressamente anque per quanto riguarda il motivo dell'appartenenza ad una minoranza nazionale, – ma che si limita al godimento dei diritti fondamentali riconosciuti dalla Convenzione e dai suoi Protocolli[3] – non costituisce una base sufficiente per la protezione delle minoranze.

Parecchie iniziative furono lanciate dall'Assemblea consultativa (chiamata Assemblea parlamentare dal 1955), ma tutte furono bloccate o lasciate insabbiare dal Comitato dei Ministri, l'organo di decisione del Consiglio.

Anche la giurisprudenza della Corte e della ex-Commissione è piuttosto povera e restrittiva al riguardo[4].

Dopo la caduta dell'Impero sovietico e del regime degli stati satelliti, a cavallo degli anni ottanta e novanta, il problema delle minoranze negli stati in questione apparve con grande impeto e non poté più essere ignorato dal Consiglio d'Europa. Ma si dovette aspettare la spinta data dal vertice dei Capi di stato e di governo di Vienna del 1993, il quale incaricò il Comitato dei Ministri di preparare, a breve termine, una Convenzione-quadro per la protezione delle minoranze nazionali (sottoposta poi a firma il 1 febbraio 1995 ed entrata in vigore il 1 marzo 1998)[5], e in più un Protocollo aggiuntivo alla Convenzione dei Diritti dell'Uomo sui diritti culturali, in particolare per quanto riguarda le minoranze. Ma quest'ultimo progetto fu abbandonato nel 1996.

2. Scarso è pure il contributo dell'Unione Europea. Alcuni tentativi in seno al Parlamento Europeo di preparare una Carta per le minoranze etniche non hanno varcato la soglia di discussioni nelle apposite commissioni, e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea del 2000 si limitò, all'articolo 22, alla dichiarazione generica che l'Unione rispetta le varietà delle culture, delle religioni e delle lingue. Questa norma era il risultato di un compromesso

[3] Il protocollo No. 12 del 2000, entrato in vigore il 1 aprile 2005, vieta la discriminazione non solo per quanto riguarda i diritti fondamentali.

[4] Franz Matscher: Quarante ans d'activités de la Cour européenne des droits de l'homme, RdC Vol. 270 (1997), p. 375.

[5] Per una prima analisi della Convenzione-quadro vedi Giorgio Malinverni, La Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales, RSDE/SZIER 1995, p. 531 ss.

che non implica nessun impegno. Altrettanto vaga è la disposizione relativa dell'art. I.-3 del progetto di Trattato per una Costituzione per l'Europa adottato nel 2003 (la cui enventuale entrata in vigore é sospesa) che dice all'ultima sentenza del suo terzo comma che l'Unione tutela la ricchezza della sua varietà culturale e linguistica e si impegna per la protezione e lo sviluppo dell'eredità culturale dell'Europa.

3. Dei contributi più sostanziali per la protezione delle minoranze li dobbiamo alla CSCE (oggi OSCE). Furono sviluppati dal 1975 in poi; fra altro, questa organizzazione aveva creato nel 1993 un Alto Commissario per le minoranze[6].

## II. La Commissione di Venezia – i contributi di Giorgio Malinverni

1. Nel frattempo è stata creata nel 1990, all'iniziativa del fine costituzionalista e esperto politico italiano Antonio La Pergola, la Commissione per la democrazia attraverso il diritto, comunemente chiamata la Commissione di Venezia.

Le attribuzioni della Commissione si possono dedurre dalla sua denominazione: democrazia, diritti dell'uomo, stato di diritto. In questo campo si iscrivono pure il federalismo e la protezione delle minoranze, che dall'inizio hanno avuto un ruolo di primo ordine[7].

Dei venti membri originari pochi sono ancora in funzione. Il mio collega ed amico Giorgio Malinverni l'ha lasciata in seguito alla sua elezione a giudice della Corte di Strasburgo. È a lui che dedico questo studio nel quale cercherò di mettere in rilievo i suoi ricchi contributi alle attività della Commissione in genere e, in particolare a quelle riguardanti la protezione delle minoranze.

Dagli inizi dei suoi lavori, la Commissione aveva creato varie sottocommissioni permanenti fra le quali una, dedicata al federalismo, condotta da Giorgio Malinverni, ed un'altra relativa alle minoranze, diretta da

---

6 Vedi il riassunto delle attività in materia dei vari organi europei dato da Matscher, Minderheitenschutz – Rechtliche Aspekte, in: Matscher éd., Vienna International Encounter on some current issues regarding the situation of National Minorities, colloquio 15-17 settembre 1995, Vol. 7[1997] della Collana dell'Istituto austriaco dei diritti dell'uomo di Salisburgo), p. 51 ss.

7 Con riguardo alle attività della Commissione di Venezia in particolare nel campo che qui interessa in primo luogo vedi Malinverni, L'expérience de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, RUDH 1995, p. 386; idem, The contribution of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), [Contributi in onore del 20. anniversario della fondazione Marangopoulos per i diritti del uomo (MFHR), Atene 2001], p. 123.

chi scrive. I lavori delle due sottocommissioni in gran parte si confondono. Giorgio Malinverni e l'autore di queste righe hanno collaborato con profitto in ambedue.

2. Una delle prime iniziative della Commissione è stata, su proposta dei governi italiano e ungherese, la preparazione, nel 1990/91, di un progetto di Convenzione europea per la tutela delle minoranze. Il progetto è stato elaborato dalla apposita sottocommissione sulla base di un avanprogetto redatto con molta perspicacia, realismo e buon senso da Giorgio Malinverni. Il progetto fu adottato dalla commissione plenaria, l'8 e il 9 febbraio del 1991 con un solo voto contrario e due astensioni, e trasmesso al Comitato dei Ministri. Il progetto, che incorporava i diritti essenziali delle minoranze – non solo individuali ma anche collettivi –, prevedeva pure un meccanismo di controllo efficace di tipo semi-giurisdizionale[8]. Esso pareva essere equilibrato. Ma nonostante ciò fu insabbiato dal Comitato dei Ministri.

Giorgio Malinverni era stato pure l'autore del rapporto esplicativo relativo alla convenzione[9].

Tuttavia, il lavoro non è stato inutile. Infatti, la sopramenzionata Convenzione-quadro del 1995 – uno strumento assai più povero del progetto della Commissione di Venezia – si inspirò in gran parte a quest'ultimo: essa riprese in larga misura le sue idee e in parte anche le sue formulazioni.

3. Nell'ultimo decennio, la Commissione di Venezia – per via della sua sottocommissione sulle minoranze e dei suoi gruppi di lavoro – ha svolto altre attività di portata generale per la protezione delle minoranze, anche se, in parte, queste attività interessavano in primo luogo certi stati. Ma, al di più, le loro conclusioni hanno una portata generale.

Nel 2001, il governo rumeno domandò alla Commissione di Venezia un parere sulla compatibilità della nuova legge ungherese del 19 giugno 2001 relativa allo status degli ungheresi stabiliti in paesi stranieri limitrofi. Il governo ungherese si associò alla richiesta, ma suggerì di ampliarla nel senso di preparare uno studio comparato delle legislazioni nazionali riguardanti il trattamento preferenziale dei propri connazionali viventi all'estero e che vi costituiscono una minoranza («*kin-minorities*»).

---

8 Sugli elementi che determinano il carattere giuridico di un organo di controllo, in ispecie nel campo della protezione dei diritti fondamentali, vedi Matscher, Betrachtungen über das Verfahren der Straßburger Konventionsorgane, in: Studi in onore di Ermacora, 1988, p. 82 ss.

9 Introduzione a cura di Giorgio Malinverni, Testo del progetto e relazione esplicativa in RUDH 1991, p. 157, 189 e in HRLJ 1991, p. 165.

La Commissione di Venezia accolse la richiesta e elaborò tramite un suo gruppo di lavoro uno studio comparato approfondito. Il progetto del gruppo di lavoro risultò assai controverso, anche in seno alla commissione plenaria. La questione di base era di sapere se lo stato fosse legittimato a prendere solo quelle misure che il diritto internazionale espressamente gli concedeva, o tutte le misure che non contrastavano con precetti di diritto internazionale. Infine prevalse l'ultima tesi, sostenuta anche da Giorgio Malinverni e da chi scrive (Rapporto CDL-INF [2001] 19, adottato il 19./20. ottobre 2001). La questione era delicata e nel intento di arrivare ad un compromesso fra i partecipanti, la formulazione delle conclusioni non presenta la chiarezza dovuta. Nonostante ciò, i risultati raggiunti dalla Commissione di Venezia segnarono un passo in avanti nell'evoluzione del diritto internazionale delle minoranze**.**

Nello stesso anno, la Commissione degli affari giuridici e dei Diritti dell'Uomo dell'Assemblea parlamentare aveva chiesto un parere alla Commissione di Venezia per sapere a quali gruppi di persone fosse applicabile la Convenzione-quadro del 1995 nel Belgio. Tale questione era assai controversa poiché il Belgio si trovava nella fase di ratifica della Convenzione-quadro. Un gruppo di lavoro della Commissione di Venezia, composto fra l'altro da chi scrive e da Giorgio Malinverni, studiò il problema e giunse alla conclusione che nel Belgio i Valloni francofoni non potevano essere considerati come una minoranza, nonostante la lieve maggioranza numerica del gruppo fiammingo-neerlandofono ; infatti, ambedue i gruppi erano posti su un piede di uguaglianza nell'ambito dello stato. Ma – se si omette il gruppo germanofono nel Belgio orientale il cui carattere di minoranza era pacifico –, i gruppi valloni stabiliti nella parte fiamminga e i gruppi fiamminghi stabiliti nella parte vallone del paese dovevano essere considerati come delle minoranze e dunque godere della protezione offerta dalla Convenzione-quadro (Opinione della Commissione di Venezia (CDL-AD[2002] 1, adottata il 8/9 marzo 2002)[10].

Altri studi di carattere generale riguardanti la protezione delle minoranze portarono sulla partecipazione delle minoranze alla vita pubblica e sugli effetti del diritto elettorale su di esse.

Questi studi fondati sulle risposte ad un questionario preparato dalla Commissione di Venezia rimasero purtroppo incompleti, perché parecchi stati non avevano risposto. Ma anche come tali non sono privi di interesse perché offrono una base per ulteriori studi in materia.

4. Un problema non chiarito nel diritto internazionale delle minoranze è quello della qualificazione del concetto di minoranza, in particolare in quale

[10] Granata-Menghini, The applicability of the Frame-work Convention in Belgium – The opinion of the Venice Commission, Eur. Yb. of Minority Issues, Vol. II/2003, p. 357.

misura vi entra l'elemento di cittadinanza dello stato, dove risiede la minoranza da proteggere. Anche la Commissione di Venezia se ne occupa, senza aver raggiunto finora una conclusione convincente. Ciò é comprensibile se si tiene presente che il concetto di minoranza è in piena evoluzione.

Ultimamente, la Commissione di Venezia ha ripreso lo studio del problema. Giorgio Malinverni – come pure l'autore di queste righe – aveva in precedenza seguito la concezione tradizionale, alla quale sono anche ancorate le convenzioni bilaterali e le disposizioni di diritto interno in materia. Secondo questa concezione, la cittadinanza dello stato in questione è un requisito per godere del regime di protezione. L'aveva pure accettata e, per quanto mi pare, senza esitazione, nel progetto di Convenzione europea per la protezione delle minoranze nazionali (sopra II/2) elaborato – in qualità di relatore della apposita sottocommissione – e in gran parte formulato da lui stesso.

Nel frattempo la situazione è evoluta. Mi riferisco al problema delle «nuove minoranze», nel quale si delinea l'opportunità di adattare il regime di protezione alle nuove esigenze. In questo contesto, Giorgio Malinverni sembra essersi distaccato dalla concezione tradizionale. Il problema è meno semplice di quanto pare a prima vista. Devo rinunciare ad approfondirlo in questo breve contributo. Qui vorrei solamente segnalare che Giorgio Malinverni, a chi è estranea ogni rigidezza di pensiero per ragioni di principio, propende a delle soluzioni flessibili anche per quanto riguarda il concetto di minoranze.

5. Oltre a questi studi di carattere generale, la Commissione ha esaminato la situazione delle minoranze in vari stati concreti, dove il problema è di massima attualità (Croazia, Bosnia-Erzegovina, Romania, Ucraina).

## III. Osservazioni conclusive

Giorgio Malinverni ha partecipato con contributi validi a tutte le attività della Commissione di Venezia nel campo della protezione delle minoranze, come pure in altri campi, trattati da essa (diritto costituzionale, diritto elettorale, diritto internazionale, protezione dei diritti fondamentali, organizzazione giudiziaria, federalismo). Lui era in grado di farlo, data la sua eccellente preparazione scientifica e la sua esperienza nel trattare i problemi in questione, ma anche grazie – come cittadino svizzero – alla sua innata dimestichezza coi problemi del federalismo.

# II

# Démocratie

# La démocratie directe comme piège et comme chance pour l'Union européenne

Andreas Auer

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève*
*Directeur du Centre d'étude sur la démocratie directe (c2d) Genève*

## Introduction

L'Union européenne est prise au piège de la démocratie directe. Les résultats négatifs des référendums français et hollandais des 29 mai et 1er juin 2005 ont eu pour effet de bloquer tout effort d'approfondissement, en menaçant sérieusement, sinon en enterrant définitivement l'entrée en vigueur du Traité constitutionnel du 29 octobre 2004. La perspective réelle de futurs référendums nationaux, en France et peut-être ailleurs, sur l'adhésion de nouveaux membres, et particulièrement de la Turquie, constitue un sérieux obstacle au processus d'élargissement. Ainsi, les deux perspectives de l'Union qui sont à la fois nécessaires et complémentaires, celle de la réforme des institutions et celle de l'ouverture vers les pays de l'Europe centrale et des Balkans, se heurtent à une barrière qui est d'autant plus redoutable qu'elle a la prétention d'incarner une légitimité inégalable et inégalée : celle de la démocratie directe.

Face à cette situation grave, l'Union européenne paraît impuissante et même tétanisée. En juin 2005, le Conseil européen a accordé à l'Union et aux Etats membres un délai de réflexion d'un an, qui vient d'être prolongé. Tandis que certains pays, comme le Luxembourg en juin 2005 et l'Estonie en mai 2006, ont ratifié le Traité constitutionnel nonobstant le non des citoyens français et néerlandais, d'autres, comme le Royaume-Uni et la République tchèque, y trouvent un appui confortable pour refuser de s'engager dans la ratification. La Commission s'en remet à une future déclaration du Conseil européen dont le principe est aussi incertain que le contenu est ouvert. Des « actions citoyennes » sont envisagées par le Parlement européen pour tenter, en désespoir de cause, de dévier les acerbes reproches du déficit démocratique dont souffrirait l'Union.

La présente contribution a pour objectif de montrer que la responsabilité de ce double et tragique blocage ne doit pas être cherchée du côté des électeurs français et hollandais qui ont voté non, mais qu'elle incombe pour l'essentiel

à l'Union européenne elle-même. Ce sont en effet les attitudes contradictoires de l'Union à l'égard de la démocratie directe, observées depuis le début du processus d'intégration et fondées principalement sur certains principes essentiels censés garantir la souveraineté des Etats membres, qui ont provoqué l'impasse actuelle. Dès lors, la sortie de l'impasse implique une reconsidération sérieuse du sens que doit revêtir, pour l'Union, la démocratie directe et, dans son sillage, une réflexion délicate sur certaines limites qu'il convient d'apporter à ces principes.

Il importe dans un premier temps de définir la nature juridique et de retracer la naissance et le développement spectaculaire du phénomène des référendums nationaux sur des questions européennes (I). Ensuite, il est utile de répartir ces référendums en trois catégories distinctes, selon leur objet et leur portée juridique, et d'en évaluer la valeur européenne et démocratique (II). Après un bref rappel des trois règles du droit communautaire qui ont conduit à la multiplication spectaculaire des référendums nationaux sur les questions européennes (III), on s'efforcera d'esquisser les étapes possibles d'un nouvel itinéraire qui pourrait permettre à l'Union de surmonter le blocage actuel, moyennant, il est vrai, la remise en question de quelques dogmes (IV).

Ajoutons encore que les pages qui suivent n'ont pas la prétention de faire le tour complet des différentes questions qu'elles soulèvent. Il s'agit d'ouvrir quelques pistes de réflexion, nouvelles et donc fragiles, dont la pertinence devra assurément encore être prouvée.

# I. Les référendums nationaux sur des questions d'intégration européenne

## A. Nature juridique et caractéristiques

En théorie constitutionnelle, les référendums nationaux portant sur des questions d'intégration européenne tombent dans la catégorie des référendums dits « de souveraineté », qui font partie, avec les référendums constituants et les référendums de révision constitutionnelle, des référendums constitutionnels[1]. Les référendums de souveraineté sont des consultations populaires portant sur des questions d'indépendance d'Etats, de modifications de territoire, d'autodétermination d'une collectivité décentralisée ou sur l'appartenance d'un Etat à une organisation supranationale ou à une organisation de sécurité collective.

[1] Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, Droit constitutionnel suisse, vol. I L'Etat, 2e éd. Berne 2006 nos 779-787 ; Antonio Baldassarre, Il referendum costituzionale, Quaderni costituzionali 1994 235, 236 ; voir déjà Karl Löwenstein, Political Power and the Governmental Process, Chicago 1957 263.

La particularité des « référendums européens » réside en ce que, en l'état actuel du droit communautaire, ils ne peuvent être organisés que sur la base et dans le cadre du droit des Etats qui sont membres de l'Union ou qui aspirent à le devenir. Ni les traités originaires ni le Traité constitutionnel ne consacrent en effet le référendum comme instrument du processus de décision communautaire. Il existe donc une rupture caractéristique entre l'objet de ces référendums, qui est résolument européen, et leur origine et nature, qui sont exclusivement nationales. Cette rupture a notamment pour effet que les citoyens d'un pays peuvent être appelés à se prononcer sur une question dont la réponse déploie un effet juridique contraignant non seulement pour eux-mêmes et pour leur Etat, mais pour l'Union en tant que telle, ainsi que sur les peuples et les gouvernements de tous les Etats membres.

## B. Statistiques

Les referendums nationaux portant sur des questions européennes ne constituent plus une rareté, peu s'en faut[2]. Depuis la création de la CEE il y a un demi-siècle, pas moins de 45 référendums européens ont eu lieu dans 25 pays du continent[3]. La Suisse, bien que non membre, tient la palme avec un total de huit votations populaires portant sur ses relations avec l'Union[4]. Suivent de près l'Irlande[5] et le Danemark[6] avec six consultations, la France avec trois[7] et la Norvège[8], le Liechtenstein[9] et la Suède[10] avec deux « referendums

---

2 Andreas Auer, Nationale Volksabstimmungen über die Verfassung für Europa : Erfahrungen, Rechtsgrundlagen, Perspektiven, *in* : Zeitschrift für Staats- und Europawissenschaften, Berlin, 4/2004 580-596 ; Simon Hug, Voices of Europe : Citizens, Referendums and European Integration, Lanham 2002 ; Joël Rideau, Les référendums nationaux dans le contexte de l'intégration européenne, in : Auer/Flauss (éd.), Le référendum européen, Bruxelles 1997 81-113 ; Stephan Körkemeyer, Direkte Demokratie und Europäische Integration, Zurich 1995, 41-54.

3 http://c2d.unige.ch

4 3 décembre 1972 (Accord de libre échange) ; 6 décembre 1992 (adhésion à l'EEE) ; 8 juin 1997 (procédure d'adhésion à l'UE) ; 21 mai 2000 (Accords bilatéraux I), 4 mars 2001 (procédure d'adhésion àl'UE), 5 juin 2005 (Adhésion à Schengen/Dublin), 25 septembre 2005 (extension de l'Accord sur la libre circulation des personnes aux nouveaux Etats membres) et 26 novembre 2006 (coopération avec les Etats d'Europe de l'Est).

5 10 mai 1972 (adhésion à la CEE) ; 26 mai 1987 (Acte unique européen) ; 18 juin 1992 (Maastricht) ; 22 mai 1998 (Amsterdam) ; 7 juin 2001 et 19 octobre 2002 (Nice).

6 2 octobre 1972 (adhésion à la CEE) ; 27 février 1986 (Acte unique européen) ; 18 juin 1992 et 18 mai 1993 (Maastricht) ; 28 mai 1998 (Amsterdam) et 28 septembre 2000 (Euro).

7 23 avril 1972 (élargissement de la CEE), 20 septembre 1992 (Maastricht), 29 mai 2005 (Traité constitutionnel).

8 26 septembre 1972 (adhésion à la CEE) ; 28 novembre 1994 (adhésion à l'UE).

9 12 décembre 1992 et 9 avril 1995 (adhésion à l'EEE).

10 13 novembre 1994 (adhésion à l'UE) ; 14 septembre 2003 (Euro).

européens». Dans seize pays, soit en Grande Bretagne[11], en Italie[12], en Autriche[13], en Finlande[14], à Malte[15], en Slovénie[16], en Hongrie[17], en Lituanie[18], en Slovaquie[19], en Pologne[20], dans la République tchèque[21], en Estonie[22], en Lettonie[23], en Espagne[24], aux Pays-Bas[25] et au Luxembourg[26], les citoyens n'ont pu se prononcer qu'à une seule reprise sur des questions européennes[27]. Trente-quatre référendums européens ont donné un résultat positif, onze se sont soldés par une décision négative[28].

## C. Bases constitutionnelles

Organisées selon le seul droit national et impliquant la participation des seuls électeurs nationaux, ces consultations populaires n'occupent pas toutes la même place et ne déploient pas les mêmes effets dans le cadre des ordres juridiques nationaux[29].

Dans des cas rares, ces référendums sont obligatoires, en ce sens que les autorités nationales sont tenues de les organiser d'office. Tel est le cas en

---

11 5 juin 1975 (adhésion à la CEE).

12 18 juin 1989 (CEE comme union politique).

13 12 juin 1994 (adhésion à l'UE).

14 16 octobre 1994 (adhésion à l'UE).

15 8 mars 2003 (adhésion à l'UE).

16 23 mars 2003 (adhésion à l'UE).

17 12 avril 2003 (adhésion à l'UE).

18 11 mai 2003 (adhésion à l'UE).

19 17 mai 2003 (adhésion à l'UE).

20 8 juin 2003 (adhésion à l'UE).

21 14 juin 2003 (adhésion à l'UE).

22 14 septembre 2003 (adhésion à l'UE).

23 20 septembre 2003 (adhésion à l'UE).

24 20 février 2005 (Traité constitutionnel).

25 1er juin 2005 (Traité constitutionnel).

26 10 juillet 2005 (Traité constitutionnel).

27 Seuls sont pris en considération les référendums nationaux. Ainsi, le vote des électeurs du Groenland, qui fait partie du Danemark, de se retirer de la CEE (23 février 1982), ainsi celui des citoyens des Iles Aaland, en Finlande, d'y adhérer (20 novembre 1994) ne figurent pas dans cette statistique. Il s'agit de référendums d'adhésion d'un genre particulier.

28 Suisse: 6 décembre 1992 (adhésion à l'EEE); 8 juin 1997 et 4 mars 2001 (procédure d'adhésion à l'UE); Danemark: 18 juin 1992 (Maastricht) et 28 septembre 2000 (Euro); Irlande: 7 juin 2001 (Nice); France: 29 mai 2005 (Traité constitutionnel); Norvège: 26 septembre 1972 (adhésion à la CEE) and 28 novembre 1994 (adhésion à l'UE); Suède: 14 septembre 2003 (Euro); Pays-Bas: 1er juin 2005 (Traité constitutionnel).

29 Körkemeyer (note 2) 85-93.

Irlande pour ce qui est de l'adhésion[30] et des révisions ultérieures des traités fondateurs qui nécessitent une révision formelle de la Constitution[31]. Au Danemark, le référendum n'est obligatoire que si le transfert de compétences étatiques à des autorités internationales ne recueille pas la majorité qualifiée de 5/6e des membres du parlement, tout en étant approuvé par ce dernier[32]. En France enfin, depuis la révision constitutionnelle du 1er mars 2005, tout projet de loi autorisant la ratification d'un traité relatif à l'adhésion d'un Etat à l'Union européenne est soumis au référendum par le Président de la République[33].

Bien plus souvent, les référendums européens sont facultatifs dès lors que leur tenue dépend de la volonté d'un organe déterminé de l'Etat. Il est rare que le vote puisse être demandé directement par le peuple lui-même, comme c'est le cas en Suisse pour les lois fédérales : la Lituanie constitue, sauf erreur, la seule exception[34]. Plus fréquemment, la décision d'organiser un référendum européen appartient aux députés, soit à une majorité[35] ou à une minorité parlementaire. Plus souvent encore, c'est le Président de la République, seul ou sur proposition du gouvernement ou du parlement, qui jouit de la prérogative de déclencher la procédure référendaire. En Grande Bretagne, la décision est celle du Premier ministre.

Ailleurs, comme en Allemagne, en Italie[36] et en Belgique, l'organisation d'un référendum européen présuppose une révision formelle de la Constitution. Bref, l'ordre constitutionnel des Etats concernés réglemente de façon fort variée l'institution du référendum européen.

---

30 Comme la Constitution de 1937 comportait plusieurs clauses qui s'opposaient à l'adhésion à la CE, il a fallu, en 1972, la réviser formellement pour rendre cette adhésion possible (art. 29 al. 4 ch. 3). Or, les révisions constitutionnelles sont obligatoirement soumises au peuple (art. 46 al. 2).

31 Selon l'arrêt de la Cour suprême Crotty v. An Toiseach de 1987 ; voir le dixième (Acte unique européen 1986), le onzième (Maastricht 1992), le dix-huitième (Amsterdam 1998) et le vingt-sixième (Nice 2002) amendement à la Constitution.

32 Art. 20 de la Constitution du 5 juin 1953.

33 Art. 88-5 de la Constitution de 1958.

34 Aux termes de l'art. 9 de la Constitution du 25 octobre 1992, « les affaires les plus importantes concernant la vie de l'Etat et du peuple » doivent être décidées par référendum. Ce dernier peut être demandé notamment par 300 000 citoyens.

35 Aux Pays-Bas, c'est le législateur qui a voulu que le Traité constitutionnel soit soumis à un référendum consultatif et c'est le gouvernement qui a décidé que, si la participation au scrutin était de 30% et la majorité rejetante de 60%, il allait tenir compte du résultat, http://c2d.unige.ch.

36 Le vote du 18 juin 1989 était tout à fait particulier, en ce qu'il portait sur une loi constitutionnelle qui mandatait les membres italiens du Parlement européen d'œuvrer en faveur d'une Union politique.

## II. Les trois catégories de référendums européens

Selon la nature de leur relation avec le processus d'intégration européenne et leurs effets de droit, les référendums européens peuvent être classés en trois catégories. Ils portent sur l'adhésion, sur l'intégration ou sur l'élargissement.

### A. Les référendums d'adhésion

C'est la forme la plus fréquente et aussi la plus ancienne des referendums nationaux européens. Les électeurs sont appelés à décider si leur pays veut participer directement au processus d'intégration en devenant membre de la Communauté économique, respectivement de l'Union européenne, en adhérant à l'Espace économique européen ou en adoptant la monnaie unique. La question est donc celle de faire partie du club, tel qu'il se présente à un moment déterminé, ou de rester en dehors.

Si aucun des six pays fondateurs n'a recouru à l'institution du référendum pour ratifier les traités originaires de 1957, c'est que tout simplement leur ordre constitutionnel n'était pas prêt à ce genre d'exercice. La question n'est devenue actuelle que lors du premier élargissement en 1972 lorsque les Irlandais, les Danois et les Norvégiens avaient à se prononcer sur l'adhésion de leur pays à la Communauté ; deux fois oui et une fois non – d'emblée le référendum d'adhésion a démontré sa pertinence. En 1975, les électeurs britanniques ont permis à leur gouvernement de rester dans la Communauté. Dix ans plus tard, les Suisses ont massivement rejeté le Traité EEE, pourtant confectionné à leur mesure, alors que les citoyens du Liechtenstein l'ont approuvé. Depuis 1994, l'écrasante majorité des Etats qui ont adhéré à l'Union l'ont fait par le truchement d'un vote populaire. Mais il y a des exceptions : Chypre a rejoint l'Union en 2004 sans tenir de référendum d'adhésion ; la Bulgarie et la Roumanie vont faire de même en 2007 ou en 2008.

En tout et pour tout, parmi les 26 référendums d'adhésion qui ont eu lieu à ce jour, cinq ont donné un résultat négatif : les Norvégiens ont dit non tant à la CEE qu'à l'UE, les Suisses ont refusé l'EEE, et la Suède et le Danemark n'ont pas voulu de l'Euro.

Au fil des ans, les référendums d'adhésion se sont ainsi imposés, dans la pratique nationale, comme un élément central du droit constitutionnel européen[37]. Ce fait remarquable témoigne de la puissance idéologique redoutable de la démocratie directe, chaque fois qu'un acte ou une décision re-

[37] Sur l'expérience des référendums d'adhésion dans les pays de l'Europe centrale et orientale, Anneli Albi, EU Enlargement and the Constitutions of Central and Eastern Europe, Cambridge 2005 138-162.

quièrent un haut degré de légitimité. L'adhésion représente sans doute un acte de cette nature, non seulement parce qu'elle implique un transfert substantiel de souveraineté et la reprise de l'acquis communautaire dont l'importance ne cesse de grandir, mais aussi parce qu'elle confère des droits spécifiques aux acteurs économiques, lesquels en appellent ainsi à une approbation par les citoyens.

Une autre leçon qui se dégage de cette marche victorieuse des référendums d'adhésion est que la démocratie directe est un peu comme une voie à sens unique : lorsque l'on s'y est engagé, on ne peut guère revenir en arrière[38]. Il n'y a aucune chance que la Norvège ou la Suisse, dont les citoyens ont refusé l'adhésion, puissent un jour devenir membres de l'Union par la seule volonté de leurs parlements, même si cela était possible selon leur règles constitutionnelles. Si le Royaume-Uni, le Danemark ou la Suède veulent rejoindre la zone euro, il leur faudra probablement passer par un vote populaire. Et si un jour la Pologne ou le Royaume-Uni voulaient se retirer de l'Union, un référendum s'imposerait sans doute.

Aux Suisses, qui ont tendance à se croire uniques, précisément en raison de leur démocratie directe fortement développée et fréquemment utilisée, le triomphe des référendums d'adhésion sur le continent européen donne une leçon bienvenue de modestie. La Suisse n'est plus vraiment un cas à part, parce que dans presque tous les Etats du continent, l'adhésion à l'Union requiert un vote populaire. Ce qui est trop souvent encore considéré en Suisse comme un obstacle de poids à l'adhésion – le référendum[39] – est devenu dans la plupart des autres pays une porte d'entrée à l'Europe, qui ne s'est que rarement fermée. Le problème n'est donc plus d'ordre institutionnel, mais de nature psychologique et idéologique : si les électeurs Suisses n'ont jamais eu l'occasion de se prononcer directement sur la question de l'adhésion à l'UE, c'est que ni le gouvernement, ni le parlement ni même les citoyens eux-mêmes n'ont osé à ce jour la leur poser.

## B. Les référendums d'intégration

Un deuxième groupe de référendums européens porte sur l'intensification du processus d'intégration à travers la révision formelle des traités fondateurs : l'Acte unique européen de 1986, le traité de Maastricht de 1992, celui d'Amsterdam de 1998, celui de Nice de 2001 et le Traité Constitutionnel de 2004. Ici, la question n'est pas celle d'adhérer ou non, mais celle de poursuivre

---

38 Andreas Auer, *La démocratie directe : prison ou garantie de la liberté politique ?*, Rivista di diritto amministrativo ticinese, Bellinzone 1994 II 239-253.

39 Körkemeyer (note 3) 55-85.

ensemble le processus d'intégration en l'approfondissant, ou alors d'en rester au statu quo.

C'est le Danemark qui a ouvert la voie aux référendums d'intégration lorsque son parlement a suggéré en février 1986 l'organisation d'un référendum consultatif sur l'Acte unique européen, tous les partis ayant promis de respecter la volonté populaire[40]. Le résultat était serré : 56% des électeurs ont accepté le paquet. L'Irlande a suivi en mai 1987, parce la Cour constitutionnelle avait jugé que l'Acte unique européen risquait d'affecter la politique étrangère du pays : une majorité de 70% a voté oui[41].

Puis vint le Traité de Maastricht, soumis en 1992 aux électeurs irlandais qui l'ont plébiscité, aux citoyens français qui l'ont accepté à une courte majorité de 51% et aux électeurs danois qui l'ont repoussé à 52%. Ce premier résultat négatif d'un référendum d'intégration a d'emblée montré ses effets dramatiques : si Maastricht allait devenir loi, les électeurs danois devaient changer d'avis, ce qu'ils ont fait fort heureusement en mai 1993 sur la base de l'Accord d'Edimbourg. En 1998, le Traité d'Amsterdam a été soumis à un référendum au Danemark et en Irlande dont le résultat fut positif. En juin 2001, les Irlandais ont rejeté de Traité de Nice, principalement parce qu'ils n'étaient pas favorables à l'élargissement qu'il rendait possible, de sorte qu'ils ont été obligés de revoter, en octobre 2002, renversant leur premier verdict.

Finalement, le Traité constitutionnel a été soumis en 2005 à un référendum en Espagne et au Luxembourg où il a passé, en France et dans les Pays-Bas où il n'a pas passé, créant ainsi une crise institutionnelle et politique majeure qui n'a pas été résolue à ce jour.

En tout et pour tout, pas moins de quatorze référendums d'intégration ont été organisés au cours des deux dernières décennies, avec dix résultats positifs et quatre échecs.

Le référendum d'intégration est d'une toute autre nature que le référendum d'adhésion. Alors qu'un résultat négatif du second ne concerne que le pays en question, qui reste en dehors de l'Union, un non lors du premier déploie des effets contraignants pour le peuple et les gouvernements de tous les Etats membres et pour l'UE en tant que telle. Le refus norvégien de 1994 a eu pour conséquence que ce pays est resté en dehors de l'UE ; celle-ci en est certes affectée, mais elle n'en est pas morte. Les refus français et hollandais de 2005 en revanche signifient bel et bien, en droit, la mort du Traité constitutionnel, même si tous les autres Etats devaient le ratifier. On assiste à une

[40] Le vote fut organisé sans base constitutionnelle, car les conditions d'application de l'art. 20 de la Constitution danoise n'étaient pas remplies, le Folketing ayant refusé d'approuver l'Acte unique, Kӧrkemeyer (note 3) 106-108.

[41] Kӧrkemeyer (note 3) 115/166.

curieuse, sinon perverse inversion de niveaux : les électeurs d'un pays se prononçant selon leur droit national enterrent un projet communautaire. C'est un peu comme si le non des hommes appenzellois au suffrage féminin, lors du scrutin fédéral du 7 février 1971, avait privé toutes les femmes suisses du droit de vote[42].

Cette catégorie particulière de référendums européens soulève de sérieuses interrogations de principe, non seulement en ce qui concerne son caractère européen, mais aussi et surtout pour ce qui est de sa nature démocratique.

Les référendums d'intégration ne sont « européens » que par le fait que leur résultat affecte directement le processus d'intégration : s'il est positif, le processus peut continuer et s'achever éventuellement par une révision des traités ; s'il est négatif, le processus est bloqué et la révision échoue en principe. Il n'en reste pas moins que ces référendums sont et restent des événements nationaux : seuls les électeurs nationaux sont consultés, selon des procédures et des règles qui sont nationales, et dans une perspective qui est également nationale. C'est un fait désormais bien établi que les résultats tant positifs que négatifs des référendums d'intégration sont dictés et dominés principalement par des questions relevant de la politique nationale[43]. Le oui espagnol du 20 février 2005 exprimait surtout la reconnaissance du rôle positif que l'adhésion à l'UE a joué pour le développement économique et politique spectaculaire du pays. Le non français du 29 mai 2005 était davantage un plaidoyer pour une Europe plus sociale et un vote de méfiance à l'égard du Président de la République (et du chef du parti socialiste) qu'un refus du texte constitutionnel, qui n'était sans doute pas moins « social » que le Traité de Nice. A chaque fois, des thèmes et des personnalités relevant de la politique nationale prennent le dessus sur l'enjeu proprement européen, de telle sorte qu'il n'est pas interdit de penser que, par rapport à cet enjeu, le résultat du référendum est faussé.

Pire : les référendums d'intégration ne peuvent pas être considérés comme des instruments démocratiques dans le vrai sens du terme. On sait en effet que le peuple est le seul organe de l'Etat qui ne peut être tenu pour responsable (*accountable*) de ces actes. Le gouvernement répond de ses actes et omissions devant le parlement et face à l'opinion publique : il peut être remanié ou remplacé lorsqu'il a perdu leur confiance. Le parlement répond de ces

---

42 Le 7 février 1971, la Constitution suisse a été amendée pour introduire le droit de vote des femmes au plan fédéral. La révision fut acceptée par 621 109 oui (66%) contre 323 882 non et par 14 cantons et 3 demi-cantons contre 5 cantons et 3 demi-cantons. Dans le canton d'Appenzell Rhodes Intérieures, par exemple, le projet fut repoussé par 52% des électeurs, FF 1971 I 502-505.

43 « Voters voting on European intergration projects consider both economic conditions and the popularity of government when deciding their vote », Hug (note 2) 51.

actes devant les électeurs, qui peuvent ne pas réélire un député lorsqu'il n'a pas su ou voulu remplir son mandat. Le peuple en revanche prend ses décisions, que ce soit en matière électorale, constitutionnelle, législative ou autre, sans jamais pouvoir en assumer la responsabilité, d'une part parce qu'il s'agit d'un organe composé agissant toujours dans une composition incomplète et variable[44], d'autre part et surtout parce que le secret et la liberté de vote permettent à chaque électeur de voter comme il veut, sans qu'il doive ou puisse même en rendre compte à quiconque. Comme l'a si bien relevé Bertold Brecht, le peuple a cette particularité de ne pas pouvoir être dissous ou changé lorsqu'il a mal voté[45].

L'irresponsabilité du peuple comme organe de l'Etat ne porte pas à conséquence lorsque, comme c'est le plus souvent le cas, les effets des choix qu'il opère et des décisions qu'il prend se limitent à l'ordre juridique dont il relève : une nouvelle majorité parlementaire, un autre Président de la République, une révision constitutionnelle rejetée et une loi confirmée. Elle est compensée, même largement, par la force légitimatrice suprême dont jouissent l'ensemble de ses actes, parce qu'ils émanent du plus haut organe de l'Etat dont tous les autres organes dépendent. C'est ce que l'on peut appeler la compensation idéologique. Et finalement, parce que le citoyen est en même temps contribuable, agent économique et acteur social, les conséquences du choix effectué par le premier sont supportées par les seconds, de sorte que la société civile, qui relève toujours du même ordre juridique, assume tant bien que mal ce que le peuple ne peut par définition prendre sur lui. C'est la compensation sociétale. Grâce à ces deux compensations, qui se complètent, la démocratie directe a pu se développer au niveau national et sub-national de façon spectaculaire, malgré l'intrinsèque défaut d'*accountability* qui caractérise le peuple.

Avec le référendum d'intégration, tout change. En se prononçant sur une révision des traités, les citoyens d'un Etat prennent une décision dont l'effet principal n'est pas national, mais communautaire, en ce sens que l'échec de la révision que provoque une réponse négative affecte directement tout autre Etat membre et l'Union en tant que telle. Le peuple exerce ainsi une compétence qui dépasse, et de loin, les limites à l'intérieur desquelles son irresponsabilité peut être justifiée et dûment compensée. La compensation idéologique tombe parce que, au niveau de l'Union, un vote positif ou négatif des électeurs d'un Etat ne vaut pas plus, en termes de légitimité, qu'un vote correspondant du parlement : le peuple français n'est pas le souverain européen. La compensation sociétale tombe aussi, les acteurs économiques

44 Auer / Malinverni / Hottelier (note 1) 609-623.

45 « Das Volk hat das Vertrauen der Regierung verscherzt. Wäre es da nicht doch einfacher, die Regierung löste das Volk auf und wählte ein anderes ? », Bertolt Brecht, Bukower Elegien, 1953.

et sociaux du pays concerné n'étant pas seuls à supporter les conséquences de l'échec. Voici pourquoi la voie du référendum pour ratifier une révision des traités, trop souvent empruntée par les autorités exécutives ou législatives pour esquiver une responsabilité et la déléguer à un organe qui ne peut l'assumer, n'est pas vraiment démocratique.

On peut ajouter que les référendums d'intégration violent ou risquent de violer la liberté de vote de chaque citoyen, parce que le résultat du scrutin, étant influencé et potentiellement faussé par les enjeux exclusivement nationaux, ne traduit pas la volonté librement exprimée de la majorité des votants sur l'enjeu véritable, qui est européen. La jurisprudence du Tribunal fédéral portant sur la liberté de vote dans la démocratie directe cantonale pourrait servir utilement d'exemple[46].

Finalement, si les référendums d'intégration doivent être répétés, parce que les citoyens ont mal voté, comme cela a été le cas au Danemark en 1993 et en Irlande en 2001, et comme cela risque de se reproduire en France et aux Pays-Bas, la démocratie directe devient une farce et risque de miner sa propre légitimité. Dire aux électeurs qu'ils doivent approuver la révision et revenir sur leur décision antérieure, en raison des effets politiquement catastrophiques d'un second refus, porte atteinte à ce que la démocratie a de plus précieux et de plus fragile : la dignité du vote. Les Appenzellois en savent quelque chose, eux qui n'ont cessé de s'opposer au suffrage féminin lorsqu'ils étaient réunis en *Landsgemeinde*, non pas tant parce qu'ils pensaient que les femmes ne le méritaient pas, mais parce que tous – le gouvernement, le parlement, les partis et la société civile, sans compter les médias – les suppliaient de voter enfin oui[47]. Les référendums de souveraineté, du moins lorsque leur résultat est clair, ne peuvent pas être répétés à l'infini, tant il est vrai qu'il y va de la sécurité du droit et de la dignité du vote, qui sont des éléments essentiels d l'Etat fondé sur le droit.

L'expérience de ces vingt dernières années montre ainsi que la démocratie directe nationale trouve dans le processus de l'intégration européenne une limite structurelle, qui découle de l'une de ses caractéristiques principales – l'irresponsabilité du peuple comme organe de l'Etat. Il est temps d'admettre que les référendums nationaux sur des questions d'intégration européenne sont contraires à la nature de la démocratie politique.

---

46 Selon la formule jurisprudentielle, « chaque citoyen a le droit d'exiger qu'aucun résultat de votation ou d'élection ne soit reconnu s'il ne traduit pas la volonté librement exprimé du corps électoral », ATF 130 I 290, 294 *Zürcher Anwaltsverband* ; Auer / Malinverni / Hottelier (note 1) 876-895.

47 ATF 116 Ia 359 *Theresa Rohner*.

## C. Les référendums d'élargissement

Le troisième groupe de référendums européens concerne les cas, rares en pratique, mais promis à un grand avenir, où les électeurs d'un pays membre sont appelés à se prononcer sur l'adhésion à l'Union d'un autre pays membre. La question ici est de permettre ou d'interdire à un Etat de faire partie du club.

Les référendums d'élargissement sont, en l'état, quelque chose comme une exclusivité française. C'est en effet en avril 1972 que le Président Pompidou a demandé aux citoyens français s'ils acceptaient que la Grande-Bretagne (sic!), le Danemark, l'Irlande ou la Norvège puissent devenir membre de la Communauté. La cible était bel et bien le Royaume-Uni, en ce sens que le consensus général existant sur la question de son adhésion devait consolider l'autorité politique du Président: elle était ratée, car seuls 36% des électeurs ont participé au vote. En mars 2005, la Constitution française a été formellement amendée pour que l'adhésion de nouveaux membres à l'Union soit soumise au peuple français: il s'agit, soit dit en passant, du premier et unique cas de référendum obligatoire en droit constitutionnel français. La cible est bien évidemment la Turquie et cette fois il est peu probable qu'elle sera ratée. C'est d'ailleurs bien pour éviter que les électeurs ne mélangent la question de l'adhésion de la Turquie à celle du vote sur le Traité constitutionnel que ce nouvel instrument populaire a été proposé et consacré: l'exercice s'est finalement avéré peu payant, puisque beaucoup d'électeurs qui ont voté non le 29 mai 2005 l'ont fait parce qu'ils étaient opposés à l'adhésion de la Turquie…

Les referendums d'élargissement se distinguent des referendums d'adhésion en ce que les citoyens ne se prononcent pas sur l'adhésion de leur pays, mais sur celle d'un pays tiers. Ils se différencient des référendums d'intégration parce que le vote ne porte pas sur une révision des traités, mais bel et bien sur un accord particulier d'adhésion. L'inversion des niveaux atteint son comble: les électeurs d'un Etat décident de l'adhésion d'un autre Etat avec pour conséquence qu'un refus affecte principalement cet autre Etat et son peuple, avant de toucher par ricochet l'ensemble de l'Union.

Ici la démocratie ne sert pas seulement de prétexte, elle devient une parodie. A nouveau, l'enjeu de l'élargissement aura tendance à être obscurci par des questions de politique nationale: quelle que soit la position du Président à ce sujet, le vote aura un important effet plébiscitaire. Pire, les dirigeants politiques qui doutent de l'issue du scrutin auront tendance à prendre une position plus rigide que celle qu'ils défendraient si la décision était la leur. Il n'y a rien de moins démocratique que de demander aux citoyens d'un pays de décider de l'adhésion d'un autre pays, parce que le résultat affecte principalement le gouvernement et le peuple de l'Etat candidat, sans même que la volonté de ce peuple ne soit prise en considération. Faisant implicitement

appel aux instincts les plus bas, comme un sentiment de supériorité, un nationalisme exagéré, voire la xénophobie, le procédé manque singulièrement de cette qualité qui est le propre des instruments de démocratie directe : la légitimité. Enfin, le référendum d'élargissement peut avoir pour effet de contrecarrer le référendum d'adhésion : même si les Suisses se décidaient un jour d'adhérer à l'Union, cette décision devrait être appuyée par une majorité de citoyens français…

La perversion de l'institution référendaire que représente le référendum d'élargissement est d'autant plus redoutable et dangereuse qu'elle usurpe la légitimité démocratique à une fin qui est aux antipodes de la finalité de la démocratie : celle de faire participer le peuple aux affaires qui le concernent.

## III. Les principes responsables de cette situation

Si les référendums européens ont ainsi pu se multiplier et se pervertir au cours de ces vingt dernières années, c'est bien en raison, ou mieux, à cause de trois règles de base du droit communautaire : la règle de l'unanimité pour les révision des traités, la souveraineté des Etats membres en ce qui concerne la détermination de la procédure de ratification et l'absence d'un référendum véritablement européen.

Tout prend racine et s'explique, sans toutefois se justifier, par la « formule d'amendement » des traités, qui n'a pas changé depuis 1957 : les amendements des traités sur lesquels est fondée l'Union (art. 48 TUE), y compris la Constitution européenne (art. IV-443.3 TECE), entreront en vigueur après avoir été ratifiés par tous les Etats membres conformément à leurs règles constitutionnelles respectives.

S'agissant de la règle de l'unanimité, qui exprime et consacre la nature contractuelle de la construction communautaire, il doit suffire de rappeler la façon élégante dont les pères de la Constitution américaine l'ont écartée : dans la 40e livraison du Fédéraliste, James Madison évoquait en effet que la Convention de Philadelphie était animée par « *an irresistible conviction of the absurdity of subjecting the fate of the 12 states to the perverseness or corruption of a thirteenth…* ». Quant à la Suisse, elle ne serait pas si la Constitution fédérale de 1848 avait dû être approuvée par tous les cantons[48].

Le renvoi par le droit communautaire originaire aux règles constitutionnelles des Etats membres, que l'on retrouve également à l'art. 49 TUE pour ce

[48] Alfred Kölz, Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte : Ihre Grundlagen vom Ende der Alten Eidgenossenschaft bis 1848, Berne 1992 605-613.

qui est de la ratification des accords d'adhésion, exprime le respect inconditionnel par l'Union de la souveraineté des Etats. Il appartient aux chaque Etat de définir en toute liberté l'autorité compétente pour ratifier la révision des traités. Ce respect, qui prend sa base dans la nature contractuelle de l'Union, signifie en premier lieu que l'Union renonce à déterminer une procédure autonome, relevant de son propre ordre juridique, pour apporter des modifications à sa loi fondamentale. Il signifie ensuite que l'Union s'abstient de prescrire aux Etats membres le respect de certaines conditions élémentaires de procédure dans le cadre de la ratification des traités.

L'absence d'un référendum constitutionnel véritablement européen, organisé sur la base du droit européen et s'adressant aux citoyens de l'Europe, est un fait qui reflète bien le pragmatisme de la construction communautaire. Les projets sont légion : du Général de Gaulle en 1949[49] au Chancellier Wolfgang Schüssel en 2006[50], en passant par la commission Spinelli de 1964[51], la Convention pour l'avenir de l'Europe de 2003[52] et par maintes résolutions du Parlement européen, l'idée d'un référendum européen est régulièrement évoquée et tout aussi régulièrement rejetée[53]. Tant que vaudra le principe de l'unanimité, il est difficilement concevable que les traités puissent être révisés par une décision prise par une majorité, même qualifiée, de citoyens de l'Europe. Au surplus, l'organisation d'un tel référendum restreindrait de façon sensible la souveraineté des Etats membres, surtout de ceux qui comme l'Allemagne, la Belgique ou la Grèce n'ont aucune expérience nationale en matière de référendum.

Considérés pour eux-mêmes, ces règles et principes semblent intouchables, inébranlables, de sorte que la multiplication des référendums nationaux qu'ils produisent paraît inévitable, alors même que, dans la pratique, ces référendums ont fini par jouer le rôle de fossoyeurs du processus d'intégration et du processus d'élargissement européens. Envisagés dans la perspective d'une nouvelle attitude de l'Union à l'égard de la démocratie directe, qui exige que l'on tienne compte à la fois des aspects positifs et des aspects négatifs de l'expérience référendaire européenne, leur solidité semble moins évidente.

---

49 Charles De Gaulle, Discours et messages, février 1946 – avril 1958, Paris 1970 304, 309.

50 EUobserver June 12 2006.

51 Altiero Spinelli, Une strategia per gli Stati Uniti d'Europa, Bologne 1989 167, 169.

52 La proposition faite par le Président de la Convention, Monsieur Giscard d'Estaing, de soumettre le Traité constitutionnel à un véritable référendum européen a été, en juin 2003, appuyée par pas moins de 96 membres de la Convention.

53 Hug (note 2) 102-133.

## IV. Les étapes d'un nouvel itinéraire

Si l'Union est fondée, entre autres, sur le principe de la démocratie, qui est commun aux Etats membres (art. 6 par 1 TUE), ce principe ne doit pas céder le pas face à n'importe quelle expression de l'identité nationale de ces Etats que l'Union s'engage à respecter (art. 6 par 3 TUE)[54]. Au lieu de s'incliner devant chaque manifestation de l'identité nationale, fût-elle antidémocratique, et sacrifier ainsi l'un des principes les plus essentiels sur lesquels elle se fonde, l'Union devrait prendre la démocratie au sérieux et imposer son respect aux Etats tant dans la procédure adhésion de nouveaux membres que dans celle de la ratification de la révision des traités. En d'autres termes, il s'agit de rétablir une concordance pratique entre les deux préceptes contenus à l'art. 6 TUE.

Ce changement d'attitude ne passe pas nécessairement par une révision formelle des traités, révision qui, dans l'impasse actuelle, n'est guère à l'ordre du jour. Il peut se traduire par un enchaînement de trois pas successifs, qui pourrait permettre à l'Union de sortir en douceur, et par ses propres forces, de l'impasse dans laquelle elle s'est laissée manœuvrer. En somme, il s'agirait de recourir au référendum lorsqu'il a pour effet de renforcer la démocratie européenne et de l'éviter, sinon de le proscrire lorsqu'il n'est que prétexte ou parodie.

### A. Rendre obligatoire le référendum d'adhésion

Comme premier pas, l'Union pourrait et devrait rendre obligatoire le référendum d'adhésion pour tous les nouveaux Etats membres. Ce référendum peut en effet être considéré aujourd'hui comme une institution démocratique de base, directement lié au processus d'intégration, dont aucun Etat candidat ne devrait pouvoir se départir. Pour demander à devenir membre de l'Union, l'Etat candidat doit respecter les principes énoncés à l'art. 6 TUE, dont notamment celui de la démocratie (art. 49 al. 1 TUE). Il s'agirait d'interpréter cette exigence en ce sens que, du côté de l'Etat candidat, la décision d'adhérer ou de ne pas adhérer peut seulement être prise par le peuple.

On sait que le Conseil européen de Copenhague de juin 1993 a arrêté pour la première fois, sur la base de l'art. 49 TUE, des critères politiques et économiques pour l'adhésion, de même que des critères relatifs à l'acquis. Si les critères économiques requièrent l'existence d'une économie de marché, les

[54] Giovanni Biaggini, Prinzipien für eine europäische Verfassung, in: Forum Helveticum, Die schweizerische Verfassungsgeschichte: Eine Quelle von Anregungen für die Zukunft Europas? Lenzburg 2002 35-39.

critères politiques engagent les pays candidats à se doter d'institutions stables garantissant notamment la démocratie. Rien n'empêcherait à première vue le Conseil européen, tirant la leçon de l'expérience de la dernière décennie, de soumettre l'adhésion à un nouveau critère, de nature juridique, qui serait la tenue d'un référendum d'adhésion.

Ce critère juridique ne restreindrait pas davantage la souveraineté des Etats que ne le font les critères politiques et économiques définis à Copenhague. Après tout, aucun Etat n'est tenu d'adhérer à l'Union et il est admis que, si tel est son désir, il doit remplir un certain nombre de conditions. Le référendum d'adhésion, même érigé en condition par l'Union européenne, resterait un référendum national dont les modalités (droit de vote, quorum, majorité, fonctionnement) devront en principe être définies par l'Etat concerné.

L'intervention récente de l'Union dans le processus qui a conduit à l'indépendance du Montenegro ne peut-t-elle pas servir de précédent dans cette direction ? On sait en effet qu'elle a exigé la tenue d'un référendum d'autodétermination et qu'elle a, dans le secret espoir d'un résultat négatif, imposé un quorum de résultat de 55%, qui a été tout juste atteint lors du scrutin historique du 21 mai 2006.

D'autre part, le précédent de Chypre, admis au sein de l'Union en 2004 sans référendum d'adhésion, va probablement dans le même sens. Certes, les deux communautés de l'île se sont prononcées par referendum en avril 2004 sur le plan Annan[55], qui fut accepté par les électeurs de la partie nord de l'île, alors que les citoyens de la République de Chypre l'ont rejeté. Cet échec de réconciliation, plus ou moins imposée par l'ONU et soutenue par l'UE, n'a pas empêché la République de Chypre de devenir membre de l'UE, faisant ainsi du problème chypriote une affaire européenne dont la solution n'est pas encore en vue[56]. Peut-être bien que l'Union a manqué une belle occasion en refusant d'établir un lien direct entre l'acceptation du plan Annan et l'adhésion.

Dans cette perspective, l'exemple de la Constitution roumaine du 19 octobre 2003, qui prévoit que l'adhésion est décidée par le parlement à une majorité qualifiée de 2/3, et celui de la Bulgarie, qui va également adhérer en 2007 sans avoir organisé de référendum, devraient être purement et simplement proscrits.

---

55 http://en.wikipedia.org/wiki/Annan_Plan.

56 Thomas Giegerich (ed.), The EU Accession of Cyprus – Key to the Political and Legal Solution of an «Insoluble» Ethnic Conflict? Baden-Baden 2006.

## B. Bannir le référendum d'intégration et le référendum d'élargissement

Le deuxième pas, assurément plus délicat, consisterait à interpréter le renvoi aux règles constitutionnelles des Etats membres, figurant à l'art. 48 par. 3 et 49 par. 2 TUE, à la lumière des principes statués à l'art. 6 par. 1 TUE et principalement de la démocratie, pour interdire aux Etats membres de recourir au référendum pour procéder à la ratification des révisions des traités et des accords d'adhésion. Il suffirait probablement que le Parlement ou le Conseil européen prenne acte, ou que la Cour de justice des communautés décide, que les référendums d'intégration, ainsi que les référendums d'élargissement, en raison de leurs effets pervers et destructeurs sur le processus d'intégration, ne sont pas compatibles avec les exigences de l'art. 6 TUE.

Ce faisant, l'Union arrêterait le principe selon lequel la décision des Etats membres relative à la modification de ses traités fondateurs et à l'adhésion de nouveaux pays ne peut plus être prise par un organe qui, comme le peuple national, est par définition incapable d'en assumer la responsabilité politique, que ce soit au plan du droit interne ou, à plus forte raison, au plan communautaire et qui, au surplus, ne peut pas se déterminer sur ces questions d'une façon qui reflète sa véritable volonté.

Certes, il en résulterait une sensible restriction de la souveraineté des Etats membres, surtout lorsque, comme c'est le cas en Irlande, pour la révision des traités, et en France, pour l'élargissement, ces référendums sont rendus obligatoires par les constitutions nationales. Mais si le caractère non démocratique des référendums d'intégration et des référendums d'élargissement est ancré dans le droit communautaire, la primauté de celui-ci sur les règles nationales, y compris les lois fondamentales, fournirait une base juridique solide et éprouvée pour l'imposer en cas de conflit. Les « maîtres des traités » doivent apprendre à s'incliner devant la démocratie, prise au sérieux et comprise dans la perspective de l'Union et non seulement dans celle, qui n'est guère plus qu'un prétexte dans ces cas, du respect de l'identité nationale des Etats membres.

## C. Organiser un référendum consultatif européen sur le Traité constitutionnel

Le troisième pas, qui pourrait fort utilement être lié au deuxième, serait de créer les conditions pour la tenue d'un référendum véritablement européen, c'est-à-dire organisé par l'Union dans l'ensemble des Etats membres et s'adressant aux citoyens de l'Union, sur la révision des traités et les questions constitutionnelles.

Pour sortir de l'impasse actuelle, un tel référendum pourrait porter, à titre expérimental et sans effet juridiquement contraignant, sur le Traité constitutionnel du 29 octobre 2004. Il s'agirait, pour l'Union, de sonder et de mesurer la véritable opinion de ses citoyens sur ce Traité fondamental, ce qui constitue sans doute un souci légitime. Pour éviter qu'une majorité de petits Etats n'impose sa volonté à la majorité des citoyens, ou vice-versa, il conviendrait sans doute de prévoir une exigence de double majorité. La formule des 50/60 (la moitié des Etats membres et 3/5e de la population), retenue par l'art. I-24.1 du Traité constitutionnel, pourrait bien servir de référence[57].

Reste la question, décisive, de savoir quel organe communautaire pourrait prendre l'initiative et la responsabilité d'un processus qui rendrait possible cette expérience inédite. Le Conseil européen sans doute, dans l'exercice de sa fonction de donner à l'Union les impulsions nécessaires à son développement (art. 4 par. 1 TUE), mais la règle de l'unanimité laisserait peu de doute sur les chances de réalisation. Le Parlement européen à titre d'avis (art. 192 par. 1 CE)? La Commission sous la forme d'une recommandation ou d'un avis qu'elle estime nécessaire (art. 211 CE)? Le caractère expérimental et non contraignant du référendum envisagé plaiderait pour cette dernière voie.

Si tous les citoyens de l'Union avaient ainsi l'opportunité de se déterminer sur le nouveau contrat social, sans que leur opinion soit influencée et falsifiée par les enjeux politiques nationaux, il se pourrait bien que même les électeurs français et hollandais votent autrement qu'ils ne l'ont fait au printemps 2005, sans être tenus de révoquer formellement leur détermination antérieure. Si le résultat était négatif, le sort du Traité constitutionnel serait définitivement scellé. En cas de réponse positive en revanche, il serait politiquement difficile, sinon impossible, de ne pas en tenir compte. Quoi qu'il en soit, un tel référendum expérimental, consultatif en droit, serait la première manifestation de volonté de cette chose dont beaucoup encore nient l'existence – le peuple européen.

Il se peut bien que, cette première expérience faite, et quel que soit son résultat, la voie s'ouvrirait vers une institutionnalisation informelle du référendum constitutionnel véritablement européen. Si le Traité constitutionnel était rejeté par les citoyens européens, il y a fort à parier qu'une nouvelle mouture ne pourrait pas entrer en vigueur sans approbation populaire. La même conséquence résulterait d'un oui des citoyens: les révisions ultérieures du Traité constitutionnel n'échapperaient guère à un nouveau référendum consultatif. Ainsi, la tenue d'un référendum européen dans le vrai sens du terme déploierait probablement cette «force normative des faits» chère à Georg Jellinek.

---

[57] Andreas Auer, Le référendum européen: définitions, repères historiques et jalons d'étude, in: Auer / Flauss (note 2) 23-47.

Sur cette base, et sur cette base seulement, il n'est pas impossible de penser que la règle de l'unanimité pour les révisions des traités et de la Constitution pourrait un jour être formellement abandonnée. Le statut et le rôle de « maître des traités », actuellement assumés par les Etats, seraient transférés au peuple européen. Seule la démocratie directe dispose en effet de la légitimité nécessaire pour compenser une limitation de la souveraineté de ceux-ci et justifier un changement de constituant. La rupture normative qu'implique inévitablement le passage d'un traité international à une constitution doit trouver une justification en dehors du cadre juridique existant. James Madison l'avait bien compris. « *On what principle* – écrivit-il en 1787 – *the confederation, which stands in the solemn form of a compact among the states, can be superceded without the unanimous consent of the parties to it ? The answer must be found beyond the principles of the compact itself : The great principle of selfpreservation.* »[58]

## Conclusion

Alors que le référendum d'adhésion a fait ses preuves comme instrument indispensable de la démocratie participative au niveau européen, le référendum d'intégration s'est avéré comme un piège pour l'approfondissement, tout comme le référendum d'élargissement promet de bloquer toute perspective d'élargissement de l'Union.

Pour se donner des chances de pouvoir poursuivre ces deux dynamiques, qui sont à la fois nécessaires et complémentaires, l'Union se doit donc de remettre sérieusement en question son attitude à la fois trop libérale et trop passive à l'égard des instruments de démocratie directe.

[58] James Madison, The Federalist Papers, n° 43 (1787).

# A Common Law of Democracy? – an Experimental Conceptualization*

Daniel Thürer

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Zurich*

Malcolm MacLaren

*Collaborateur scientifique à la Faculté de droit de l'Université de Zurich*

## Introduction

> "I watched and learned much from the tribal meetings that were regularly held at the Great Place. […] It was democracy in its purest form. There may have been a hierarchy of importance among the speakers, but everyone was heard […]. The foundation of self-government was that all men were free to voice their opinions and were equal in their value as citizens."
>
> *Nelson Mandela*[1]

The following paper attempts a stocktaking of the contemporary values and sources of international law through the example of rights to political participation. Traditionally, international law had a largely formal, value-free, positivist character. The content and formation of the state legal order belonged to the *domaine réservé*. Norms of contractual or customary nature were primarily recognized as international law, general principles of law secondarily so. We hypothesize here that the international and state system has assumed a strong value orientation due to a change in popular conscience (*"l'esprit collectif"* of Émile Durkheim) and that democracy is now among its values.[2] The

* References to events and internet websites are up to date as of May 2007.

1 Nelson Mandela, Long Walk to Freedom, London 1994, p. 24.

2 This development has not occurred overnight but represents the culmination of a long historical process. As McDougal similarly observed many years ago, "[t]he history of recent centuries documents a rising common demand of the peoples of the world, a demand which transcends the boundaries and competence of their inherited governmental forms, for all the values which we today summarize as the values of a free society or as fundamental respect for the dignity of the individual human being. This rising common demand is explicit in varying degrees, and implicit to the fullest degree, in most of the new constitutions, territorial and functional, international and national, created since World War II, and it includes more specific, detailed demands for the greater production and sharing of all values and for *security* in the sense of opportunity to pursue and enhance all values by peaceful, non-coercive procedures, free from violence and threats of violence." (Myers McDougal, International Law, Power and Policy: A Contemporary Conception, 82(I) RdC (1953), p. 138; italics in original, footnotes omitted.)

discrepancy between "système international" and "société transnationale" observed by Raymond Aron has diminished, and the "culture étatique" has been in part replaced and complemented by a "culture de la société civile". We hypothesize further that the traditional doctrine of the sources of international law no longer meets actual needs; a reformed doctrinal basis is called for. Accordingly, we postulate a novel concept for international law – common law – and contend that democracy belongs to this concept – a so-called common law of democracy. Our reflections are tentative in nature. They are dedicated to Giorgio Malinverni.

## I. Contemporary political reality and its legal characterization

> "Jüngst wurde ich gefragt, welche Ereignisse ich für die bedeutendsten im 20. Jahrhundert hielte. Nun war dieses Jahrhundert nicht arm an aussergewöhnlichen Geschehnissen. [...] Dennoch hatte ich keine Schwierigkeiten, die wichtigste Veränderung auszumachen: die Verbreitung der Demokratie."
>
> *Amartya Sen*[3]

Democracy – broadly understood as the idea, value, and goal of dialogue among all citizens and their effective participation in the conduct of public affairs[4] – is recognized globally in constitutions today. It is reflected internationally in strictures, practice, and opinion regarding popular self-determination and individual involvement in governance of the State.[5] There appears, in short, to be a widespread desire to participate in political decision-making and a growing rejection of systems that do not express the people's will.[6] The

---

3 Amartya Sen, Reif für die Freiheit – Warum Bürgerrechte vor grossen Katastrophen schützen, 60(6) IP (June 2005), p. 34.

4 We favour Sen's description of democracy. He defines it in rich terms, transcending the act of choosing and voting, as "la possibilité pour tous les citoyens de participer aux discussions politiques et d'être ainsi en mesure d'influencer les choix relatifs aux affaires publiques." (Amartya Sen, La démocratie des autres – Pourquoi la liberté n'est pas une invention de l'Occident, Paris 2006, p. 12.)

5 For example, as Hilf asks rhetorically, "würde heute noch ein Staat in die Vereinten Nationen aufgenommen werden, dessen Verfassungsordnung keinerlei Anklänge an das Demokratieprinzip enthielte?" (Meinhard Hilf, Ein europäisches Grundrecht auf Demokratie?, in: Jochen Abr. Frowein u.a. (eds.), Verhandeln für den Frieden / Negotiating for Peace, Festschrift für Tono Eitel, Berlin 2003, p. 751.)

6 Further see Dinah Shelton, Keynote Speech, Expert Seminar on Democracy and the Rule of Law, United Nations Office of the High Commissioner for Human Rights, Geneva 28 February 2005 (with authors).

contemporary empirical reality regarding political participation does vary significantly. When one looks, however, with the eye of a comparative lawyer,[7] the particularity of political systems is abstracted away, and certain standards of democratic participation spanning the different systems are identifiable. In a previous paper we elaborated and illustrated some of these "cosmopolitan" values and rules.[8] Here we ask whether these may be more broadly characterized as part of a common law of humankind.

To be more specific, we see the advent of new effective rights to political participation worldwide. These rights may in their detail be blurry and may in their development differ.[9] Whatever their precise normative content their advent cannot, we believe, be gainsaid. States and intergovernmental organizations (IGOs) are striving to promote and protect democratic forms of government in many and diverse ways, and their efforts have a legal as well as a practical significance.

We do not mean to claim that state (and IGO) practice – in addition to the widespread adoption of norms of democratic government in major human rights instruments – unanimously shows democratic tendencies. The day is not past when elections can be stolen, bought, or rigged. However, prevailing contemporary practice is at least "evidence of a worldwide trend to prefer democratic forms of government over any other type of regime"[10]. It is this fact that the democratic ideal has gained political and legal importance nationally and internationally that is decisive to our thinking.

Put otherwise, to what degree States characterize themselves as democratic in their domestic laws and in international treaties, and if so, how far they actually fulfil their legal promises, are here beside the point. These are legalities in the pejorative sense. It is the terms of the argument that are

---

7 Following the approach of Ernst Rabel, Aufgabe und Notwendigkeit der Rechtsvergleichung, in: Hans G. Leser (Hrsg.), Gesammelte Schriften: Arbeiten zur Rechtsvergleichung und Rechtsvereinheitlichung, Band III, Tübingen 1967, p. 1, 7.

8 Further see Daniel Thürer / Malcolm MacLaren, In and around the Ballot Box: Recent Developments in Democratic Governance and International Law put into Context, in: Marcelo G. Kohen (ed.), Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law, Liber Amicorum Lucius Caflisch, Leiden 2007, p. 549-568.

9 Formatively on the convergence of expectations internationally and the rise of the liberal-democratic model see Thomas M. Franck, The Emerging Right to Democratic Governance, 86 AJIL (1992), p. 46 et seq. For an anthology of the ensuing democratic entitlement debate see Gregory Fox / Brad Roth (eds.), Democratic Governance and International Law, Cambridge 2000. Summarizing see Steiner / Alston: "the degree to which the contemporary observer detects a significant trend toward democratic governance will depend on the conception of democracy that is employed and on the related essential components of democratic governance." (Henry J. Steiner / Philip Alston, International Human Rights in Context, Oxford 1996, p. 659.)

10 Christian Pippan, Book Review, 15(1) EJIL (2004), p. 217.

important. Democracy has come to dominate public discussions about political systems worldwide; its vocabulary and concepts are framing debates relating to government structures.[11] Moreover, the question in public discussions is no longer whether a particular society is "mature" enough for democracy; every country is considered as such.[12] Amartya Sen believes that there is a worldwide consensus that democracy is the best of all possible forms of government and that those who reject this assumption are those who must explain themselves.[13] Democracy has yet to win a total and final victory – *pace* Francis Fukuyama – in the struggle of ideas. It has, however, undoubtedly emerged as the dominant reference point in the formation of political systems.

## II. "Common law" as substance and process

> "[The law] cannot be dealt with as if it contained only the axioms and corollaries of a book of mathematics."
>
> *Oliver Wendell Holmes*[14]

Emergent cosmopolitan values and rules regarding democracy have, as argued, a legal significance. Other scholars have to date attributed them to customary international law and general principles of law[15] or understood them as principles of justice that should guide the interpretation and application of international law.[16] These characterizations of their normative foundations are open to question. (Specifically, it is debatable whether the constitutional affirmations of the rights to political participation in States, however widespread, suffice to establish the rights as general principles. As regards custom,

---

11 For example, see the experience of the Iranian presidential campaign of June 2005. Unlike in previous campaigns, "conservative candidates know that they stand a chance only if they speak the reformist language of democracy". (Iran's presidential election: Will it make any difference?, Economist, 11 June 2005, p. 37, citing the editor of an Iranian daily.)

12 Democracy is, in the words of a U.S. newspaper columnist, the subject of a contemporary "thought contagion": people around the world are asking themselves "why not here?". (David Brooks, International Herald Tribune, Why not here?, 1 March 2005, p. 9.)

13 Sen, Reif, p. 34. Sen speaks of democracy as having become one of the "umfassende 'Glaubenswerte', die als eine Art allgemeiner Regel einen gewissen Respekt geniessen" and that mark every age and every social climate.

14 Oliver Wendell Holmes, The Common Law, 1881, p. 1, online at: www.law.harvard.edu/library/collections/special/online-collections/common_law/Lecture01.php.

15 For example, see Jude I. Ibegbu, Right to Democracy in International Law, Lewiston (NY) 2003.

16 For example, see L. Ali Khan, A Theory of Universal Democracy: Beyond the End of History, The Hague 2003.

it is debatable whether the prevalent adoption of a democratic government constitutes the necessary *usus* and the near universal consent to international human rights instruments protecting the rights to political participation constitutes the necessary *opinio juris*.) If the yardstick for these developments is the European Union (EU), in which common constitutional traditions and international human rights instruments ratified by all Member States have become a recognized source of regional law,[17] cosmopolitan values and rules regarding democracy have not yet achieved comparable status in international law.

We prefer a novel concept of the sources of international law to capture these developments rather than their questionable characterization as customary law or as general principles of law. We see these rights to political participation as forming part of a common law of humankind.

Like "democracy", the term "common law" is open to various interpretations, and its use should be carefully explained.[18] From a *substantive* perspective, we believe that:

– The rights to political participation constitute "common law" in the original meaning of the term: they are rules and principles not of local law (i.e. existing in particular places) but of the law that is common to the whole (once England, now the world).

– They also constitute "common law" in the term's usual meaning, i.e. law that is not the result of legislation (or treaty) but that is created by the custom of people, the work of experts, and the decisions of judges. Popular preferences, academic authority, and judicial interpretation can shape – and, as shown in our previous paper, have in fact shaped – a body of law regarding government nationally and internationally.

– The rights to political participation constitute "common law" due to the subject matter that they regulate, namely "low" and not "high" politics. Rather than Great Power relations and States' foreign policy, they concern a social activity and human rights. The matter of the form of government is one open to and belonging to (as well as affecting) the public / whole community, and as such should be considered part of what has been termed a "common law of mankind".[19]

---

17 See Art. 6(2) of the Treaty on European Union.

18 In the original English legal context, Glanville Williams, Learning the Law (11th ed.), London 1982, p. 24 et seq.; in a modern-day European legal context, Peter Häberle, Verfassungslehre als Kulturwissenschaft (2nd ed.), Berlin 1998, p. 1083 et seq.

19 Generally see C. Wilfred Jenks, The common law of mankind, New York 1958, p. 8.

Democracy as common law may also be understood in terms of its dynamism. It constitutes a *process* by which certain policies and practices relating to the collective and individual exercise of political will come to be universally viewed as acceptable, while others do not. More specifically, we see the concept of democracy as being so developed internationally:

– Influences reach from country through regional to universal fora and back again. Democracy as common law develops in both directions: to use traditional terminology, not only from above (i.e. top-down) but also from below (bottom-up). State and IGO policy and practice receive decisive impetus from the national, and commonality comes to characterize governance structures of the parts of the whole.
– Democracy as common law manifests a living character. This character means that the concept is not immutable but always open for further development, and then not in such a way as to renounce what has been established rather to refine it. The description of democracy as another name for the sum total of humane traditions[20] seems apt.
– The origins of democracy internationally are diverse, not traceable to any one, definitive source. Instead, like all common concepts, democracy has many parents. It is formed by principles and practices deriving from the experience of different systems (national, regional etc.) and finding expression in different forms (constitutional tradition, general comments and case law of international tribunals etc.).

The concrete meaning of such a common law internationally is well illustrated by reference to Europe. It can be seen on the continent that rules and principles of human rights common to the whole have emerged from various sources. Europe[21] is in this sense "a laboratory for legal pluralism".[22] These rules and principles can be expected to continue to be built upon, as they are relative and open to all different national systems and experiences.

---

[20] G.K. Chesterton cited in: Clive James, Guest from the future – Gaps and glories in the legacy of Isaiah Berlin, Times Literary Supplement, 3 September 2004, p. 3.

[21] We mean by "Europe" a public space consisting of states and civil societies, supranational communities such as the EU, and IGOs such as the Council of Europe or the Organization for Security and Co-operation in Europe (OSCE).

[22] Generally see Mireille Delmas-Marty, Vers un droit commun de l'humanité, Paris 1995.

# III. Concept of and tendencies in multi-layered legal systems

> "In reality, there is only one human right which is valid in the international sphere as well as in the domestic sphere."
>
> *Judge Kotaro Tanaka*[23]

## 1. Relationship between international and national law in general

Our re-conception of the rights to political participation is based on two newer trends in the relationship between international and national law. First, it seems that the classic, dualist distinction between international and domestic law has broken down. The dividing line between the sphere of international law and the *domaine réservé* of sovereign States is being blurred, and it has become the business of constitutional lawyers to deal with international law and that of international lawyers to deal with constitutional problems.[24] Second, it seems that in the interstice between the international and domestic legal orders, values and rules are developing that can no longer be considered exclusive to either order, but that now underlie both. Democracy, in addition to human rights and the rule of law, belongs to these values and rules. A unitary perception of the "law" according to liberal ideas of a world society – a substantive monism, as it were – is being vindicated.

Taken together, the trends point to a new legal paradigm. Rather than a paradigm of hierarchies and plural orders based on the distinction between international and domestic law, it is a paradigm of an interconnected and interacting world organized according to certain conceptual continua.[25]

## 2. Federal constitutional orders and common rights protection

What effects could this perceived integration of the international and national law have for the content of fundamental rights? The influence of international law on state constitutional systems is, for example, direct and obvious

---

[23] Dissenting Opinion, South West Africa Cases, Second Phase, ICJ Reports 1966, p. 297.

[24] Generally see Brun-Otto Bryde, Konstitutionalisierung des Völkerrechts und Internationalisierung des Verfassungsrechts, 42(1) Der Staat (2003), p. 61-75.

[25] Recent experience in constitution-making in post-conflict situations illustrates this argument. See Daniel Thürer, Kosmopolitische Verfassungsentwicklungen, in: Daniel Thürer, Kosmopolitisches Staatsrecht, Zurich / Berlin 2005, p. 3-39.

in the extensive functions attributed to United Nations peacekeeping: international instruments have come to serve as mandates for comprehensive institution building.[26] The UN has, however, acquired its decisive role in national elections and referenda only in extraordinary circumstances such as peacekeeping or where the countries in question sought its approval.

International law's shaping of state constitutional systems is not so direct and evident but is arguably more powerful. It occurs through the interrelations of legal orders themselves. The likely effects of such integration can be seen by referring to existing federal constitutional orders. This reference is not intended to suggest that the world community has achieved a quasi-state organization, as aspired to by some of the UN's founders. It is rather to draw on a dynamic that seems inherent in multi-layer governance, be the layers in question international and national structures or central and constituent state authorities. In short, such interrelations can be expected to provoke a certain centralization of and uniformity in the law, even where each governance layer has substantial powers and enjoys real autonomy vis-à-vis the other layer(s).

This dynamic is especially pronounced in systems where there is provision for judicial review. The cause lies in the characterization of the rights in question as "fundamental". If liberal individual rights are, for example, considered to be universal and transcendent, they require a system-wide consistency: they cannot be open to contextualizing locally but must logically be applied "in the same way everywhere, and for all."[27]

This type of law, "*Gemeinrecht*" as Peter Häberle popularized it,[28] is in short a natural dimension of a federation under the rule of law.

## 3. Examples from Canada, Germany, and Switzerland

- Canada

In the Canadian federation, there are two layers of constitutional or legislative instruments for the protection of rights, one national and the other provincial. A degree of homogeneity is guaranteed through the application of federal rights throughout Canada; the provincial instruments must be compatible with the federal constitution. In addition, the Canadian Supreme

[26] Further see Mary Kaldor, New and Old Wars – Organized Violence in a Global Era, Palo Alto 1999.

[27] José Woehrling, The Relationship between Federalism and the Protection of Rights and Freedoms, in: Stefan Breitenmoser et al. (eds.), Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Liber Amicorum Luzius Wildhaber, Zurich / St. Gallen 2007, p. 895, 910.

[28] Further see Peter Häberle, Gemeineuropäisches Verfassungsrecht, 18 (12/13) EuGRZ (30 August 1991), p. 261, 268 et seq.

Court, as the final interpreter of the quasi-constitutional instruments of the provinces as well as of the Constitution of Canada, has limited diversity and simplified the law in the country through its jurisprudence.[29] The Court tends to interpret these legislative and constitutional instruments similarly, even in cases where there are significant differences in their respective wording.[30] It has thereby imposed uniform values on the provinces.

An example of these homogenizing effects may be usefully cited. Prior to the passage of the Constitution Act of 1982, there was no constitutional right to vote in Canada; each legislative body was free to make its own provisions regarding voting.[31] Section 3 of the Charter of Rights and Freedoms now confers on every citizen the right to vote in federal and provincial elections in relatively sweeping terms.[32] Courts in Canada have considered federal and provincial voting provisions on many occasions since then. The leading case on voting rights and electoral boundary readjustment is the *Saskatchewan Electoral Boundaries Reference*.[33] A provincial electoral map in which rural ridings were overrepresented was challenged before the Supreme Court as a violation of the right to vote on the grounds *inter alia* that section 3 guarantees not just the right to the franchise for all citizens but also the equal weight of each individual vote. In rejecting this challenge, the Supreme Court held that the Constitution protected the right to effective representation and not absolute parity *per* "one person, one vote". Population variances are acceptable to the extent that they can be justified as providing more "effective representation". The Court thereby showed considerable deference to electoral boundaries stipulated by a legislative body. It did, however, describe equality of weight as being "of prime importance" and outlined a (non-exhaustive) list of considerations that might validly improve effective representation.

- Germany

Democracy is a fundamental principle of the German polity.[34] Art. 20(1) of the Basic Law defines the Federal Republic as a democratic state. Art. 28(1)

---

29 The Supreme Court of Canada "is more of a national than a federal court because it is a 'general court of appeal for Canada', with power to hear appeals from the provincial courts [...] in all kinds of cases, whether the applicable law is federal or provincial or constitutional." (Peter W. Hogg, Constitutional Law of Canada (3rd student ed.), Toronto 1992, p. 163.)

30 Further see Woehrling, p. 901 et seq.

31 Further see Hogg, p. 997 et seq.

32 Section 3 is, however, subject to section 1, namely "such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society."

33 See *Re Prov. Electoral Boundaries (Sask.)* [1991] 2 S.C.R. 158 et seq.

34 Among others see Peter Badura, Staatsrecht – Systematische Erläuterung des Grundgesetzes (3rd ed.), Munich 2003, p. 271-284; Konrad Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (20th ed.), Heidelberg 1995, p. 58-83; Klaus Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (2nd ed.), Munich 1984, p. 587-634.

specifically requires the States (and counties and municipalities) to conform as well to the principle of democratic government. These provisions set forth a fundamental structural principle of the German state, a principle that may not be amended out of the Basic Law (Art. 79(3)). A uniform basis of democratic legitimation for all territorial divisions within Germany is thereby to be guaranteed.

In interpreting these provisions, the Federal Constitutional Court has proven itself an important custodian of the political order. Trend-setting was the Court's reasoning in *Southwest State* Case (1951),[35] its first major decision and the first time that it set aside a federal law as unconstitutional. Baden had challenged the constitutionality of federal statutes that merged it with two other south-western States on the grounds *inter alia* that the statutes violated the principle of democracy because the electoral districts foreseen would dilute the votes of citizens in Baden. In its decision,[36] the Court confirmed that the constitutional orders of the States must conform to those of a democratic government based on the rule of law within the meaning of the Basic Law. As long the orders do, they fall within State jurisdiction. (States may then exclusively determine the rules that govern the formation and functions of their constitutional organs, including setting regulations regarding how often and on what occasions citizens may vote.) It is incumbent upon the federation, however, to ensure that the constitutional orders of the States conform to the principle of democratic government.[37]

- Switzerland

Swiss constitutional practice offers an outstanding example of the interplay of constituent units in a federation and the resultant standardization of operative legal and political principles. The Cantons have exercised the competences provided them in the Federal Constitution to define a variety of political rights of their own. However, due to open formulations of the cantonal provisions – or rather the problems encountered in applying these in practice –, cantonal provisions regarding political rights have tended to be applied uniformly.

This process of standardization has been mainly driven by the Federal Supreme Court's jurisprudence,[38] which is in turn based on the Court's broad

---

35 See 1 BVerfGE 14.

36 Translated in Donald P. Kommers, The Constitutional Jurisprudence of the Federal Republic of Germany (2nd ed.), Durham (NC) 1997, p. 62 et seq.

37 It is also interesting in the present context to refer to the category of *Gemeinschaftsaufgaben* provided for in Art. 91a and 91b of the Basic Law. These joint responsibilities of the Federation and States form a sort of intermediary governance or more broadly, a law between layers of the system within the German federal constitutional order.

38 For example, see Federal Supreme Court decisions regarding *Volksrechte* in: Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, Droit constitutionnel Suisse (2nd ed.), Volume I, Berne 2006, p. 274-309.

use of its jurisdiction over violations by cantonal authorities of federal and cantonal provisions regarding political rights (Art. 184(1) lit. f of the Federal Constitution). In interpreting cantonal provisions regarding political rights, the Court long followed the so-called *Ohne-Not*-practice, according to which it would not deviate from the highest cantonal authorities' interpretation unless it were an emergency.[39] This practice was revised by the Court in 1971.[40] The Court declared that all cantonal provisions regarding political rights, irrespective of their constitutional or statutory status, can be interpreted freely by the Court and that the Court would follow the highest cantonal authorities' interpretation only in cases of genuine doubt about two possible interpretations. The Court has basically stuck to this jurisprudence ever since.[41] It claims that, due to the silence of cantonal law and the absence of an own cantonal practice, it had no choice but to outline definitions and principles itself.[42]

The result is the aforementioned standard application of the respective cantonal provisions, which is described in the legal literature as "gemeineidgenössisches Staatsrecht"[43] and "gemeinschweizerisches Staatsrecht".[44] Scholars have been critical of this process. First, they caution against an excessive harmonization of cantonal constitutional law by the Federal Supreme Court. Second, they caution against the cantons employing federation-wide constitutional law, as the cantons would allegedly want to impose "general legal provisions" from comparative cantonal constitutional law upon the Confederation as well, thereby robbing it of its needed room to maneuver.[45]

In short, a common ground between the central and constituent constitutional orders seems to have formed in all three legal systems examined and is considered to be legitimate in the polity. The old debate concerning the location of sovereignty in federal countries has become largely moot, and room is provided for the development of general principles (such as democracy) applicable to the whole system.[46]

---

39 See BGE 81 I 196 E. 3, 83 I 176 E. 2, 89 I 44 E. 3c.

40 See BGE 97 I 32.

41 For a summary of the Court's jurisprudence regarding the interpretation of cantonal provisions see BGE 111 Ia 201 E. 4a.

42 See Andreas Auer, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, Basel 1984, p. 296.

43 See Yvo Hangartner / Andreas Kley, Die demokratischen Rechte in Bund und Kantonen der Schweizerischen Eidgenossenschaft, Zurich 2000, p. 185 et seq.

44 See Peter Häberle, Neuere Verfassungen und Verfassungsvorlagen in der Schweiz, insbesondere auf kantonaler Ebene, 34 JöR (1985), p. 340-354.

45 Id., p. 354.

46 As observed in the drafting of the Constitution of the United States of 1787 by Philip Allott in his Seegers Lecture, Valparaiso University School of Law, Valparaiso (IN) 8 February 2007 (with authors).

## IV. Consequences for the implementation of rights to political participation

> "[T]he participation of the people in line with the conception of true law from Cicero to modern times has called for arrangements whereby this participation is assured within the framework of a constitution resolved upon by the people themselves."
>
> *Carl Joachim Friedrich*[47]

As a matter of contemporary international law, States retain discretion in the domestic implementation of international rights to political participation as long as their citizens have an effective opportunity to enjoy these rights.[48] As a matter of contemporary state practice, many political systems exist that fulfil even the terms of Art. 21 of the aspirational Universal Declaration of Human Rights of 1948. Nonetheless the balance in international law between principles of universal human rights and of state sovereignty is shifting regarding democracy and like concerns. States appear to exercise ever less latitude in determining their national political system unilaterally.[49] The emergent set of cosmopolitan values and rules is more demanding than the "common standard of achievement" of the Universal Declaration regarding the design and operation of political systems.

What then is the significance for contemporary legal ordering of the rights to political participation as we have conceived them? Reference is often made to constitutional doctrines to explain the implications for the building and protection of political systems. Traditionally, three types (or "generations") of human rights have been distinguished in international legal theory. Upon application to rights of political participation, this distinction proves limited in its ability to classify these rights precisely and to elaborate their implementation.[50]

We prefer in this context the status theory of Georg Jellinek.[51] His concept of the *status activus* offers an agenda for States to realize democracy domesti-

---

47 Carl Joachim Friedrich, The Philosophy of Law in Historical Perspective (2nd ed.), Chicago 1963, p. 219.

48 Exemplary see United Nations Human Rights Committee, General Comment No. 25: The right to participate in public affairs, voting rights and the right of equal access to public service (Art. 25), 12/07/96, CCPR/C/21/Rev.1/Add.7, para. 1, online at: www.unhchr.ch/.

49 Among others see W. Michael Reisman, Sovereignty and Human Rights in Contemporary International Law, 84 AJIL (1990), p. 866-876.

50 Further see Henry Steiner, Political Participation as a Human Right, 1 Harv. Hum. Rts. Ybk. (1988), p. 130 et seq.

51 Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Tübingen 1905, p. 87.

cally. Jellinek distinguishes rights to political participation and the *status activus* from liberal rights and the *status negativus* on one hand and from social and economic rights and *the status positivus* on the other. Where the former protects the individual from the State and the latter empowers the individual to make a claim on the State, the *status activus* requires individual participation in state affairs.[52] Following Jellinek and Friedrich, we believe that rights to political participation are rights that must be domestically "positivized", "institutionalized", and ideally "constitutionalized" for a democratic rule-of-law State to be achieved.

In theory, the correlative duty of governments may be understood as requiring them merely to permit political participation or, more, to support such participation; Art. 25 of the International Covenant on Civil and Political Rights, for example, imposes neither specific obligations (other than the conduct of elections) nor specific limitations on government action.[53] Civil rights (*e.g.* directly in the right to vote or indirectly in the freedom of expression) and consultative decision-making processes (be they direct or representative) are undoubtedly necessary. To our mind, they are not enough, however, to achieve the ideal of democracy. If the possibility for all citizens to participate in and to influence the conduct of public affairs is to be realized, governments must additionally be obligated to provide for and continuously foster political debate and action. Put otherwise, rights to political participation are programmatic as well as liberal in nature. They must be, like economic and social rights, converted into actuality by the State progressively over time in different ways in different contexts.

In short, the contemporary requirements on political systems impose upon States certain obligations of result. How exactly these obligations are fulfilled remains largely a matter of state discretion, informed of course by domestic preferences. (Democracy in western Europe takes disparate forms!). States can benefit from the assistance of the international community in the identification of best practices. What is decisive, however, is the degree to which the rights to political participation are actually vouchsafed by the State.

---

52 On the characterization of human rights and its legal consequences see Sonja Grimm, Verpflichten Menschenrechte zur Demokratie? Über universelle Menschenrechte, politische Teilhabe und demokratische Herrschaftsordnungen, Discussion Paper SP IV 2004-201, Wissenschaftszentrum Berlin für Sozialforschung, 2004, online at: www.wz-berlin.de/zkd/dsl/abstracts2004.de.htm.

53 On competing interpretations and conceptions of political participation in international law see Steiner, Political.

## V. Consequences for the doctrine of the sources of international law

> "[T]he process by which the law takes in, assimilates and uses matter from without and by so doing gathers the energy for its own growth is a matter of primary importance for the development of an effective universal system."
>
> *C. Wilfred Jenks* [54]

The emergence of cosmopolitan values and rules regarding democracy has significant consequences not only for the meaning of rights to political participation but also for the traditional doctrine of the sources of international law. It demonstrates how this doctrine, as set down in Art. 38(1) of the Statute of the International Court of Justice, no longer meets actual needs. These demand new ways of thinking. We have proposed to reform the doctrine by introducing the concept of common law.

To be more specific, the exclusively state-centric nature of international lawmaking is inadequate to contemporary international life. Universal treaty-making has ground to a virtual halt, as exemplified by the stalled efforts at reform of the International Law Commission. The days of the great codifications seem long past. Customary law, being also reliant on state consent, has always been prey to divergent national interests. However, a particularly cautious approach to the development of international law by this means seems now prevalent in the state community. The United States' reaction to the recent International Committee of the Red Cross' Study on Customary International Humanitarian Law is only one – if an especially troubling – example. As regards general principles of law, many have already been taken up in treaty and customary law and would-be additions are – wrongfully[55] – scorned as modern-day natural law.

If international law is to regulate international life effectively, it must be true to the "facts on the ground". Contemporary forces have, however, conspired to challenge the validity of the traditional doctrine going forward. A global community that concerns itself with international law has emerged [56]

---

54 Jenks, p. 167.

55 On the general principles of law as a particularly promising – or so it appears to us in an age of globalization – source of law see Alfred Verdross, Les principes généraux du droit dans la jurisprudence internationale, 52(II) RdC (1935), p. 198 et seq.

56 Perhaps this development is most evident in the transformation of international humanitarian law from a legal system regulating inter-state relations to a "law of the community of six billion human beings". (Marco Sassòli, State responsibility for violations of international humanitarian law, RICR [2002], p. 401.)

through variously globalization (in the form of intensified borderless communication and transportation), the larger role of the media (which publicizes the postulates of concerned individuals around the world)[57], democratization of the conduct of international relations (which has opened up a "domain of princes"[58] to popular participation) and efforts of non-governmental organizations (which seek to represent a global civil society)[59]. This community displays a growing cognitive and identity integration. There is namely greater awareness of and concern for what people in once distant places are thinking and doing; an event in one place is no longer necessarily parochial in its importance but may be construed in many other places as a precedent; and political and economic initiatives are increasingly debated in a common idiom, such as that of democracy and equality.[60] The consequence of this integration is that the emergent global community is increasingly seeking to define international politics according to its understanding of what is right and just; through coordinated global action – in particular in the form of public protest – it is striving to be the real world legislator and judge.[61]

The preceding is not to say that the State has been circumvented in international relations. States are and should remain the foundation and master builder of a strong, stable world order; they – and especially democratic States among them – are alone capable of realizing the promise of a universal rule of law.[62] It is to say that States' fulfilment of the roles expected of them internationally can only be guaranteed through lawmaking that comprises popular concerns. We believe that common law can make a contribution in this regard.

Given that the aforementioned forces are already at play, having an effect on international life, our proposal to add the concept of common law to the

---

57 See W. Michael Reisman, The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and Its Application, and Daniel Thürer, The Democratization of Contemporary International Law-Making Processes and the Differentiation of Their Application, both in: Rüdiger Wolfrum / Volker Röben (eds.), Developments of International Law in Treaty Making, Berlin 2005, p. 15-30 and p. 53-59 respectively.

58 Already see Wolfgang Friedmann, The Changing Structure of International Law, London 1964, p. 7.

59 Further see Daniel Thürer, The Emergence of Non-Governmental Organizations and Transnational Enterprises in International Law and the Changing Role of the State, in: Rainer Hofmann (ed.), Non-State Actors as New Subjects of International Law, Berlin 1999, p. 45 et seq.

60 Further see Tom J. Farer, Globalization and the Democratic Entitlement: Remarks to AALS Annual Convention Plenary Panel on the Impact of Globalization on Human Rights, 4(4) GLJ (1 April 2003), online at: www.germanlawjournal.com/print.php?id=252.

61 For a discussion of this phenomenon in a recent context see Daniel Thürer, Irak-Krise: Anstoss zu einem Neuüberdenken der völkerrechtlichen Quellenlehre?, 41(3) AdV (2003), p. 320 et seq.

62 Further see Daniel Thürer, Herkules und die Herausforderungen des modernen Menschenrechtsschutzes, in: Rainer Grote et al. (Hrsg.), Die Ordnung der Freiheit – Festschrift für Christian Starck, Tübingen 2007, p. 1040 et seq.

doctrine of sources constitutes a recognition rather than an innovation in international law. We have identified the existence of a common law of democracy. Common law more generally may be said to exist when three conditions are fulfilled. First, its terms must be adequately precise, so as to be operable. Second, the internationally binding character of the terms must be evident if they are to influence state behaviour. Third, implementation must be possible via a recourse to sanctions. Propositions may thereby gain the verifiability, authority, and practicability necessary to qualify as law.

International law is in a critical stage of growth. The contribution that this additional source would make to legal development in substantive terms may be subsidiary and largely incremental, but the contribution could nonetheless be real. Moreover, a common law approach could significantly enhance the effectiveness of international law in regulating international life through its fundamental concern with needs as they emerge rather than with rigid rules inherited from the past. Put the other way around, a failure in international law to adequately reflect contemporary forces will undermine the validity of that law.

## Conclusion

> "Apprendre à ordonner le multiple est la condition nécessaire pour construire un droit commun à l'échelle européenne, comme à l'échelle planétaire."
>
> *Mireille Delmas-Marty*[63]

The scope of our paper was ambitious and the argument experimental. Many questions are left for the reader to answer. A few propositions can nonetheless be offered based on the preceding discussion.

- We observed that democracy as a form of government and as a concern of the state community has spread of late in response to the rising demand of the peoples of the world for democracy.
- Thereby a set of cosmopolitan values and rules regarding democracy has taken shape; law has developed from "life, the facts and not from abstract conceptions"[64]. This set of values and rules comprises criteria for the design and operation of political systems worldwide that reach beyond the prerequisites for legitimate balloting. It does not prescribe a right

[63] Delmas-Marty, p. 113.

[64] Per a U.S. Supreme Court justice's description of the development of common law. See Louis D. Brandeis, The Living Law, 10 Illinois L.R. (1916), p. 461-471.

to a particular democratic regime, rather it prescribes the fundamental freedom of the citizen to participate effectively in decision-making in the State.

- We believe that this set urges the re-conception of rights to political participation, their implementation included. Contemporary requirements on political systems impose upon States obligations of result, which may be met *inter alia* by according these rights a *status activus* domestically.
- In itself the emergence of a set of cosmopolitan values and rules regarding democracy seems to exemplify an ongoing change of legal paradigm. This is marked and driven on by increasing interrelations of international and domestic legal orders. It can be expected to provoke a homogenization in the law analogous to that visible in federal constitutional orders. The construction of a value-oriented universal legal community may well be the end result.
- Lastly, the emergence of such a set of cosmopolitan values and rules challenges the traditional doctrine of the sources of international law. Lawmaking is no longer exclusively state-centric in nature. Indeed, the effectiveness of international law going forward demands that lawmaking reflects the concerns of the global community. "The path of the law" – to adapt a metaphor of Oliver Wendell Holmes – seems to be defined by flagstones symbolizing the States, their will and their instruments. These rest, however, on the soil of civil society, which is as soft as it is fertile.

The developments and trends that we perceive, when considered together, lead us to the following conclusion. The content and formation of rights to political participation resemble those of the common law – hence our designation of them as a "common law of democracy".

# III

# Droits de l'homme

# *Spam* : un conflit de libertés ?

Christian Bovet*

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève*
*Vice-président de la Commission fédérale de la communication (ComCom)***

## I. Introduction générale

Les courriels non sollicités envahissent notre sphère privée et constituent autant d'obstacles à notre productivité ou simplement à notre plaisir d'utiliser un ordinateur. La migration de Giorgio Malinverni, de Genève vers Strasbourg, ne lui a malheureusement pas permis d'échapper aux nombreux expéditeurs de spam[1] qui troublaient parfois sa réflexion dans notre Université. Malgré l'efficacité croissante des filtres informatiques, ce phénomène – qui touche aussi bien les usagers que les opérateurs, voire les fabricants de logiciels – demeure un fléau pour le monde des communications électroniques[2].

Les statistiques sont nombreuses et rapidement dépassées au regard de l'ampleur grandissante de l'invasion ; il faut en outre, à chaque fois, s'interroger sur les motivations derrière les données présentées, leur analyse et les

* L'auteur remercie vivement Adrien Alberini, assistant d'enseignement et de recherche à la Faculté, pour son aide dans l'élaboration de ce texte, en particulier de l'appareil critique.

** Les avis exprimés dans cette contribution sont personnels et n'engagent d'aucune manière l'autorité précitée.

1 Sur l'origine du terme, Bovet C., « Ni spam ni SPAM™ », in : Barrelet D. (édit.), *Media Vision*, Berne (Stämpfli) 2005, p. 37.

2 Sur les méthodes pour collecter des adresses électroniques, voir p. ex. la décision de la Commission fédérale de la protection des données et de la transparence (CFPDT), du 15 avril 2005 (JAAC 69.106), consid. 5.4 : « E-Mail-Adressen werden auf verschiedene Arten beschafft. Einerseits können bestehende Adresssammlungen gekauft werden. Hierbei handelt es sich in der Regel um Hunderttausende von Adressen. Ein gewisser Teil ist erfahrungsgemäss unbrauchbar. Aufgrund der tiefen Kosten wird das aber in Kauf genommen. Wer keine fertige Adresssammlung kaufen will, kann Software erwerben, welche ihn beim Anlegen einer eigenen Sammlung unterstützt. Einerseits gibt es Programme, so genannte ‹ Crawler › – oder ‹ Spider › – Software, welche das Internet automatisiert nach veröffentlichten E-Mail-Adressen absucht und diese sammelt. Eine weitere Möglichkeit – auch für diese ist Software erhältlich – ist das Generieren von E-Mail-Adressen aus Internetadressen. Damit wird die Tatsache ausgenutzt, dass es sehr viele Adressen im Format info@domain, webmaster@domain u. Ä. gibt. Selbstverständlich können auch E-Mail-Adressverzeichnisse ausgebeutet werden. » Eg. Préposé fédéral à la protection des données, *10e Rapport annuel (2002/2003)*, p. 69 s.

conclusions tirées[3]. Il convient dès lors de faire preuve de prudence lorsqu'on consulte et cite des chiffres et études relatifs au spam. On se contentera d'indiquer ici qu'en 2006 plus de 12 milliards de communications électroniques ont été échangées dans le monde quotidiennement[4]. Sur une année, la moyenne de messages publicitaires non sollicités est en moyenne de 55%, avec une pointe (*peak*) à 68% à la fin septembre-début octobre[5]. Durant une semaine, on peut même atteindre un sommet de 71% le dimanche, et pendant une journée plus de 90% à 11h. GMT[6]. 40% du spam serait envoyé depuis l'Asie (dont la moitié depuis la Chine). L'Europe et les Etats-Unis enverraient chacun environ 25% du spam, les 10% restants étant émis depuis d'autres régions[7]. Par ailleurs, dans son rapport 2006, le Service national suisse de coordination de la lutte contre la criminalité sur internet (SCOCI) constate de manière inquiétante que ces messages électroniques :

> « […] ne sont plus seulement utilisés dans le cadre de la publicité pour des produits de masse, mais sont de plus en plus souvent liés à des offres commerciales illégales. Dans ce contexte, nous pouvons citer notamment les offres de pornographie enfantine, qui ont été perçues comme particulièrement choquantes par les auteurs des communications, et les spams, qui entrent directement dans la catégorie des infractions économiques. Ce dernier type de courriels est en progression croissante depuis 2003. S'ajoutent aux escroqueries et au phishing, prépondérants en 2005, d'autres branches de la criminalité économique, comme le blanchiment d'argent (recrutement des intermédiaires chargés de la livraison d'argent). »

L'ampleur du phénomène et ses conséquences économiques[8] ont suscité des réactions de plusieurs organismes internationaux[9], ne serait-ce que pour inciter les principaux acteurs – parlements, gouvernements, régulateurs et opérateurs – à lutter contre celui-ci.

---

3 Voir p. ex. les sites de MessageLabs (*www.messagelabs.com/publishedcontent/publish/threat_watch_dotcom_en/threat_statistics/spam_intercepts/DA_114633.chp.html*) et Viruslist (*www.viruslist.com/en/analysis?pubid=204791920#res*). Eg. quoique peu lisible, Union internationale des télécommunications (UIT), ITU Newslog, à l'adresse internet *www.itu.int/osg/spu/newslog/CategoryView,category,SPAM.aspx*. Etat des sites internet au 8 mai 2007.

4 Statistiques consolidées tirées du site de « Spam Filter Review ». à l'adresse internet *http://spam-filter-review.toptenreviews.com/spam-statistics.html*.

5 Voir le lien vers le site internet de MessageLabs, supra note 3.

6 Ibidem. Soulignons que les usagers ne reçoivent pas tous ces pourriels, une portion significative étant déjà éliminée par les fournisseurs de services internet.

7 Information tirée du site de « signal spam », à l'adresse internet *www.signal-spam.fr/index.php/frontend/blog/classement_des_principaux_pays_emetteurs_de_spam*.

8 En 2004-2005, le coût pour la collectivité était estimé au niveau mondial à plus de USD 20 milliards. Abrams D. / Bambauer D. / Palfrey J., *A comparative analysis of spam laws : the quest for a model law*, Background paper for the ITU WSIS thematic meeting on cybersecurity (Document : CYB/03, prov. 10 juin 2005), p. 9, avec d'autres références.

9 En particulier l'Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE), à l'adresse internet *www.oecd-antispam.org*. Voir ég. les travaux dans le cadre de l'UIT (note 3).

De leur côté, les législateurs ont envisagé diverses solutions, qui sont autant d'illustrations de la culture économique et politique des Etats concernés. Pour l'essentiel, on peut distinguer entre deux grandes tendances : d'une part les réglementations qui imposent aux diffuseurs de publicité ou autres annonces de masse d'avoir l'accord préalable des destinataires pour de tels envois (*opt-in*) ; d'autre part les régimes qui exigent des diffuseurs qu'ils cessent leurs envois à l'égard d'un usager dès que ce dernier le demande (*opt-out*). Dans le premier groupe, on trouve l'Union européenne et, depuis le 1er avril 2007, la Suisse ; dans le second, les Etats-Unis.

Le mécanisme de l'*opt-in* privilégie la liberté de la communication dans sa forme négative, à savoir la possibilité pour toute personne de refuser de recevoir des « informations ». Par contre, l'*opt-out* tend à favoriser la liberté économique en permettant aux diffuseurs de faire connaître leurs produits ou services, sans égard au fait que ceux-ci puissent être sans intérêt, offensants voire dangereux pour les destinataires de leurs messages.

Or toutes les libertés garanties par la Constitution fédérale ont la même valeur juridique. « Le respect de l'une d'elles n'emporte donc pas en soi la conformité à toutes les autres, pas plus que la violation de l'une n'implique une violation des autres. […] Il s'ensuit que le juge constitutionnel, appelé à évaluer un acte qui touche plusieurs libertés, doit les coordonner entre elles, et non pas en subordonner certaines à d'autres. »[10] Ce travail de coordination appartient cependant en première ligne au législateur. Pour sa part, le juge doit prendre en compte les libertés qui sont restreintes pour protéger une autre et les concrétiser d'une manière conforme à la Constitution ; il « veille à ce que, dans ce processus complexe de création et de concrétisation du droit ordinaire, une liberté ne fasse pas les frais des mesures prises pour protéger les autres libertés. »[11]

L'examen successif des options offertes au législateur pour combattre ou, à tout le moins, limiter le spam nous permet d'illustrer ces réflexions.

## II. *Opt-in* et liberté de la communication

Le traitement de la publicité de masse par la réglementation communautaire (A) a en partie inspiré le nouveau régime légal suisse (B). Celui-ci a en outre été soutenu par les instances de notre pays en matière de protection des données.

---

[10] Auer A. / Malinverni G. / Hottelier M., *Droit constitutionnel suisse*, *Volume II: Les droits fondamentaux*, Berne (Stämpfli), 2e éd., 2006, p. 123 N 265.

[11] Idem, p. 129 N 280.

## A. Situation dans l'Union européenne

L'art. 13 de la Directive 2002/58 (directive vie privée et communications électroniques)[12] exige des Etats membres de l'Union européenne qu'ils prennent un certain nombre de mesures pour lutter contre les communications non sollicitées[13]. Suivant la définition large des communications électroniques[14], le Parlement et le Conseil ont opté pour un concept qui vise non seulement le courrier électronique mais aussi l'utilisation de télécopieurs ou d'automates d'appel[15].

La Directive impose ainsi l'*opt-in* comme régime légal, en prévoyant que l'envoi de courrier électronique à des fins de prospection directe ne peut être autorisé qu'à l'égard de personnes *physiques* ayant donné leur consentement préalable ; un nombre limité d'exceptions est prévu, pour autant que les abonnés puissent à tout moment obtenir de l'expéditeur que ces communications cessent[16]. Cette procédure d'opposition ou de désabonnement doit être simple et sans frais pour l'usager. Quant aux personnes *morales* et autres organismes, les Etats membres doivent en particulier veiller à ce que « leurs intérêts légitimes […] soient suffisamment protégés en ce qui concerne les communications non sollicitées. »[17]

En tous les cas, il est interdit de camoufler ou de dissimuler l'identité de l'émetteur de la communication ou de ne pas indiquer une adresse valable pour obtenir la cessation de ces communications[18].

## B. Situation en Suisse

Le Préposé[19] et la Commission de la protection des données ont émis, respectivement, en 2003 et 2005, des recommandations et une décision en ma-

---

12 Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques, du 12 juillet 2002, JOCE 2002 L 201, p. 37.

13 Pour un exemple, voir l'art. L 34-5 du Code français des postes et des communications électroniques, disponible à l'adresse internet *www.legifrance.gouv.fr/WAspad/UnArticleDeCode?commun=CPOSTE&art=L34-5*.

14 Directive 2002/58, art. 2(d).

15 Idem, art. 13(1).

16 Idem, art. 13(1)-(3). A titre d'illustration, voir *Regulation 22* des *Privacy and Electronic Communications (EC Directive) Regulations 2003* britanniques, disponibles à l'adresse internet *www.opsi.gov.uk/si/si2003/20032426.htm*.

17 Directive 2002/58, art. 13(5).

18 Idem, art. 13(4).

19 Préposé fédéral à la protection des données et à la transparence (PFPDT), dont le site internet se trouve à l'adresse *www.edoeb.admin.ch/index.html?lang=fr*.

tière de courriels non sollicités (1), qui ont soutenu la démarche du législateur ayant abouti à la révision de la loi sur les télécommunications du 24 mars 2006[20] (2).

## *1. Protection des données*

Comme relevé à juste titre par les deux autorités suisses précitées[21], les adresses e-mails constituent des données personnelles au sens de l'art. 3 al. 1 lit. a de la loi fédérale sur la protection des données[22] ; de même, leur traitement en vue de l'envoi de publicité de masse tombe sous le coup de la lit. e de cette même norme[23]. Or ce type d'opération ne doit pas porter atteinte de manière illicite à la personnalité des personnes concernées[24] ; il doit être effectué conformément aux principes de bonne foi et de proportionnalité[25] et doit respecter la volonté expresse des intéressés. Selon l'art. 12 al. 3 LPD, « [e]n règle générale, il n'y a pas atteinte à la personnalité lorsque la personne concernée a rendu les données accessibles à tout un chacun et ne s'est pas opposée formellement au traitement. » Enfin, « [u]ne atteinte à la personnalité est illicite à moins d'être justifiée par le consentement de la victime, par un intérêt prépondérant privé ou public, ou par la loi. »[26]

Conformément à ces règles, la Commission de la protection des données a affirmé que :

> « Von einem loyalen und vertrauenswürdigen Verhalten im Geschäftsverkehr kann jedoch keine Rede sein, wenn eine an einer Geschäftsanbahnung interessierte Partei es in Kauf nimmt, zur Gewinnung einzelner Kunden systematisch eine Vielzahl von nicht einmal ansatzweise identifizierten Adressaten wahllos mit beliebiger Streuwerbung zu bedienen. Dies gilt erst recht, wenn dieser Vielzahl von Empfängern in voraussehbarer Weise gänzlich nutzlose Auslagen und Umtriebe anfallen […]. Insbesondere darf nicht vermutet werden, dass eine Person ihre E-Mail-Adresse bekannt gibt, damit ihr jeder beliebige Anbieter im World Wide Web seine Angebote für die Anbahnung von Geschäftsbeziehungen unterbreiten kann. Der Grundsatz von Treu und Glauben greift schon im vorvertraglichen Bereich. Daher hat die an einer Geschäftsanbahnung interessierte Partei die Privatsphäre und die Interessen des anderen zu respektieren. Dazu gehört, dass der Geschäftswillige nicht ungefragt und systematisch massenhaft nutzlose Auslagen und

[20] RS 784.10 (LTC).

[21] Supra note 19.

[22] RS 235.1 (LPD). Décision de la CFPDT (note 2), consid. 2.4.

[23] Décision de la CFPDT (note 2), consid. 2.5.

[24] Art. 12 al. 1 LPD.

[25] Art. 4 al. 2, 12 al. 2 lit. a et b LPD.

[26] Art. 13 al. 1 LPD. D'une manière générale, Décision de la CFPDT (note 2), consid. 5.2.

> Umtriebe bei Dritten verursacht. Bei wahlloser Streuwerbung an nicht identifizierte Dritte ist zu beachten, dass der Anbieter nur über vage bzw. ganz und gar zufällige Aussichten auf eine Geschäftsmöglichkeit verfügt, wenn er seine Werbung an Personen und Unternehmen adressiert, von denen er nicht einmal im Ansatz weiss, um wen es sich dabei handelt und welche Interessenlage bei diesen herrscht. »[27]

Il en résulte que la récolte systématique et automatisée de milliers d'adresses e-mail sur la toile, sans la connaissance et *a fortiori* l'accord de leurs titulaires, viole les règles de la bonne foi et va à l'encontre de la volonté des intéressés. En effet, ceux-ci n'ont à aucun moment consenti à de telles opérations destinées exclusivement à un usage commercial[28]. Cette application de la loi sur la protection des données ne viole pas le principe de la liberté économique. Celle-ci n'étant pas absolue, elle trouve en particulier ses limites, selon les règles de la Constitution, dans la protection de la sphère privée des usagers[29].

Pour le surplus, l'insertion d'une possibilité d'*opting-out* – comme l'avait prévu le Préposé – ne suffit pas, selon la Commission, à rendre licite l'envoi de messages non-sollicités[30].

## 2. *Révision de mars 2006*

La protection des consommateurs (ou usagers) constituait l'un des objectifs de la révision de la loi sur les télécommunications. Cette modification vise, d'une part, l'introduction du *opt-in* par le biais d'un amendement de la loi contre la concurrence déloyale et, d'autre part, une responsabilisation des opérateurs en leur imposant de prendre des mesures pour lutter contre le spam, dans son acceptation la plus large[31].

Ainsi le nouvel *art. 3 lit. o LCD*[32] commence par poser le principe du consentement du destinataire, en qualifiant de déloyal et donc d'illicite le comportement de celui qui :

---

27 Décision CFPDT (note 2), consid. 5.5.

28 Idem, consid. 5.5 *in fine* et 5.6. Cf. ég. arrêt du 14 mars 2006 de la Chambre criminelle de la Cour de cassation française (dernier considérant sur le fond), selon laquelle « est déloyal le fait de recueillir, à leur insu, des adresses électroniques personnelles de personnes physiques sur l'espace public d'internet, ce procédé faisant obstacle à leur droit d'opposition ». Cette décision est disponible à l'adresse internet *www.cnil.fr/fileadmin/documents/approfondir/dossier/internet/Cour_de_cassation_anonymise.pdf*.

29 Art. 13 de la Constitution fédérale (Cst ; RS 101). Décision CFPDT (note 2), consid. 5.8.2.

30 Décision CFPDT (note 2), consid. 6.3 et 6.5.

31 Voir aussi supra note 12, en relation avec le droit communautaire.

32 Loi fédérale contre la concurrence déloyale (LCD ; RS 241).

> « envoie ou fait envoyer, par voie de télécommunication, de la publicité de masse n'ayant aucun lien direct avec une information demandée et omet de requérir préalablement le consentement des clients, de mentionner correctement l'émetteur ou de les informer de leur droit à s'y opposer gratuitement et facilement ».

Selon la seconde partie de cette disposition, toutefois, le diffuseur qui a obtenu les coordonnées de ses clients lors de la vente de biens ou services n'agit pas de façon déloyale lorsqu'il leur adresse, par voie électronique, de la publicité de masse qui concerne des marchandises, œuvres et prestations propres analogues. Il doit cependant indiquer expressément aux destinataires qu'ils peuvent s'opposer à cet envoi, en particulier par une fonction de désabonnement intégrée dans ces e-mails.

Pour sa part, la *loi sur les télécommunications* impose aux opérateurs de prendre des mesures pour lutter contre la publicité de masse déloyale[33] et octroie au Conseil fédéral la compétence de définir leurs modalités et ampleur. L'ordonnance sur les services de télécommunication[34] rappelle – en le limitant cependant au « techniquement possible » – le principe de l'élimination de ce type de communications par ceux qui occupent la fonction d'intermédiaires entre diffuseurs de spam et usagers, à savoir les opérateurs. Ils sont en effet les mieux à même de combattre ce phénomène tant qu'il subsistera des envois émanant d'entreprises n'observant pas les prescriptions du droit suisse, intentionnellement ou par négligence, en particulier lorsque les règles de leur pays d'origine sont différentes (système du *opt-out* au lieu du *opt-in*). D'un autre côté, il faut reconnaître que c'est à eux qu'incombe principalement le coût de la série de mesures définies par le gouvernement dans son ordonnance, puisqu'ils :

- doivent bloquer immédiatement l'envoi de ces messages et empêcher l'établissement des communications y relatives[35] ;
- peuvent exclure de leur réseau les clients qui envoient ou transmettent de la publicité de masse déloyale[36] ;
- peuvent en outre librement supprimer celle-ci[37] ;

---

33 Art. 45*a* LTC. Le législateur reprend ici la notion large de la loi contre la concurrence déloyale et ne limite pas aux e-mails les communications considérées comme déloyales. Celles-ci comprennent aussi les envois en masse de SMS ou de fax. A ce propos, voir le site internet de l'Office fédéral de la communication (OFCOM) : *www.bakom.admin.ch/dienstleistungen/info/00542/00886/index.html?lang=fr*. Cette définition tend à donner au cadre légal la souplesse nécessaire pour s'adapter à l'évolution de la technique.

34 RS 784.101.1 (OST).

35 Art. 83 al. 3, phr. 1, OST.

36 Art. 83 al. 3, phr. 2, OST.

37 Art. 83 al. 2 OST.

– doivent exploiter un service auquel peut être annoncée la publicité de masse déloyale qui provient de leur réseau ou est transmise par leur biais[38].

L'ordonnance met par ailleurs en place, dans la perspective de la loi contre la concurrence déloyale, un double régime de collecte et d'exploitation des données :

– Les usagers peuvent, au gré d'une procédure relativement lourde, obtenir de « leur » opérateur des informations leur permettant d'identifier le diffuseur de spam[39]. Au moyen de ces données, ils devraient pouvoir intenter action contre les auteurs de ces actes de concurrence déloyale, conformément à l'art. 9 al. 1 LCD. Ce dernier droit devrait aussi être reconnu aux opérateurs et aux concurrents du diffuseur de publicité de masse illicite, dans la mesure où ils subissent de ce fait une atteinte dans leur clientèle, affaires ou intérêts économiques[40]. Cette même qualité pour recourir est enfin accordée par la loi aux associations professionnelles, économiques ou de protection des consommateurs[41].
– Le Secrétariat d'Etat à l'économie (seco) représente pour sa part la Confédération dans de telles procédures, lorsque celle-ci « le juge nécessaire pour protéger la réputation de la Suisse à l'étranger et que les personnes qui ont le droit d'intenter action résident à l'étranger »[42]. Cette double condition constitue un obstacle significatif à une action efficace du seco dans la lutte contre le pollupostage. Certes, il peut intenter les actions de l'art. 9 al. 1 et 2 LCD et déposer une plainte pénale, mais seulement lorsque la dimension internationale de l'art. 10 al. 1 lit. c LCD intervient[43].

---

38 Art. 83 al. 4 OST. Pour un exemple de gestion centralisée (au niveau étatique) de ce type de service, voir le site mis en place par le régulateur hollandais (*Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit*; OPTA) : *www.spamklacht.nl*. Depuis sa création, plus de 20 000 plaintes ont été adressées à ce service.

39 L'art. 82 al. 1 OST prévoit en effet que le client doit formuler sa demande par écrit et rendre vraisemblable qu'il reçoit des communications abusives ou de la publicité de masse déloyale. Ces exigences visent notamment à éviter des démarches injustifiées ou illégitimes. Celles-ci devraient cependant être rares. En outre, lorsque l'opérateur concerné ne détient pas l'information parce que le diffuseur n'est pas son client, il doit s'adresser au fournisseur de services de télécommunication dont le diffuseur est le client ; il appartient alors au second opérateur de livrer les données en question au premier (art. 82 al. 3 OST).

40 Art. 9 al. 1 LCD.

41 Art. 10 al. 2 lit. a et b LCD.

42 Art. 10 al. 2 lit. c LCD. La compétence du seco résulte de l'ordonnance concernant le droit de la Confédération d'intenter une action dans le cadre de la loi contre la concurrence déloyale (RS 241.3).

43 Comme le relève Barman P., « Die Anti-Spamgesetzgebung in der Schweiz », Jusletter du 2 avril 2007, N 40 : « Richtet sich das Spam ‹nur› an Inländer, fehlt dem SECO die Kompetenz für eine Intervention. »

L'art. 83 al. 6 OST permet la levée de la protection des données en faveur du seco pour lui permettre d'exercer les droits précités et de mettre en œuvre la procédure d'entraide administrative internationale qui devrait être introduite par le biais d'une nouvelle révision de la loi contre la concurrence déloyale[44].

Le régulateur suisse des télécommunications devrait lui aussi intervenir pour définir les prescriptions techniques et administratives applicables à ce domaine[45] et, le cas échéant, sanctionner les opérateurs qui ne respecteraient pas ces standards[46]. Dans ce sens, on signalera les travaux tendant à établir des normes internationales qui paraissent être la seule voie réaliste en la matière. On retiendra en particulier ici quatre des « 10 commandements » élaborés récemment par des représentants d'entreprises et d'opérateurs[47] :

> « […] 3. ISPs [internet service providers] and network operators block potentially infecting email file attachments. In the case of filtering email or email file attachments based on content properties, in the context of any required legislation prior agreement is to be attained from the customer ;
>
> 4. ISPs and network operators actively monitor the volume of inbound and outbound email traffic to determine unusual network activity and the source of such activity, and respond appropriately ;
>
> […] 8. ISPs and network operators take measures to ensure that only their account holders use their e-mail submit servers ;
>
> 9. ISPs and network operators ensure that all domain names, Domain Name System (DNS) records and applicable Internet protocol (IP) address registration records (e.g. WHOIS, Shared WHOIS Project [SWIP] or referral WHOIS [RWHOIS]) are responsibly maintained with correct, complete and current information, and that this information includes points of contact for roles responsible for resolving abuse issues including, but not limited to, postal address, phone number and email address. »

---

44 Département fédéral de l'environnement, des transports, de l'énergie et de la communication (DETEC), *Rapport explicatif du 30 novembre 2006 sur la révision des dispositions d'exécution de la LTC*, p. 25 s. (ad art. 77 al. 6-8 et 78 du projet de nouvelle OST). S'agissant de l'entraide administrative internationale selon la loi sur les télécommunications, cf. art. 13*b* LTC.

45 Art. 83 al. 5 OST.

46 Art. 58 et 60 LTC.

47 Business and Industry Advisory Committee to the OECD (BIAC ; *www.biac.org*) / Messaging Anti-Abuse Working Group (MAAWG ; *www.MAAWG.org*), *Best practices for internet service providers and network operators*, version du 16 avril 2006, Annexe II au *OECD Anti-Spam Toolkit*, disponible à l'adresse internet : *www.oecd-antispam.org/article.php3 ?id_article=265*.

## III. *Opt-out* et liberté économique

Alors que l'Union européenne et la Suisse ont adopté le régime du *opt-in*, laissant juridiquement le choix à l'internaute de recevoir des courriels publicitaires d'émetteurs qu'il a sélectionnés, les Etats-Unis ont préféré le système du *opt-out*, imposant aux expéditeurs d'indiquer clairement aux destinataires de communications non sollicitées qu'en utilisant un mécanisme intégré dans le courriel ou autrement disponible, ils peuvent exiger de ne plus recevoir de messages de ce type.

La différence de paradigme paraît significative au premier abord. Dans une perspective relativement simpliste, on pourrait considérer qu'une fois de plus « les Américains » privilégient l'économie par rapport à la sphère privée. En réalité, lorsqu'on lit attentivement le *CAN-SPAM Act* de 2003, de quelque 20 pages, on s'aperçoit que les règles mises en place sont strictes et même que certaines d'entre elles pourraient inspirer le législateur européen. Tel est par exemple le cas des dispositions relatives à des fraudes comme l'utilisation d'ordinateurs protégés ou la falsification d'identité informatique, ou encore de l'utilisation de mentions trompeuses dans les courriers électroniques (*deceptive subject headings*).

De même, les modalités du mécanisme d'*opt-out* sont décrites de manière détaillée, selon la tradition et les exigences du *common law*. Ainsi :

> « Inclusion of identifier, opt-out, and physical address in commercial electronic mail. – (A) It is unlawful for any person to initiate the transmission of any commercial electronic mail message to a protected computer unless the message provides –
>
> (i) clear and conspicuous identification that the message is an advertisement or solicitation ;
>
> (ii) clear and conspicuous notice of the opportunity under paragraph (3) to decline to receive further commercial electronic mail messages from the sender ; and
>
> (iii) a valid physical postal address of the sender. »[48]

Quant aux pénalités, elles sont significatives. En particulier :

– d'une manière générale, des amendes et des peines d'emprisonnement avec des maximums allant de un à cinq ans dans les cas de fraudes précités[49] ;
– pour les Etats, la possibilité de réclamer la réparation du préjudice causé à leurs administrés, à raison de USD 250 par message, avec un maximum

[48] 15 USC 7704, (a) para. 5.

[49] 15 USC 7703, amendant le chapitre 47 du titre 18 du US Code (§ 1037[b]).

de USD 2 000 000, voire de USD 6 000 000 (*treble damages*) dans les cas graves d'actes intentionnels ou d'utilisation de procédés prohibés[50] ;

– pour les fournisseurs de services internet, la possibilité de réclamer la réparation du préjudice qu'ils ont subi, à raison de USD 25 ou 100 par message, selon les cas, avec un maximum de USD 1 000 000, voire USD 3 000 000 dans les mêmes cas graves[51].

La question cruciale n'est donc pas tant le régime qui est choisi et sa sophistication que la mise en œuvre effective des normes adoptées. Le système de l'*opt-out* est plus compliqué à contrôler et exécuter que celui de l'*opt-in*. Il requiert des moyens financiers et en ressources humaines supérieurs que les gouvernements ne sont pas toujours disposés à mobiliser. C'est donc avant tout aux personnes privées – en particulier aux opérateurs et aux producteurs de logiciels – d'intervenir par des actions privées (*private enforcement*). Or cette tâche requiert au minimum l'intervention de l'Etat en tant que coordinateur ou « animateur », et force est de constater que l'administration américaine actuelle a montré relativement peu d'entrain à assumer l'une ou l'autre de ces fonctions[52].

## IV. Conclusions

On peut certes voir les régimes de l'*opt-in* et de l'*opt-out* comme la confrontation de deux systèmes : l'un privilégiant le droit de choisir de ne pas recevoir des « informations » – une forme de la liberté de communication ; l'autre érigeant pour ainsi dire en dogme sa conception de la liberté économique. En réalité, ce conflit pourrait avoir des effets limités s'il n'avait pas pour conséquence d'empêcher une harmonisation des mécanismes de lutte contre le spam et de permettre ainsi aux diffuseurs peu scrupuleux de profiter des lacunes ainsi créées. Faute d'unification des systèmes, il faut à tout le moins développer la coopération internationale, par le biais notamment d'échange

50 15 USC 7706(f).

51 15 USC 7706(g).

52 Palfrey J., « Stemming the international tide on spam », in : International Telecommunication Union (édit.), *Trends in Telecommunication Reform 2006 : Regulating in the broadband world*, 7e edition, Genève (UIT) 2006, p. 111, qui indique que la US Federal Trade Commission (FTC) « with its substantial resources, has brought only approximately 70 cases against spammers. » D'un autre côté, la FTC a produit à l'attention du Congrès pas moins de trois rapports sur le sujet, à savoir : *A CAN-SPAM informant reward system* (septembre 2004), *Subject line labelling – As a weapon against spam* (juin 2005) – disponibles sur le site internet de la FTC, à l'adresse *www.ftc.gov/bcp/conline/edcams/spam/reports.htm* – et *Effectiveness and enforcement of the CAN-SPAM Act* (décembre 2005), disponible à l'adresse *www.ftc.gov/reports/canspam05/051220canspamrpt.pdf*.

de données. Cela suppose évidemment que le récipiendaire de ces informations prenne à son tour des mesures…

Une part significative de la solution pourrait venir des particuliers et des entreprises privées : d'abord de chaque utilisateur, qui a appris à ne même plus ouvrir et à détruire immédiatement ces courriels qu'il peut facilement identifier comme suspects. Ensuite des fabricants de logiciels, qui doivent cependant encore améliorer des produits bloquant encore trop de messages attendus et laissant passer tout autant de courriels indésirables. Enfin des opérateurs, dont on peut attendre qu'ils intègrent dans leurs systèmes des filtres efficaces.

La nécessité d'éliminer la nuisance que constitue le *spam* tient tant à la protection de la sphère privée – l'ordinateur en fait partie –, qu'aux nombreux enjeux économiques : en particulier, la productivité des entreprises est affectée par la gestion de ces communications, que ce soit en raison du temps passé par leurs collaborateurs à éliminer ces messages ou celui de leurs informaticiens à travailler sur des mesures de prévention. Le phénomène a en outre un impact négatif sur la confiance dans internet et la croissance du *e-commerce*.

Quelle que soit l'option choisie par les législateurs, une chose est malheureusement certaine aujourd'hui : les auteurs de ces externalités négatives n'assument pas ou, dans le meilleur des cas, seulement une infime partie des coûts économiques qu'ils génèrent.

# Du caractère objectif des obligations internationales relatives aux droits de l'homme
## Quelques observations

Gérard Cohen-Jonathan

*Professeur émérite de l'Université Panthéon Assas Paris II*
*Doyen honoraire de la Faculté de droit de Strasbourg*

Depuis plusieurs décennies, dans une situation internationale pourtant confuse, il s'est développé un droit européen et international des droits de l'homme, marquant chaque fois que cela était nécessaire son *autonomie* au sein de l'ordre juridique international, et contribuant de manière plus large à l'évolution du droit international général.

Le point de départ est clair. Quelle que soit la spécificité qu'il revêt sur certains points, le droit international des droits de l'homme fait *partie intégrante du droit international*. Il serait erroné et même dangereux de prétendre le contraire : le droit international est « un » et le droit international général est le droit commun. Toutefois, ce dernier, pendant longtemps, n'a été conçu que dans le cadre des relations interétatiques, dominées pour l'essentiel par le principe de réciprocité. Dès lors, il fallait admettre au sein de l'ordre juridique international l'autonomie de certains régimes – qu'il s'agisse du droit international des contrats, du droit international de l'environnement, du droit de la fonction publique internationale ou, justement, du droit international des droits de l'homme – autant de domaines où l'on ne se borne pas à prendre en considération les seuls droits ou intérêts des Etats et sur une base de réciprocité le plus souvent. Quels que soient leurs présupposés idéologiques, tous les juristes doivent reconnaître cette évidence : l'existence d'une pluralité de régimes juridiques au sein d'un même ordre juridique. Plutôt que de parler de fragmentation du droit international[1] ne faut-il pas admettre que *le droit international est un droit pluriel ?*

Dans le prolongement des considérations fort claires émises par la Cour internationale de Justice dans son avis sur les réparations du 11 avril 1949[2],

[1] Sur les travaux de la Commission du droit international à ce sujet voir : Rapport du groupe d'étude sur la fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, A.G., A/CN.4/L.644, (18 juillet 2003) ; voir surtout le Rapport de Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682.

[2] CIJ, avis consultatif du 11 avril 1949, *réparations des dommages subis au service des Nations Unies*, *Rec.*, 1949, p. 174.

nous ne cessons de le dire depuis de longues années : le droit international est un ordre juridique comprenant des règles diverses et des destinataires différents. Le droit traditionnel interétatique s'appliquera aux relations interétatiques et ne s'appliquera à d'autres rapports de droit que si ceux-ci par leur nature autorisent une telle application. La Société internationale est composée de plusieurs catégories de sujets qui ne sont pas forcément identiques sous tous les angles. Aussi bien les règles créées par et pour une catégorie de sujets ne s'appliquent pas forcément aux autres sujets de droit (ou aux autres rapports de droit)[3].

Ceci n'exclut pas des rapports croisés entre les différentes branches du droit international. Comme le relève de manière explicite la Cour européenne dans l'arrêt *Loizidou*[4] : « les principes qui sous-tendent la Convention ne peuvent s'interpréter dans le vide » et elle précise que l'ordre de rattachement est le droit international général. En l'espèce elle déclare : « considérant le caractère particulier de la Convention en tant que traité sur les droits de l'homme, (la Cour) doit aussi prendre en compte toute règle pertinente du droit international (traités ou coutume) lorsqu'elle se prononce sur les différends concernant sa juridiction »[5]. La formule sera explicitement reprise dans l'arrêt *Al-Adsani* du 21 novembre 2001[6], et toute la jurisprudence récente de la Cour interaméricaine, du Comité des droits de l'homme et de la Cour européenne marque une prise en considération accrue des règles du droit international. Qu'il s'agisse de l'interprétation des traités, de la qualité d'Etat (*Loizidou*), de l'immunité d'Etat, des règles de compétence et de responsabilité, les organes de contrôle des droits de l'homme montrent qu'ils ne sont pas pour un régime autonome tel qu'il rendrait impossible d'en appeler au droit international général. Comme la Cour européenne l'énonce explicitement, « la Convention devrait être interprétée dans toute la mesure du possible en harmonie avec les autres principes du droit international dont elle fait partie » (*Bankovic*, décision du 12 décembre 2001 – recevabilité, § 57)[7].

---

3 Nous avions déjà défendu ce point de vue à propos des contrats d'Etat « internationalisés » : *Les concessions en droit international*, thèse, Faculté de droit de Paris, 1966, p. 591, notamment. Voir dans le même sens : P. Weil, « Problèmes relatifs aux contrats passés entre un Etat et un particulier », *RCADI*, 1969-III, p. 181. Voir aussi notre commentaire de l'arbitrage *Texaco* (19 novembre 1977), *AFDI*, 1977, pp. 452-479.

4 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie*, *Rec.*, 1996-VI.

5 § 43 de l'arrêt.

6 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 21 novembre 2001, *Al-Adsani c. Royaume-Uni*, *Rec.*, 2001-XI.

7 Dans certains cas, on a même pu regretter que la Cour européenne accorde une considération telle au droit international général qu'elle « oublie » quelque peu le particularisme des droits de l'homme : on l'a prétendu à propos de l'immunité d'Etat (dans l'affaire *Al-Adsani* en 2001, par exemple) ou encore à propos de la « juridiction » de l'Etat. Voir notre étude à partir de l'arrêt *Bankovic*, *RTDH* nº 52, 2002, pp. 1055-1082.

Ainsi, le droit international des droits de l'homme tire sa validité et sa force juridique du droit international commun. La référence aux principes généraux du droit international lui permet d'affirmer son autorité à l'égard des systèmes nationaux, de ses normes et de ses décisions, fussent-elles constitutionnelles. La Cour européenne des droits de l'homme a toujours appliqué une telle doctrine, qu'il s'agisse du droit constitutionnel national[8] ou du droit « constitutionnel » communautaire[9].

Le rattachement au droit international public d'instruments relatifs aux droits de l'homme peut également être précieux pour garantir leur effet utile dans certaines circonstances. Nous pensons par exemple à des situations présentant un lien d'extranéité, qui concernent en principe des relations entre des personnes privées et sont régies par le droit international privé. Il nous semble que les droits fondamentaux internationalement définis devraient être pris considération dans chaque pays au titre de l'ordre public international, et en tant qu'« exception d'ordre public » en vue notamment d'écarter l'application d'une loi étrangère ou la reconnaissance d'un jugement étranger qui y seraient contraires. Dans une telle hypothèse, nous sommes conscients que les normes internationales ne sauraient produire d'effets qu'en suivant les principes généraux ou l'esprit du droit international privé. Tout en étant ouvert à une telle éventualité, Pierre Mayer a raison de rappeler cette dernière exigence[10]. En toute occurrence, la Cour de cassation française est ouverte à une telle doctrine, comme l'a montré par exemple l'arrêt *Bhari* du 11 mars 1997.

Mais là ne s'arrêtent pas les emprunts de la protection internationale des droits de l'homme au droit international commun, qu'il s'agisse de la procédure internationale de mise en œuvre ou même du contenu normatif des droits garantis, comme il a été détaillé et illustré dans les conclusions générales que nous avons présentées au colloque de Strasbourg sur la *protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international*[11].

---

8 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*. Dans le même esprit, la Cour a jugé contraire à la Convention européenne une loi qui avait reçu cependant un brevet de « constitutionnalité » de la part du Conseil constitutionnel français. Voir l'arrêt *Zielinski et Pradal c. France* du 28 octobre 1999, et le rapport encore plus « parlant » de la Commission du 9 septembre 1997, analysé dans notre chronique sur « L'activité de la Commission européenne des droits de l'homme », *AFDI*, 1997.594.

9 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 18 février 1999, *Matthews c. Royaume-Uni*. Voir notre commentaire avec J.-F. Flauss, *RTD eur.*, 1999.637.

10 Voir la communication de Pierre Mayer (p. 125 et s.) et nos conclusions générales (p. 195) au colloque de la Cour de cassation française sur *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la C.E.D.H.*, Bruylant, 1996. Voir aussi E. Fohrer, *L'incidence de la CEDH sur l'ordre public international français*, Bruylant, Bruxelles, 1999.

11 Société française pour le droit international, Pedone, Paris, 1998, p. 316 et s. Voir aussi nos observations sous l'arrêt *Loizidou* (Cour EDH 23 mars 1995), *RGDI publ.* 1998, n° 1, p. 123 et s.

La référence au droit international général est donc fréquente. Elle trouve naturellement des limites tenant à la sauvegarde de la spécificité de la protection internationale des droits de l'homme. A cet égard, ce qui caractérise principalement les obligations internationales relatives aux droits e l'homme c'est leur caractère objectif. C'est parce qu'elles constituent des obligations objectives et intégrales (dont sont titulaires tous les individus placés sous la juridiction de l'Etat, sans discrimination) qu'elles commandent un régime à part dans le droit des traités, qu'il s'agisse des réserves ou de l'exception *non adempleti contractus*. Un tel effort d'objectivisation doit être d'ailleurs poursuivi si l'on veut garantir les droits fondamentaux *erga omnes* et en prévenir donc la violation. Il en va de l'effectivité, voire de l'efficacité de la protection des droits de l'homme. Enfin, ces dernières seront accrues si l'on renforce la primauté des obligations relatives aux droits de l'homme les plus essentielles, en en faisant une composante d'un ordre public international impératif.

A ce dernier sujet, force est de relever déjà l'incidence des droits de l'homme sur l'évolution du droit international général. Et il est vrai que c'est sous la poussée des droits de l'homme que se sont développés les notions d'obligations *erga omnes* (affaire de la *Barcelona Traction*) et de *jus cogens* (qui a été enfin clairement consacré en 2006 par la Cour internationale de Justice elle-même). Dès 1997[12], nous avions mis en valeur cette dialectique à propos des sources et actes juridiques, de la théorie des sujets de droit international[13] ou de la responsabilité internationale. Et ce mouvement se poursuit sans cesse[14], non sans provoquer des contestations voire des déceptions.

Dans un programme d'interaction aussi vaste – qui n'excuse que partiellement la longueur des prolégomènes – nous ne tenterons que quelques ré-

---

12 op. cit. supra – Conclusions générales.

13 G. Cohen-Jonathan, « L'individu comme sujet de droit international. Droit international des contrats et droit international des droits de l'homme », *Mélanges Paul Amselek*, Bruylant, 2005, pp. 223-260.

14 A la suite notamment des conclusions générales présentées au colloque précité de la SFDI, nous notions que l'institution de la protection diplomatique devait être profondément « revisitée » à la lumière de l'évolution du droit international des droits de l'homme. Le professeur Bennouna le notait clairement dès son rapport préliminaire sur la protection diplomatique présenté devant la CDI (4 février 1998, A/CN.4/484) (Clés pour le siècle – Paris II Dalloz 2000, p. 633). Son successeur, John Dugard, suit une voie plus prudente mais également significative. Voir aussi les analyses de J.-F Flauss (dir.), « La protection diplomatique », Bruylant, Droit et Justice 2003 Vol. 43. S. Touze, « Recherche sur la protection diplomatique », thèse ronéoétée, Paris II, décembre 2006.
Significatives sont en dernier lieu les décisions du TPICE du 12 juillet 2006 (aff. T. 253/02 *Ayadi* ; aff. *Hassan* T. 49/04) mettant en évidence le « droit » de l'individu à la protection diplomatique comme droit fondamental en droit communautaire bénéficiant non seulement aux nationaux mais aussi aux personnes qui résident sur le territoire d'un Etat (ce qui se rapproche de l'article 1 de la Convention européenne des droits de l'homme). On conviendra aisément qu'une telle thèse est proprement révolutionnaire par rapport aux conceptions du droit international classique (voir infra note 66).

flexions sous les trois titres suivants : le caractère non réciproque et intégral des obligations ; leur objectivisation croissante et le caractère impératif qu'on tend à accorder aux obligations les plus essentielles comme un ordre public garanti par et dans l'intérêt de la Communauté internationale.

## I. Du caractère non réciproque et intégral des obligations relatives aux droits de l'homme

La logique des droits de l'homme, c'est sa raison d'être, dépasse le jeu et le droit des relations purement interétatiques. Son caractère singulier tient à quelques facteurs bien connus : d'abord, le droit international des droits de l'homme n'a pas pour objet de créer des engagements synallagmatiques dominés par le principe de réciprocité. Au contraire, comme la Cour européenne l'a mis en exergue dans son arrêt du 1er janvier 1978[15] (et comme l'avait nettement pressenti la Cour internationale de Justice dans son avis de 1951 sur le génocide, même si toutes les conséquences ne pouvaient alors en être tirées[16]), les traités (ou coutumes) relatifs aux droits de l'homme ne visent pas les intérêts réciproques des Etats. Ils engendrent des obligations *objectives* qui bénéficient, dans le cadre de la Convention européenne, d'une garantie collective. De telles obligations sont qualifiées d'« intégrales » car elles impliquent l'uniformité de conduite à l'égard de tous les individus destinataires réels des droits garantis, qui se trouvent sous la juridiction de l'Etat en cause, sans discrimination d'aucune sorte. Il s'agit donc d'obligations absolues qui ne sont pas assujetties à des conditions de réciprocité[17], en particulier, pour la raison évidente que le caractère essentiel de tels traités est d'obliger les Etats à respecter certains standards à l'égard principalement de leurs propres ressortissants[18]. C'est pourquoi il faut rejeter tous les arguments issus du droit

---

15 Sur ce point, la Cour européenne reprend une doctrine très bien explicitée par la Commission (Voir G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, pp. 54-55), et qui s'inspire de la théorie déjà formulée par Sir Gérald Fitzmaurice à propos de la Convention sur le génocide : « *it is* [...] *an obligation toward all the world rather than toward particular parties. Such obligations may be called self-existent...* », Commission du droit international, Deuxième rapport sur le droit des traités, *Annuaire CDI*, 1957, II, p. 54.

16 CIJ, Avis consultatif du 28 mai 1951, *Réserves à la Convention internationale pour la prévention et la répression du crime de génocide*, *Rec.*, 1951, p. 496.

17 S'agissant de certaines procédures de garantie, le principe subsiste parfois à titre de faculté. Ainsi la juridiction obligatoire de la Cour interaméricaine (et celle de la Cour européenne avant le Protocole 11) pouvait être reconnue par les Etats parties sous condition de réciprocité. Voir aussi la mise en œuvre du recours étatique prévu par l'article 41 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques.

18 Th. Meron, *Human rights an Humanitarian norms as Customary Law*, Clarendon Press, London, 1989, p. 99 et s.

international qui ne répondent pas à cet objectif essentiel. Tel est le cas du régime des *réserves* concernant les traités relatifs aux droits de l'homme : s'écartant délibérément des prescriptions de la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités, la Cour européenne (arrêt *Belilos*[19]) a *invalidé* des réserves qui ne lui paraissaient pas admissibles, trop générales et « destructrices de fin ». Dès lors elle tranche l'affaire en faisant abstraction de la réserve. Cette doctrine de « séparabilité », jugée audacieuse par certains, a été reprise, aussi bien par la Cour interaméricaine des droits de l'homme que par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies[20].

Dans l'arrêt *Loizidou*[21], la Cour européenne a sanctionné les restrictions procédurales émises par la Turquie et concernant le mécanisme de contrôle. La Cour les écarte car elles s'avèrent contraires à l'esprit de garantie collective et à la notion d'ordre public européen. Dans l'affaire *Ivcher Bronstein*[22], le juge interaméricain fait un appel abondant à toute la jurisprudence européenne pour montrer la singularité des Conventions et des institutions relatives aux droits de l'homme. Il se fonde également sur l'arrêt *Loizidou*[23] pour justifier la distinction qui doit être faite avec le contentieux international de règlement des différends. L'acceptation de la compétence de la Cour interaméricaine ne pouvait donc être calquée sur l'article 36 du Statut de la Cour internationale de Justice eu égard à la « différence […] fondamentale de rôle et de finalité entre les institutions » pour reprendre les termes utilisés par la Cour européenne, face aux prétentions de la Turquie[24], dans ce même arrêt *Loizidou*.

Une telle doctrine a tendance à être suivie par certains comités d'experts indépendants chargés de surveiller l'application de conventions universelles sur les droits de l'homme. Sur ce point, le Comité des droits de l'homme des Nations Unies, qui pendant longtemps est resté très timoré à l'égard des réserves émises par un Etat partie (voir *M. K. c. France,* 8 novembre 1989), a élaboré une Observation générale n° 24 (52), où il affirme sa compétence pour apprécier si une réserve est compatible avec l'objet et le but essentiel du traité. Et si tel n'est pas le cas, il applique le traité sans tenir compte de la réserve. Une telle attitude, qui s'est manifestée à propos de certaines réserves émises par les Etats-Unis, a provoqué les réactions défavorables d'un certain nombre

---

19 Cour européenne des droits de l'homme, arrêt du 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, *Rec.*, Série A n° 132 – et nos observations in *RGDIP* 1989 p. 273 et s.

20 G. Cohen-Jonathan, « Les réserves dans les traités institutionnels relatifs aux droits de l'homme – Nouveaux aspects européens et internationaux », *RGDIP*, 1996, pp. 915-949.

21 *Op. cit.*

22 Cour interaméricaine, arrêt du 24 septembre 1999, *Bronstein c. Pérou* (compétence).

23 *Op. cit.*

24 L'Etat défendeur rappelait en particulier que la Cour internationale de Justice admet qu'il y ait « des restrictions sur le contenu, temporelles et territoriales, à la reconnaissance facultative de (sa) compétence juridictionnelle ».

d'Etats. Cependant, et conformément à son Observation n° 24 (52) du 2 novembre 1994, le Comité des droits de l'homme a encore invalidé une réserve de la Trinité-et-Tobago. Cet Etat, qui avait dénoncé le protocole facultatif (qui prévoit le droit de recours individuel), l'a en effet ratifié à nouveau, mais en émettant une réserve qui n'avait pas été formulée au moment de la ratification du Pacte, selon laquelle toutes les personnes ayant fait l'objet d'un verdict de condamnation à mort ne pourraient exercer un droit de requête individuelle devant le Comité quelle que soit la violation alléguée. A l'image de la jurisprudence *Loizidou*, le Comité invalide la réserve de la Trinité-et-Tobago et déclare que « *l'invalidité des restrictions n'empêche pas pour autant la validité de l'acceptation de la compétence de l'organe de contrôle* »[25].

Au-delà de cette décision symptomatique, il faut situer le débat, en liaison avec les efforts, toujours en cours, entrepris par la Commission du droit international en vue de codifier le droit des réserves aux traités internationaux. A cet égard, la CDI a examiné le deuxième rapport sur les réserves aux traités en 1997[26] ; elle a alors adopté des « Conclusions préliminaires […] concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme »[27]. Au paragraphe 10, la CDI note ainsi « *qu'en cas d'illicéité d'une réserve, il appartient à l'Etat d'en tirer les conséquences. L'Etat peut, par exemple, modifier sa réserve de manière à faire disparaître l'illicéité, ou la retirer, ou encore renoncer à devenir partie au traité* ». Autrement dit, la Commission tendrait à refuser le principe de *dissociabilité* tel qu'il avait été appliqué par la Cour de Strasbourg. Toutefois, une partie des membres de la Commission ont fait valoir la spécificité des traités relatifs aux droits de l'homme et ont sans doute entendu ne pas aller contre la jurisprudence de la Cour européenne à ce sujet. C'est pourquoi la CDI précise, au paragraphe 12 du texte adopté : « *La Commission souligne que les présentes conclusions sont sans préjudice des pratiques et des règles mises en œuvre par les organes de contrôle dans des contextes régionaux* ». Ceci tend pour l'essentiel à accepter la position de la Cour européenne des droits de l'homme, ainsi que l'avis exprimé par la Cour interaméricaine, mais fait par contre abstraction de l'attitude adoptée par certaines institutions de contrôle au niveau universel, en particulier le Comité des droits de l'homme des Nations Unies. Ceci devrait entraîner une réaction très énergique de la Présidente de ce Comité, Madame Christine Chanet. Dans une lettre datée du 9 avril 1998, adressée au Président de la Commission du droit international et au Rapporteur spécial sur les réserves aux traités (A/53/40, vol. I, p. 95), celle-ci met clairement en relief la spécificité du régime des réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme auquel contribue le Comité des droits de

---

[25] *Kennedy c. Trinité-et-Tobago* (décision du 2 décembre 1999) et notre note à la Revue universelle des droits de l'homme, Vol. 12, 2000, n^os^ 6-9, pp. 209-217.

[26] A/CN.4/477 et Add. 1.

[27] Doc. Officiels de l'Assemblée générale, 52^e^ session, supplément n° 10 (A/52/10), par. 157.

l'homme. Madame Chanet déclare précisément : « *Les organes régionaux de contrôle ne sont pas les seules institutions intergouvernementales qui participent au développement. Les organes universels, comme le Comité des droits de l'homme, ne jouent pas un rôle moins important dans ce processus et sont donc habilités à y participer et à y contribuer* ». Et Madame Chanet ajoute : « *Il faut se rendre compte à ce propos que ce que la Commission avance au paragraphe 10 des Conclusions préliminaires deviendra caduc au fur et à mesure que les pratiques et les règles mises au point par les organes universels et régionaux de contrôle seront de plus en plus généralement acceptés* »[28].

Madame Chanet a expliqué et conforté ce point de vue dans une lettre postérieure en date du 5 novembre 1998. Elle reprend certaines considérations énoncées dans l'Observation générale n° 24 (52) du 2 novembre 1994 (précitée), et elle précise que les organes de contrôle doivent connaître l'étendue des obligations étatiques afin de s'acquitter de leurs fonctions. En particulier lorsque ces organes s'occupent de requêtes individuelles, une réserve au traité ou à l'instrument formant la base de requêtes individuelles entraîne des conséquences procédurales sur le travail de l'organe lui-même. « *Lorsqu'il examine une requête individuelle, l'organe de contrôle devra se prononcer sur l'effet et l'étendue d'une réserve afin de déterminer l'admissibilité de la requête, et sa conclusion devra être respectée par les Etats parties* ». En vérité, c'est sur ce dernier point que se situe aujourd'hui l'essentiel du problème.

Depuis 1997, les travaux de la Commission du droit international, sans doute d'une réelle valeur, se sont poursuivis, en tenant compte semble-t-il des observations présentées plus haut. Toutefois, en 2006 (voir le 11e rapport du 10 août 2006) on attendait toujours la partie correspondant aux effets juridiques des réserves et des objections pour apprécier dans quelle mesure les traités relatifs aux droits de l'homme et en particulier les traités « institutionnels », méritent un sort particulier, ou plus exactement témoignent d'une évolution du droit international sur ce point, qui à tout le moins vient compléter les principes classiques énoncés pas la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur les réserves à la convention sur le génocide. Devant une telle lenteur, la Sous-commission des droits de l'homme avait demandé à Madame Françoise Hampson un rapport particulier sur les réserves dans les traités relatifs aux droits de l'homme. Mais là encore l'adoption d'un rapport définitif était suspendu à l'achèvement de la codification préparée par la Commission du droit international sur les réserves dans les traités en général. Nous avons pris cependant connaissance d'un document de travail final présenté par Madame Hampson qui renouvelle, semble-t-il, l'analyse en se basant sur la pratique la plus vaste dans le cadre universel (E/CN.4/Sub.2/2004/42, 19 juillet 2004). Parallèlement, les différents Comités conven-

[28] A/53/40 (vol. I), Annexe IX, p. 95.

tionnels se réunissent pour confronter et discuter leur doctrine et leur pratique s'agissant des réserves apportées aux traités dont ils sont responsables. On consultera avec profit l'étude substantielle du Secrétariat des Nations Unies à ce propos (HRI/MC/2005/5 du 13 juin 2005)[29]. Tous les Comités sont désormais interpellés et marquent leur préoccupation à l'égard de certaines réserves même si leur attitude présente varie encore quelque peu en fonction, en particulier, des pouvoirs qui leur sont conférés.

Pour notre part, nous voudrions formuler quelques observations sur la question de savoir qui est compétent pour apprécier l'admissibilité d'une réserve dans un traité relatif aux droits de l'homme. Ce rôle appartient-il aux Etats parties au traité ou – lorsqu'elle existe – à l'institution qui a été créée en vue de contrôler l'application des instruments relatifs aux droits de l'homme ? En droit international interétatique, la Convention de Vienne établit que c'est à chaque Etat d'apprécier la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité. La réserve sera ou non opposable dans les rapports réciproques des Etats, selon qu'il l'accepte (la clause modifiée par la réserve s'applique dès lors dans leurs relations mutuelles) ou qu'il y fait au contraire objection. Autrement dit, le traité multilatéral se décompose en un faisceau de relations bilatérales, dominées par le principe de réciprocité. Quelle fragmentation du droit ![30]

Or un tel système est totalement inapproprié en matière de droits de l'homme[31]. Les raisons nous paraissent évidentes. Il suffit de se demander quels seraient, selon le « régime de Vienne », les effets juridiques d'une réserve qui serait incompatible avec l'objet et le but essentiel d'un traité relatif aux droits de l'homme. En effet, si un autre Etat *accepte* la réserve faite par un premier Etat, quelle est la conséquence juridique ? Peut-on imaginer dans quel degré d'absurdité on tombe ? Est-ce que cela veut dire que c'est la clause telle que modifiée par la réserve qui s'appliquera, et à l'égard de qui ? On sait que, de toute façon, les traités relatifs aux droits de l'homme s'appliquent à l'égard de tous les individus sans distinction de nationalité, et que l'on ne saurait adopter un régime discriminatoire à l'égard des ressortissants d'un Etat donné. De plus, il s'applique aux ressortissants de l'Etat considéré ! C'est même sa raison d'être.

---

[29] Voir aussi réunion du « Groupe de travail sur les réserves », 4 juillet 2006 (HRI/2006/5), présidé par Sir Nigel Rodley. On attend avec impatience la rencontre de ce Comité avec la Commission du droit international.

[30] Frédérique Coulée, « A propos d'une controverse autour d'une codification en cours : les réactions aux réserves incompatibles avec l'objet et le but des traités de protection des droits de l'homme », *Mélanges G. Cohen-Jonathan*, Bruylant, 2004, Tome I, p. 501.

[31] Voir nos conclusions générales du 31e colloque de la Société Française pour le Droit International (29-31 mai 1997 – Strasbourg) sur « la protection des droits de l'homme et l'évolution du droit international », in *Protection internationale des droits de l'homme et Droit international*, Pedone, Paris, 1998, pp. 309-341 (322 et s.) ainsi que l'intervention de notre collègue Alain Pellet, rapporteur spécial sur les réserves dans les traités à la Commission du droit international.

Si un Etat fait une *objection*, quelle est la conséquence de cette objection, même si le traité reste en vigueur entre les deux Etats concernés ? Dans les traités « classiques », la réciprocité ménage une sanction aux Etats dans le cadre de leurs rapports mutuels. Dans les traités où la réciprocité ne doit jouer aucun rôle, il n'y a aucune sanction à l'égard de qui que ce soit. D'abord, l'Etat qui a fait objection sera obligé de remplir toutes ses obligations vis-à-vis de tous les individus (il serait en outre curieux qu'un Etat puisse modifier ou réduire ses obligations, notamment à l'égard de ses ressortissants, en fonction de l'attitude d'autres Etats). D'autre part, l'objection n'empêche pas la réserve de subsister en déployant tous ses effets à l'égards des individus placés sous la juridiction de l'Etat auteur de la réserve[32], y compris, naturellement, ses ressortissants. Comme le constatait Sir Gérald Fitzmaurice, « *c'est peu de relever la fausse efficacité des objections dans le cadre de conventions de ce type* ».

Cela ne signifie pas que les objections des Etats soient dénuées d'intérêt. Si elles sont convergentes, cela facilitera l'interprétation donnée par l'organe de contrôle, en particulier, ou, plutôt lui apportera un appui utile pour affirmer l'autorité de sa constatation, en particulier dans le cas où ledit organe n'est pas une juridiction. Encore faut-il que tous les Etats prennent conscience de leur responsabilité, que leur vigilance soit permanente, non politisée et si possible basée sur le droit[33]. Or la lecture des réserves et des objections montre que l'attitude des Etats est assez peu significative. Contrairement à ce que pense le gouvernement français (position adoptée dans sa note au Comité des droits de l'homme à propos du paragraphe 17 de l'Observation générale 24/52) il ne s'agit pas d'un « présupposé » (voir notre étude précitée, RGDIP 1996 n° 4, p. 941) ; il suffit de lire avec attention toutes les déclarations. De toute façon, *juridiquement*, les objections n'apportent pas une réponse efficace et *objective* à la question posée[34]. La *logique des droits de l'homme* com-

---

[32] Pour que la protestation d'un certain nombre d'Etats contractants ait une conséquence, il faudrait que le texte du traité le précise en indiquant (comme le fait la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1965) quel pourcentage d'objections est susceptible de déclencher un tel effet général. En fait, même dans cette hypothèse les résultats ne sont pas décisifs puisque la clause n'a pratiquement jamais été utilisée. Le 3 février 2006, la CIJ rendit son arrêt concernant l'affaire des activités militaires sur la territoire du Congo (*Congo c. Rwanda*) dans laquelle la République du Congo déclarait fonder la juridiction de la Cour sur la base de l'article 22 de la Convention anti-raciale, en l'absence d'une autre déclaration jugée valide (voir infra). Le Rwanda invoqua la réserve relative à l'article 22 qui affectait la totalité de cette disposition. La Cour constata que cette réserve, n'ayant pas fait l'objet d'une objection des 2/3 des Etats parties, devait être considérée comme « conforme à l'objet et au but du Traité. La Cour remarqua en outre, et assez curieusement, que le Congo lui-même n'avait alors formulé aucune objection (§ 77).

[33] Voir par exemple la recommandation n° R (99) 13 sur les réactions face aux réserves aux traités internationaux considérées comme irrecevables, adoptée le 18 mai 1999 par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe.

[34] Comme le constate Frédérique Coulée, la compatibilité avec l'objet et le but du traité est un critère objectif, « or, curieusement ce critère est mis entre les mains de chaque Etat qui décide pour

mande que l'organe de contrôle soit le mieux placé pour apprécier la compatibilité d'une réserve. Et c'est pourquoi il y a cette convergence extraordinaire entre les analyses de juridictions internationales comme la Cour européenne et la Cour interaméricaine[35] alors que, pour cette dernière, une disposition placée sans grande réflexion dans la Convention américaine semblait s'opposer à son intervention dans ce domaine des réserves.

En effet, parmi les organes internationaux de contrôle, il est naturel que les juridictions proprement dites, dans le cadre européen en particulier, soient mieux acceptées comme garantes de l'intégrité et du respect des droits de l'homme. Au niveau universel, les Comités d'experts indépendants ne possèdent pas les mêmes pouvoirs et ne fonctionnent pas de manière identique. Toutefois, rien ne leur interdit, à l'occasion de l'examen d'une communication individuelle ou d'un rapport périodique de se prononcer sur la licéité d'une réserve. Même s'ils ne possèdent pas formellement un pouvoir de décision, leur appréciation n'est pas négligeable. Nous pensons précisément au Comité des droits de l'homme des Nations Unies, dont la méthodologie s'apparente le plus à celle d'un organe de caractère judiciaire. De plus, le cœur de l'acte juridictionnel se trouve dans la constatation faite sur la base du droit par un organe indépendant et impartial. Tel est précisément le cas du Comité de New York, dont l'« avis » possède ainsi une réelle valeur. Politiquement et juridiquement, il serait erroné de ne pas en tenir compte (on rappellera par ailleurs que, d'un point de vue strictement juridique, au niveau de la *recevabilité* des communications individuelles, le Comité est formellement investi d'un pouvoir de décision[36]).

Les changements du droit international – notamment sous la poussée des droits de l'homme – sont évoqués, sinon par la Cour internationale de Justice elle-même, du moins par un groupe important de juges à propos de l'arrêt du 3 février 2006 (*Congo c. Rwanda*). Formellement, la Cour estime que la clause compromissoire (prévoyant le recours à la CIJ) énoncée dans la Convention sur l'interdiction du génocide de 1948 pouvait être écartée par une réserve sans porter atteinte à l'objet et au but essentiels de ladite Convention. Après avoir rappelé sur ce point son avis de 1951 et la jurisprudence ultérieure, elle décide de maintenir cette solution en observant que les règles de fond de la Convention ne sont pas affectées par une réserve du Rwanda visant sa

---

lui-même… subjectivement ». Les divergences d'appréciation sont, dès lors, inévitables. Etude précitée, *Mélanges en l'honneur de G. Cohen-Jonathan*, p. 505.

35 Avis consultatif OC-2/82 du 24 septembre 1982, Série A, n° 2 ; Avis OC-3/83 du 8 septembre 1983 « sur les restrictions à la peine de mort », Série A, n° 3. Voir la chronique de C. Cerna, *AFDI*, 1983, p. 306.

36 Voir G. Cohen-Jonathan, « Quelques observations sur le Comité des droits de l'homme des Nations Unies », *Mélanges offerts à René-Jean Dupuy, Humanité et Droit International*, Pedone, Paris, 1991, pp. 83-97.

compétence[37]. La Cour ajoute curieusement encore que « *lorsque le Rwanda a adhéré à la Convention sur le génocide et a formulé la réserve en question, la R.D.C. n'y a pas fait objection* » (§ 68).

En vérité, bien des questions restent posées, dont Philippe Weckel fait très bien l'analyse dans son excellente chronique de jurisprudence internationale, en s'attachant à faire ressortir les éléments de progrès contenus dans l'opinion individuelle commune des juges Higgins, Elaraby, Owoda et Simma[38]. Sans aller jusqu'à la dissidence, les juges ont souligné que cette approche « libérale » de la Cour à l'égard des réserves (et des objections) aboutissait à dissoudre le traité multilatéral en un réseau de rapports d'intérêts entre les parties. Ils ont rappelé que le paysage du droit international dans les années 1948-1951 était très différent de celui d'aujourd'hui. Depuis lors, les instruments de protection des droits de l'homme se sont multipliés et ont pris des formes nouvelles. L'expérience de ces traités a montré qu'il serait irréaliste de compter sur le pouvoir d'émettre des objections dont disposent les Etats pour assurer le contrôle des réserves à des tels instruments. D'autre part, l'avis de 1951 n'avait pas envisagé la question actuellement essentielle du pouvoir dévolu aux organes de contrôle de vérifier la compatibilité des réserves avec l'objet et le but de ces traités. A cet égard, les quatre juges évoquent la pratique émanant des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme ainsi que l'observation générale n° 25 du Comité des droits de l'homme du 2 novembre 1994 (à laquelle Madame Higgins a très activement contribué…).

Dans cette ligne – compte tenu de la pratique internationale que nous avons rappelée plus haut[39] et des échos qu'elle rencontre auprès de certains membres de la Commission du droit international –, compte tenu aussi de la liaison qui existe dans certains traités entre l'effectivité des droits garantis et le « droit au juge », un nombre important de membres de la Cour (à l'opinion individuelle commune il faut ajouter l'opinion dissidente du juge Koroma) invite la Haute juridiction à réexaminer sa position actuelle et à considérer qu'une réserve excluant la clause juridictionnelle de la Convention sur le génocide (dont l'interdiction est de surcroît norme de *jus cogens*) puisse être incompatible avec l'objet et le but de cette Convention. « *Ainsi une minorité a-t-elle souhaité prendre date et placer un jalon vers une évolution de la jurisprudence de la Cour* »[40] qui dépasse le problème qu'elle a eu à régler en l'espèce. Voilà l'enseignement général le plus significatif. On attendait cette ouverture. Philippe

---

37 La Cour note que cette réserve vise à exclure un *moyen particulier* de régler un différend relatif à l'exécution de la Convention. Littéralement cela semble signifier qu'il en irait différemment si une réserve aboutissait à exclure tout moyen de règlement…

38 Ph. Weckel, *RGDIP* 2006/2, « Jurisprudence internationale », p. 491 et s.

39 Voir encore notre étude précitée, *RGDIP* 1996/4, p. 915 et s.

40 Voir Ph. Weckel, chronique précitée, p. 490.

Weckel se demande si les Etats sont prêts à faire un pas décisif en ce sens. Autrement dit, si la Convention de Vienne sur le droit des traités reste un guide général et apprécié, ne faut-il pas admettre sur certains points comme le régime des réserves qu'elle soit complétée pour tenir compte de la nature spécifique de certaines obligations ou instruments internationaux ?

Les réserves constituent la plaie des droits de l'homme lorsqu'elles sont destructrices de fin (il suffit de lire les réserves formulées à propos de la Convention sur les droits de la femme). Le système de la Convention de Vienne, le petit jeu « inter-subjectif ‹ acceptation-objection › » est inadapté et impuissant à protéger les ressortissants mêmes de l'Etat réservataire. Il est des hypothèses où il faut enfin faire preuve de réalisme. Il en va de la dignité de la personne humaine. C'est un enjeu respectable même en droit international.

## II. L'objectivisation croissante des obligations relatives aux droits de l'homme

### A. Les prémisses

Le caractère objectif des normes sur les droits de l'homme est particulièrement significatif pour qualifier la véritable action publique internationale que, selon la Convention européenne des droits de l'homme, un Etat contractant peut mettre en œuvre contre un autre Etat pour toute violation de la Convention. Dans le cadre de cette « garantie collective des libertés », il n'a pas à établir que son intérêt à agir est personnel ou direct. Il a un intérêt juridique à agir chaque fois qu'il y a manquement à la Convention de quelque manière que ce soit, et par quelque Etat que ce soit, et pour la défense de tout individu quelle que soit sa nationalité (qui se trouve sous la juridiction de l'Etat défendeur). C'est une véritable *actio popularis* qui peut donc directement dénoncer l'incompatibilité d'une loi avec les libertés garanties dans la Convention. Voilà qui tranche avec le droit international classique et « désubjectivise » le contentieux à la manière d'un contrôle de constitutionalité abstrait. Ceci dit, de tels recours étatiques sont assez rarement mis en œuvre et, en dehors du cadre européen, ceux qui existent sont théoriques et de toutes façons imparfaits.

Toutefois, la requête individuelle peut aboutir à un effet comparable. Sans doute, lorsque l'action est introduite par une « victime », la Cour ne peut en principe statuer *in abstracto* sur la compatibilité d'une loi avec la Convention. Elle doit rechercher si l'application *in concreto* de la norme générale a, en l'espèce, enfreint la Convention. Dans la mesure où la Cour parvient à une conclusion positive, l'Etat défendeur doit effacer les conséquences de la

violation à l'égard de la victime. Mais l'exécution de l'arrêt implique-t-elle forcément l'obligation de prendre des mesures générales ?

Disons très schématiquement que sauf cas particulier (arrêt du 23 juillet 1968 sur l'affaire linguistique belge) l'obligation de modifier la loi (ou la pratique jurisprudentielle) n'est évidente que si elle a pour objet de faire cesser à l'égard du requérant une ingérence permanente (arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni* du 22 octobre 1981, par exemple). Une attitude aussi stricte était intenable car il est arrivé assez fréquemment que la violation d'un droit de l'homme soit imputable à un acte qui ne fait qu'appliquer une disposition législative ou une jurisprudence générale. C'est pourquoi les Etats ont progressivement compris qu'il fallait accorder aux arrêts de la Cour des effets généraux tandis que la Comité des ministres se montrait plus énergique, au titre de l'exécution des arrêts de la Cour européenne, pour demander que soient prises éventuellement des mesures correctrices générales.

Voilà une tendance qui est tout à fait conforme au droit international général selon lequel le constat d'une violation ayant son siège dans une législation ou pratique générale devrait être assorti de l'obligation pour l'Etat défendeur de prendre toutes les mesures nécessaires pour éviter des violations comparables[41]. D'ailleurs, dans le cadre du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques, le Comité des droits de l'homme – qui n'a pourtant pas le statut d'une juridiction – a toujours fait preuve d'une grande liberté d'allure pour indiquer à l'Etat défendeur les conséquences d'un manquement constaté : mesures particulières et générales (constatation du 29 juillet 1981, *Lilian Celiberti de Casariego*).

La cour de Strasbourg a pendant longtemps été très réservée avant de tirer de l'article 46 § 1 de la Convention (force obligatoire des arrêts) tous les prolongements utiles. Une telle attitude appartient au passé et la Cour a enfin compris que pour éviter d'être submergée par un flot de requêtes répétitives (et bien fondées…), il fallait qu'elle décide de s'impliquer davantage dans l'exécution de ses propres arrêts. De là provient notamment la pratique des « arrêts-pilote », inaugurée officiellement par la Cour dans le célèbre arrêt *Broniowski c. Pologne* du 22 juin 2004[42]. La Cour doit identifier ce qui, d'après elle, révèle un « problème structurel sous-jacent », ainsi que la source de ce problème, de façon à « aider » les Etats à trouver – d'urgence… – la ou les solutions appropriées et le Comité des ministres à surveiller l'exécution des arrêts. Cette proposition a été concrétisée par le Comité des ministres dans la résolution RES (2004) 3.

---

41 G. Cohen-Jonathan, « Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber Amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, 1995, pp. 39-64 (47).

42 E. Lambert-Abdelgawad, « La Cour européenne au secours du Comité des ministres pour une meilleure exécution des arrêts-‹ pilote › », *RTDH*, 2005, n° 1.

Il faut noter au passage que si la Grande chambre apparaît le cadre privilégié pour adopter un tel procédé, ce dernier a été utilisé à plusieurs reprises par de « simples Chambres » pour identifier le dysfonctionnement du droit interne et indiquer au moins le sens général des mesures générales à prendre pour y porter remède (arrêt de Chambre, *Sedjani c. Italie* (2005) ; *Xenides-Aristis c. Turquie* (22 décembre 2005)…).

Voilà qui tranche avec l'image habituelle de la Cour. Mais son objectif est encore plus vaste. En effet, consciente d'être le gardien de l'ordre constitutionnel des droits de l'homme pour l'ensemble de l'Europe, la Cour de Strasbourg a voulu interpréter et développer le droit de la Convention pour « l'ensemble » des Etats parties (comme d'autres entités telle l'Union européenne). Dans cette mesure, le caractère objectif des normes jurisprudentielles prend une nouvelle ampleur.

## B. Le renforcement du caractère objectif des droits garantis

C'est tels qu'ils sont interprétés et façonnés par la jurisprudence de la Cour européenne que les droits garantis de la Convention sont opposables *erga omnes*. C'est bien cela qu'avait en vue Pierre-Henri Teitgen quand il expliquait que le nouveau « système » était dominé par une Cour à laquelle les Etats avaient concédé un pouvoir d'interprétation authentique. Il était entendu que tout Etat devrait non seulement exécuter les arrêts de la Cour le concernant (autorité de la chose jugée), mais qu'il devait appliquer la Convention telle qu'elle était interprétée par le juge de Strasbourg dans les arrêts rendus à l'égard de n'importe quel Etat partie (autorité de la chose interprétée) dans la mesure où sont perceptibles des enseignements généraux au-delà du cas d'espèce. Il est vrai qu'avec le temps, les juges et les législateurs nationaux ont tenu assez largement compte de l'autorité de la chose interprétée plutôt que de risquer d'être condamnés. Mais cette tendance n'est ni générale, ni systématique. Même en France elle a été diversement suivie : il a fallu une condamnation formelle (arrêt *Diennet* du 26 septembre 1995) pour que le Conseil d'Etat applique la jurisprudence « Albert et Le Compte »[43] sur l'applicabilité de l'article 6 au contentieux disciplinaire des professions médicales pour certains types de sanctions. Il a fallu que la France subisse une double condamnation dans les arrêts *Kruslin* et *Huvig* (1990) pour qu'enfin le législateur se soucie d'adopter une réglementation des écoutes téléphoniques respectueuse de la Convention, alors que la Cour avait clairement indiqué les standards à observer (arrêt *Klass*). Il a fallu que Chypre soit sèchement

[43] Voir notre ouvrage Economica op. cit. 1989, pp. 259-260.

condamné pour respecter la jurisprudence *Dudgeon* sur l'interdiction de la répression pénale de l'homosexualité de majeurs consentants en privé. A cette occasion, les juges de Strasbourg ont même laissé percer leur incompréhension de l'ignorance d'un tel « principe général ».

En effet, depuis toujours, en dépit de sa prudence et de son souci de statuer *in concreto*, les enseignements généraux de la Cour sont bien perceptibles comme l'ont montré de nombreux chroniqueurs, encore que tous demandaient à la Cour d'adopter plus souvent des arrêts plus clairs, et une approche moins casuistique. Au fil des années, la Cour s'est montrée effectivement plus explicite et les *arrêts de principe* se sont multipliés, à telle enseigne qu'il était grand temps de publier un recueil des « Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme »[44]. De cette manière est apparue très nettement la dualité des tâches de la Cour de Strasbourg : trancher des litiges relatifs aux droits de l'homme à la demande, dans la quasi-totalité des cas, des victimes ; d'autre part déterminer de manière objective un ordre public européen des droits de l'homme qui serve de guide à tous les juges nationaux et incite les Etats, en adaptant leur droit et leurs structures, à prévenir autant que faire se peut une violation de la Convention. Là, c'est bien d'une fonction constitutionnelle qu'il s'agit[45].

Ajoutons, s'il le fallait, que la technique de l'arrêt pilote, qui enjoint au Etats mis en cause de tirer les conséquences générales d'une constatation de violation, rend plus exemplaires les précédents pour tous les Etats parties. D'ailleurs, refuser l'autorité de la chose interprétée – si la jurisprudence est bien établie – est une attitude peu respectueuse de l'article 1 de la Convention selon lequel les Etats « garantissent » les droits énoncés dans la Convention. En effet, comme nous l'avons déjà expliqué à propos de l'arrêt *Ilascu c. Moldavie et Russie* (2004)[46], l'article 1 fonde désormais une *obligation positive* générale à la charge de chaque Etat d'adopter des mesures appropriées afin de protéger tout droit garanti dans la Convention à l'égard de toute personne placée sous sa juridiction. Si ce droit « objectif » constitutionnel, opposable aux 46 Etats, n'existait pas, on ne comprendrait pas d'ailleurs certaines résolutions récentes du Comité des ministres qui accompagnent le Protocole 14 : la recommandation (2004)6 sur l'amélioration des recours internes pour l'ap-

---

44 Sudre, Marguénaud, Andriantsimbazovina, Gouttenoire, Levinet, 2e éd., 2004, 645 p. Pour un essai de typologie des différents arrêts, voir F. Jacquemot, *Le standard européen de société démocratique*, thèse, polycop., Montpellier, 2005, pp. 368 et s.

45 Voir J.-F. Flauss, « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en Cour constitutionnelle ? », *Dalloz*, n° 25, 2003, p. 1638 ; L. Wildhaber, « Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme », *RUDH*, 2002, pp. 1-6. L'avis opposé de L. Favoreu in « Les Cours de Luxembourg et de Strasbourg ne sont pas des Cours constitutionnelles », in *Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, pp. 35-45.

46 G. Cohen-Jonathan, étude préc., *RTDH*, 65, 2004, pp. 774-775.

plication du droit de la Convention ou la recommandation (2004)5 sur la vérification de la compatibilité des textes internes avec les normes fixées par la Convention font inévitablement *référence* à l'acquis jurisprudentiel qui précise et enrichit un texte relativement lapidaire. Ce souci « constitutionnel » résulte expressément du comportement adopté par la Cour européenne en diverses circonstances.

Ainsi, une attitude déjà ancienne du juge de Strasbourg permet de mettre en évidence le rôle qui est le sien pour dire quel est « le droit de la Convention », même si le litige concret est en voir d'être résolu. La Cour a très tôt considéré qu'« *eu égard aux responsabilités incombant à la Cour aux termes de l'article 19* », elle avait le devoir de poursuivre l'examen d'une affaire « *nonobstant un désistement, arrangement amiable, arrangement ou tout autre fait de nature à fournir une solution au litige* ». Déjà, la Haute Juridiction l'avait clairement précisé dans son arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* en 1978. En effet, le Royaume-Uni, ne contestant pas les infractions à l'article 3 constatées par la Commission, estimait sans objet le débat devant la Cour. Cette dernière repoussa cette prétention en déclarant : « *La Cour estime* […] *qu'il entre dans les responsabilités lui incombant dans le cadre du système de la Convention de connaître des allégations non contestées de violation de l'article 3. En effet, ses arrêts servent* non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention *et à contribuer de la sorte au respect par les Etats des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes* » (souligné par nous)[47].

Nous avions déjà mis en exergue cette attitude déjà ancienne et très significative de la Cour, dont la fonction (constitutionnelle) dépasse le règlement concret des cas dont elle est saisie. Dans l'affaire *Dewer* (27 février 1990), elle applique exactement la même doctrine[48] qui trouve d'ailleurs une traduction dans son règlement intérieur. Il n'est dès lors nullement étonnant que plus récemment, les juges de Strasbourg aient décidé, pour des raisons d'intérêt général tenant à l'éclaircissement d'une difficulté d'application de la Convention, de s'opposer à la clôture de l'instance en cas de décès du requérant, en l'absence même de tout proche parent ou héritier susceptible de revendiquer un intérêt légitime à la poursuite de la procédure[49]. La Cour justifie sa position par la fonction qui lui est dévolue de favoriser l'autorité de la chose

---

47 Arrêt du 18 janvier 1978, § 154. Voir G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Economica, 1989, op. cit., p. 219.

48 G. Cohen-Jonathan, op. cit., p. 219.

49 Arrêt du 14 juillet 2003, *Karner c. Autriche*. Voir Ph. Frumer, « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n° 59, 2004, p. 668 et s. J.-F. Flauss, « La réforme du système de contrôle contentieux de la Convention européenne des droits de l'homme », op. cit., conclusions générales, p. 170.

interprétée ou l'extension de la jurisprudence relative aux droits de l'homme à l'ensemble des Etats parties à la Convention. Les formules sont significatives et méritent d'être largement citées et méditées.

« *Si le système mis en place par la Convention a pour objet fondamental d'offrir un recours aux particuliers, il a également pour but de trancher, dans l'intérêt général, des questions qui relèvent de* l'ordre public, *en élevant les normes de protection des droits de l'homme et* en étendant la jurisprudence dans ce domaine à l'ensemble *de la communauté des Etats Parties à la Convention* » (§ 26 souligné par nous). La Cour estime que l'objet de la requête en cause (une différence de traitement en droit autrichien, à l'égard des homosexuels dans la transmission des baux) « *concerne une question importante d'intérêt général, non seulement pour l'Autriche mais également pour d'autre Etats Parties et naturellement pour les individus concernés se trouvant sous leur juridiction respective. Ainsi, l'examen de la présente requête contribuerait à clarifier, sauvegarder et développer les normes de protection prévues par la Convention* » (§ 27). La Cour renvoie à cet égard aux observations présentées par trois ONG qui ont été autorisées à prendre part à l'instance en tant que trois intervenants, car, souligne la Cour, leur demande en ce sens mettait en évidence l'importance générale de l'affaire. De cette manière et pour cette raison, la Cour considère que la poursuite de l'examen de la présente requête individuelle contribuera à clarifier, sauvegarder et développer les normes de protection prévues par la Convention. Elle rejette en conséquence la demande de radiation présentée par le gouvernement.

Voilà qui doit permettre de nuancer une analyse classique trop formelle du mécanisme de protection et du rôle de la Cour. Certes, la Convention n'institue pas au profit des individus une *actio popularis ;* le requérant doit apporter la preuve de sa qualité de victime, personnellement touché par la violation alléguée. Telle est la condition pour que soit enclenché le mécanisme de protection, mais, précise la Cour, cette notion de victime, « *ce critère ne saurait être appliqué de façon rigide, mécanique et inflexible tout au long de la procédure, en particulier lorsque la question soulevée par la cause dépasse la personne et les intérêts du requérant* ». Autrement dit, le droit de recours individuel – à côté du recours étatique trop rare – est aussi un levier pour développer et préciser la « loi » européenne sur les droits de l'homme. Durant l'instance, le rôle déjà admis des ONG et la tierce intervention créé à l'article 36 par le protocole 14 au profit du Commissaire aux droits de l'homme accroît sans aucun doute la défense de l'intérêt général dans toutes les procédures qui sont importantes de ce chef et contribue donc à objectiviser le contentieux. Qu'il s'agisse de définir les différentes libertés, les exigences d'un état de droit, les principes dominants de la démocratie, il s'agit d'une véritable tâche constitutionnelle qui incombe à la Cour européenne des droits de l'homme.

## III. Le caractère « impératif » des obligations internationales relatives aux droits de l'homme

On a évoqué plus haut la place hiérarchique des règles conventionnelles sur les droits de l'homme par rapport aux droits nationaux. La notion de *jus cogens* permet de qualifier certaines normes d'impératives au sens absolu primant toute règle interne ou internationale.

Il est notable tout d'abord que certaines règles de protection ont acquis une nature coutumière. Leur caractère objectif reconnu comme tel prédisposait à cette intégration dans le droit international général même si l'origine de la norme dé coulait d'un traité ou des principes généraux du droit reconnus *in foro domestico* (au sens de l'article 38 alinéa 1 c du Statut de la CIJ). Ainsi la pratique internationale a montré que le droit coutumier condamne en premier lieu les violations massives ou systématiques des droits de l'homme. D'autre part, certaines règles se sont vues conférer une force particulière et une reconnaissance coutumière. Elles forment un « noyau dur » des droits de l'homme. Celui-ci comprend d'abord les droits dits *intangibles*, auxquels aucune dérogation n'est en effet autorisée, même en cas de guerre : si l'on compare l'article 4, § 2 du Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques et l'article 15, § 2 de la Convention européenne des droits de l'homme, on relève que tel est le cas du droit à la vie, de l'interdiction de la torture et des traitements ou peines inhumains ou dégradants et de l'interdiction de l'esclavage – ce qui correspond à peu près au contenu de l'article 3 commun aux quatre Conventions de Genève. Voilà déjà un fonds commun au droit humanitaire et aux droits de l'homme. De plus, selon la jurisprudence internationale des Cours régionales et du Comité des droits de l'homme des Nations Unies, il faut y ajouter l'interdiction du déni de justice flagrant et de la détention arbitraire. On y ajoutera aussi l'interdiction de la discrimination raciale et à l'égard des femmes, déjà visée spécifiquement par l'article 55 de la Charte des Nations Unies. On relèvera enfin la liberté de pensée, de conscience et de religion, considérée comme un droit également *intangible* par la Pacte sur les droits civils (article 4), et qui a donc une portée universelle.

Cependant, le problème de savoir si, en plus, certaines normes coutumières ont une nature de *jus cogens* provoque encore des réticences. Le juge international est toutefois moins timoré. En vérité, nous avions déjà un précédent : le 10 décembre 1998, dans l'affaire *Furundzija*, une Chambre de première instance du Tribunal pénal international pour l'Ex-Yougoslavie a affirmé que l'interdiction de la torture avait acquis le caractère de règle de *jus cogens*. Visant sans ambiguïté l'affaire *Pinochet*, le tribunal déclare que cette règle impérative fonde une compétence universelle de répression qui l'emporte sur toute autre règle de droit international concernant l'extradition ou

les immunités diplomatiques, par exemple[50]. Le précédent est remarquable mais reste isolé, en dehors de ce cadre[51], jusqu'à ce que la Cour européenne des droits de l'homme fasse la même constatation dans l'arrêt *Al-Adsani c. Royaume-Uni* du 21 novembre 2001. Toutefois, la Cour n'eut pas l'audace de tirer toutes les conséquences de cette reconnaissance puisqu'elle refusa de faire prévaloir la norme de *jus cogens* sur le principe de l'immunité de l'Etat, une majorité étroite (9 voix contre 8) de la Grande Chambre estimant que le précédent ne concernait que le procès pénal à l'exclusion de la matière « civile ». L'opinion dissidente exprimée par la « minorité »[52] est fortement articulée et bien faite pour emporter la conviction qu'une évolution n'est pas exclue.

L'identification des règles du *jus cogens* est encore assez complexe. Mais, comme il est expressément relevé dans les travaux de la Commission du droit international, si au total peu de normes impératives ont été reconnues comme telles, diverses juridictions nationales et internationales ont affirmé l'idée de normes impératives *dans des contextes ne se limitant pas à la validité des traités*[53]. Parmi les normes impératives qui sont le plus généralement reconnues, on cite les interdictions de l'agression, du génocide, de l'esclavage, de la discrimination raciale, des crimes contre l'humanité, de la torture.et de la privation arbitraire de la vie[54] ainsi que le droit à l'autodétermination (affaire du *Timor Oriental*, CIJ, 1995, R. § 29). Tels sont les éléments que l'on retrouve dans le précieux ouvrage de James Crawford[55].

On remarquera une fois de plus que c'est principalement à propos des droits de l'homme que s'est manifesté le développement du *jus cogens*. Et pourtant, pendant longtemps, les réticences ont été très vives de la part de certains Etats (la France notamment) comme de celle de la CIJ (apparemment investie d'une mission spéciale d'identification). C'est que la reconnaissance d'une règle impérative, acceptée comme telle par l'ensemble de la Communauté internationale, est apparue comme une opération à tout le moins délicate. L'ancien Président de la CIJ, Gilbert Guillaume, déclarait à cet égard :

---

50 International Legal Materials, 317 (1999).

51 Les tribunaux pénaux internationaux semblent acquis, pour leur part, à cette jurisprudence. Dans l'affaire *Kupreskic*, la Chambre de première instance du TPIY a estimé que « la plupart des normes de droit international humanitaire sont des normes impératives du droit international du jus cogens… » (2000).

52 Opinion dissidente des juges Rozakis et Caflisch soutenue par le Président Wildhaber et les juges Costa, Cabra Barreto et Vajié. Voir C. Rozakis, « The EurCourt HR and the Law on State Immunity », *Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, Engel Verlag, 2007, p. 393.

53 C'est nous qui soulignons l'importance de ces règles dans le domaine de la responsabilité internationale, et pas seulement dans celui du droit des traités.

54 Voir l'Observation générale nº 24 (52) du Comité des droits de l'homme des Nations Unies.

55 *Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat*, *Introduction*, *Textes et commentaires*, Pedone, Paris, 2003 (Voir en particulier les commentaires p. 226 et s., et ceux relatifs aux articles 40 et 41, p. 224 et s.).

« La Cour en qualifiant certaines obligations conventionnelles d'obligations coutumières puis en faisant de ces obligations des obligations *erga omnes*, a cherché à imposer à tous les Etats des normes minimales inspirées des considérations élémentaires d'humanité qu'elle avait déjà invoquées dans l'affaire du *détroit de Corfou*. Ce faisant, elle a jeté les bases d'un droit coutumier international qui, sans remettre en cause le droit conventionnel, s'impose à tous »[56]. Et l'auteur ajoute : « elle a ainsi de manière pragmatique tenté de faire progresser les droits de l'homme et y est largement parvenue ». Autrement dit, pour Gilbert Guillaume, la notion d'obligation *erga omnes*[57], fort utile au demeurant, doit permettre de faire l'économie d'un véritable débat sur la notion et l'existence de normes de *jus cogens*[58].

Depuis peu, cependant, La Cour internationale de Justice a admis l'existence de telles règles impératives dans son arrêt du 3 février 2006, *Activités militaires sur le territoire du Congo* (§ 64). Bien que tardive, cette reconnaissance est désormais explicite. Il était d'ailleurs difficile à la CIJ de rester silencieuse plus longtemps – ou de continuer à « butiner » avec des expressions approximatives (comme celle de normes « intransgressibles »…) – alors que plusieurs juridictions régionales ou des Comités conventionnels n'hésitaient plus à utiliser ladite notion pour marquer d'un sceau hiérarchique certains droits fondamentaux.

La démarche de la Cour interaméricaine est significative à cet égard. L'exemple le plus connu réside dans l'avis consultatif n° 18 rendu par la Cour interaméricaine le 17 septembre 2003, sur « la condition juridique et (les) droits des travailleurs migrants en situation irrégulière ». Très explicitement la Cour confère au principe d'égalité la qualité de *jus cogens*. Dès lors la portée qu'il revêt interdit d'imposer un traitement discriminatoire non seulement aux immigrés en situation régulière mais également aux sans papiers ou à ceux dont la situation n'est pas régularisée. La Cour précise très concrètement que si « les immigrés sans papiers ou dans une situation irrégulière travaillent, ils demeurent titulaires de droits au même titre que les autres travailleurs, de droits de toute nature y compris les droits sociaux […] De ce fait les Etats sont obligé de garantir les droits du travail aux populations immigrées ainsi que de punir toutes les actions qui comportent une discrimination » (ce qui réintroduit la doctrine de l'application horizontale des droits de l'homme).

---

56 Conférence donnée le 12 juillet 2001, « La Cour internationale de Justice et les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle. Le regard d'un juge », Pedone, Paris, 2003, p. 265 et s.

57 On sait que cette notion trouve sa source dans le célèbre obiter dictum de la C.I.J dans son arrêt du 5 février 1979, *Barcelona Traction* (REC 1970, § 34).

58 Remarquons que si toutes les normes *de jus cogens* sont des obligations *erga omnes*, le lien n'est pas automatique puisqu'il peut exister des obligations *erga omnes* qui ne découlent pas de normes impératives. De plus, comme il a été justement relevé, il y a entre les deux notions une différence de perspective ou une fonction différente. Voir J. Crawford, op. cit., Pedone, 2003, p. 293.

Ainsi, sous l'impulsion du Président Cançado Trindade, la Cour se place dans une perspective universaliste faisant figure de « pionnier » du droit international des droits de l'homme dont elle propose l'évolution de manière quasi-révolutionnaire. Comme le remarque Philippe Weckel, elle s'affirme également en tant qu'organe d'expression d'un point de vue « altermondialiste » sur le droit international, dénonçant les excès de la globalisation, intervenant en quelque sorte pour humaniser le droit international général, qu'il s'agisse du droit effectif à un procès équitable ou à propos des droits sociaux opposables à l'Etat comme aux personnes privées[59].

Depuis cet avis, la Cour interaméricaine a rendu un certain nombre d'arrêts récents qui font une large référence au *jus cogens*. Dans l'affaire *La Cantuta* (26 novembre 2006) qui concernait une intervention de l'armée dans l'université, la Cour considère qu'avaient été enfreintes deux normes qualifiées de *jus cogens*, à savoir l'accès à la justice et l'obligation d'enquêter en cas d'évènement grave (détention arbitraire, disparition forcée). Dans l'affaire *Vargas Areco c. Paraguay* (26 septembre 2006), il s'agissait d'un mineur-soldat (« enfant soldat ») qui avait trouvé la mort durant son service militaire. La Cour fait valoir qu'en pareil cas le respect du droit à la vie exige que soit observé un devoir impérieux d'effectuer une enquête approfondie. Cette obligation « procédurale » – que la jurisprudence européenne a bien mise en évidence en cas de violation des articles 2 et 3 de la Convention – dérive directement du droit international, selon la Cour interaméricaine, et mérite au surplus la qualification de règle du *jus cogens*.

Dans l'arrêt *Gaiburu c. Paraguay* du 26 septembre 2006, qui concerne encore des allégations de détention arbitraire, de torture et de disparitions forcées, la Cour estime que l'interdiction desdites disparitions résulte d'une norme de *jus cogens* qui entraîne pour l'Etat un double devoir procédural d'*enquête* effective et de *poursuite* des fautifs qui ressort également du *jus cogens*. Depuis l'arrêt *Velasquez*, nous savons qu'en pareille matière, la Cour interaméricaine se référait au droit international et à son double devoir de prévention et de répression des faits illicites[60] assigné à l'Etat en pareilles circonstances. Ici la Cour insiste sur le caractère de *jus cogens* des normes enfreintes et, relevant la pratique systématique dénoncée, met l'accent sur le devoir collectif de la Communauté internationale de lutter contre de telles violations. Voilà qui rappelle la teneur de l'article 41 du projet de codification de la responsabilité internationale en cas de violation grave par l'Etat d'une obligation découlant d'une norme impérative de droit international général[61]. D'autre part, en li-

[59] Chronique de jurisprudence internationale, RCDIP, 2004, n° 1.

[60] Arrêt *Velasquez Rodriguez c. Honduras*, 20 juillet 1988, note G. Cohen-Jonathan, *RGDIP*, 1990, p. 455.

[61] J. Crawford, « Les articles de la CDI sur la responsabilité de l'Etat », op. cit., p. 294. On rappellera que l'article 41 concerne la violation grave d'une norme *de jus cogens*. Il précise « La violation

sant cet arrêt on semble même retrouver les éléments du « crime d'Etat » et, en tout cas, une « semi-pénalisation » de sa responsabilité internationale.

Il est quasiment certain que le président A. Cançado Trindade a su faire passer là encore un message très fort. Un message qui va plus loin que la jurisprudence de la CIJ telle qu'elle est exprimée dans un arrêt important du 26 février 2007, *Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie et Monténégro*). S'agissant du génocide commis à Srebrenica en juillet 1995, la Cour décide que la Serbie a violé l'obligation de prévenir le génocide, prescrite par la Convention, et qu'elle a aussi violé les obligations qui lui incombaient, en vertu de la Convention, en ne coopérant pas pleinement avec le TPIY. Elle doit prendre immédiatement des *mesures effectives* pour s'acquitter pleinement de cette obligation, conformément à la Convention et à son devoir de répression[62]. Par contre la Cour estime que la Serbie – par ses organes, agents officiels ou officieux – n'a pas commis de génocide. Il faut dire qu'établir le contraire eut exigé un ensemble de preuves difficiles à établir. Il faut ajouter que la Cour ne s'appuie pas sur le *jus cogens* et qu'elle ne veut pas risquer de donner à la responsabilité internationale de l'Etat un caractère pénal ou semi-pénal. Telle nous semble être la différence avec la tendance qui se fait jour à la Cour interaméricaine[63].

Ceci dit, il nous semble que l'on doit être très prudent avant d'identifier une norme de *jus cogens* en tant que telle. Il ne faudrait pas oublier qu'à l'instar d'une règle coutumière, la norme de *jus cogens* doit être inscrite dans la « pratique » et qu'elle doit être considérée comme ayant un caractère impératif par « l'ensemble » de la Communauté internationale. Cette dernière exigence n'est pas facile à satisfaire dans le cadre universel.

L'avis 18 est très séduisant sur le plan doctrinal et la générosité qu'il exprime peut ouvrir une « piste » très favorable pour l'amélioration de la condition de tous les travailleurs migrants. Traduit-il pour autant l'état du droit positif surtout à propos des étrangers en situation irrégulière ? La « pratique » est assez divisée et on remarquera que la Convention des Nations Unies du

---

d'une telle obligation est grave si elle dénote de la part de l'Etat responsable un manquement flagrant ou *systématique* à l'exécution d'une obligation ». L'article 41 indique les conséquences particulières qui en résultent pour les autres Etats par le biais notamment d'une coopération soutenue.

62 Voir déjà le communiqué de presse de la CIJ 2007/8 du 26 févier 2007. Le texte intégral de l'arrêt de la Cour figure sur le site Internet de la Cour (www.icj-cij.org).

63 Il faudrait analyser de près également l'arrêt *Castro Castro c. Pérou* (25 novembre 2005) dans lequel la Cour constate l'existence d'un crime contre l'humanité du fait d'une intervention violente de l'armée pour mettre bon ordre dans une prison. Là encore une tendance à la pénalisation de la responsabilité internationale est bien perceptible. On signalera aussi que la Cour étend l'interdiction de la torture – qualifiée de norme de *jus cogens* – dans la mesure où elle considère que les menaces de torture ou de traitements inhumains constituent une « torture psychologique », interdite donc.

1er juillet 2003 sur les travailleurs migrants (proche de ce courant) comporte pour le moment peu de ratifications et que celles-ci émanent presque exclusivement de pays d'émigration. En toute occurrence, pour l'instant, les résistances sont sérieuses.

Dans ces conditions, une telle norme présentée comme *du jus cogens* peut difficilement être considérée, pour le moment, comme ayant un caractère universel telle qu'une juridiction comme la CIJ pourrait la reconnaître et même comme une source d'inspiration immédiate pour le système européen. Au maximum (quid des réactions des Etats-Unis d'Amérique ?) elle aurait une valeur régionale ; *de lege ferenda* elle indique néanmoins les perspectives qui pourraient être suivies afin de faire progresser le contenu des droits de l'homme… Après tout, Alvarez l'avait montré ave éclat, c'est bien dans la tradition latino-américaine d'avoir une attitude critique à l'égard d'un monde figé et de vouloir faire entendre la voix des droits de l'homme au sein du droit international[64].

Nous serons plus bref sur un dernier cas qui concerne le Tribunal de première instance des Communautés européennes. Dans l'affaire dite « Al-Quaida », celui-ci a rendu deux arrêts, le 21 septembre 2005, dans lesquels il se reconnaît compétent pour examiner la validité des résolutions et sanctions du Conseil de Sécurité en matière de lutte anti-terroriste. Le Tribunal estime devoir se baser pour ce faire sur des règles du *jus cogens* définies comme constitutives d'un « ordre public international qui s'impose à tous les sujets de droit international, y compris les instances de l'ONU et auxquels il est impossible de déroger »[65]. Cette attitude du Tribunal a quelque peu surpris. A quel titre pouvait-il exercer ce contrôle, cette contestation directe d'une résolution du Conseil de Sécurité au nom du droit international fût-il du « *jus cogens* » (et non pas, par exemple, de l'ordre public européen en matière de droits fondamentaux). Il nous paraît que l'ultime rempart à l'égard d'une norme fût-elle internationale réside dans le respect des droits de l'homme les plus essentiels. Et sans doute les résolutions du Conseil avaient été peu soucieuses d'accorder des garanties individuelles élémentaires mais la méthode aurait pu être moins maladroite voire dangereuse (l'exemplarité aidant…)

D'autre part, sans le lui interdire, on peut toutefois se demander si le TPICE est le plus qualifié pour constater l'existence de règles de *jus cogens*. En l'espèce, on doit certes reconnaître que certains droits fondamentaux cités par le tribunal correspondent bien à des principes coutumiers interna-

---

64 A. Cançado Trindade, *El derecho international de los derechos humanos en el siglo XXI*, Universidad nacional de la Plata – Facultad de ciencias juridicas y sociales, La Plata, 1997, 417 p.

65 Affaire *Kadi* T 315/01 ; affaire *Al Barakaat* T 306/01 – voir les analyses de Ph. Weckel (*RGDIP*, 2005, p. 957), D. Simon et F. Mariatte, *Europe*, décembre 2005, p. 6 ; J.P. Jacqué, « L'Europe des libertés », n° 19 janvier 2006, p. 2.

tionaux, obligatoires à ce titre, mais constituent-ils pour autant des règles de *jus cogens* ? D'autre part, sauf à admettre la notion de *jus cogens* régional (ce qui mériterait un autre débat), de tels principes ne présentent pas toujours une portée universelle (en tant que règle reconnue comme impérative par l'*ensemble de la Communauté internationale*). On peut être prêt à l'accepter s'agissant du droit à un tribunal (ou une procédure comparable[66]) mais il faudrait le vérifier sérieusement pour tous les griefs présentés comme tels.

Cela étant, il reste vrai que c'est surtout à propos des droits fondamentaux que le concept de *jus cogens* a réellement pris corps. Cela ne va pas sans heurt ni audace… En tout cas, pour une fois en Europe, la « révolution » n'est pas venue de la Cour européenne des droits de l'homme. Toutefois on aimerait connaître le sentiment de la Cour de Luxembourg…

Au total, la prudence et la « responsabilité » restent cependant de mise s'agissant surtout d'une notion aussi « révolutionnaire » en droit international classique. Quoi qu'il en soit, et en dépit de tous les défis que le monde d'aujourd'hui persiste à soulever, il faut constamment affirmer, avec certains juges et certaines ONG infatigables, que le droit international c'est aussi le droit des Hommes. Cette formule bien connue dont se sont inspirés aussi bien Georges Scelle, René Cassin, Max Sørensen comme René-Jean Dupuy – et à laquelle ne sera sans doute pas insensible le récipiendaire de ces Mélanges – permet de revendiquer l'autonomie au moins relative – mais sans complexe – d'un droit international enfin approprié qui à son tour influence les droits nationaux comme le droit international général. C'est en ce sens que les droits de l'homme apportent enfin à l'ensemble du droit international le fondement éthique qui lui fait gravement défaut.

---

66 Dans deux jugements du 12 juillet 2006 le TPICE a mis en évidence le droit pour les personnes sanctionnées de disposer de garanties minima, en particulier celle de disposer d'un recours effectif pour contester les décisions du Comité onusien. Comme la procédure de réclamation existante était réservée aux seuls Etats, le tribunal a alors jugé utile de consacrer le « droit à la protection diplomatique comme droit fondamental dans l'ordre communautaire », dont est titulaire tout individu ainsi visé qui se trouve sous la « juridiction » d'un Etat (Aff. *Ayadi* ; Aff. *Hassan* voir supra note 14).
Il s'agit sans doute d'une thèse « révolutonnaire » par rapport au droit international classique (V.D. Simon – Europe n° 11, novembre 2006, p. 4) puisque la protection diplomatique n'est plus seulement analysée comme un droit de l'Etat. Cela explique peut-être la résolution 1730 (2006) adoptée par le Conseil de Sécurité le 19 décembre 2006 qui aménage un droit de saisine direct au profit des requérants. Le préambule témoigne bien du souci « d'assurer que des procédures équitables et claires soient en place pour l'inscription d'individus et d'entités sur les listes des comités des sanctions et pour leur radiation de ces listes… » ainsi que pour les décisions d'exemption à des fins humanitaires. Au total, même si la procédure établie reste pour l'instant bien imparfaite et dominée par le rôle attribué à l'Etat, elle n'est pas dénuée de toute signification…

# Le double standard dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : fiction ou réalité ?

Jean-François Flauss

*Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)*
*Secrétaire général de l'Institut international des droits de l'homme*

Le spectre d'un double standard est, dans le domaine du droit européen des droits de l'homme, habituellement évoqué à propos des distorsions susceptibles d'apparaître entre les garanties offertes au titre de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et les protections assurées par le droit de l'Union européenne[1]. Pareils dédoublements du standard de protection des droits fondamentaux, relativement peu nombreux toutes proportions gardées, sont d'ailleurs appelés, en principe, à disparaître à plus ou moins brève échéance, eu égard aux prescriptions de coordination consacrées par l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne reprises et complétées par l'article II 112 du projet de traité établissant une constitution pour l'Europe[2].

La notion de double standard a également été utilisée pour caractériser la conditionnalité « droits de l'homme » renforcée opposée aux nouvelles démocraties européennes candidates à l'admission au sein du Conseil de l'Europe[3]. La même expression a pu servir pour désigner les exigences spécifiques imposées en matière de respect des droits de l'homme aux pays d'Europe centrale ou orientale candidats à l'adhésion à l'Union européenne[4].

---

1 Joël Rideau et Jean-François Renucci, *Dualité de la protection juridictionnelle européenne des droits fondamentaux: atout ou faiblesse de la sauvegarde des droits fondamentaux*, Justices, nº 6, 1997, p. 95 et s.

2 Frédéric Sudre, *Droit européen et international des droits de l'homme*, PUF, Paris, 7e édition, 2005, pp. 153-155.

3 Catherine Schneider, *Le contrôle des engagements du Conseil de l'Europe revisité par l'histoire, De quelques réflexions sur le renouvellement des procédures lié à l'élargissement aux pays d'Europe centrale et orientale* in Catherine Schneider (dir.), *Le Conseil de l'Europe, acteur de la recomposition du territoire européen, Cahier de l'espace*, 1997 (mai), nº 10, p. 135.

4 Jean-François Flauss, *Les droits fondamentaux dans les relations extérieures de l'Union européenne : Développements récents* in Helmut Bauer et Julia Iliopoulos-Strangas, *Die Neue Europäische Union / The New European Union / La Nouvelle Union Européenne*, Ant. N. Sakkoulas, Athens, Wissenschaftverlag, Berlin, 2005, pp. 59-63.

L'existence d'un double standard peut résulter des dispositions mêmes de l'instrument européen de protection des droits de l'homme. En l'occurrence, la clause dite de déconnexion constitue sans doute un moyen privilégié de démultiplication des engagements conventionnels comme en atteste de manière particulièrement topique le dispositif retenu par l'article 40(3) de la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains adoptée le 16 mai 2005[5].

Dans le cadre de la CEDH, trois hypothèses de double standard, textuellement prévues, peuvent être distinguées.

- En vertu de l'article 53 de la Convention (clause du traitement le plus favorable) les individus sont en droit de revendiquer, sur le fondement du droit interne de l'Etat ou d'un traité le liant, un standard de protection supérieur à celui garanti par la CEDH. Autant dire que ledit standard peut varier d'un Etat à l'autre. Rarement invoqué devant la Cour européenne[6], apparemment jamais appliqué par le juge européen[7], l'article 53 demeure une disposition controversée quant à sa portée[8].
- Les différences de traitement légitimes entre nationaux et étrangers en matière d'expression politique inscrites à l'article 16 de la Convention[9] constituent un second exemple de double standard. La Cour européenne

---

5 « Les Parties qui sont membres de l'Union européenne appliquent, dans leurs relations mutuelles, les règles de la Communauté et de l'Union européenne dans la mesure où il existe des règles de la Communauté ou de l'Union européenne régissant le sujet particulier concerné et applicables au cas d'espèce, sans préjudice de l'objet et du but de la présente Convention et sans préjudice de son entière application à l'égard des autres Parties ». Pour une critique de cette disposition, voir Jean-Claude Juncker, *Conseil de l'Europe – Union européenne : « Une même ambition pour le continent européen »*, rapport à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (11 avril 2006), doc. n° 10897, p. 18. Voir aussi plus généralement, Constantin P. Economides et Alexandros G. Kolliopoulos, *La clause de déconnexion en faveur du droit communautaire : une pratique critiquable, Revue générale de droit international public*, 2006, n° 2, pp. 273-302.

6 Voir toutefois les arrêts du 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c./ Irlande*, série A, n° 246-A ; 9 décembre 2006, *Leempoel et SAED Ciné Revue c./ Belgique*, n° 64772/01.

7 Outre les arrêts cités supra note 6, voir l'opinion de Jan de Meyer, *Brèves réflexions à propos de l'article 60 de la Convention européenne des droits de l'homme in Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Mélanges in l'honneur de Gérard Wiarda, Carl Heymans Verlag, Cologne, 1988, p. 125.

8 Ainsi selon Emmanuel Decaux, « Il y a [...] renvoi au système extérieur plus favorable et non incorporation au système européen qui garde ainsi son unité et sa cohérence », *Article 60* in Louis Edmond Pettiti et autres, *Convention européenne des droits de l'homme, Commentaire article par article*, Economica, 1995, p. 901. Mais le même auteur observe néanmoins que l'article 60 avait pour but premier que devant une dualité de standards, qu'elle trouve son origine dans le droit interne ou dans le droit international, la « meilleure » norme puisse prévaloir sans ambiguïté sur celle limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme.

9 « Aucune des dispositions des articles 10, 11 et 14 ne peut être considérée comme interdisant aux Hautes Parties Contractantes d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers ».

a toutefois sérieusement réduit la faculté reconnue aux Etats d'imposer aux étrangers un strict devoir de réserve politique[10]. Parallèlement, elle s'est aussi livrée à une lecture constructive de l'article 14 de la Convention destinée à rendre illégitime toute distinction fondée sur la nationalité[11]. Cette politique jurisprudentielle d'éradication des doubles standards entre nationaux et étrangers comporte malgré tout une dérogation importante, en l'espèce les différences de traitement entre ressortissants communautaires et étrangers ressortissants non communautaires[12].

- La troisième illustration de double standard d'origine textuelle, découle de l'article 56 de la Convention. En effet, la clause d'extension prévoit, au profit des Etats parties qui y recourent pour les territoires dont ils assurent les relations internationales, une application de la Convention « tenant compte des nécessités locales ». Par principe donc, le standard de protection valant pour ces territoires pourra donc être inférieur à celui devant être mis en œuvre par ailleurs sur le territoire (européen ou/et métropolitain) de l'Etat. Il est même concevable qu'il y ait autant de standards différents que de territoires auxquels la Convention aura été étendue : les nécessités locales étant susceptibles de varier de territoire à territoire. La Cour européenne a eu tendance, au fil du temps, à neutraliser le jeu de la condition « des nécessités locales » ; en d'autres termes elle a été encline à faire prévaloir l'option de l'unité du standard de protection applicable[13]. Cependant le dernier état de la jurisprudence européenne rappelle que l'article 56 de la Convention est toujours de nature à justifier un dédoublement du standard de protection[14].

Bien que marginalement débattue en doctrine, l'existence d'un double standard d'origine textuelle, est, à tout le moins implicitement admise. En

---

10 Arrêt du 27 avril 1995, *Piermont c./ France*, Série A, n° 314, Jean-François Flauss, *Liberté d'expression politique des étrangers et libertés publiques dans les territoires d'outre mer*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, n° 27, 1996, p. 364 et s.

11 Voir spécialement l'arrêt du 30 septembre 2003, *Koua Poirrez c./ France*, Actualité de la CEDH, Actualité juridique droit administratif, 2004, n° 10, p. 539.

12 Solution inaugurée par la jurisprudence *Moustaquim* (arrêt du 18 février 1991, Série A, n° 193) et confirmée depuis lors.

13 Siméon Kariagiannis, *L'« aménagement » des droits de l'homme outre-mer : la clause des « nécessités locales » de la Convention européenne*, Revue belge de droit international, 1995, pp. 224-305.

14 En ce sens, voir l'arrêt du 11 janvier 2003, *Py c./ France*, Le refus du bénéfice du droit de vote garanti par l'article 3 du protocole n° 1 opposé à une catégorie de citoyens français est légitimé par les « nécessités propres » à la Nouvelle Calédonie. En l'occurrence, la condition de résidence imposée pour l'exercice du droit de vote aux élections de l'Assemblée du territoire ne serait pas, *mutatis mutandis*, susceptible d'être retenue pour les scrutins en France métropolitaine, dans les départements d'outre mer, et même dans la plupart des autres TOM ou collectivités locales spéciales.

revanche,il en va fort différemment de celle d'un double standard qui serait consacré par la jurisprudence européenne[15]. Dans le discours qu'il a tenu le 20 janvier 2006 lors de la rentrée judiciaire de la Cour, le Président Wildhaber a très explicitement réfuté toute idée de dédoublement jurisprudentiel du standard de protection[16]. Ce point de vue pourrait d'ailleurs se réclamer de la position exprimée par l'ancienne Cour en ce qu'elle avait conclu à l'incompatibilité des inégalités de traitement entre Etats avec l'objet et le but de la Convention[17].

Il n'en demeure pas moins que l'hypothèse d'un double standard a été envisagée récemment, dans plusieurs opinions séparées, et ce à tout le moins, sous une forme interrogative[18]. Elle a de même pu être mentionnée à propos des conditions d'octroi d'une satisfaction équitable en cas de méconnaissance

---

15 De manière plus ou moins rigoureuse, l'expression « double standard » est parfois employée pour désigner (à vrai dire dénoncer) des solutions retenues ou des pratiques suivies par la Cour européenne illustratives de la parabole évangélique de la paille et de la poutre. Ainsi est-il souvent remarqué que la Cour n'hésite pas à « condamner » un Etat pour violation de la règle du délai raisonnable alors qu'elle le fait au terme d'une instance dont la durée est supérieure à celle de la procédure nationale litigieuse. Il semble d'ailleurs qu'elle ne soit pas totalement insensible au décalage susceptible d'exister entre le standard opposé aux Etats parties contractantes et le standard qu'elle s'applique, à situations comparables, à elle-même. [Voir en ce sens l'arrêt de Grande Chambre du 4 février 2005, *Mamatkulov et autres c./ Turquie* : pour conforter la référence à l'effectivité du droit de recours individuel, et pour légitimer le revirement de jurisprudence qu'elle opère en matière de protection juridictionnelle provisoire dans le contentieux européen des droits de l'homme, elle en appelle pour la première fois à… l'article 13 de la Convention. Or c'est précisément cette disposition qui avait été opposée à l'Etat défendeur (en particulier dans les espèces *Conka et autres c./ Belgique* ou *Chamaïev et autres c./ Russie*) pour lui imposer au plan national l'exigence d'une protection juridictionnelle… effective].
Voir aussi l'affaire *Scordino n° 1 c./ Italie* (arrêt de Grande Chambre du 29 mars 2005) dans laquelle le gouvernement italien faisait valoir qu'en matière de réparation du dommage moral liée à la violation de la règle du « délai raisonnable », la Cour européenne mettait à la charge des autorités nationales, constatant une telle violation, une obligation de réparation pécuniaire alors qu'elle-même se reconnaissait, en pareille hypothèse, la faculté d'admettre que le constat de violation constituait en soi une satisfaction équitable au sens de l'article 41 de la Convention. A cette critique, la Cour va répondre en renvoyant (§ 204) à sa jurisprudence antérieure (Décision du 25 novembre 2004, *Nardone c./ Italie*) en déclarant que si le dommage est minime ou inexistant, le juge national doit justifier et motiver suffisamment sa décision de ne pas octroyer de réparation pécuniaire.

16 Cour européenne des droits de l'homme, Rapport annuel, 2005, pp. 30-31. En l'espèce, Luzius Wildhaber se référait à la dualité de standard entre Etats parties contractantes.

17 Arrêt du 23 mars 1995 ; *Loizidou et autres c./ Turquie*, Série A, n° 310.

18 En ce sens voir l'opinion dissidente de M. Jean-Paul Costa dans *l'affaire Hirst (n° 2) c./ Royaume-Uni*, arrêt de Grande Chambre du 6 octobre 2005 ; l'opinion dissidente de M^me^ Françoise Tulkens dans l'affaire *Leyla Sahin c./ Turquie*, arrêt de Grande Chambre du 10 novembre 2005. Voir aussi les allusions plus discrètes dans l'opinion dissidente commune à M. Jean-Paul Costa et à plusieurs autres juges dans l'affaire *Jahn et autres c./ Allemagne*, arrêt de Grande Chambre du 30 juin 2005.

des garanties du procès équitables, selon que le constat de violation était considéré ou non comme équivalent à une satisfaction équitable suffisante[19]. C'est dire qu'il serait sans doute hasardeux de ravaler de prime abord la question du « double standard jurisprudentiel » au rang de simple épiphénomène. Certes toute différence de traitement normatif entre individus au regard du droit de la Convention est loin d'être intrinsèquement constitutive d'un dédoublement du standard de protection. Néanmoins, certaines le sont assurément. En l'occurrence tantôt le double standard est établi entre individus relevant de la juridiction d'Etats parties distincts (I), tantôt il l'est entre des individus relevant de la juridiction d'un même Etat partie (II).

## I. Double standard et différence de traitement entre individus relevant de la juridiction d'Etats parties distincts

A tort ou à raison, il a été soutenu que les Etats parties contractantes à la CEDH n'étaient pas nécessairement placés sur un pied d'égalité au regard des obligations qu'ils avaient souscrites. Ainsi les Etats ayant ratifié la Convention (ou des Protocoles) postérieurement au prononcé de l'arrêt *Belilos* ont pu, à la différence de ceux l'ayant fait antérieurement, tenir compte des exigences consacrées par la Cour européenne relativement à la validité des réserves[20]. De même il a été constaté que le contrôle exercé par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe en matière d'exécution des arrêts de la Cour européenne ne s'appliquait peut-être pas à l'identique à tous les Etats[21]. Une observation comparable a été présentée à propos de l'usage que faisait la Cour de la procédure de l'arrêt pilote[22]. Il est également arrivé que le reproche de traitement discriminatoire à l'égard d'un Etat déterminé, en l'espèce la Fédération

---

19 Jean-François Flauss, *L'évolution du contentieux de la réparation devant la Cour européenne des droits de l'homme : eldorado pour les victimes et fonds de commerce pour les conseils ?* Mélanges Jean-Pierre Sortais, Bruylant, 2002, pp. 163-165.

20 Pour davantage de précisions et pour un aperçu plus général sur les situations révélant une différence de traitement entre Etats parties devant les organes de contrôle de la Convention, voir Jean-François Flauss, *L'inégalité de traitement des Etats parties à la Convention européenne des droits de l'homme*, Gazette du Palais, 1988, n$^{os}$ 17-19, pp. 5-7.

21 Sur ce point voir Laurent Sermet, *L'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, Annuaire de droit européen*, volume I, 2003, pp. 334-335. L'auteur préconise l'unité de traitement des Etats.

22 Voir Frederik Sundberg, *Les arrêts pilotes* in Gérard Cohen-Jonathan, Jean-François Flauss, Elisabeth Lambert Abdelgawad (dir), *L'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, volume 69, Droit et Justice, Nemesis-Bruylant, 2006, p. 268.

de Russie, ait été formulé[23]. L'existence d'une différence de traitement entre Etats parties n'est pas cependant automatiquement à l'origine d'une dualité des standards applicables aux individus au regard des droits (substantiels ou processuels) qui leur sont reconnus par la Convention. Mais lorsque tel est le cas le double standard est soit fondé sur une distinction entre Etats communautaires et Etats non communautaires, soit relié à la distinction entre démocraties fragiles et démocraties consolidées[24].

## A. Le double standard lié à l'appartenance ou non de l'Etat partie à l'Union européenne

La notion de « protection équivalente » est au cœur du contrôle que la Cour européenne se reconnaît en droit d'exercer sur les actes d'exécution du droit communautaire ou/et adoptés en application d'actes édictés par des organisations internationales[25]. L'arrêt de Grande Chambre rendu le 20 juin 2005 dans l'espèce, *Bosphorus c./ Irlande* est le premier dans lequel la notion de « protection équivalente » est réellement explicité, voire systématisé[26]. En déclarant clairement qu'une « protection équivalente » n'est pas synonyme de protection identique, mais doit être comprise comme une protection comparable, la Cour européenne met fin à un débat sémantique récurrent depuis vingt-cinq ans.

---

[23] En ce sens le point de vue exprimé par le juge Kovler, dans son opinion dissidente sous l'arrêt du 12 avril 2005, *Chamaiev et douze autres c./ Géorgie et Russie*, n° 36378/02, la Cour européenne avait consacré une différence de traitement au détriment de la Russie, dès lors qu'elle admet qu'une extradition dirigée vers un pays est susceptible de constituer une violation potentielle de la Convention, éventualité qu'elle n'avait jusqu'alors jamais reconnue pour un éloignement à destination d'un Etat partie contractante. Cette opinion fait écho à l'argument développé par le gouvernement russe pour justifier son intervention dans l'affaire *KKC c./ Pays-Bas* (arrêt du 21 décembre 2001, requête n° 58964/00) concernant l'extradition vers la Russie d'un national russe d'origine tchétchène. Le caractère singulier de l'intervention de l'Etat national du requérant à l'instance était légitimé comme suit : la notion de victime potentielle ne pourrait pas être utilisée contre la Russie dès lors qu'elle ne l'est pas lorsque la mesure d'éloignement est dirigée vers un Etat partie à la CEDH.

[24] Cette distinction recouvre très largement, mais pas totalement, celle opposant les anciens Etats membres aux nouvelles démocraties d'Europe centrale et orientale.

[25] Voir notamment les arrêts de Grande Chambre du 19 février 1999 dans les affaires *Waite et Kennedy c./ Allemagne* et *Beer et Reagan c./ Allemagne* ainsi que les décisions de la Commission européenne des droits de l'homme du 10 janvier 1994, *Heinz c./ Autriche et autres*, requête n° 21090/92, DR76-B p. 125 et du 9 février 1989 *M et Co c./ République fédérale d'Allemagne*, requête n° 13258/87, DR64 p. 138.

[26] Requête n° 45036/98, voir aussi Fabienne Kauff-Gazin, *L'arrêt Bosphorus de la CEDH : quand le juge de Strasbourg décerne au système communautaire un label de protection satisfaisante des droits fondamentaux*, Les Petites Affiches, 2005, n° 234, p. 9 et s. Gérard Cohen-Jonathan et Jean-François Flauss, *Cour européenne des droits de l'homme et droit international général (2005)*, Annuaire français de droit international, 2005, pp. 682-689.

Pris à la lettre le scénario du contrôle de l'« équivalence de la protection » tel que consacré par l'arrêt *Bosphorus* n'exclut pas le risque d'une différence de traitement entre Etats communautaires et non communautaires et par voie de conséquence entre les individus relevant de leur juridiction. Il n'est en effet pas totalement inconcevable que la portée attribuée à la notion d'« insuffisance manifeste » justifiant un renversement de la présomption de « protection équivalente » n'aboutisse à un niveau de protection moins exigeant que celui imposé par le droit de la CEDH. Sans doute peut-on estimer que ce risque est plus théorique que réel. Pourtant les sept juges ayant exprimé une opinion concordante dans l'affaire *Bosphorus* se sont inquiétés de ce risque. Au demeurant, ils auraient préféré que la Cour ne renonce pas, a priori, à une vérification au cas par cas de l'équivalence de la protection. En effet, en statuant comme elle le fait, elle tend à consentir : « tacitement au remplacement, dans le domaine du droit communautaire, du standard conventionnel, mais son équivalence avec celui-ci ne ferait alors plus l'objet d'un contrôle autorisé »[27]. C'est dire que la Cour aurait sans doute dû fournir de plus amples explications dès lors qu'elle n'entendait pas transformer le critère retenu en étape majeure de l'établissement d'un double standard. De la sorte, elle aurait en effet « évité de donner l'impression que les Etats membres de la Communauté européenne sont soumis à un système différent et plus indulgent en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales garantis par la Convention »[28].

En n'éloignant pas de manière suffisamment explicite le spectre du double standard, la Cour européenne ne contribue pas à renforcer la portée des dispositifs de coordination normative retenus par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 52) et par le projet de traité établissant une Constitution pour l'Europe (article II 112) destinés à prévenir le risque d'une protection communautaire inférieure à la protection conventionnelle. En fin de compte, c'est le recours même à la notion de « protection équivalente » qui pourrait s'avérer pernicieux pour autant qu'il serait de nature à réserver un traitement privilégié de l'Union européenne au détriment de l'ensemble des Etats parties à la Convention. En effet, ces derniers « n'assurent-ils pas eux aussi, le plus souvent, une protection équivalente au standard de protection garanti par la CEDH, ce qui ne les empêche nullement d'être condamnés à Strasbourg »[29].

---

27 Opinion concordante des juges Rozakis et autres.

28 Opinion concordante de Georg Ress : A l'instar du juge allemand, il convient d'admettre que l'« insuffisance » manifeste serait constituée « si en tranchant la question principale dans une affaire, la Cour de justice des Communautés européenne s'écartait de l'interprétation et de l'application de la Convention ou des protocoles qui ont déjà fait l'objet d'‹ une jurisprudence bien établie de la Cour européenne des droits de l'homme › ».

29 Opinion concordante des juges Rozakis et autres, précitée.

## B. Le double standard lié à la distinction entre démocraties fragiles et démocraties consolidées[30]

Lors de leur admission au Conseil de l'Europe, les Etats d'Europe centrale et orientale ont, à l'évidence, étaient soumis à des exigences de protection des droits de l'homme qui n'avaient pas, par le passé, été imposées aux Etats d'Europe occidentale[31]. Toutefois une fois devenus membres, plusieurs de ces Etats ont profité de la mansuétude de l'organisation puisqu'ils ont pu continuer à pratiquer un standard de protection des droits de l'homme ne répondant qu'imparfaitement à celui officiellement opposable à l'ensemble des Etats membres. Les interrogations relatives au double standard connaîtront naturellement un regain d'actualité avec l'adhésion des pays d'Europe centrale et orientale à la CEDH et avec le développement d'un contentieux dirigé contre eux. Elles alimenteront une controverse doctrinale qui est loin d'être close, eu égard aux enseignements découlant de la jurisprudence de la Cour.

1° La crainte de voir la Cour de Strasbourg admettre, plus ou moins subrepticement, la soumission des nouvelles démocraties européennes à un standard de protection qui ne serait somme toute que de seconde classe a été assez souvent formulée au cours des années quatre-vingt-dix. C'est ainsi que par exemple qu'un fin connaisseur du droit européen des droits de l'homme a pu écrire : « Le Conseil de l'Europe composé de quarante Etats s'est transformé de ‹ club des démocraties › en ‹ centre d'apprentissage › de la démocratie et il est clair que les nouveaux Etats membres sont incapables de respecter l'engagement fondamental inscrit dans l'article 3 du statut du Conseil. L'abaissement des standards du Conseil de l'Europe est manifeste et la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme par les nouveaux Etats semble relever de l'alibi, transformant le standard minimum exigeant en une lointaine ligne d'horizon »[32].

Plus récemment, à la lumière des premiers contentieux rendus contre des pays d'Europe centrale et orientale, une partie de la doctrine a eu tendance à considérer que le risque du double standard relevait de l'ordre du fantasme, ou qu'à tout le moins les craintes d'un nivellement par le bas étaient

---

30 Nous empruntons ces deux expressions au juge Tulkens, opinion dissidente sous l'arrêt de Grande Chambre du 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c./ Turquie*, requête n° 44774/98.

31 Pour plus de précisions, voir Jean-François Flauss, *Les conditions d'admission des pays d'Europe centrale et orientale au sein du Conseil de l'Europe*, Journal européen de droit international, volume 5, 1994, n° 3, pp. 401-422. Florence Benoit-Rohmer et Heinrich Klebes, *Le droit du Conseil de l'Europe*, Editions du Conseil de l'Europe, 2005, p. 133 (les co-auteurs évoquent deux poids et deux mesures).

32 Frédéric Sudre, *La Communauté européenne et les droits fondamentaux après le traité d'Amsterdam : vers un nouveau système européen de protection des droits de l'homme*, Semaine juridique, 1998 I 100.

exagérées[33]. « Il faut, dès l'abord, souligner que les craintes d'un abaissement ou d'une différenciation des standards en matière de protection des droits de l'homme de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg du fait de l'adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme d'Etats nouvellement acquis à la démocratie n'ont pas lieu d'être. Au contraire, la Cour a fait en sorte que les exigences en matière de droits de l'homme soient les mêmes tant pour les PECO que pour les démocraties occidentales. Elle n'a fait aucune concession qui permettrait d'affirmer l'existence d'un double standard jurisprudentiel. Tout au plus a-t-elle su, lorsque les circonstances le justifiaient, adapter sa jurisprudence au contexte propre aux nouveaux Etats membres, mais sans jamais affaiblir les standards de protection des droits de l'homme. Elle a d'ailleurs systématiquement fait référence aux principes traditionnels de sa jurisprudence dans les multiples décisions qu'elle a prises concernant les PECO, montrant par là sa volonté de ne pas les traiter différemment et de maintenir à leur égard l'acquis conventionnel »[34].

Partant l'homogénéité du standard de protection applicable au titre de la CEDH serait donc sauvegardée, sous réserve cependant d'exceptions restrictivement tolérées, fondées sur la prise en compte de la transition démocratique[35]. Le contentieux dirigé contre les pays d'Europe centrale et orientale a même été, à l'occasion, considéré comme illustratif d'un renforcement des exigences européennes[36], voire comme assujettissant lesdits pays à des obligations supérieures à celles opposées à d'anciens Etats membres de la Convention[37]. Cette dernière assertion repose néanmoins, semble-t-il, sur une appréciation tronquée. En effet le standard plus élevé imposé aux nouvelles démocraties s'inscrit dans l'évolution d'ensemble de la Cour européenne : il devient donc également opposable à tous les Etats membres sans considération d'ancienneté.

---

33 Patrick Titiun, *La Cour européenne des droits de l'homme et les pays d'Europe centrale et orientale : premières affaires*, Mélanges en hommage à Pierre Lambert, *Les droits de l'homme à l'aube du troisième millénaire*, Bruylant, 2000, p. 877.

34 Florence Benoit-Rohmer, *Le particularisme du contentieux concernant les pays d'Europe centrale et orientale*, L'Europe des Libertés, n° 9, 2002, pp. 12-13.

35 Florence Jacquemot, *Le standard européen de société démocratique*, Thèse ronéo, Université de Montpellier I, 2005, p. 312.

36 En ce sens, Florence Jacquemot, *Le standard européen de société démocratique*, Thèse ronéo, Université de Montpellier I, 2005, p. 312, précité note 35.

37 Voir les opinions dissidentes des juges Levits et Bonello, sous l'arrêt du 17 juin 2004, *Zdanako c./ Lettonie*, à propos du contrôle exercé par la Cour sur les mesures de déchéance des droits politiques édictées par une nouvelle démocratie européenne à l'encontre d'une collaboratrice active de l'ancien régime communiste. Les deux juges critiquaient le traitement discriminatoire pratiqué par la Cour. Selon eux, la Cour se montrerait davantage protectrice des droits des anciens collaborateurs du régime communiste (dix ans après les faits reprochés) qu'elle ne l'a été (quarante ans après les faits reprochés) des droits des anciens collaborateurs du régime national socialiste ou de régimes qui étaient liés avec lui.

2° De prime abord la thèse de la sauvegarde de l'unité du standard de protection peut se réclamer de la politique jurisprudentielle suivie par la Cour de Strasbourg. En effet « en apparence, la Cour européenne des droits de l'homme s'est évertuée à sauvegarder le principe d'unité des standards de protection garantis par la CEDH. Aucune distinction n'est formellement établie entre les anciens Etats parties et les nouvelles démocraties : il n'existe pas apparemment de double standard jurisprudentiel »[38].

La Cour, elle-même, n'a pas clairement signifié qu'elle n'entendait pas admettre deux poids et deux mesures. En l'occurrence, elle a statué de la sorte dans le contentieux de la réparation : elle a refusé de considérer que les difficultés financières de certains Etats étaient de nature à justifier un standard de protection moindre au profit des victimes[39] tout en admettant (application de la justice distributrice) que le montant des compensations allouées au titre de l'article 41 de la Convention soit modulé en fonction du niveau de vie de l'Etat défendeur[40]. A titre principal, les dérogations apportées au principe de l'homogénéité du standard de protection doivent être reliées aux variations de l'intensité du contrôle exercé par la Cour européenne sur la marge nationale d'appréciation. Plus précisément, la Cour est amenée à tenir compte de l'histoire particulière ou des spécificités propres de certains pays pour admettre plus largement l'ingérence des autorités nationales dans l'exercice des droits garantis par la Convention[41]. Partant le brevet de conventionnalité décerné à la mise en veilleuse de la liberté d'expression politique des forces de l'ordre en Hongrie a pu être compris comme annonciateur d'un standard spécifique aux pays ex-communistes[42]. De même, la légitimation de l'interdiction du voile islamique dans les établissements publics d'enseignement en Turquie a pu être considérée comme constitutive d'un dédoublement du standard de protection assuré par l'article 9 de la Convention en matière de port de signes religieux par les usagers des services publics, dès lors que ce standard ne vaudrait que pour la Turquie et le cas échéant pour un ou deux autres Etats parties[43].

En s'appuyant sur le contexte de la réunification allemande (qualifié d'unique) comme une grosse éponge pour effacer l'inconventionnalité d'une

---

38 Jean-François Flauss, *Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ?*, Le Dalloz, 2003, n° 25, p. 1632, note 2.

39 Voir par exemple l'arrêt du 7 mai 2002, *Burdov c./ Russie*, requête n° 59498/00.

40 Voir entre autres les arrêts du 9 avril 2002, *Podkolzina c./ Lettonie*, requête n° 46726/99, § 51 ; 24 mai 2005, *Tryakioglu c./ Turquie*, requête n° 45436/99, § 22.

41 Jean-François Flauss, *L'histoire dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, n° 65, 2006, spec. p. 8 et s.

42 Arrêt de Grande Chambre du 20 mai 1999, *Rekvényi c./ Hongrie*, requête n° 23390/94.

43 En ce sens la position apparemment défendue par le juge Tulkens dans son opinion dissidente sous l'arrêt de Grande Chambre du 10 novembre 2005, *Leyla Sahin c./ Turquie*.

privation de propriété à grande échelle opérée sans indemnisation aucune, la Cour européenne a consacré dans l'affaire *Jahn et autres c./ Allemagne*[44] une solution de nature à faire resurgir le spectre du double standard dans le contentieux des atteintes aux biens[45]. Dans le dernier état de la jurisprudence européenne, en l'espèce l'arrêt de Grande Chambre *Zdanako c./ Lettonie* rendu le 16 mars 2006, la menace est d'ailleurs devenue réalité. En effet pour légitimer au regard de l'article 3 du protocole n° 1, le bien-fondé de la mesure d'inéligibilité frappant la requérante, la Cour européenne retient la motivation suivante : « Si pareille restriction ne peut guère être admise dans le contexte d'un système politique donné, tel que celui par exemple d'un pays qui est doté d'un cadre établi d'institutions démocratiques depuis des dizaines d'années ou plusieurs siècles, elle peut être jugée acceptable en Lettonie, compte-tenu du contexte historico-politique ayant conduit à son adoption et de la menace que représente pour le nouvel ordre démocratique la résurgence d'idées qui risqueraient de conduire à la restauration d'un régime totalitaire si on les laissait gagner du terrain »[46].

Si de la sorte la Cour européenne déroge apparemment à son credo de l'unité du standard de protection, elle relativise néanmoins la portée de son revirement. Le dédoublement du standard de protection est nécessairement temporaire : les autorités lettones sont en effet invitées, sous le contrôle de la Cour, à mettre fin à la mesure restrictive litigieuse à bref délai.

## II. Double standard et différence de traitement entre individus relevant de la juridiction d'un même Etat

Dès lors que la clause d'extension de l'article 56[47] n'est pas susceptible d'entrer en jeu, la jurisprudence européenne exige une application uniforme de la Convention à l'ensemble du territoire de l'Etat partie. Le rappel solennel auquel la Grande Chambre a procédé le 8 avril 2004 dans l'affaire *Assanidzé c./ Géorgie* est dépourvu de toute ambiguïté. Selon la Cour, la présomption d'applicabilité de la CEDH à la totalité des composantes territoriales d'un Etat contractant est fondée sur des considérations de politique juridique, à savoir

---

44 Arrêt de Grande Chambre du 30 juin 2005, requêtes nos 46720/99, 72203/01, 72552/01.

45 Ou à tout le moins créant un risque de contradiction avec sa jurisprudence antérieure (à cet égard voir l'opinion dissidente commune au juge COSTA et autres).

46 § 133 de l'arrêt. Pour plus de détails, voir *Actualité de la CEDH*, Actualité juridique droit administratif, 2006, n° 31, p. 1719.

47 Voir supra p. 137.

la nécessité de maintenir l'égalité entre Etats parties et le besoin d'assurer l'effectivité de la Convention[48].

Pour autant les situations de dédoublement du standard de protection ne sont pas absentes de la jurisprudence de la Cour. Ainsi l'option juridictionnelle adoptée récemment relativement au traitement des requêtes révélant une violation « structurelle » ou « systématique » de la Convention, c'est-à-dire en l'occurrence à la procédure de l'« arrêt pilote », est de nature à engendrer une inégalité de traitement entre les victimes qui ne bénéficient pas du même standard de protection sur le terrain du droit à réparation. De même, il est concevable de conclure, avec il est vrai peut-être davantage de circonspection, à l'existence de doubles standards dans les contentieux comportant un élément d'extranéité.

## A. Double standard et procédure de l'« arrêt pilote »

La politique de rapatriement du contentieux du délai raisonnable, engagée par la Cour européenne après l'entrée en vigueur en Italie de la loi Pinto, a eu pour conséquence de priver les victimes d'une part substantielle de l'indemnité à laquelle elles auraient pu prétendre si leur requête avait été traitée par le Cour elle-même. Les directives adoptées par la Grande Chambre le 29 mars 2006 dans l'affaire *Scordino c./Italie* (n° 1)[49] devraient, en principe, amener les juridictions italiennes à retenir un standard indemnitaire équivalent à celui pratiqué par la Cour. Toutefois, la Cour n'exige pas que les compensations allouées pour dépassement du délai raisonnable par les juridictions nationales soient exactement identiques à celles qu'elle aurait attribuées si elle avait eu à statuer sur le litige[50].

Un tel scénario devient encore plus visible dans l'hypothèse d'un recours par la Cour à la procédure de l'« arrêt pilote »[51]. En pareille éventua-

---

48 « Si la présomption tombait la Convention pourrait s'appliquer de manière sélective à des parties du territoire de certains Etats parties seulement, vidant ainsi de son contenu le postulat de la protection effective des droits de l'homme qui sous-entend l'ensemble de la Convention et permettrait par là même une discrimination entre Etats parties, c'est-à-dire entre ceux qui acceptent l'application de la Convention à la totalité de leur territoire et ceux qui ne l'acceptent pas » (§ 142 de l'arrêt).

49 Voir aussi Jean-François Flauss, *Les recours internes destinés à garantir le respect ou la sanction de la règle du délai raisonnable consacré par l'article 6(1) de la Convention européenne des droits de l'homme* in Gérard Cohen-Jonathan, Jean-François Flauss, Elisabeth Lambert-Abdel-Gawad, *De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, Droit et Justice, Nemesis-Bruylant, 2006, p. 119.

50 Décision du 15 mars 2005, *Bakoc c./ Slovaquie*, requête n° 60227/00. Décision du 8 septembre 2006, *Kalayzic c./ Croatie*, requête n° 15382/04.

51 Sur cette procédure, voir Georg Ress, *Les arrêts pilotes de la Cour européenne des droits de l'homme* in Gérard Cohen-Jonathan, Jean-François Flauss, Elisabeth Lambert-Abdel-Gawad,

lité les requérants renvoyés devant les autorités nationales subissent en effet une double frustration. Non seulement leur requête sera traitée avec un certain retard, mais surtout la procédure nationale d'indemnisation qui leur sera ouverte ne leur garantira pas forcément, et même assurément au vu des premières applications de la technique de l'« arrêt pilote », une réparation équivalente à celle obtenue par le requérant bénéficiant de l'« arrêt pilote ». Le risque évoqué s'avère cependant moins certain lorsque la Cour européenne réservera la question de l'indemnisation (à tout le moins partiellement) et qu'elle la règlera à la lumière de toute mesure à caractère individuel ou général que le gouvernement pourrait prendre en exécution de l'arrêt pilote[52].

En revanche, la différence de standard apparaît de manière manifeste dans le cadre de l'affaire *Xenides-Arestis*[53]. En effet dans l'arrêt de satisfaction équitable rendu le 7 décembre 2006, la requérante se voit allouer les sommes de 800 000 euros au titre du dommage matériel. Or, il n'est nullement acquis que les victimes chypriotes ayant subi des préjudices comparables à ceux de la requérante bénéficieront du même standard de protection. La Cour européenne constate certes que le nouveau mécanisme d'indemnisation et de restitution mis en place par les autorités de chypre Nord, tient compte, en principe des prescriptions qu'elle avait énoncées dans sa décision sur la recevabilité en date du 14 mars 2005 et dans son arrêt au fond le 22 décembre 2005. Néanmoins, la Cour européenne se contente d'établir une présomption. A cette fin, elle tire argument, entre autres, de la présence au sein de la Commission d'indemnisation et de restitution de deux éminents membres étrangers (un ancien Secrétaire général du Conseil de l'Europe et un ancien Secrétaire général adjoint). Par contre, elle ne s'appuie aucunement sur la pratique de ladite Commission : il est vrai que celle-ci n'est devenue opérationnelle qu'au moment où la Cour statuait. La Cour européenne semble d'ailleurs admettre implicitement, mais nécessairement, l'éventualité d'un dédoublement du standard de réparation en cas de recours à la procédure de l'arrêt pilote. Tel est du moins l'enseignement susceptible d'être dégagé de la « décision d'irrecevabilité pilote » adoptée le 12 janvier 2006 dans l'espèce

---

*De l'effectivité des recours internes dans l'application de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit. p. 277. Frederik Sundberg, *L'effectivité des recours internes suite à des arrêts pilotes*, ibidem, p. 259.

52 Sur ce cas de figure, voir l'arrêt de Grande Chambre du 19 juin 2006, *Hutten-Czapska c./ Pologne*, requête nº 35014/97, § 247. Par comparaison, la solution retenue dans l'affaire *Broniowski c./ Pologne* (arrêt de Grande Chambre du 28 septembre 2005 – règlement amiable) est moins éloquente dès lors que le détail chiffré des sommes attribuées au titre des différents dommages n'est pas précisé. Toujours est-il que M. Broniowski profitera, en état de cause, d'un avantage qui ne sera pas accordé à toutes les victimes qui seront indemnisées en application des modalités d'indemnisation définies par la loi adoptée aux fins d'exécution de l'arrêt Broniowski au principal : en effet l'indemnisation partielle déjà perçue par les ascendants de M. Broniowski ne sera pas décomptée, alors qu'une telle déduction sera opposée aux autres victimes.

53 Requête nº 46347/99.

*Icyer c./ Turquie*[54]. Au requérant qui invoquait une violation de l'article 1 du protocole nº 1 à raison du refus d'accès à ses biens qui lui avait été imposé par les autorités turques[55], la Cour européenne oppose une fin de non recevoir au fond tirée de l'existence en droit turc d'une législation d'indemnisation adoptée par la Turquie en exécution de l'arrêt pilote *Dogan et autres* du 29 juin 2004. Selon la Cour, le mécanisme d'indemnisation offert au requérant au plan interne répond aux principes directeurs énoncés dans l'affaire *Dogan*. En réalité, la Cour tire surtout argument de la pratique suivie par les Commissions d'indemnisation créées[56]: au vu des décisions produites par le gouvernement turc, elle estime que la pratique indemnitaire suivie n'apparaît pas comme délibérément et systématiquement restrictive au détriment des victimes. Elle considère également comme non décisive la circonstance que la législation d'indemnisation n'envisage pas explicitement la réparation au dommage moral dès lors que ladite législation «semble ouvrir la voie à la possibilité de solliciter la réparation d'un préjudice moral devant les juridictions administratives»[57].

## B. Double standard et contentieux comportant un élément d'extranéité

Par contentieux comportant un élément d'extranéité, il convient d'entendre d'une part les contentieux portant sur les actes d'Etats parties à la Convention produisant des effets dans des Etats tiers, d'autre part les contentieux relatifs à la réception par des Etats parties d'actes émanant d'Etats tiers. Or chacun de ces deux types de contentieux révèle des situations illustratives d'un dédoublement du standard de protection.

### *1º Double standard et mesures d'éloignement du territoire national*

Pour une personne visée par une décision d'éloignement (expulsion ou extradition), le standard de protection invocable au titre de l'article 3 de la

---

54 Requête nº 18888/02. En l'espèce, la décision d'irrecevabilité permet à la Cour de soustraire de son rôle 800 requêtes déjà introduites et de prévenir l'afflux de plusieurs milliers de requêtes potentielles.

55 Dans le contexte de la politique de «sécurisation» menée dans l'est du pays à l'encontre des groupes armés kurdes.

56 En l'occurrence elle constate que les personnes ayant subi un préjudice en raison d'une décision de refus d'accès ou d'un dommage à leurs biens, d'un décès ou d'un dommage corporel parviennent à obtenir réparation au moyen d'un recours offert par la loi d'indemnisation.

57 § 81 de la décision *Icyer*, précitée.

Convention n'est pas apparemment le même selon le pays de destination. Plus précisément, l'intensité du contrôle exercé par la Cour sur la réalité du risque de violation de la Convention n'est pas identique dans les deux cas de figure. Il serait donc tentant de considérer que la Cour se montre plus exigeante lorsque l'éloignement est envisagé vers un pays tiers à la Convention, dès lors que le requérant ne bénéficiera pas de la protection que lui assure l'article 34 de la Convention de sauvegarde, c'est à dire le droit de recours individuel.

Il n'est donc pas étonnant que la Cour européenne donne l'impression de consacrer, de facto, une présomption d'absence de risques contraires à l'article 3 de la Convention en cas d'éloignement vers un Etat membre de la Convention. C'est d'ailleurs de la sorte que doit être comprise la solution retenue dans l'affaire *Conka et autres c./ Belgique*[58]. Pareille orientation est également présentée dans la pratique de la Cour relative à l'indication de mesures provisoires[59] comme en atteste, par exemple, la position arrêtée par la Cour dans l'espèce *Chamaïev et autres c./ Géorgie et Russie*[60]: en l'espèce la levée des mesures provisoires indiquées à la Géorgie est pour partie justifiée par le fait que les requérants extradés vers la Russie pouvaient agir contre ce pays au moyen du droit de recours individuel. Il est cependant concevable de faire valoir en sens opposé que la Cour et précédemment la Commission ont été amenées à accorder le bénéfice de mesures provisoires alors même que l'éloignement de l'étranger était décidé à destination d'un Etat partie à la Convention[61].

D'ailleurs une partie de la doctrine a toujours eu tendance à estimer que la différence de traitement établie par les organes de Strasbourg selon que l'éloignement se faisait à destination d'un Etat partie à la Convention ou au contraire d'un Etat tiers, devait céder le pas, non seulement lorsque

---

58 Arrêt du 5 février 2002, requête n° 51564/99.

59 Pour une opinion similaire, voir Yves Haeck et Clara Burbanu Herrera, *Interim Measures in the case law of the European Court of Human Rights*, Netherlands Quartely of Human Rights, vol. 21, 2003, p. 646. Les deux auteurs invoquent notamment à l'appui de leur thèse les affaires *Gomez Gorothategui c./ France*, requête n° 48132/99 et *Mondragova Zubala c./ France*, requête n° 48133/99. Décisions de la Cour européenne des droits de l'homme du 18 mai 1999. Note d'information sur la jurisprudence de la Cour, n° 6, p. 21.

60 Requête n° 36378/02. Note d'information de la Cour européenne des droits de l'homme, n° 47, novembre 2002, p. 42.

61 Voir l'affaire *Aleyeli c./ Suède*, requête n° 34263/00, éloignement vers l'Autriche ; affaire *Aucisoy c./ Royaume-Uni*, requête n° 49277/99, éloignement vers la Turquie ; affaire *Incedursum c./ Royaume-Uni*, requête n° 33124/96, éloignement vers la Turquie ; affaire *A.G. c./ Suède*, requête n° 31675/96, éloignement vers la Turquie ; affaire *Urrutikoeixca c./ France*, requête n° 31113/96, éloignement vers l'Espagne. Dans la majorité des cas précités, le pays d'accueil était la Turquie, c'est-à-dire un Etat membre de la Convention qui, eu égard au nombre et à la gravité des « condamnations » subies à Strasbourg, ne peut revendiquer la qualité de pays « particulièrement sûr » en matière de respect des droits de l'homme.

l'Etat d'accueil avait recouru au régime de dérogation de l'article 15 de la Convention[62] mais plus généralement lorsque les circonstances liées au cas d'espèce militaient en faveur de l'octroi de mesures provisoires, et indépendamment d'une situation d'ensemble satisfaisante dans le pays de destination du point de vue de la protection des droits de l'homme[63].

Au regard de la garantie du droit à un procès équitable consacrée par l'article 6(1) de la Convention, le standard de protection invocable est différent selon que la personne sujette à une mesure d'éloignement est renvoyée dans un Etat partie ou un Etat tiers. Dans la première hypothèse, elle bénéficiera pleinement des garanties au procès équitable, telles que celles-ci sont opposables à toute Etat membre. Dans la seconde en revanche, elle ne profitera que d'un standard amoindri dans la mesure où la Cour européenne n'exerce qu'un contrôle atténué sur les garanties offertes à la personne éloignée. Certes la Cour admet, en matière pénale, de prendre en considération le risque de déni de justice mais encore convient-il que ce dernier soit qualifiable de flagrant[64]. Qui plus est la Cour européenne se montre plutôt fort exigeante sur le terrain de l'admission de la preuve du caractère flagrant dudit déni de justice[65]. A la limite même, l'attitude jusqu'à présent retenue par la Cour, amène à douter de la valeur opératoire de la notion de déni de justice flagrant : ne s'agirait-il pas en définitive d'une exigence destinée à masquer un contrôle purement symbolique ?[66]

En matière civile, la Cour européenne exerce également un contrôle du déni de justice flagrant auquel la personne éloignée pourrait être confrontée par suite de son assujettissement, dans le pays de destination, à des juridictions offrant un standard de protection s'éloignant sensiblement de celui applicable, *mutatis mutandis*, dans un Etat partie. Tel est du moins l'enseignement découlant de la décision adoptée le 6 décembre 2005, dans une espèce *Eskinazi et Chelouche c./ Turquie*[67], à propos d'un contentieux portant sur la

---

62 F. Ermacora, *Problems about the European Convention on Human Rights in Asylum Case*, in Rik Lawson, M. De Blois (dir.), *The Dynamics of the Protection of Human Rights in Europe*, Essays in Honour of Henry G. Schermers, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1994, vol. III, p. 116.

63 Voir Rudolf Bernhardt, *Interim Measures of Protection under the European Convention on Human Rights*, in Rudolf Bernhardt (dir.), *Interim Measures indicated by International Courts*, Springer Verlag, Berlin, 1994, p. 96.

64 Pour un rappel récent, voir l'arrêt du 10 août 2006, *Oleachea Cahuas c./ Espagne*, requête n° 24668/03.

65 En ce sens voir les deux arrêts rendus dans l'affaire *Mamatkulov et autres c./ Turquie* (arrêt de Chambre du 6 février 2003, requête n° 46827/99 et 46951/99 et arrêt de Grande Chambre du 4 février 2005).

66 Voir plus généralement, Jean-François Flauss, *Actualité de la CEDH*, Actualité juridique droit administratif, 2003, n° 12, p. 605 et 2005, n° 34, p. 1892.

67 Requête n° 14600/05.

compatibilité avec l'article 6(1) de la Convention d'une mesure ordonnant le retour de l'enfant déplacé illicitement au sens de l'article 20 de la Convention de La Haye de 1980. Le grief de violation des garanties du procès équitable avait été invoqué au motif que les juridictions habilitées à connaître de la situation personnelle de l'enfant, dans le pays de destination (Israël) étaient des tribunaux religieux, en l'occurrence rabbiniques, considérés par la requérante comme ne répondant pas, au minimum, au principe d'impartialité. Dans cette affaire, la Cour européenne donne l'impression de se montrer plus exigeante que dans le contentieux de l'éloignement des étrangers[68]. Mais pour autant il ne semble pas que le standard de protection requis dans le pays de destination (tiers par rapport à la Convention) soit strictement équivalent à celui retenu dans les contentieux ne comportant aucun élément d'extranéité.

### 2º *Double standard et exequatur des jugements étrangers*

Appelée à connaître du point de savoir si l'exequatur (ou la reconnaissance) d'un jugement étranger était tributaire du respect des exigences du procès équitable par l'Etat d'origine du jugement, l'ancienne Cour s'était prononcée en faveur d'un contrôle atténué, circonscrit au contrôle du déni de justice flagrant[69]. Cette option semblait avoir été abandonnée par la nouvelle Cour à propos d'un contentieux afférent à l'octroi de l'exequatur à un jugement du tribunal de la Rote par les juridictions italiennes[70]. En renonçant apparemment à l'exercice d'un contrôle « atténué » et lui substituant un contrôle « normal », la Cour européenne abandonnait la différence de standard procédural précédemment appliquée[71].

Le revirement de jurisprudence prêté à la Cour a d'ailleurs contribué à alimenter la méfiance entretenue par une importante partie de la doctrine de droit international privé à l'égard du droit de la Convention : face au danger que représenterait pour le droit international privé l'option du standard européen, plusieurs auteurs préconisent une différenciation des standards applicables au titre de la Convention européenne des droits de l'homme selon

---

68 Gérard Cohen-Jonathan et Jean-François Flauss, *Cour européenne des droits de l'homme et droit international général* (2005), Annuaire français de droit international, 2005, p. 678.

69 Arrêt du 26 juin 1992, *Drodz et Janousek c./ Espagne et France*, série A, nº 240. Gérard Cohen-Jonathan et Jean-François Flauss, *Convention européenne des droits de l'homme et exécution des condamnations pénales prononcées à l'étranger*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1994, p. 87.

70 Arrêt du 20 juillet 2001, *Pellegrini c./ Italie*, requête nº 30882/96. Louis-Léon Christians, *note*, Revue critique de droit international privé, 2004, p. 106 et s. Jean-Paul Costa, *note*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 2002, p. 463.

71 Selon que le jugement comportait ou non un élément d'extranéité. Mais au sein de la catégorie des jugements étrangers, il conviendra de distinguer entre ceux provenant d'un Etat partie à la Convention et ceux originaires d'un Etat tiers.

que la situation litigieuse est de pur droit interne ou au contraire comporte un élément d'extranéité[72]. L'interprétation favorable à l'abandon du contrôle atténué sur les procédures d'exequatur reposerait cependant sur une erreur d'appréciation[73]. En réalité, comme la Cour l'aurait confirmé ultérieurement[74], le contrôle des jugements d'exequatur serait demeuré un contrôle restreint, limité au déni de justice flagrant[75].

Cette controverse relative à l'existence au non, dans la jurisprudence européenne d'un double standard relativement au contrôle exercé par la Cour européenne, au regard des exigences du procès équitable sur les procédures d'exequatur doit également être envisagée à l'aune du règlement Bruxelles II[76]. En effet, dans le mesure où ce règlement limite sérieusement le contrôle du juge de l'exequatur sur les jugements civils émanant d'Etats membres de l'Union européenne, ne conviendrait-il pas de considérer que l'écart de standard applicable sera plus notable entre les jugements émanant d'Etats parties à la Convention, selon qu'ils seraient ou non membres de l'Union européenne, qu'entre les jugements des Etats membres de l'Union et les jugements des Etats tiers à la Convention européenne des droits de l'homme ?

***

La mesure de l'ampleur du dédoublement des standards de protection dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est certes fondamentalement tributaire de la signification prêtée à la notion de double

---

72 En ce sens voir par exemple, Marie-Claude Najm, *Principes directeurs de droit international privé et conflits de civilisation*, Dalloz, 2005, p. 517 et s.

73 Lié à la rédaction de l'arrêt *Pellegrini*. Laurence Spinopoli, *Droit au procès équitable et exequatur, Strasbourg sonne les cloches à Rome (à propos de l'arrêt Pellegrini du 20 juillet 2001)*, Gazette du Palais, 21-23 juillet 2002, p. 2.

74 Décision du 15 janvier 2004, *Lindberg c./ Suède*, requête n° 48198/99. Cette décision est présentée comme une décision correctrice de l'arrêt *Pellegrini* (Fabien Marchadier, *Les objectifs du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, Thèse ronéo, Université de Limoges, 2005, p. 416 et s.).

75 En ce sens, Fabien Marchadier, *Les objectifs du droit international privé à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 453, notes 1818 et 1819. L'auteur estime que le standard d'exigences procédurales est le même que le jugement provienne d'un Etat tiers ou d'un Etat membre. Mais son propos est loin d'être péremptoire (n° 1817). A vrai dire, la Cour ne se prononce pas en l'espèce sur la question, dès lors que les deux Etats en cause, l'Etat d'origine du jugement et l'Etat du jugement d'exequatur, sont deux parties à la CEDH… Elle se satisfait, *in casu*, du contrôle exercé (par le juge de l'exequatur) par rapport à l'ordre public suédois.

76 Voir Jean-François Flauss, *L'exequatur des jugements étrangers devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit, Collection Comparativa, n° 73, Librairie Droz, Genève, 2002, spéc. pp. 84-86.

standard. Mais en toute hypothèse, il semble que les atteintes ou les atténuations à l'axiome de l'unicité du standard de protection ne peuvent plus être ravalées au rang d'arlésienne.

L'influence croissante sur le Cour de Strasbourg de la jurisprudence des deux cours suprêmes américaine et canadienne[77] est au demeurant de nature à susciter, voire à légitimer, l'admission de nouveaux dédoublements du standard de protection au sein du droit de la Convention. Jusqu'à présent la Cour européenne s'est refusée à entériner formellement l'existence d'obligations positives de « discrimination positive » à charge des Etats parties contractantes. En revanche, elle a été amenée à admettre au regard de l'article 14 de la Convention, la conventionnalité de traitements préférentiels liés à des politiques ou pratiques d'« action positive ». Pour ce faire, la Cour européenne a tiré argument de la marge d'appréciation de l'Etat[78]. Le recours à l'option du double standard serait encore plus patent, et surtout plus pérenne, si la juridiction de Strasbourg s'avisait de souscrire à la notion de « l'accommodement raisonnable »[79] très en vogue outre Atlantique, en particulier en droit canadien, aux fins de protection des droits des minorités religieuses ou/et linguistiques[80]. L'arrêt *Thlimmenos* du 6 août 2004[81] a d'ailleurs pu être considéré comme créant un terreau propice à l'intégration de cette notion dans le droit de la Convention[82].

---

77 Jean-François Flauss, *La présence de la jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis d'Amérique dans le contentieux européen des droits de l'homme*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, n° 62, 2005, pp. 313-331.

78 Pour une illustration récente voir l'arrêt de Grande Chambre du 12 avril 2006, *Stec et autres c./ Royaume-Uni*, requêtes n° 65900/01 et 65731/01.

79 Pour une définition de cette notion, voir Julie Ringelheim, *Diversité culturelle et droits de l'homme, L'émergence de la problématique des minorités dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2006, p. 326.

80 José Woehrling, *L'obligation d'accommodement raisonnable et l'adaptation de la société à la diversité religieuse*, Revue de droit de Mc Gill, volume 43, 1998, pp. 325-401.

81 Recueil des arrêts et décisions, 2000 IV, p. 307 et s.

82 En ce sens, Olivier De Schutter, *Reasonable Accommodation and Positive Obligations in the European Convention on Human Rights* in G. Gooding and A. Lawson (Eds), *Disability Rights in Europe*, Oxford Hart Publications, 2005.

# L'obligation jurisprudentielle d'évaluation législative : une application du principe de précaution aux droits fondamentaux

Alexandre Flückiger

*Professeur à l'Université de Genève*

## I. L'incertitude des effets d'une loi sur les droits fondamentaux

Le juge a l'obligation de trancher les litiges qui lui sont soumis sous peine de déni de justice. Lorsque les faits en cause sont certains, stables, non évolutifs, cette obligation est moins problématique que lorsque le juge est confronté à des pronostics aléatoires et indéterminés dans des domaines peu assurés et en continue transformation. Dans cette dernière constellation, il n'est pas à exclure, *a priori*, que l'évolution des faits conduise le cas échéant à une violation des droits fondamentaux. Sommé de trancher, ne pouvant différer sa décision indéfiniment, le juge peut-il, au bénéfice du doute, simplement ignorer l'incertitude de la situation et s'interdire de mettre un veto à l'action litigieuse ou doit-il, dans un esprit de précaution, s'y opposer ?

Confrontée à une telle situation dans des contextes aussi divers que la sécurité d'un nouveau type d'installation nucléaire, les effets de la consommation de cannabis ou les impacts d'une nouvelle réglementation relative à l'avortement, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a développé une jurisprudence originale dans le cadre du contrôle de constitutionnalité des lois en imposant au législateur une obligation de veille et de correction législatives (*Beobachtungspflicht, Korrektur- oder Nachbesserungspflicht*) lorsque subsiste une incertitude relative aux effets de la loi sur les droits fondamentaux. En d'autres termes, le juge constitutionnel contraint le législateur à réunir et à exploiter systématiquement les données nécessaires à une évaluation des effets produits par la loi et à corriger celle-ci en fonction de cette

évaluation[1]. Le juge n'interdit donc pas l'activité ou le nouveau concept législatif mais le soumet au respect de conditions formelles. Nous montrerons que le même concept a été appliqué ponctuellement en droit suisse par le Tribunal fédéral.

## II. L'obligation de veille et de correction législatives : une obligation d'évaluation de la loi

### A. L'obligation de veille législative

L'obligation de veille législative revient à « observer » la loi (*Beobachtungspflicht*) dans son exécution et à en évaluer les effets[2]. Il s'agit plus précisément d'examiner la loi dans sa mise en œuvre et les impacts qu'elle produit. La tâche du parlement en matière législative ne s'arrête dès lors plus une fois la loi adoptée et entrée en vigueur[3]. Le législateur doit au contraire s'assurer tout au long de l'existence de la loi de réunir les informations de fait pertinentes lui permettant d'évaluer les effets du texte sur la réalité et de mettre en évidence les éventuelles différences avec les buts visés initialement. Concrètement, la Cour de Karlsruhe demande de prendre en compte les impacts incertains de la loi sur les droits fondamentaux en exigeant de recueillir de manière systématique les données pertinentes et de les apprécier dans le but d'évaluer le plus précisément possible les effets[4] pour anticiper suffisamment tôt les mutations importantes[5]. La Cour a parfois donné des indications très précises au législateur sur le type, la nature et la qualité des statistiques à recueillir dans le cadre de l'obligation de veille législative. Dans l'arrêt sur

---

1 Yooncheol Choi, *Die Pflicht des Gesetzgebers zur Beseitigung von Gesetzesmängeln*, Thèse, Hambourg 2002 ; Helmut Miernik, *Die verfassungsrechtliche Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, Thèse, Leipzig 1997 ; Christian Mayer, *Die Nachbesserungspflicht des Gesetzgebers*, Baden-Baden 1996, p. 69 ss ; Werner Bernd, *Legislative Prognosen und Nachbesserungspflichten*, Mainz 1989 ; Peter Badura, « *Die verfassungsrechtliche Pflicht des gesetzgebenden Parlaments zur „Nachbesserung" von Gesetzen* », Mélanges pour K. Eichenberger, 1982, Bâle, etc., p. 481 ss.
Voir également Georg Müller, *Elemente einer Rechtsetzungslehre*, 2e éd., Zurich, etc. 2006, p. 41, note 128 ; Theodor Bühler, *Prospektive Gesetzgebung und Vertragsgestaltung*, Zurich, etc., 2005, p. 104 ; Charles-Albert Morand, *Le droit néo-moderne des politiques publiques*, Paris 1999, p. 112 ss ; Luzius Mader, *L'évaluation législative*, Lausanne 1985, p. 164 s.

2 Choi 2002 [note 1], p. 69 ; Ulrich Karpen, *Gesetzgebungs-, Verwaltungs- und Rechtsprechungslehre*, Baden-Baden 1989, p. 39.

3 Christoph Gusy, « Das Grundgesetz als normative Gesetzgebungslehre ? » *ZRP* 1985, p. 291 ss, 294.

4 BVerfGE 65 1, 55 ; 88, 203, 310 s.

5 Choi 2002 [note 1], p. 74.

l'interruption de grossesse, elle a ainsi demandé de décompter le nombre d'avortements en chiffres absolus, le rapport de ceux-ci à la population globale, le nombre de femmes en âge de procréer, le nombre des grossesses, des morts fœtales, des enfants nés vivants et des avortements non illicites en fonction des différentes bases légales[6].

Afin de remplir son obligation de veille législative, le législateur doit selon la doctrine recourir à la méthodologie applicable à *l'évaluation législative rétrospective* et en reprendre les critères[7], c'est-à-dire l'efficacité (la loi atteint-elle les buts visés ?), l'effectivité (la loi est-elle effectivement suivie ?) et l'efficience (le rapport entre les coûts et les bénéfices de la loi est-il raisonnable ?), notamment[8].

Le législateur dispose à cet effet d'un *certain délai* lui permettant de recueillir les données nécessaires[9]. Le contrôle n'a pas besoin d'être effectué de manière continue. Le législateur doit simplement s'assurer à intervalles réguliers et de manière appropriée – par exemple par des rapports du gouvernement à soumettre périodiquement au parlement – que la loi développe bel et bien les effets attendus ou qu'elle ne met pas à jour dans sa mise en œuvre concrète des défauts d'ordre conceptuel[10]. La Cour constitutionnelle allemande a ainsi pu admettre un délai de dix ans pour laisser le temps de récolter des données relatives à l'efficacité des mesures de remboursement des crédits octroyés aux coopératives de production agricoles dans l'ancienne République démocratique allemande (affaire dite des anciennes

---

6 « *Verläßliche Statistiken mit hinreichender Aussagekraft, wie über die absolute Zahl der Schwangerschaftsabbrüche, über die relativen Quoten, die sich aus dem Verhältnis der Abbruchszahl zur Gesamtbevölkerung, zur Zahl der Frauen im gebärfähigen Alter, zur Zahl der Schwangerschaften oder der Lebend- und Totgeburten insgesamt errechnen, sowie über die Verteilung der nicht mit Strafe bedrohten Abbrüche auf die verschiedenen gesetzlichen Grundlagen, sind dazu unerläßlich.* » (BVerfGE 88, 203, 310 s.). Voir également l'arrêt relatif à l'exécution des peines applicables aux jeunes délinquants : « *In diesem Zusammenhang liegt vor allem die Erhebung aussagefähiger, auf Vergleichbarkeit angelegter Daten nahe, die bis hinunter auf die Ebene der einzelnen Anstalten eine Feststellung und Bewertung der Erfolge und Misserfolge des Vollzuges – insbesondere der Rückfallhäufigkeiten – sowie die gezielte Erforschung der hierfür verantwortlichen Faktoren ermöglichen.* » (BVerfGE, 2 BvR 1673/04, du 31.05.2006, § 64).

7 Choi 2002 [note 1], p. 70 s.

8 Mader 1985 [note 1], p. 77 ss.

9 Choi 2002 [note 1], p. 74.

10 A propos des effets d'un nouveau concept de protection de la vie prénatale dans le cas de l'avortement : « *Er muß sich in angemessenen zeitlichen Abständen in geeigneter Weise – etwa durch periodisch zu erstattende Berichte der Regierung – vergewissern, ob das Gesetz die erwarteten Schutzwirkungen tatsächlich entfaltet oder ob sich Mängel des Konzepts oder seiner praktischen Durchführung offenbaren, die eine Verletzung des Untermaßverbots begründen* […]. *Diese Beobachtungspflicht besteht auch und gerade nach einem Wechsel des Schutzkonzepts.* » (BVerfGE 88, 203, 310)

dettes)[11]. A l'issue de ce délai, la législation devra être examinée afin de déterminer si la voie choisie est de nature à permettre, à terme, d'atteindre le but visé[12]. La Cour accorde sinon un délai « approprié »[13].

## B. L'obligation de correction de la loi

Lorsque l'observation des effets d'une loi montre que les buts de celle-ci ne pourront pas être atteints et qu'ils conduiront à une inconstitutionnalité, la Cour impose une obligation de correction de la loi (*Nachbesserungspflicht*, *Korrekturpflicht*, *Anpassungspflicht*, *Verbesserungspflicht*)[14] qu'elle formule usuellement de la manière suivante : le législateur doit observer et, le cas échéant, corriger la loi[15]. Il découle de cette jurisprudence que l'obligation

---

[11] « *Wegen der Ungewißheit der Zielerreichung muß der Gesetzgeber aber die weitere Entwicklung beobachten und gegebenenfalls eine Nachbesserung der Regelung vornehmen* […]. *Dabei gebührt ihm wegen der Komplexität der Materie eine angemessene Frist zur Sammlung von Erfahrungen* […]. *Bei einer Zeitspanne von etwa 20 Jahren, binnen derer nach den Vorstellungen des Gesetzgebers in der Mehrzahl der Fälle eine Schuldentilgung erreicht sein sollte, scheint hierfür eine Frist von zehn Jahren ab Herstellung der deutschen Einheit und Einführung der bilanziellen Entlastung angemessen.* » (BVerfGE 95, 267, 315).

[12] « *Nach Ablauf dieser Frist muß eine Überprüfung stattfinden, ob das angestrebte Ziel auf dem eingeschlagenen Weg in weiteren zehn Jahren erreicht werden kann. Sollte sich dabei die Notwendigkeit zu einer Änderung der Rechtslage ergeben, wäre dafür eine ministerielle Arbeitsanweisung nicht mehr ausreichend. Die Neuregelung müßte vielmehr den Erfordernissen des Gesetzes- und Parlamentsvorbehalts Rechnung tragen.* » (BVerfGE 95, 267, 315)

[13] « *Bei komplexen Sachverhalten kann es vertretbar sein, dem Gesetzgeber zunächst eine angemessene Zeit zur Sammlung von Erfahrungen einzuräumen ; die mit einer gröberen Typisierung und Generalisierung verbundenen Unzuträglichkeiten geben erst dann Anlaß zur verfassungsrechtlichen Beanstandung, wenn der Gesetzgeber eine spätere Überprüfung und fortschreitende Differenzierung trotz ausreichenden Erfahrungsmaterials für eine sachgerechtere Lösung unterlässt.* » (BVerfGE 37, 104, 118, *Bonus-Malus-Regelung*, du 3.04.1974). La même formule se retrouve dans l'arrêt relatif à la constitutionnalité du *numerus clausus* dans les universités (BVerfGE 43, 291, 321) ou de la détention à vie pour assassinat (BVerfGE 45, 187, 252).

[14] La Cour constitutionnelle utilise sans grande rigueur terminologique ces différents termes (critique : Choi 2002 [note 1], p. 79 ss).

[15] « […] *muss der Gesetzgeber aber die weitere Entwicklung beobachten und gegebenenfalls eine Nachbesserung der Regelung vornehmen.* » (BVerfGE 95, 267, 314). Voir également BVerfGE 111, 333, 360 ; 25, 1, 13 ; 49, 89, 130 ; 50, 290, 335 ; 57, 139, 162 s. Plus précis : « *Mit Rücksicht auf das besonders hohe Gewicht der grundrechtlichen Belange, die durch den Jugendstrafvollzug berührt werden, ist der Gesetzgeber zur Beobachtung und nach Maßgabe der Beobachtungsergebnisse zur Nachbesserung verpflichtet.* » (BVerfGE, 2 BvR 1673/04, du 31.05.2006, § 64) ou « […] *dass* [der Gesetzgeber] *die weitere Entwicklung beobachtet und die Norm überprüft und revidiert, falls sich erweist, dass die ihr zugrunde liegenden Annahmen nicht mehr zutreffen.* » (BVerfGE 110, 141, 158) ou encore : « *Stellt sich nach hinreichender Beobachtungszeit heraus, daß das Gesetz das von der Verfassung geforderte Maß an Schutz nicht zu gewährleisten vermag, so ist der Gesetzgeber verpflichtet, durch Änderung oder Ergänzung der bestehenden Vorschriften auf die Beseitigung der Mängel und die Sicherstellung eines dem Untermaßverbot genügenden Schutzes hinzuwirken (Korrektur- oder Nachbesserungspflicht).* » (BVerfGE 88, 203, 309).

de correction présuppose en principe une veille préalable. La doctrine est cependant partagée sur la question de savoir si l'obligation de veille est une condition préalable à la correction ou s'il ne s'agit que d'une simple étape possible, car ces deux exigences ne sont pas couplées dans tous les cas dans la jurisprudence[16]. L'élément décisif demeure l'obligation de correction qui s'impose en tout temps au législateur. Une veille préalable des effets de l'exécution de la loi est pour le moins indirectement exigée en ce sens qu'elle contribue à déterminer à partir de quel moment exact la loi doit être corrigée.

Le législateur ne doit pas procéder à la correction sans *délai*. La procédure législative prend du temps. Exiger une procédure accélérée serait une requête irréaliste selon la doctrine[17]. On déduit de la jurisprudence que la correction doit avoir lieu aussitôt que possible : il incombe au législateur de remédier à l'inconstitutionnalité de la loi « *sobald als möglich* »[18]. Puisque le législateur dispose d'un certain délai pour procéder à l'*observation* des effets de ses textes, comme nous l'avons montré, il n'a pas en principe à *corriger* la loi avant l'échéance de ce dernier. La correction ne s'impose que lorsque l'inconstitutionnalité est reconnue ou qu'elle est clairement reconnaissable[19]. La détermination exacte de ce dernier moment n'est pourtant pas évidente, si bien qu'une marge de manœuvre supplémentaire est de fait accordée au législateur pour initier son action correctrice.

## III. Les caractéristiques de l'obligation de veille et de correction législative

### A. L'inconstitutionnalité de la loi

L'obligation de veille et de correction ne saurait s'appliquer que si la loi est susceptible de violer une disposition constitutionnelle[20], dans la plupart des

16 Choi 2002 [note 1], p. 73.

17 Mayer 1996 [note 1], p. 179. Voir également *ibidem* p. 47.

18 BVerfGE 88, 203, 309 ; 15, 337, 351.

19 « *Die Nachbesserungspflicht schließt nicht generell eine fortlaufende Kontrolle der Gesetze durch den Gesetzgeber ein. Vielfach aktualisiert sie sich erst dann, wenn die Verfassungswidrigkeit eines Gesetzes erkannt oder doch jedenfalls deutlich erkennbar wird.* » (BVerfGE 88, 203, 310). Voir également BVerfGE 16, 130, 142.

20 Mayer 1996 [note 1], pp. 48 ss et 152 ss.

cas un droit fondamental[21] à l'instar de la liberté économique[22], de la garantie de la propriété[23], de la liberté de la science[24] ou de la liberté personnelle[25].

La question délicate que pose cette obligation jurisprudentielle est celle de déterminer le moment à partir duquel il faut considérer que la loi enfreint la constitution. Si l'on suppose que le juge doit seulement prendre en compte la situation à l'époque de la genèse de la loi, comme la Cour l'a admis dans certains jugements[26], la possibilité pour une loi de *devenir* inconstitutionnelle dans le futur est négligée[27]. Or la Cour, dans sa jurisprudence sur l'obligation de veille et de correction, estime explicitement qu'une loi à l'origine *conforme* à la constitution peut lui devenir *contraire* en raison de l'évolution des circonstances pertinentes[28]. Le fondement juridique se trouve à l'article 20 GG[29] prévoyant que « le pouvoir législatif est lié par l'ordre constitutionnel, les pouvoirs exécutif et judiciaire sont liés par la loi et le droit. »[30] Selon la Cour, l'assujettissement du législateur à l'ordre constitutionnel (art. 20 al. 3 GG) ne

---

21 Mayer 1996 [note 1], p. 149.

22 Plus précisément le droit au libre choix de sa profession et à son libre exercice (art. 12 al. 1 GG) à propos d'une loi sur la fermeture des moulins pour prévenir des surcapacités (BVerfGE 25, 1, 12).

23 Art. 14 GG, à propos d'une loi augmentant la participation des travailleurs dans les entreprises : « *Infolgedessen könnten die Beschwerdeführer* [...] *in ihrem Grundrecht aus Art. 14 GG dann verletzt sein, wenn die erweiterte Mitbestimmung zur Funktionsunfähigkeit der Unternehmen führen würde oder wenn sie der Funktionsunfähigkeit nahekommende Zustände zur Folge hätte, etwa deswegen, weil die Willensbildung in den Unternehmen so kompliziert würde, daß Entscheidungen nicht oder kaum mehr getroffen werden könnten. Davon kann indessen nach der insoweit maßgeblichen Prognose des Gesetzgebers nicht ausgegangen werden.* » (BVerfGE 50, 290, 352).

24 BVerfGE 111, 333, 360.

25 Notamment la protection de *l'intégrité corporelle* (à propos de l'étendue de l'obligation d'améliorer la protection contre le bruit des avions dans le voisinage des aéroports : « *Ist die Lärmbekämpfung nach wissenschaftlichen Erkenntnissen im Interesse der körperlichen Integrität der Bürger geboten und ist sie deshalb eine grundrechtliche Pflicht, dann kann deren Erfüllung nicht ausschließlich davon abhängen, welche Maßnahmen gegenwärtig technisch machbar sind.* » [BVerfGE 56, 54, 79 s.]) ou le *droit à la vie* (à propos de la réglementation relative à l'interruption de grossesse : BVerfGE 88, 203). Voir également de manière plus générale les atteintes possibles à la *santé, la vie et les biens* (« *Schäden an Leben, Gesundheit und Sachgütern* ») par la construction d'un surgénérateur (BVerfGE 49, 89, 143).

26 Mayer 1996 [note 1], pp. 101 et 103 (réf. cit).

27 Mayer 1996 [note 1], p. 101.

28 Mayer 1996 [note 1], pp. 101 et 109 (réf. cit.). Voir par exemple la formule suivante utilisée dans l'arrêt relatif au bruit des avions (BVerfGE 56, 54, 79) : « *In seiner neueren Rechtsprechung hat das Bundesverfassungsgericht wiederholt ausgeführt, der Gesetzgeber könne verfassungsrechtlich verpflichtet sein, eine ursprünglich als verfassungsmäßig angesehene Regelung im Wege der Nachbesserung neu zu gestalten.* »

29 MAYER 1996 [note 1], p. 154. La doctrine n'est à ce propos pas entièrement unanime (voir Choi 2002 [note 1], p. 94 [réf. cit.]).

30 Selon la traduction de la loi fondamentale publiée sur le site Internet du gouvernement fédéral (www.bundesregierung.de).

s'épuise en effet pas dans l'obligation de respecter les limites constitutionnelles au moment de l'adoption de la loi ; il comprend aussi la responsabilité de veiller à ce que les lois édictées demeurent conformes à la constitution[31].

## B. L'existence d'une situation de fait modifiée ou incertaine

L'obligation de veille et de correction est susceptible de naître dans deux hypothèses : lorsqu'une loi, conforme à la constitution lors de son adoption, lui est devenue contraire en raison d'une *modification fondamentale* ultérieure de la situation de fait ou dans le contexte d'une situation de fait *incertaine*, reposant sur des pronostics plausibles lors de l'adoption de la loi mais qui se révéleront erronés par la suite[32]. Ainsi, s'il s'avère que la loi repose sur des pronostics incorrects, ou si des faits modifiés ou nouveaux surviennent, et si une violation de la constitution s'ensuit, l'obligation de corriger la loi en vigueur se déclenche.

L'importante casuistique de la Cour constitutionnelle allemande permet d'illustrer l'étendue des domaines visés par la jurisprudence.

En *droit pénal*, en matière *d'exécution des peines applicables aux jeunes délinquants* par exemple, les pronostics sont discutables. Afin de coller au plus près des réalités, le législateur doit étudier les expériences menées jusqu'ici pour en tirer les enseignements nécessaires. Il doit recueillir à cet effet des données fiables et comparables permettant de constater et d'évaluer les succès et les échecs, en particulier la fréquence de récidive[33]. La question s'était également posée sur les conséquences de nature psychologique ou physique résultant de la *détention à vie* pour assassinat[34]. Dans le cadre d'enquêtes pénales faisant

---

31 BVerfGE 88, 203, 310 : « *Die Bindung des Gesetzgebers an die verfassungsmäßige Ordnung (Art. 20 Abs. 3 GG) erschöpft sich nämlich nicht in der Verpflichtung, bei Erlaß eines Gesetzes die verfassungsrechtlichen Grenzen einzuhalten ; sie umfaßt auch die Verantwortung dafür, daß die erlassenen Gesetze in Übereinstimmung mit dem Grundgesetz bleiben.* »

32 « *Sie ist vor allem dann von Bedeutung, wenn ein bei Erlaß verfassungsmäßiges Gesetz nachträglich verfassungswidrig wird, weil sich die tatsächlichen Verhältnisse, auf die es einwirkt, grundlegend gewandelt haben oder sich die beim Erlaß des Gesetzes verfassungsrechtlich unbedenkliche Einschätzung seiner künftigen Wirkungen später als ganz oder teilweise falsch erweist.* » (BVerfGE 88, 203, 309 s.).

33 « *Mit Rücksicht auf das besonders hohe Gewicht der grundrechtlichen Belange, die durch den Jugendstrafvollzug berührt werden, ist der Gesetzgeber zur Beobachtung und nach Maßgabe der Beobachtungsergebnisse zur Nachbesserung verpflichtet* [...]. *Der Gesetzgeber muss daher sich selbst und den mit der Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen befassten Behörden die Möglichkeit sichern, aus Erfahrungen mit der jeweiligen gesetzlichen Ausgestaltung des Vollzuges und der Art und Weise, in der die gesetzlichen Vorgaben angewendet werden, und dem Vergleich mit entsprechenden Erfahrungen außerhalb des eigenen räumlichen Kompetenzbereichs zu lernen.* » (BVerfGE, 2 BvR 1673/04 du 31.05.2006, § 64).

34 BVerfGE 45, 187, 252, *Lebenslange Freiheitsstrafe*, du 21.06.1977.

appel à l'utilisation de *systèmes de localisation géographique* (GPS) combinée à des mesures de vidéosurveillance, la Cour de Karlsruhe a demandé au législateur d'observer si les dispositions procédurales existantes seront toujours en mesure d'assurer la protection des droits fondamentaux compte tenu des incertitudes liées à l'évolution de la situation technologique dans le futur[35]. Les effets de la consommation du *cannabis* n'étant pas très bien connus, la Cour constitutionnelle a demandé au législateur d'observer les impacts de la solution législative en vigueur ainsi que d'examiner les expériences étrangères en conséquence[36]. La question controversée tant d'un point scientifique que politico-juridique dans l'affaire de *l'interruption de grossesse II* était de savoir si une réglementation en matière de conseil relatif aux avortements en début de grossesse était de nature à mieux protéger la vie prénatale que la réglementation existant jusqu'alors. Cette incertitude n'empêche pourtant pas le parlement d'introduire un nouveau concept en la matière ; le législateur est simplement tenu par précaution d'en observer les effets[37].

Le *droit de la protection de l'environnement* est un autre terreau privilégié. Dans le domaine de la *lutte contre le bruit* tout d'abord, la croissance fulgurante du trafic aérien depuis le début des années 1960 combinée à l'emploi d'avions à réaction bruyants est un argument plaidant en faveur d'une révision des dispositions originelles sur le bruit[38]. Dans le domaine de l'*énergie atomique* ensuite, la Cour de Karlsruhe, dans un arrêt phare, a précisé à propos de l'autorisation d'exploiter un surgénérateur à Kalkar en Rhénanie-du-Nord-Westphalie près de la frontière hollandaise, qu'« en l'absence de situations concrètes passées, l'évaluation [de la probabilité de la survenance de dommages futurs dus à l'exploitation d'une installation nucléaire] devra se baser

---

35 « *Der Gesetzgeber wird darüber hinaus zu beobachten haben, ob die bestehenden verfahrensrechtlichen Vorkehrungen auch angesichts zukünftiger Entwicklungen geeignet sind, den Grundrechtsschutz effektiv zu sichern.* » (BVerfGE 2 BvR 581/01 du 12.04.2005).

36 « *Angesichts der dargestellten offenen kriminalpolitischen und wissenschaftlichen Diskussion über die vom Cannabiskonsum ausgehenden Gefahren und den richtigen Weg ihrer Bekämpfung* [...] *hat der Gesetzgeber die Auswirkungen des geltenden Rechts unter Einschluß der Erfahrungen des Auslandes zu beobachten und zu überprüfen.* » (BVerfGE 90, 145, 194, *Cannabis*, du 09.03.1994).

37 « *Wissenschaftlich und rechtspolitisch umstritten war und ist allerdings, ob eine Beratungsregelung für Schwangerschaftsabbrüche in der Frühphase der Schwangerschaft eine bessere Schutzwirkung für das ungeborene Leben entfalten kann als die bisherige Regelung.* [...] *Angesichts der dargelegten Gründe, die gegen die Beibehaltung der bisherigen Indikationenregelung sprechen, hindern solche Ungewißheiten den Gesetzgeber jedoch nicht grundsätzlich daran, eine Beratungsregelung einzuführen ; freilich ist er gehalten, die Auswirkungen seines neuen Schutzkonzepts im Auge zu behalten (Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht).* » (BVerfGE 88, 203, 269, *Schwangerschaftsabbruch II*, du 28.05.1993 ; voir également *ibid*., p. 309 ss).

38 « *Im Bereich der Fluglärmbekämpfung spricht für eine solche Pflicht der Nachbesserung der ursprünglichen Lärmvorschriften, daß die Zahl der Flugbewegungen seit Anfang der sechziger Jahre sprunghaft angestiegen war und daß der Übergang auf lautstarke Düsenmaschinen die Lärmsituation erheblich verschärft hatte.* » (BVerfGE 56, 54, 79, *Fluglärm*, du 14.01.1981).

sur des simulations. Dans la mesure où il n'existerait dans ce domaine aucune certitude mais que des approximations, tout nouvel événement ainsi que tout nouveau développement des connaissances devront être pris en compte au fur et à mesure de leur survenance.»[39]

La *prospective économique* est également un champ typique de contingence. Dans l'affaire dite des *anciennes dettes* concernant la question du remboursement des crédits octroyés aux coopératives de production agricoles dans l'ancienne République démocratique allemande, l'incertitude portait sur l'efficacité des mesures d'équilibrage du bilan[40]. La législation sur la *participation des représentants du personnel* s'est heurtée à la question des effets incertains de ces nouvelles mesures et a été soumise à une obligation de veille et de correction en cas de complications notables[41]. D'autres législations plus anciennes en matière économique avaient déjà mis en évidence cette problématique. Ainsi les pronostics sur l'évolution économique en rapport avec une loi interdisant l'extension des *minoteries*[42]. La justesse des conjectures en matière fiscale s'inscrit également dans cette jurisprudence, en l'espèce la conformité à la constitution du prélèvement et de l'affectation d'une taxe de compensation dans le cadre de la loi sur les *personnes gravement handicapées*[43]

---

39 BVerfGE 49, 89, 143, *Kalkar I*, du 8.08.1978 (traduit *in* Nicolas de Sadeleer, *Les principes du pollueur-payeur, de prévention et de précaution : essai sur la genèse et la portée juridique de quelques principes du droit de l'environnement*, Bruxelles, 1999, p. 154). Voir ég. *ibidem*, p. 131 ss.

40 «*Wie in der mündlichen Verhandlung von allen Seiten bekräftigt wurde, herrschte im Jahre 1990 über den Umfang der wirtschaftlichen Schwierigkeiten der Landwirtschaft nur eine höchst unvollkommene Vorstellung. In dieser Situation war der Gesetzgeber nicht verpflichtet, sogleich eine über die Treuhandentschuldung hinausgehende weitere Entschuldung vorzunehmen. Vielmehr durfte er sich zunächst mit der bilanziellen Entlastung begnügen. Wegen der Ungewißheit der Zielerreichung muß der Gesetzgeber aber die weitere Entwicklung beobachten und gegebenenfalls eine Nachbesserung der Regelung vornehmen.*» (BVerfGE 95, 267, 314, *Altschulden*, du 08.04.1997).

41 «*Der Gesetzgeber ist daher verpflichtet, zu beobachten, welche Auswirkungen die bei der Beteiligung von Personal vertretungen einzuhaltenden Verfahrensregelungen auf die zügige Verwirklichung des Amtsauftrages haben, und korrigierend einzugreifen, wenn sich wesentliche Erschwerungen ergeben.*» (BVerfGE 93, 37, 85, *Mitbestimmungsgesetz Schleswig-Holstein*, du 24.05.1995). Voir également à propos de la constitutionnalité de la loi fédérale sur la participation des travailleurs : «*Sollte sich freilich die Prognose des Gesetzgebers, daß das Mitbestimmungsgesetz nicht zu nachhaltigen Beeinträchtigungen der Funktionsfähigkeit der Unternehmen führen werde, im Verlauf der Entwicklung nicht bestätigen, so wäre der Gesetzgeber* [...] *zu einer Korrektur verpflichtet.*» (BVerfGE 50, 290, 352, *Mitbestimmung*, du 1.03.1979 ; voir ég. *ibidem*, p. 335 ss).

42 «*Eine auf Grund einer Fehlprognose ergriffene Maßnahme kann nicht schon deshalb als verfassungswidrig angesehen werden. Dem Gesetzgeber ist lediglich aufgegeben, sie nach Erkenntnis der tatsächlichen Entwicklung dieser entsprechend aufzuheben oder zu ändern.*» (BVerfGE 25, 1, 13, *Mühlengesetz*, du 18 décembre 1968).

43 «*In solchen Fällen ist aber dem Gesetzgeber eine hinreichende Frist zuzubilligen, in der er die Möglichkeit hat, sich Gewißheit über die Entwicklung und damit über die Richtigkeit seiner Prognose zu verschaffen.*» (BVerfGE 57, 139, 162 s., *Schwerbehindertenabgabe*, du 26.05.1981).

ou celle relative à la taxation contestée du *transport de marchandises* pour les buts propres de l'entreprise[44]. Un nouveau système en matière de *financement des partis politiques* n'est pas contraire à l'égalité des chances ; le législateur n'est pourtant pas délié de l'obligation de vérifier l'exactitude de ses prévisions en rapport avec les impacts effectifs de la loi, de recueillir les données statistiques nécessaires et de corriger si nécessaire le pourcentage fixé[45]. L'absence de précédents sur lesquels fonder des pronostics étayés ne permet pas de juger définitivement une situation litigieuse. Tel était le cas de l'application d'un nouveau concept en matière de *radios locales* dont il était prématuré de prétendre lors de son adoption qu'il ne serait pas fonctionnel ou qu'il mettrait en danger la survie économique de celles-ci[46].

Le domaine universitaire a également donné lieu à jurisprudence. Ainsi le recours à des critères d'évaluation inadéquats pour juger de la *qualité de l'enseignement et de la recherche universitaires* est-il de nature à mettre en péril la liberté de la science, car les pratiques en matière d'évaluation de la science sont en constitution progressive. Le législateur doit selon la Cour observer cette évolution et corriger la loi dès que le danger pour les libertés se concrétise[47]. La question s'était déjà posée en rapport avec une loi cadre introduisant un *numerus clausus*[48].

---

44 « *Angesichts der besonderen Schwierigkeiten, denen eine rechtliche Ordnung des modernen Verkehrswesens vor allem deshalb begegnet, weil die technischen Gegebenheiten sich rasch ändern können, jede Regelung auch nur auf einem Teilgebiet aber den Blick auf das gesamte Gefüge der Verkehrswirtschaft und der Volkswirtschaft erfordert, muß auch dem Gesetzgeber eine längere Frist zugebilligt werden, innerhalb deren er die Wirkung einzelner von ihm versuchsweise getroffener Anordnungen beobachten und für seine weiteren Entschließungen auswerten darf.* » (BVerfGE 16, 147, 188, *Werkfernverkehr*, du 22.05.1963).

45 « *Diese Feststellung enthebt den Gesetzgeber allerdings nicht der Pflicht, die Richtigkeit seiner Prognose an den tatsächlichen Auswirkungen des Änderungsgesetzes zu messen, sich die dafür notwendigen statistischen Daten zu verschaffen und den in § 22 a Abs. 2 PartG festgelegten Prozentsatz, falls erforderlich, zu korrigieren.* » (BVerfGE 73, 40, 94 *Parteispenden-Urteil*, du 14.07.1986).

46 « *Eine abschließende Beurteilung ist angesichts der präzedenzlosen Konstruktion und der vergleichsweise kurzen Erprobungsdauer des Modells noch nicht möglich. Sollte sich im Lauf der Zeit erweisen, daß lokaler Rundfunk unter den gegebenen rechtlichen Bedingungen nicht funktionieren oder wirtschaftlich aufrecht erhalten werden kann, so wäre der Gesetzgeber insoweit zu einer Nachbesserung des Landesrundfunkgesetzes verpflichtet.* » (BVerfGE 83, 238, 330, *Rundfunkentscheidung*, du 5.02.1991).

47 « *Jedenfalls im gegenwärtigen Stadium der Diskussion, Erprobung und erst allmählichen Herausbildung bewährter Praktiken der Wissenschaftsevaluation auf lokaler, nationaler und internationaler Ebene ist der Gesetzgeber verfassungsrechtlich noch nicht gehalten, solche Kriterien festzuschreiben.* [...] *Den Gesetzgeber trifft aber insoweit eine Beobachtungs- und gegebenenfalls eine Nachbesserungspflicht, sobald Gefahren für die Wissenschaftsfreiheit, zum Beispiel durch die Verwendung wissenschaftsinadäquater Kriterien, auftreten.* » (BVerfGE 111, 333, 360, *Brandenburgisches Hochschulgesetz*, du 26.10.2004).

48 BVerfGE 43, 291, *numerus clausus II*, du 8.02.1977.

Enfin, la Cour s'est prononcée sur des sujets divers reposant sur une problématique analogue. Ainsi en matière zootechnique, même si l'état des connaissances scientifiques actuelles ne permet pas d'établir un rapport univoque entre la *dangerosité d'un chien* et son appartenance à une race[49], le législateur dispose d'une marge d'appréciation en matière de pronostic, en étant rappelé que tant que le législateur n'a pas pu se forger une opinion définitive sur les données factuelles et sur les impacts d'une réglementation au moment de son adoption, il est soumis à l'obligation de suivre l'évolution et de réviser la loi si nécessaire[50]. De nouvelles techniques alternatives de *recensement de la population* étaient encore considérées à l'époque du jugement de la Cour comme étant peu fiables ; dans la mesure où les méthodes statistiques et en sciences sociales sont en progrès constant, le législateur doit observer leur développement et déterminer en temps utile si ces nouveaux procédés constituent des alternatives valables au recensement intégral, permettant de tenir compte du principe de proportionnalité[51]. Finalement, s'il devait s'avérer que les modalités du *vote par correspondance* pouvaient mettre en péril la liberté de vote et le secret du scrutin, le législateur sera tenu d'opérer les corrections nécessaires[52].

## C. Les sanctions

L'obligation de correction des lois forme une véritable obligation juridique liant le législateur[53]. L'effet obligatoire découle clairement des formules

---

49 BVerfGE 110, 141, 143, *Kampfhunde*, du 16.03.2004.

50 « *Allerdings kann es, wenn der Gesetzgeber sich über die tatsächlichen Voraussetzungen oder die Auswirkungen einer Regelung im Zeitpunkt ihres Erlasses ein ausreichend zuverlässiges Urteil noch nicht hat machen können, geboten sein, dass er die weitere Entwicklung beobachtet und die Norm überprüft und revidiert, falls sich erweist, dass die ihr zugrunde liegenden Annahmen nicht mehr zutreffen* [...]. *Das gilt unter anderem dann, wenn komplexe Gefährdungslagen zu beurteilen sind, über die verlässliche wissenschaftliche Erkenntnisse noch nicht vorliegen.* » (BVerfGE 110, 141, 158).

51 « *Die Methoden der amtlichen Statistik und der Sozialforschung entwickeln sich stetig weiter. Diese Entwicklung darf der Gesetzgeber nicht unberücksichtigt lassen. Er muß ungewissen Auswirkungen eines Gesetzes dadurch Rechnung tragen, daß er die ihm zugänglichen Erkenntnisquellen ausschöpft, um die Auswirkungen so zuverlässig wie möglich abschätzen zu können* [...] ; *bei einer sich später zeigenden Fehlprognose ist er zur Korrektur verpflichtet* [...]. *Ebenso muß er bei der Anordnung einer statistischen Erhebung anhand des erreichbaren Materials prüfen, ob eine Totalerhebung trotz einer inzwischen fortgeschrittenen Entwicklung der statistischen und sozialwissenschaftlichen Methoden noch verhältnismäßig ist.* » (BVerfGE 65, 1, 55 s., *Volkszählung*, du 15.12.1983).

52 « *Treten dabei Mißbräuche zutage, die geeignet sein können, die Freiheit der Wahl oder das Wahlgeheimnis mehr als unumgänglich zu gefährden, so erwächst daraus die verfassungsrechtliche Pflicht, die ursprüngliche Regelung im Wege der Nachbesserung zu ergänzen oder zu ändern.* » (BVerfGE 59, 119, 127, *Briefwahl*, du 24.11.1981).

53 Mayer 1996 [note 1], p. 38 s.

utilisées par la Cour constitutionnelle, mais doit toutefois être relativisé[54]. La question reste discutée en doctrine[55]. On notera par exemple que l'obligation a toujours été précisée dans les motifs du jugement mais jamais dans le dispositif[56]. La Cour n'a pas encore eu l'occasion de rendre directement un arrêt sur la violation de l'obligation de correction[57].

D'un point de vue politique cependant, la question a pu faire l'objet d'interventions parlementaires demandant de réviser la législation en vigueur en se fondant sur cette obligation. Tel a été le cas d'une fraction parlementaire opposée à l'avortement qui demandait dans une question posée au gouvernement si le devoir de veille et de correction de la loi imposé au législateur en rapport avec l'introduction du système de conseil aux femmes désirant avorter durant les douze premières semaines[58] était bien respecté[59]. Le gouvernement a répondu qu'un appareillage statistique avait été mis en place et que la loi n'avait pas besoin d'être corrigée[60].

## IV. La jurisprudence du Tribunal fédéral

Le Tribunal fédéral suisse a repris ce concept sans pourtant, dans un premier temps, se référer explicitement au droit allemand pour décider de la conformité au droit fédéral de l'ordonnance du Conseil fédéral sur la protection contre le rayonnement non ionisant du 23 décembre 1999 (ORNI)[61] en imposant au gouvernement une obligation de veille, d'évaluation et de correction de ce texte en raison de l'incertitude régnant au sujet des connaissances scientifiques sur les effets biologiques des rayonnements non ionisants émis par les *antennes de téléphonie mobile*[62]. Le Tribunal fédéral a jugé

---

54 Mayer 1996 [note 1], p. 39 s.

55 L'inobservation de l'obligation *d'observation* des lois ne serait en soi pas sanctionnée (Choi 2002 [note 1], p. 78 et réf. cit.) alors que l'inobservation de l'obligation de *correction* des lois devrait être analysée en fonction du résultat du jugement (conformité ou non à la constitution) (Choi 2002 [note 1], p. 176 s.).

56 Choi 2002 [note 1], p. 91, note 428.

57 Choi 2002 [note 1], p. 163.

58 BVerfGE 88, 203, 309, *Schwangerschaftsabbruch II*, du 28.05.1993.

59 Kleine Anfrage CDU/CSU-Fraktion, *Umsetzung der vom Bundesverfassungsgericht geforderten Beobachtungs- und Nachbesserungspflicht*, (15/3029 du 27.04.2004 [http://dip.bundestag.de/btd/15/030/1503029.pdf])

60 Réponse du gouvernement aux questions 1 et 18 (15/3155 du 18.05.2004 [http://dip.bundestag.de/btd/15/031/1503155.pdf]).

61 RS 814.710.

62 Tribunal fédéral, arrêt du 5 avril 2004, (Droit de l'environnement dans la pratique [DEP] 2004, 228, 232); arrêt 1A.202/2004 du 3 juin 2005, consid. 2.3; ATF 128 II 340, 343; 126 II 399, 408:

en l'espèce que le Conseil fédéral devra dans la mesure du possible procéder à un nouvel examen des valeurs limites fixées dans cette ordonnance lorsque de nouvelles connaissances scientifiques objectives et fiables sur les effets biologiques des rayonnements non ionisants seront disponibles et a débouté les recourants au motif que les expertises fournies ne démontraient pas l'existence de telles connaissances. Le Conseil fédéral dispose à cet égard d'une grande liberté d'appréciation selon le Tribunal fédéral[63]. En pratique, le contrôle de cette obligation est assuré par les différents recourants qui, périodiquement, invoquent ce grief en présentant au juge de nouvelles expertises scientifiques. Jusqu'à aujourd'hui le Tribunal fédéral est toujours arrivé à la conclusion qu'on ne saurait reprocher au Conseil fédéral d'avoir failli à son obligation de réévaluation périodique[64]. Cette obligation peut également se fonder, même si le Tribunal fédéral ne l'a pas fait explicitement, sur les articles 170 Cst. et 44 al. 1er de la loi fédérale sur la protection de l'environnement (LPE)[65] obligeant d'évaluer l'efficacité des mesures prises par la Confédération.

Très récemment, sans se référer à l'arrêt précédent mais en citant la jurisprudence allemande, le Tribunal fédéral, en statuant sur le grief de la proportionnalité de l'exigence de disposer d'une autorisation pour détenir des *chiens potentiellement dangereux,* a mis en doute l'efficacité de la réglementation contestée[66]. Il a admis pourtant que celle-ci n'était pas arbitraire en tant que mesure urgente pour protéger le public, tout en précisant que la législation actuelle devrait être adaptée si de nouvelles enquêtes fiables et probantes devaient conduire à réfuter les critères utilisés[67].

Le Tribunal fédéral a parfois eu l'occasion en droit de l'aménagement du territoire de demander aux autorités de réexaminer un plan contesté, de

---

« *Sobald jedoch eine sachgerechte und zuverlässige Quantifizierung der nicht-thermischen Wirkungen nichtionisierender Strahlen auf Grund neuer Erkenntnisse möglich ist, müssen die Immissions- und die Anlagegrenzwerte überprüft und soweit nötig angepasst werden.* » ; Tribunal fédéral, arrêt du 24 octobre 2003 (DEP 2003, 823, 827) ; arrêt du 8 avril 2002 (DEP 2002 427 et ZBl 2002 429).

63 ATF 126 II 399, 404 s., consid. 4a ; Tribunal fédéral, arrêt du 8 avril 2002 (précité).

64 Alexandra Gerber, « Téléphonie mobile dans la jurisprudence du Tribunal fédéral : aspects de droit public », *DEP* 2004, p. 731 s.

65 RS 814.01.

66 « *All dies begründet in der Tat gewisse Zweifel an der Richtigkeit und Wirksamkeit der getroffenen Regelung.* » (ATF 132 I 7, 11).

67 « *Falls die der Hundeverordnung zugrunde liegende Risikobeurteilung, sei es, was die potenzielle Gefährlichkeit der explizit erfassten Hunderassen bzw. die Einstufung nicht erfasster anderer Rassen oder aber die Tauglichkeit des Kriteriums der Rassenzugehörigkeit überhaupt betrifft, durch neue zuverlässige und aussagekräftige Erhebungen widerlegt werden sollte, wäre die jetzige Regelung diesen Erkenntnissen anzupassen.* » (BGE 132 I 7, 13).

l'adapter ou de l'abroger en cas de modification sensible des circonstances[68]. La nature de ce dernier exemple est néanmoins *différente* des précédents en ce sens que, dans ce domaine du droit, l'obligation de correction, portant sur des plans, est très précisément réglementée dans la loi (art. 21 al. 2 LAT[69]). L'obligation trouve dans ce cas son origine dans la loi, et non dans la jurisprudence. On notera en passant que législateur impose lui-même dans un grand nombre d'exemples – ainsi que le constituant (art. 170 Cst.) – une obligation d'évaluation législative dont la source n'est dès lors, bien sûr, plus jurisprudentielle[70].

## V. Le rapport avec le principe de précaution

L'obligation jurisprudentielle de veille et de correction de la loi peut être discutée sous l'angle du principe de précaution[71]. Ainsi dans l'exemple helvétique du rayonnement électromagnétique, on notera que les valeurs adoptées correspondent à celles préconisées dans des recommandations internationales qui omettent de prendre en compte les effets biologiques, non prouvés. Le Conseil fédéral, dans son rapport explicatif relatif au projet d'ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant reconnaît lui-même cette insuffisance, précisant clairement que la protection contre les atteintes incommodantes n'est pas complètement garantie par cette ordonnance même lorsque les valeurs limites d'immission sont respectées, précisément parce que ces valeurs avaient été fixées sans tenir compte des effets non prouvables

---

68 «*Même si la diminution de la population de la ville de Zurich n'est pas réellement enrayée par cette mesure, il n'est en tout cas pas exclu que les dispositions critiquées puissent mettre fin à un développement néfaste et amorcer un redressement de la situation. Si cette dernière devait sensiblement se modifier, il incomberait aux autorités de réexaminer le plan critiqué, de l'adapter, voire de l'abroger (art. 21 LAT), dans la mesure où les obligations qu'il impose devaient se révéler inutiles*.» (ATF 111 Ia 93, 99 = JT JDT 1987 I 509). L'exemple est cité par Georg Müller dans le cadre de la jurisprudence allemande sur l'obligation de correction (Müller 2006 [note 1], p. 41, note 128).

69 RS 700.

70 Pour un aperçu des clauses d'évaluation dans la législation fédérale (lois fédérales et ordonnances), voir Office fédéral de la justice, *Clauses d'évaluations*, document Internet, 01.01.2005 (www.ofj.admin.ch sous division «Documentation» de la rubrique «Evaluation» dans l'onglet «Thèmes», consulté le 21.11.2006). Voir également Alexandre Flückiger, « Le droit administratif en mutation : l'émergence d'un principe d'efficacité », *Revue de droit administratif et fiscal*, 2001, pp. 93-119.

71 Sur ce principe en droit suisse de la protection de l'environnement, voir Alexandre Flückiger, «La preuve juridique à l'épreuve du principe de précaution», *Revue européenne des sciences sociales*, 2003, p. 107 ss. Sur son extension dans d'autres domaines du droit (agriculture, santé), voir Brigitte Fasel / Dominique Sprumont, «La démarche et le principe de précaution en droit administratif suisse», *Rapports suisses présentés au XVIIe Congrès international de droit comparé*, Genève, 2006, p. 191 ss.

scientifiquement[72]. Le Tribunal fédéral a consenti à ce mode de procéder au motif qu'il est possible de tenir compte de tels effets dans le cadre de la limitation préventive des émissions au sens de l'article 11 al. 2 LPE[73]. La jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande a également été analysée sous cet angle, en particulier l'arrêt relatif au surgénérateur de Kalkar[74].

On déduit ainsi que les connaissances scientifiques incertaines relatives à une activité déterminée ne conduisent pas inévitablement à une interdiction. Contrairement à une idée largement reçue, l'application du principe de précaution ne mène donc pas forcément à des mesures prohibitives[75]. L'activité ne sera cependant pas entièrement libre chaque fois que le juge la soumet à une obligation de correction, car elle entre alors dans un cadre contraignant de veille et d'analyse qui nécessitera le cas échéant une réévaluation de la solution législative, qui n'est plus garantie une fois pour toutes. La difficulté pratique réside dans le degré d'incertitude qui plane sur les effets des mesures contestées. Peut-on reconnaître ou non au législateur, en dépit de cette incertitude, le droit de mettre en œuvre une solution législative aux impacts incertains, quitte à y renoncer ultérieurement si les effets souhaités ne se réalisent pas ? La réponse se trouve dans l'interprétation du principe de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst.). Le critère de l'aptitude que ce dernier contient n'exige pas que l'efficacité de la mesure envisagée soit dûment prouvée et exempte de toute incertitude. En droit allemand, la Cour de Karlsruhe, dans l'arrêt Kalkar, a jugé qu'exiger du législateur une réglementation qui exclurait absolument tout danger pour garantir les droits fondamentaux reviendrait à méconnaître les limites de l'intelligence humaine et interdirait pratiquement toute autorisation étatique relative à l'utilisation de la technique[76]. Il suffit en général que l'efficacité ne soit pas d'emblée exclue, qu'elle relève du domaine

---

72 Ordonnance sur la protection contre le rayonnement non ionisant, Rapport explicatif du 16 février 1999, ch. 3.2.

73 ATF 126 II 399, 406.

74 Sadeleer 1999 [note 39], p. 154.

75 Le problème résulte probablement d'une question de définition. Pour certains, les mesures formelles (observation, veille technologique, évaluation, etc.) ne seraient pas des mesures *de* précaution. Seules des mesures limitant l'exercice même de l'activité litigieuse le seraient. Cette conception doit être nuancée : les mesures formelles forment bel et bien des mesures de précaution, mais de très faible degré. Ne pas les exiger si un doute devait raisonnablement exister dénoterait une absence complète de prudence. En tous les cas, de tels actes constituent des mesures prises *en application* du principe de précaution, pour qui leur dénierait l'expression de mesure *de* précaution (Flückiger 2003 [note 71], p. 122).

76 « *Vom Gesetzgeber im Hinblick auf seine Schutzpflicht eine Regelung zu fordern, die mit absoluter Sicherheit Grundrechtsgefährdungen ausschließt, die aus der Zulassung technischer Anlagen und ihrem Betrieb möglicherweise entstehen können, hieße die Grenzen menschlichen Erkenntnisvermögens verkennen und würde weithin jede staatliche Zulassung der Nutzung von Technik verbannen. Für die Gestaltung der Sozialordnung muß es insoweit bei Abschätzungen anhand praktischer Vernunft bewenden.* » (BVerfGE 49, 89, 143).

du possible, sinon du probable. Ainsi, lorsque l'évaluation de l'aptitude dépend de connaissances techniques controversées, ou repose sur des hypothèses, le Tribunal fédéral ne conclut-il à une violation de la proportionnalité que si celle-ci est manifeste[77]. Dans les cas plus incertains, une autorisation de l'activité sous réserve de mener une évaluation concomitante et de réexaminer la solution expérimentée en fonction de celle-ci (obligation de veille et de correction) est une application concrète de la proportionnalité, puisqu'elle évite des mesures plus incisives, telles qu'un moratoire ou une interdiction pure et simple[78]. L'obligation de veille et de correction ne saurait cependant s'appliquer qu'à partir d'un certain niveau d'incertitude. Un minimum de doute raisonnable doit exister (seuil minimal de scientificité)[79], au risque sinon de tomber dans l'arbitraire (art. 9 Cst.). Des peurs et des craintes totalement déraisonnables ne sauraient déclencher l'application du principe de précaution, sans quoi les droits fondamentaux seraient en péril[80].

## VI. Conclusion

Dans un environnement où règne une situation de fait incertaine, aléatoire ou peu prévisible, l'obligation d'observer les effets d'une loi, d'en évaluer les impacts puis de la corriger si nécessaire en fonction des constats précédents peut être imposée par le juge à titre de précaution pour prévenir une atteinte aux droits fondamentaux, pour autant qu'un minimum de doute raisonnable existe. C'est une application du principe de proportionnalité. La sécurité juridique que donnerait la loi dans de telles hypothèses ne serait sinon que très artificielle. L'incertitude scientifique ne peut en effet pas soudainement être transformée en pseudo-certitude par sa juridicisation. La loi est soumise dans ce type de contexte à un processus de maturation. Elle doit s'adapter à un milieu en mutation. Elle ne prétend plus fixer une solution définitive. Dès lors, la tâche du législateur ne s'arrête plus au moment de l'adoption du texte de loi en vote final ; cette dernière étape n'en forme au contraire que le prélude.

---

77 ZBl. 1991 25, 31 pour la fluorisation de l'eau potable. Voir également ATF 119 Ia 197, 209 à propos de l'interdiction du canoë sur des rivières dans lesquelles des espèces animales sont en voie de disparition.

78 Flückiger 2003 [note 71], p. 122.

79 Sur la détermination de ce seuil, voir Flückiger 2003 [note 71], p. 116 s.

80 Cass Sunstein, *Laws of Fear : Beyond the Precautionary Principle*, Cambridge 2005, p. 204 ss.

# Le principe de faveur, arbitre des droits fondamentaux et des droits de l'homme

Michel Hottelier

*Professeur à la Faculté de droit de l'Université de Genève*

## Introduction

D'après le principe de faveur (« *Günstigkeitsprinzip* »), seul est applicable le droit fondamental qui est réputé conférer la protection la plus étendue à son titulaire. En présence par exemple d'un contentieux qui met en jeu une pluralité de droits fondamentaux ou de droits de l'homme offrant *a priori* le même champ de protection, la résolution du litige passe par une étape préalable ou, si l'on préfère, par la résolution d'une question incidente, qui conduit le juge à s'interroger sur le sens et la portée des diverses garanties en lice[1]. Au final, il ne reste en principe qu'un seul droit, appelé à déployer ses effets dans le cas d'espèce et à servir de fondement au raisonnement du juge, et une ou plusieurs autres garanties qui sont écartées et qui, pour la circonstance, restent sur la touche, en marge du litige.

A l'intérieur d'un système juridique qui, comme c'est le cas de la Suisse, connaît plusieurs degrés de protection des droits fondamentaux, le principe de faveur est tout naturellement destiné à réguler la coexistence des garanties qui se sont progressivement développées sur le plan local, national et, plus récemment, international.

Pourtant, assez curieusement, la nature de ce principe, son origine, ses contours de même que ses cas d'application, généralement considérés comme allant de soi, demeurent peu connus. Pour s'y référer occasionnellement, le Tribunal fédéral paraît ne s'être jamais vraiment interrogé sur ses fondements et sa signification[2]. En doctrine, peu d'auteurs lui ont consacré le bénéfice de quelques développements, lesquels s'en tiennent en général à

---

1 Voir par exemple les arrêts *A. und Mitb.*, ATF 132 I 49, 56 et *3G Mobile AG*, ATF 132 II 485, 493.

2 ATF 130 I 312, 332 *A. S.A. et consorts ;* 126 II 324, 328 *Glouchkov*, à propos de la portée de la CEDH et du Pacte II dans le domaine de la coopération internationale en matière pénale : « Les garanties offertes par ces instruments constituent au demeurant un standard minimal réservant la protection plus étendue qu'accorderaient d'autres dispositions du droit international ou du droit interne (cf. art. 53 CEDH et 5 al. 2 Pacte ONU II) » ; voir également ATF 122 II 140, 142 *Office fédéral de la police*.

une approche purement descriptive[3]. Il n'est donc pas inutile de revenir sur le sujet.

# I. La notion

## A. Les éléments constitutifs

Le principe de faveur peut être défini comme un mode d'application du droit, qui est destiné à régler les problèmes de coexistence entre droits fondamentaux simultanément applicables, possédant un contenu apparemment identique, mais qui sont issus d'ordres juridiques distincts. Il postule que seul doit être mis en œuvre la garantie réputée offrir la protection la plus étendue – donc la plus favorable – à son titulaire.

Les éléments constitutifs du principe de faveur sont au nombre de trois. Il faut, en premier lieu, un titulaire unique. Le principe de faveur appelle, en deuxième lieu, la présence simultanée de deux ou de plusieurs garanties appartenant aux droits fondamentaux ou aux droits de l'homme. Ces garanties postulent, en troisième lieu, la protection des mêmes valeurs. Leur invocation conduit ainsi à un cas particulier de *concours* de droits fondamentaux, par opposition aux *conflits* de droits fondamentaux, qui voient plusieurs justiciables s'affronter en brandissant la protection de garanties qui s'opposent.

La nécessité d'accorder la meilleure protection au justiciable, conformément à la philosophie et aux valeurs propres aux droits fondamentaux, constitue l'axe de base du principe de faveur, que l'on peut également présenter comme «traitement de la personne la plus favorisée»[4], ou encore, par emprunt au principe de la légalité qui a cours en droit pénal[5], comme une sorte de «*lex mitior*»[6].

---

[3] Ulrich Häfelin / Walter Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 6e éd., Zurich 2005, pp. 73, 75 et 339; Mark E. Villiger, *Handbuch der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)*, 2e éd., Zurich 1999, p. 50; Jean-François Aubert, *La Constitution, son contenu, son usage*, Recueil des travaux présentés au 125e Congrès des Juristes suisses à Genève, Bâle 1991, p. 124.

[4] Louis-Edmond Pettiti / Emmanuel Decaux / Pierre-Henri Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme. Commentaire article par article*, 2e éd., Paris 1999, p. 900.

[5] Voir l'article 2 alinéa 2 du Code pénal suisse: «Le présent code est aussi applicable aux crimes et aux délits commis avant la date de son entrée en vigueur si l'auteur n'est mis en jugement qu'après cette date et si le présent code lui est plus favorable que la loi en vigueur au moment de l'infraction.»

[6] Plus généralement, le principe de faveur se rencontre également dans le domaine de l'entraide internationale en matière pénale, où il permet d'opérer un partage entre les règles découlant des conventions internationales et du droit interne, seules les dispositions les plus favorables étant réputées trouver application; voir ATF 131 II 132, 136 *A. et K.*; 129 I 462, 464 *X. und Y.* On le trouve aussi à l'article 2 alinéas 2 et 3 de la loi fédérale sur les étrangers du 16 décembre 2005, qui ex-

## B. Les autorités concernées

Conformément à l'article 35 alinéas 1 et 2 Cst., les droits fondamentaux doivent être réalisés dans l'ensemble de l'ordre juridique suisse, quiconque assumant une tâche de l'Etat étant tenu de les respecter et de contribuer à leur réalisation. En Suisse, le principe de faveur peut ainsi trouver application chaque fois qu'un problème de concours de droits fondamentaux se fait jour, sur le plan aussi bien cantonal que fédéral. Ramené à l'essentiel, il concerne cependant deux autorités, l'Assemblée fédérale et le Tribunal fédéral.

### *1. L'Assemblée fédérale*

Le premier cas de mise en œuvre du principe de faveur se présente sur la scène parlementaire. Il a trait au regard que porte l'Assemblée fédérale sur les constitutions cantonales lorsqu'elle est appelée à leur octroyer sa garantie en application des articles 51 alinéa 2 et 172 alinéa 2 Cst.

L'Assemblée fédérale a ainsi vocation à examiner si les droits fondamentaux de rang cantonal tels qu'adoptés à la faveur de révisions constitutionnelles totales ou partielles sont compatibles avec le droit supérieur, de rang fédéral ou international. Cette approche conduit régulièrement le Conseil fédéral à prendre position, à l'attention de l'Assemblée fédérale, sur la portée des droits fondamentaux cantonaux et sur les rapports que ceux-ci entretiennent avec leurs homologues de rang fédéral ou avec les droits de l'homme[7].

On ne connaît toutefois guère de cas dans lequel la garantie aurait été refusée à une constitution cantonale en raison d'un problème de coexistence entre des droits fondamentaux de rang local et le droit supérieur[8], la formule usuelle consistant à dire que les droits de rang cantonal peuvent bénéficier d'une portée propre lorsque la protection qu'ils assurent excède celle qui découle du droit supérieur[9].

---

clut l'application de l'ALCP lorsque le droit interne prévoit des « dispositions plus favorables » en faveur des ressortissants d'Etats membres de la Communauté européenne ou de l'AELE.

7 Voir par exemple le message du Conseil fédéral concernant la garantie de la Constitution du canton de Fribourg, du 16 mai 2004, FF 2005 366.

8 Jean-François Aubert / Pascal Mahon, *Petit Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich 2003, p. 438 relèvent que, sur un plan général, les cas de refus de garantie fédérale sont rares, la pratique de l'Assemble fédérale se montrant très respectueuse des cantons.

9 Dans sa pratique récente, le Conseil fédéral ne relève plus la nature des rapports entre les différents niveaux de protection des droits individuels ; voir le message du Conseil fédéral concernant la garantie de la Constitution de Bâle-Ville, du 24 mai 2006, FF 2006 4869.

## 2. *Le Tribunal fédéral*

Plus fréquent, le deuxième cas d'application du principe de faveur intervient dans le cadre des concours de droits fondamentaux et de droits de l'homme auxquels le juge constitutionnel se trouve confronté. Lorsque les garanties concrètement invoquées possèdent une nature différente, le juge procède sur la base d'une approche visant à assurer une *concordance pratique* entre les diverses positions. Il examine en principe séparément chacune d'entre elles, à moins que la violation de l'une ne rende l'opération d'emblée inutile ou qu'en raison d'un rapport de spécialité, l'un ou l'autre droit ne soit éclipsé par d'autres[10]. Le principe de faveur ne trouve en principe pas droit de cité dans cette démarche.

En revanche, lorsque plusieurs droits au contenu apparemment identique résultent d'une pluralité de sources, il appartient au juge de déterminer celui qui s'impose à ses yeux pour servir de référence pour la résolution du litige. En pareille hypothèse, l'approche de concordance pratique passe par une application du principe de la *subsidiarité*, qui introduit un ordre de priorité ou de préférence dans le choix du droit finalement retenu pour être mis en œuvre[11].

Impliquant une démarche sélective, le principe de faveur n'est cependant pas toujours exclusif. Il peut également entraîner une approche coordonnée des garanties en présence, en conduisant le juge à retenir certes une garantie de manière prioritaire, tout en étoffant l'interprétation qu'il lui confère au moyen de la jurisprudence développée par une autre instance.

Le Tribunal fédéral procède de la sorte, en fondant fréquemment sa casuistique sur les principes développés par la Cour européenne des droits de l'homme dans des domaine tels que la liberté personnelle[12], les garanties de procédure[13], la liberté religieuse ou la liberté d'expression[14], soit des domaines dans lesquels la Cour de Strasbourg s'est illustrée par une jurisprudence riche et étoffée[15]. Mais de manière générale, s'agissant des cas de concours entre la plupart des autres garanties, le Tribunal fédéral s'en tient à son approche classique, selon laquelle seuls sont appliqués les droits fon-

---

10 Jörg Paul Müller, *Eléments pour une théorie suisse des droits fondamentaux*, Berne 1983, p. 170 s. et les références citées.

11 ATF 122 II 140, 142 *Office fédéral de la police* ; 121 I 196, 200 *René Noth* ; 119 Ia 53, 55 *St.* ; 112 Ia 124, 126 *X.* ; 104 Ia 434, 435 *Yolande Stauffacher*.

12 ATF 133 II 6 X. *et consorts*.

13 ATF 133 I 27 *A.* ; 132 I 134, 137 *X. et D. International S.A*.

14 ATF 132 I 256, 260, 263 et 269 *Bündnis für ein buntes Brunnen und Jenni*.

15 Häfelin / Haller (note 3), p. 75.

damentaux qui offrent la protection la plus étendue, les autres étant pour la circonstance dépourvus de portée propre[16].

## II. Evolution historique

Considéré sous un angle historique, le système suisse des droits fondamentaux se caractérise par trois étapes distinctes, nettement séparées dans le temps, qui ont contribué de manière déterminante à façonner le concept de principe de faveur.

Cette évolution témoigne de la diversité des sources qui a progressivement vu le jour, dans le domaine des libertés individuelles d'abord, puis de la perception, principalement prétorienne, des problèmes que la coexistence des droits fondamentaux et des droits de l'homme a occasionnés sur le plan pratique.

### A. Le concours entre les droits fondamentaux de rang fédéral et de rang cantonal

L'émergence du principe de faveur s'est produite dans le contexte des rapports entre les droits fondamentaux issus du droit constitutionnel fédéral, d'une part, et les garanties de même teneur consacrées par les constitutions cantonales, d'autre part.

Les problèmes d'arbitrage relatifs à la portée effective de ces diverses garanties n'ont pas manqué de se poser dès la création de l'Etat fédéral. Cette étape débute ainsi au XIX^e^ siècle et s'étend sur une bonne centaine d'années. Elle a vu le Tribunal fédéral développer progressivement une approche tendant à admettre que les garanties constitutionnelles de rang fédéral représentent la source de référence sinon exclusive, du moins privilégiée en matière de concours de libertés. Les garanties cantonales ont ainsi été peu à peu reléguées au rang de droits de seconde zone, leur prise en considération n'entrant en ligne de compte que dans l'hypothèse où la protection qu'elles octroyaient s'avérait clairement supérieure à celle de leurs cousines d'essence nationale[17].

---

16 ATF 132 I 49, 56 *A. und Mitbeteiligte*; 121 I 267, *269 I.M.*; 119 Ia 53, 55 *St.*; 112 Ia 398, 411 *Association vaudoise des journalistes*.

17 ATF 119 Ia 53, 55 *St.*; 115 Ia 234, 246 *K.*; 108 Ia 155, 157 *Ruppli, Pircher und Lamprecht*; 96 I 350, 355 *Frei*; 95 I 356, 359 *Achermann*; 51 I 485, 498 *Forster*; 45 I 347, 357 *Globus*; 38 I 66, 71 *Globus*; 15. 730, 733 *Weber*; 12. 93, 105 *Schaaff*; 11. 156, 158 *Sprenger*; 5. 334, 337 *Bank in St.-Gallen und Toggenburger Bank*; 5. 193, 196 *Francillon*.

Les termes de cette supériorité n'ont toutefois que rarement donné lieu à une analyse approfondie sur le plan juridique. Insensiblement, les droits fondamentaux protégés par la Constitution fédérale ont ainsi acquis une hégémonie qui, poussant notre Cour suprême à les mettre en œuvre de manière intensive, a exercé un indéniable effet centralisateur sur les pratiques des cantons. Le développement, à partir des années 1960, des libertés non écrites par voie prétorienne a pour sa part contribué à accentuer le phénomène, en raison de l'apparition de nouvelles sources de référence sur le plan national.

## B. Le concours entre les droits fondamentaux et les droits de l'homme

La deuxième étape de l'évolution du principe de faveur débute avec la ratification par la Suisse de la Convention européenne des droits de l'homme, le 28 novembre 1974. Face à cette nouvelle source normative en matière de droits individuels, le Tribunal fédéral s'est trouvé confronté à la nécessité d'opérer une ligne de démarcation entre les garanties constitutionnelles traditionnelles – que celles-ci soient issues du droit fédéral ou de celui des cantons – et celles, plus récentes, issues du droit conventionnel.

Si, durant les premières années qui ont suivi l'entrée en vigueur de la CEDH pour notre pays, les juges fédéraux – ceux de Lausanne comme ceux de Lucerne – ont affiché une tendance évidente à privilégier les droits fondamentaux de rang fédéral par rapport aux garanties européennes, l'évolution de la jurisprudence a débouché sur une approche plus subtile, consistant souvent à prendre en considération les deux niveaux de protection[18], voire même à privilégier le droit conventionnel[19]. En d'autres termes, la pratique a étendu aux dispositions issues du droit international les recettes éprouvées propres au concours entre garanties fédérales et cantonales.

C'est le lieu de souligner que l'une des caractéristiques des droits de l'homme, pour assurer le respect de la dignité humaine, consiste à ne prévoir qu'un *standard minimal* de protection. Tant par la nature, le nombre des droits garantis que par leur envergure, leur finalité n'est pas de détrôner la protection déjà assurée par les droits fondamentaux des Etats, mais bien plus de mettre en place un seuil incompressible de protection. Ce système original

[18] Voir par exemple l'arrêt *X.*, ATF 133 I 12 *X.*, au sujet du droit de l'accusé de bénéficier d'une défense efficace sosus l'angle des articles 32 alinéas 2 et 3 Cst. d'une part, 6 CEDH et 2 du Protocole additionnel n° 7 CEDH d'autre part.

[19] Voir par exemple l'arrêt *X.*, ATF 132 I 127, au sujet de la portée de l'article 6 paragraphes 1 et 3 lettre d CEDH en matière d'admission de témoignages anonymes en procédure pénale.

est tout entier fondé, aussi bien sur le plan universel que régional, sur l'idée de subsidiarité[20].

La Cour de Strasbourg a confirmé cette approche et précisé que, par le système de garantie collective des droits qu'elle consacre, la Convention vient renforcer, conformément au principe de la subsidiarité, la protection qui en est offerte au niveau national, sans jamais lui imposer de limites[21]. C'est pourquoi les instruments de protection des droits de l'homme annoncent la couleur, si l'on peut dire, en affichant leur vocation subsidiaire par rapport aux droits fondamentaux, à l'image non seulement des articles 53 CEDH[22] et 5 paragraphe 2 Pacte I et II[23], mais également, dans une perspective plus large, des articles H de la Charte sociale européenne ou, plus récemment, 53 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne[24].

## C. Le concours entre les droits de l'homme

La troisième étape est la plus récente. Elle concerne les cas de concours entre les droits de l'homme issus des divers instruments internationaux auxquels la Suisse est partie. Alors que l'étape précédente mettait aux prises les garanties constitutionnelles d'origine suisse et les droits protégés par la CEDH, la pratique qui s'est développée depuis une quinzaine d'années révèle des cas de concours entre les garanties internationales elles-mêmes.

Ce nouveau cas de concours traduit l'engagement qu'ont manifesté les autorités fédérales à souscrire progressivement, depuis le début des années 1990, aux instruments internationaux élaborés sous l'égide de l'Organisation des Nations Unies[25]. A la dimension, désormais bien connue, régionale

---

20 Jörg Paul Müller, « Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa – Eineleitungsreferat », *RDS* 2005 II, p. 19, souligne avec pertinence la tendance du Tribunal fédéral à se référer à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, sans s'interroger sur les solutions éventuellement plus favorables susceptibles de résulter des droits fondamentaux consacrés par la Constitution fédérale.

21 ACEDH *Parti communiste unifié de Turquie et autres* du 30 janvier 1998, Rec. 1998-I, p. 17, § 28. Voir également Mark E. Villiger, « The Principle of Subsidiarity in the European Convention on Human Rights », in : *Mélanges Lucius Caflisch*, Leyde 2007, p. 633.

22 Christoph Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2e éd., Munich 2005, p. 5.

23 Manfred Nowak, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights. CCPR Commentary*, 2e éd., Kehl 2005, p. 117. Voir également Jörg Paul Müller, « Allgemeine Bemerkungen zu den Grundrechten », in : Daniel Thürer / Jean-François Aubert / Jörg Paul Müller (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 624.

24 Plus généralement, sur la subsidiarité des droits de l'homme, voir Dina Shelton, « Subsidiarity and Human Rights Law », *HRLJ* 2006, pp. 4-11 et les références citées.

25 Sur les raisons qui ont poussé les autorités fédérales à ratifier le Pacte I et le Pacte II, voir FF 1991 I 1134 ; pour ce qui concerne la ratification de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, voir FF 1992 III 261 ; au sujet de la ratification de la Convention internationale relative aux droits de l'enfant, FF 1994 V 1 ; pour ce qui est de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, voir FF 1995 IV 869.

de la protection des droits de l'homme s'est ainsi ajoutée une strate juridique supplémentaire. Celle-ci associe aux droits fondamentaux et aux droits conventionnels les instruments d'envergure universelle dotés d'une dimension directement applicable en droit interne et qui tendent soit à protéger une globalité de garanties, soit à se concentrer, *ratione personae ou materiae*, sur des aspects plus spécifiques du respect de la dignité humaine.

Le phénomène a débuté avec l'entrée en vigueur pour la Suisse, le 18 septembre 1992, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Il s'est poursuivi avec la ratification, par notre pays, de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements inhumains ou dégradants et la Convention internationale relative aux droits de l'enfant.

Les plus récents de ces instruments possèdent d'ailleurs des clauses prévoyant le maintien non seulement des dispositions internes plus favorables, mais également de celles issues du droit international en vigueur pour cet Etat. L'évolution du principe de faveur a ainsi conduit les auteurs d'instruments internationaux à prolonger ses effets à l'intérieur du droit international lui-même, à l'image des articles 23 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, 1 paragraphe 2 de la Convention contre la torture, et 41 de la Convention relative aux droits de l'enfant.

Pour l'heure, l'approche traditionnelle suivie par le Tribunal fédéral dans la résolution des cas de concours entre droits fondamentaux de rang cantonal, de rang fédéral et CEDH a également été appliquée aux concours entre garanties internationales elles-mêmes[26]. Il n'est pas rare de voir, dans ce contexte, notre Cour suprême affirmer que les instruments de protection des droits de l'homme à vocation universelle ne déploient pas d'effets supérieurs à ceux de la CEDH ou du droit interne. Telle est du moins l'approche qui prévaut en ce qui concerne la portée des articles 7[27], 14 paragraphe 1[28] et 3 lettre b[29] ou 17[30] Pacte II.

Instrument plus récent que la CEDH, le Pacte II joue cependant un certain rôle lorsque les garanties qu'il contient présentent des contours plus

---

[26] ATF 132 I 256, 260 *Bündnis für ein buntes Brunnen und Jenni* : « Die Garantien gemäss Art. 11 EMRK (in Verbindung mit Art. 10 EMRK) und Art. 21 UNO-Pakt II reichen nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung nicht über die dargelegten, aus Art. 16 und 22 BV abgeleiteten Grundsätze für Kundgebungen auf öffentlichem Grund hinaus. »

[27] ATF 126 II 145, 160 *J. Spring* ; 124 I 231, 235 *E.*

[28] RSDIE 2002, p. 449 *X.*

[29] RSDIE 1996, p. 453 *M. S.*

[30] RSDIE 1998, p. 523 *J. M. R. R.*

précis ou, parfois, novateurs par rapport au droit conventionnel. Il en va ainsi de certaines garanties de procédure pénale de l'article 14 paragraphe 3 de l'instrument onusien comme le droit de ne pas contribuer à sa propre incrimination[31], de même que le droit de voter et d'être élu[32] ou d'accéder à une fonction publique[33] au sens de l'article 25. Mais pour le reste, c'est le plus souvent la Convention qui, dûment interprétée et enrichie par la jurisprudence de la Cour, sert d'étalon international privilégié aux juges fédéraux[34].

## III. Les cas d'application

Contrairement à une opinion communément répandue, les cas d'application du principe de faveur ne se réduisent pas à la seule hypothèse de la détermination de la portée matérielle de garanties pourvues d'un contenu apparemment identique, mais procédant de sources juridiques distinctes. Même s'il est certes exact que c'est sous cette forme que la problématique est le plus souvent présentée, que ce soit par la doctrine[35] ou la jurisprudence[36], d'autres cas peuvent se présenter.

On peut, sur le plan théorique, envisager quatre situations distinctes : la nature des droits en cause (A.), leur champ d'application (B.), les restrictions qui leur sont opposables (C.) et, enfin, le statut procédural permettant d'assurer leur protection (D.).

---

31 RSDIE 2006, p. 387 *F.* ; ATF 130 I 126 *X.* ; RSDIE 2005, p. 548 *X.* ; 2004, p. 305 *X.*

32 ATF 125 I 289, 298 *Esther Bucher Helfenstein und Mitbeteiligte ;* 125 I 21, 34 *Grüne Bewegung Uri* ; RSDIE 1998, p. 523 *X.* ; 1996, pp. 421 et 453 *P. G. et consorts*.

33 RSDIE 2006, p. 387 *A. ;* 2006, p. 388 *A.* ; ATF 123 I 152, 158 *G. und Mitbeteiligte*.

34 Voir, par exemple, ATF 131 IV 23, 27 *Jürg Scherrer* sur la portée de la liberté d'expression en lien avec les propos racistes ou RSDIE 2005, p. 562 *Baschung und Mitbeteiligte* sur l'interdiction de publicité à caractère politique.

35 Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. II, *Les droits fondamentaux*, 2e éd., Berne 2006, pp. 41, 47 et 126 ; Aubert / Mahon (note 8), p. 65 ; Häfelin / Haller (note 3), pp. 73 et 75.

36 ZBl. 2006, pp. 583, 584 *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG :* « Die Informationsfreiheit nach Art. 16 Abs. 1 und 3 BV räumt jeder Person das Recht ein, Informationen frei zu empfangen, aus allgemein zugänglichen Quellen zu beschaffen und zu verbreiten. Die Informationsfreiheit beschränkt den grundrechtlich gewährleisteten Zugang allerdings auf Informationen aus allgemein zugänglichen Quellen. Ob eine Informationsquelle im Sinne der Verfassungsbestimmung als allgemein zugänglich zu betrachten ist, bestimmt sich weitgehend nach der entsprechenden Umschreibung und Wertung durch den Verfassungs- und Gesetzgeber. In gleicher Weise garantiert Art. 10 EMRK die Freiheit der Meinungsäusserung im Allgemeinen, beschränkt die Informationsfreiheit indes gleichermassen auf allgemein zugängliche Informationen. Insoweit reicht Art. 10 EMRK nicht über Art. 16 BV hinaus » ; voir également ATF 121 I 196, 200 *René Noth* ; 119 Ia 53, 55 *St.* ; 112 Ia 124, 126 *X.* ; 98 Ia 484, 487 *B*.

## A. La nature des garanties

### *1. Le nombre de droits*

Les catalogues de droits fondamentaux et de droits de l'homme ne comprennent pas, tant s'en faut, un nombre illimité de garanties. Il existe au contraire une sorte de *numerus clausus* en la matière, qui fait obstacle à ce que n'importe quel type de comportement humain soit appréhendé et protégé par le droit constitutionnel ou le droit international[37]. De fait, par la nature des choses, certains droits peuvent être consacrés à un niveau normatif, et pas à l'autre.

Le premier cas d'application du principe de faveur concerne en conséquence le nombre et la nature des droits garantis. Il a pour effet de contraindre les praticiens à établir un inventaire des droits fondamentaux et des droits de l'homme à disposition, afin de déterminer le niveau de protection qui, sur le plan quantitatif d'abord, permet d'assurer une sauvegarde optimale des intérêts en jeu.

L'exemple le plus communément cité concerne les droits fondamentaux de rang cantonal qui, à la faveur des mouvements de révision totale qu'ont connus la plupart des constitutions des cantons depuis une quarantaine d'années, comprennent souvent des garanties encore inconnues du droit fédéral ou international[38].

Mentionnons, à titre d'exemple, la garantie constitutionnelle de formes de vie en commun autres que le mariage[39], la liberté de manifestation[40], ou encore le droit des parents d'obtenir, à des conditions supportables financièrement, la possibilité de confier de jour leurs enfants à un lieu d'accueil, public ou privé[41]. On trouve également d'importantes garanties, complémentaires à celles qui découlent du droit fédéral ou international, dans le domaine de la procédure pénale[42], à l'image du droit d'être indemnisé en cas de dom-

---

37 La liberté personnelle ne protège pas, par exemple, un droit à la formation (ATF 100 Ia 189, 194 *Feuz*), celui de naviguer sur un plan d'eau déterminé (ATF 108 Ia 59, 61 *Schweizerische Vereinigung für den Wassersport*) ou encore de détenir une arme (ATF 118 Ia 305, 315 *X.*). Voir, pour ce qui est de la CEDH, Villiger (note 21), p. 624, note 10: «The Convention never intended to be exhaustive and include *all* basic human rights (...). Only some are mentioned, and other human rights exist *praeter conventionem* some of which have meanwhile been codified in various additional Protocols to the Convention. The system provides for European integration *à différentes vitesses*.»

38 Vincent Martenet, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle 1999, p. 423 et les références citées.

39 Art. 13 Cst. ZH; art. 14 Cst. FR; art. 12 al. 2 Cst. NE.

40 Art. 24 Cst. FR; art. 21 Cst. VD; art. 20 Cst. NE.

41 Art. 11 al. 2 let. a Cst. BS.

42 Gérard Piquerez, *Traité de procédure pénale suisse*, 2e éd., Zurich 2006, p. 119 et les références citées.

mage résultant d'activités licites de l'Etat comme l'arrestation ou la détention injustifiée[43].

Dans tous ces domaines, le principe de faveur doit logiquement conduire à la prise en compte des droits fondamentaux plus généreusement consacrés sur le plan cantonal que sur le plan fédéral. Sur le terrain concret cependant, on observe que le potentiel de protection qu'offrent les garanties cantonales reste largement sous-exploité.

## 2. *L'applicabilité directe*

La juridiction constitutionnelle qui a cours en Suisse se caractérise par le fait que seuls les droits qui permettent d'assurer la protection d'intérêts individuels et qui présentent des contours suffisamment précis pour être revendiqués directement devant le juge, sans législation préalable d'exécution, sont sujets à recours[44]. Les dispositions qui, en sens inverse, ne possèdent qu'une vocation programmatique ne sauraient être génératrices de droits individuels[45]. De longue date, le degré de justiciabilité représente ainsi un élément central dans la reconnaissance et la mise en œuvre des droits fondamentaux[46].

Les textes qui énoncent des droits fondamentaux et des droits de l'homme ne sont pas toujours d'une clarté évidente en la matière. Il convient donc de les interpréter, leur exégèse visant à révéler leur éventuelle applicabilité directe ou, en sens inverse, à confiner leurs effets aux seules autorités,

---

43 Art. 13 al. 2 et 3 Cst. BL ; art. 21 al. 5 Cst. AR ; art. 30 al. 5 Cst. VD ; art. 30 al. 5 Cst. TI.

44 ATF 131 I 366, 368 *Schweizerische Volkspartei des Kantons Solothurn* : « Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts, dem die Konkretisierung dieses Begriffes obliegt (…), gelten als verfassungsmässige Rechte Verfassungsbestimmungen, die dem Bürger einen Schutzbereich gegen staatliche Eingriffe sichern wollen oder welche, obwohl vorwiegend im öffentlichen Interesse erlassen, daneben auch noch individuelle Interessen schützen (…). Bei der Bestimmung des Vorliegens von verfassungsmässigen Rechten stellt das Bundesgericht insbesondere auf das Rechtsschutzbedürfnis und die Justiziabilität ab (…). Nach der Doktrin gelten als verfassungsmässige Rechte justiziable Rechtsansprüche, die nicht ausschliesslich öffentliche Interessen, sondern auch Interessen und Schutzbedürfnisse des Einzelnen betreffen und deren Gewicht so gross ist, dass sie nach dem Willen des demokratischen Verfassungsgebers verfassungsrechtlichen Schutzes bedürfen (…). Zu den verfassungsmässigen Rechten in diesem Sinne gehören solche gemäss Bundesverfassungsrecht, Europäischer Menschenrechtskonvention und andern Menschenrechtspakten wie auch die durch die Kantonsverfassungen gewährleisteten Rechte. »

45 ATF 131 I 366, 369 *Schweizerische Volkspartei des Kantons Solothurn*.

46 Jörg Paul Müller, « Introduction aux droits fondamentaux », in : *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, Bâle / Berne / Zurich 1987, pp. 4, 15 et 27 et les références citées.

qui doivent en pareille hypothèse les détailler pour préciser leur contenu et leurs effets[47].

Alors que la CEDH[48] et le Pacte II[49] sont réputés *self executing* et renferment ainsi des droits qui peuvent entrer en concours avec les garanties correspondantes d'origine interne[50], le Pacte I contient toute une série de droits auxquels le Tribunal fédéral s'emploie régulièrement, en dépit des critiques formulées par la doctrine[51], à dénier tout effet direct en droit interne[52]. Il s'ensuit que ces garanties ne sont pas d'un grand secours pour le justiciable, par comparaison avec d'autres garanties issues du droit national qui, pour protéger les mêmes valeurs, sont réputées directement applicables.

---

47 Comme le relevait magistralement le jubilaire en 1976 déjà à propos de la CEDH, « l'applicabilité directe d'une convention internationale doit être soigneusement distinguée de sa validité immédiate en droit interne, avec laquelle on la confond parfois. La validité d'une règle conventionnelle en droit interne n'est qu'une condition de son applicabilité directe » ; Giorgio Malinverni, « L'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Suisse », *XV^e Journée juridique*, Genève 1976, p. 6.

48 ATF 101 Ia 67 *Diskont- und Handelsbank AG*.

49 ATF 128 III 244, 245 *Z.* ; Giorgio Malinverni, « Les Pactes dans l'ordre juridique suisse », in : Walter Kälin / Giorgio Malinverni / Manfred Nowak, *La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, Bâle 1997, p. 72.

50 ATF 130 II 337, 341 *X*.

51 Malinverni (note 49), p. 76 ; Jörg Künzli / Walter Kälin, « Die Bedeutung des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte für das schweizerische Recht », in : Walter Kälin / Giorgio Malinverni / Manfred Nowak, *La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, Bâle 1997, p. 105 ; Walter Kälin / Jörg Künzli, *Universeller Menschenrechtsschutz*, Bâle 2005, p. 47.

52 ATF 126 I 240, 243 *A. und B.* : « Der UNO-Pakt I gilt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes, vorbehältlich gewisser Ausnahmen, nicht als direkt anwendbar. Er enthält (…) in Art. 6-15 einen Katalog wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte, zu deren voller Verwirklichung sich jeder Vertragsstaat unter Ausschöpfung aller seiner Möglichkeiten und mit allen geeigneten Mitteln, vor allem durch gesetzgeberische Massnahmen sowie durch internationale Hilfe und Zusammenarbeit, verpflichtet (vgl. Art. 2 Abs. 1). Die von der Schweiz mit diesem Pakt eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen haben insofern programmatischen Charakter ; die Vorschriften des Paktes richten sich – anders als die direkt anwendbaren Garantien des Internationalen Paktes vom 16. Dezember 1966 über bürgerliche und politische Rechte, dem die Schweiz gleichzeitig ebenfalls beigetreten ist – nicht an den Einzelnen, sondern (primär) an die Gesetzgeber der Vertragsstaaten, welche sie als Richtlinien für ihre Tätigkeit zu beachten haben (…). Bundesrat und Parlament gingen dementsprechend davon aus, die Vorschriften des UNO-Paktes I gewährten dem Einzelnen, von allfälligen wenigen Ausnahmen abgesehen, grundsätzlich keine subjektiven und justiziablen Rechte, welche der Bürger vorschweizerischen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden anrufen könnte (…). Diese in BGE 120 Ia 1 E. 5 begründete Rechtsprechung, wonach der UNO-Pakt I grundsätzlich keine direkt anwendbaren Individualgarantien enthält, wurde in einer Reihe späterer Entscheide bestätigt (…). Die Möglichkeit, dass einzelne Bestimmungen des Paktes ausnahmsweise direkt anwendbar sein könnten, wurde aber (…) nicht ausgeschlossen, sondern, zum Teil unter beispielsweiser Nennung von Aspekten der in Art. 8 gewährleisteten Gewerkschaftsfreiheit, ausdrücklich vorbehalten. ». Voir également RSDIE 2002, p. 449 *X.* ; ATF 126 I 240, 242 *A.* ; 123 II 472, 478 *H.* ; RSDIE 1998, p. 522 *I. M.* ; ATF 120 Ia 1, 12 *Verband Studierender an der Universität Zürich*.

On peut évoquer à ce sujet le droit à l'enseignement gratuit au sens de l'article 13 Pacte I, disposition que le Tribunal fédéral considère traditionnellement comme dépourvue d'applicabilité directe[53], alors que, à titre de comparaison, le droit à un enseignement de base suffisant et gratuit, pour résulter de l'article 19 Cst., est considéré comme un droit fondamental doté de justiciabilité[54]. De même, le droit de bénéficier d'un niveau de vie suffisant pour soi-même et sa famille au sens de l'article 11 Pacte I est réputé dépourvu d'applicabilité directe[55], alors que le droit à des conditions minimales d'existence au sens de l'article 12 Cst. peut quant à lui être invoqué en justice[56].

## B. Le champ d'application

Le cas d'application du principe de faveur que l'on rencontre le plus fréquemment concerne la portée des droits garantis[57]. Il conduit à s'interroger sur le champ respectif de différentes normes de rang constitutionnel ou conventionnel susceptibles d'entrer en concours. Ce cas de concours se divise à son tour en plusieurs catégories, qui permettent de révéler les contours du champ opératoire et, partant, l'envergure des droits en cause. On distingue ainsi entre le champ d'application personnel, matériel et territorial.

### *1. Le champ d'application personnel*

Sous l'angle de leur champ d'application personnel, également appelé titularité, les droits fondamentaux et les droits de l'homme peuvent connaître des variations sensibles. La même garantie peut ainsi être conçue de façon plus ou moins étendue en fonction du cercle de ses bénéficiaires.

A teneur de l'article 24 Cst., la liberté d'établissement n'est par exemple reconnue qu'aux citoyens suisses, lesquels sont ainsi seuls à disposer du droit de s'établir en un lieu quelconque du pays[58]. L'article 25 alinéa 1 Cst. les protège également contre l'expulsion, l'extradition ou le refoulement. L'article 2 du Protocole n° 4 CEDH consacre pour sa part la liberté de circulation plus largement, dans la mesure où « quiconque » se trouve régulièrement sur le

53 ATF 130 I 113, 123 *A.* ; RSDIE 2002, p. 448 *A. Z.*, *X.*

54 ATF 129 I 12, 16 *V. und 20 Mitb.*

55 ATF 122 I 101, 103 *E. M.*

56 ATF 131 I 166, 172 *X.*

57 Voir, par exemple, les développements de Grabenwarter (note 22), p. 16 et de Nowak (note 23), p. 118 ; Jan De Meyer, « Brèves réflexions à propos de l'article 60 de la Convention européenne des droits de l'homme », in : *Mélanges Gérard J. Wiarda*, Cologne 1988, p. 125.

58 FF 1997 I 172.

territoire d'un Etat partie a le droit d'y circuler librement et d'y choisir sa résidence. Cet instrument n'est toutefois toujours pas applicable en Suisse, faute de ratification par le Conseil fédéral[59].

L'article 12 Pacte II consacre pour sa part une garantie identique, à laquelle le Conseil fédéral a toutefois apporté une réserve précisément relative au caractère cantonal des autorisations de séjour et d'établissement délivrées aux étrangers. Pour les ressortissants communautaires en revanche, l'Accord sur la libre circulation des personnes garantit une liberté de circulation quasiment inconditionnelle qui, sous l'angle de son champ d'application personnel, octroie une protection plus étendue que l'article 24 Cst.

## 2. *Le champ d'application matériel*

Le principe de faveur trouve un terrain d'action privilégié dans le champ d'application matériel des droits fondamentaux. Il s'agit en effet de l'un des domaines dans lesquels ce principe est le plus communément utilisé pour arbitrer les problèmes occasionnés par la coexistence de garanties de contenu *prima vista* identique, mais procédant de sources normatives différentes.

On peut mentionner, à titre d'exemple, le droit d'obtenir une réponse, le cas échéant dans un certain délai, en cas de pétition, tel qu'énoncé par plusieurs constitutions cantonales[60], alors même que l'article 33 alinéa 2 Cst. n'oblige pour sa part les autorités qu'à prendre connaissance des pétitions qui leur sont adressées, sans autre obligation[61].

Citons également l'article 29a Cst., qui garantit le droit général d'accès au juge, alors que les articles 6 paragraphe 1 CEDH et 14 paragraphe 1 Pacte II confinent la portée du droit de voir sa cause traitée par un tribunal aux seules contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil ou sur le bien-fondé d'une accusation en matière pénale[62]. De même, la garantie du procès équitable au sens de l'article 29 alinéa 1 Cst. vaut pour toute procédure judiciaire ou administrative. Elle va au-delà de celle de l'article 6 paragraphe 1 CEDH et de l'article 14 paragraphe 1 Pacte II[63].

Le principe d'égalité n'échappe pas non plus à la nécessité de déterminer le champ d'application matériel des normes constitutionnelles et conventionnelles qui le consacrent. Tel qu'énoncé par l'article 8 Cst. et par nombre de constitutions cantonales, ce droit possède une portée indépendante qui, en

59 FF 2004 3606.

60 Art. 11 al. 2 let. b Cst. BS ; art. 3 let. d Cst. SG ; art. 8 al. 2 let. l Cst. TI ; art. 21 al. 2 Cst. NE.

61 FF 1997 I 190 ; ATF 119 Ia 53, 55 *St.*

62 Voir également Auer / Malinverni / Hottelier (note 35), p. 41 et les autres références citées.

63 ATF 131 II 169, 173 *Abacha et consorts ;* 130 I 269, 272 *X.*

dépit de formules ambiguës employées parfois par la jurisprudence, peut être invoqué tel quel par ses bénéficiaires. Il en va tout différemment des instruments conventionnels auxquels la Suisse est partie.

L'article 14 CEDH est en effet conçu dans une perspective restrictive, qui fait dépendre sa mise en œuvre de l'invocation d'une autre norme conventionnelle. Autrement dit, là où le droit suisse garantit l'égalité face au droit dans son ensemble, l'article 14 CEDH ne consacre que l'égalité devant la Convention et ses instruments additionnels. Il en va de même de l'article 2 Pacte II. Quant à l'article 26 du même instrument, sa portée est conçue plus largement, puisque la disposition énonce le principe général d'égalité devant la loi. Aussi, afin d'éviter que le principe de faveur conduise à privilégier la norme onusienne au détriment du principe constitutionnel d'égalité, le Conseil fédéral a formulé une réserve qui a pour effet de priver l'article 2 Pacte II de toute indépendance, réduisant du même coup sa portée à la seule égalité devant le Pacte lui-même.

### *3. Le champ d'application territorial*

Un cas d'application plus théorique du principe de faveur a trait à l'envergure territoriale des droits fondamentaux et des droits de l'homme. Les diverses garanties portant sur le même objet peuvent ainsi être dotées d'une dimension géographique plus ou moins étendue.

Pour ne concerner que les autorités locales, soit les organes de rang cantonal et communal, les droits fondamentaux prévus par les constitutions des cantons ne déploient qu'un champ opératoire limité d'un point de vue géographique. On sait d'ailleurs que cette particularité constitue l'une des raisons qui ont poussé le Tribunal fédéral à doter certaines libertés d'essence traditionnellement cantonale d'une force expansive sur le plan national à travers la reconnaissance, au début des années 1960, de libertés non écrites[64].

La nécessité de lier également les autorités fédérales à travers la mise en place de standards de rang fédéral a ainsi agi comme un puissant levier tendant à assurer à des libertés telles que la garantie de la propriété[65], la liberté d'expression[66] ou la liberté personnelle[67] une protection plus étendue, donc plus favorable que des standards diffus, limités au seul territoire des éventuels cantons qui les avaient instituées. L'exigence tirée de la réalité constitutionnelle (« *Verfassungswirklichkeit* ») posée par la jurisprudence, selon

---

64 Holger Schäfer, *Die ungeschriebenen Freiheitsrechte in der schweizerischen Bundesverfassung von 1874 im Vergleich mit dem Grundgesetz*, Francfort-sur-le-Main 2002, p. 31 ss.

65 ZBl. 1961, pp. 69, 72 *Keller*.

66 ATF 87 I 114, 117 *Sphinx-Film*.

67 ATF 89 I 92, 98 *Kind X*.

laquelle la faculté érigée au rang de liberté non écrite fédérale suppose une reconnaissance préalable par un grand nombre de cantons, souligne l'importance que les juges fédéraux attachent au champ d'application territorial des droits fondamentaux[68].

La dimension territoriale du principe de faveur joue également un rôle considérable à l'échelon international, dès lors que l'envergure des instruments de protection des droits de l'homme varie selon que ceux-ci revêtent une portée régionale ou universelle. Dans le domaine de la coopération internationale en matière pénale, le Tribunal fédéral a fréquemment l'occasion de souligner que la CEDH et le Pacte II garantissent des standards minimaux en matière de protection des droits individuels qui font partie de l'ordre public international[69]. Le Pacte II déploie néanmoins un effet utile pour légitimer les exigences que les autorités suisse peuvent imposer à des Etats non européens qui, faute d'être liés par la Convention, sont néanmoins soumis au respect des garanties de cet instrument[70]. On peut également citer, dans ce contexte, le respect des principes découlant des règles impératives du droit international qui, à l'image de l'interdiction de la torture, lient l'ensemble des Etats, indépendamment du fait que ceux-ci sont parties à la CEDH ou au Pacte II[71].

## C. Les conditions de restriction

Parmi les droits fondamentaux, la catégorie des libertés obéit à un régime de restrictions que tant l'article 36 Cst. que la CEDH et le Pacte II encadrent. Ce régime minceur, si l'on peut dire, obéit à une triade de conditions apparemment bien connues – existence d'une base légale, présence d'un motif d'intérêt public ou privé prépondérant, respect du principe de la proportionnalité –, mais dont l'étude révèle certaines différences notables, qui présentent autant d'interstices dans lesquels le principe de faveur peut trouver matière à s'appliquer. Sans prétendre à l'exhaustivité, nous en relèverons quelques unes.

---

68 ATF 121 I 367, 370 *V.*; 115 Ia 234, 268 *K. und Mitbeteiligte*; 104 Ia 88, 96 *Bürgin*; 100 Ia 392, 400 *Komitee für Indochina*.

69 ATF 129 II 268, 270 *Abacha et consorts*; 129 II 100, 104 *X.*; ATF 126 II 324, 327 *Glouchkov*; 125 II 356, 364 *K. et consorts*; 123 II 511, 521 *A.*

70 RSDIE 2001, p. 376 *C. und A.*; 2001, p. 377 *G.*: «Nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist im Verhältnis zu aussereuropäischen Staaten auf die Gewährleistung des UNO-Paktes II und nicht der EMRK abzustellen». Voir également RSDIE 2006, p. 361 *X.*; 2005, p. 540 *X.*; ATF 129 II 268, 275 *Abacha et consort s*; RSDIE 1997, p. 550 *K. S.*; ATF 122 II 140, 143 *Office fédéral de la police*.

71 RSDIE 2001, p. 382 *D.*; «Das Bundesgericht berücksichtigt das Folterverbot als zwingende Regel des Völkerrechts aber auch dann, wenn zwischen der Schweiz und dem ersuchenden Staat kein entsprechendes Abkommen besteht.»

## 1. *La base légale*

Le système suisse des droits fondamentaux repose sur une conception relativement stricte du principe de la légalité qui, à teneur de l'article 36 alinéa 1 Cst., voit les restrictions graves nécessiter l'existence d'une loi au sens formel[72]. Rapportée au plan fédéral, l'exigence traduit de manière directe, sur le plan institutionnel, la concrétisation du contrat social et la permanence des instruments de démocratie directe à travers l'exigence d'une loi émanant des deux chambres du parlement et soumise, le cas échéant, au référendum populaire[73].

La CEDH connaît pour sa part une conception autonome de la légalité, selon laquelle la mesure incriminée doit, au-delà des apparences formelles, simplement se fonder sur une base juridique en droit interne, cette dernière devant être accessible au justiciable – lequel peut être amené à s'entourer, au besoin, de conseils éclairés –, et prévisible dans ses effets[74]. L'exigence de la légalité telle qu'elle figure dans le Pacte II ne paraît pas revêtir des contours différents du droit conventionnel[75].

Traditionnellement, la protection qu'offre le droit suisse est ainsi réputée plus favorable que celle qui découle du droit international. A l'intérieur de ce cadre assez lâche, même la clause générale de police au sens de l'article 36 alinéa 1 Cst. a été jugée conforme aux exigences conventionnelles aussi bien par la Commission[76] que, plus récemment, par la Cour européennes des droits de l'homme[77].

## 2. *Les motifs de restriction et le principe de la proportionnalité*

Tout comme les motifs de restriction des libertés, le principe de la proportionnalité paraît revêtir la même portée pour les droits fondamentaux – qu'ils

---

72 ATF 130 I 360 *X.*; 130 I 65 *X.*; 130 I 16, 19 *X.*; 130 I 1, 8 *D.*

73 Cf. art. 163 al. 1, 164 al. 1 let. b et 141 let. a Cst.

74 ACEDH *Dammann c. Suisse* du 25 avril 2006, § 32; *Maestri c. Italie* du 17 février 2004, Rec. 2004-I, p. 159, § 30; *Hertel c. Suisse* du 25 août 1998, Rec. 1998-VI, p. 2325, § 35; *Kopp c. Suisse* du 25 mars 1998, Rec. 1998-II, p. 540, § 55.

75 Manfred Nowak, «Inhalt, Bedeutung und Durchsetzungsmechanisment der beiden UNO-Mechschenrechtspakte», in: Walter Kälin / Giorgio Malinverni / Manfred Nowak, *La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, Bâle 1997, p. 13; Giorgio Malinverni, «Les Pactes et la protection des droits de l'homme dans le cadre européen», in: Walter Kälin / Giorgio Malinverni / Manfred Nowak, *La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, Bâle 1997, p. 64.

76 Req. n° 8191/78, D. R. 17, p. 93 *Rassemblement jurassien c. Suisse*, décision du 10 octobre 1979; JAAC 47/IV (1983), n° 196.

77 Req. n° 63062/00, *Schneiter c. Suisse*, décision du 31 mars 2005, JAAC 69/VI (2005), n° 129.

soient de rang fédéral ou cantonal – et pour les droits de l'homme. Une analyse de leur mise en œuvre par le Tribunal fédéral et par la Cour de Strasbourg révèle toutefois une approche parfois plus libérale au niveau international, tout particulièrement dans le domaine de la liberté d'expression.

Pour reconnaître en effet une certaine marge d'appréciation aux autorités nationales dans la mise en œuvre des droits garantis par la Convention, la Cour n'en exerce pas moins un contrôle sur les pratiques nationales qui peut s'avérer serré[78]. Conformément à la formule consacrée, la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais de vérifier les décisions qu'elles ont rendues en vertu de leur pouvoir d'appréciation. Il ne s'ensuit pas qu'elle doive se borner à rechercher si l'Etat défendeur a usé de ce pouvoir de bonne foi, avec soin et de façon raisonnable : il lui faut considérer l'ingérence litigieuse à la lumière de l'ensemble de l'affaire pour déterminer si elle était proportionnée au but légitime poursuivi et si les motifs invoqués par les autorités nationales pour la justifier apparaissent pertinents et suffisants. Ce faisant, la Cour doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés par la Convention et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents[79].

L'étendue de la marge d'appréciation reconnue aux Etats peut varier, pour l'essentiel, en fonction de trois critères, à savoir le type de personne concerné par la restriction en cause, la nature du droit invoqué et la gravité de la restriction.

S'agissant du type de personne, la Cour tend à reconnaître que les limites de la critique admissible sont plus larges pour les hommes politiques et pour les représentants de l'Etat agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles que pour un simple particulier. Corrélativement, les restrictions à la liberté d'expression sont plus aisément admissibles à l'égard des premiers. En ce qui concerne la nature du droit invoqué, la Cour considère que les restrictions à la liberté d'expression, pour porter sur l'un des fondements essentiels d'une société démocratique et l'une des conditions primordiales de son progrès et de l'épanouissement de chacun, conduisent à ne reconnaître qu'une marge d'appréciation restreinte en faveur des autorités nationales[80]. Enfin, les restrictions à cette liberté qui sont comparables à une forme de censure ne trouvent en principe pas grâce devant les juges européens.

Les exemples sont désormais tristement nombreux dans lesquels la Cour a, après avoir exercé un contrôle strict de la proportionnalité de restrictions

78 Shelton (note 24), p. 9 et les références citées.

79 ACEDH *Steel et Morris c. Royaume-Uni* du 15 février 2005, § 49 ; *Cumpana et Mazare c. Roumanie* du 17 décembre 2004, Rec. 2004-XI, p. 48, § 89.

80 ACEDH *Plon c. France* du 18 mai 2004, Rec. 2004-IV, p. 31, § 44.

à l'article 10 CEDH, condamné la Suisse pour violation de la liberté d'expression. Dans l'affaire *Hertel*, l'approche du Tribunal fédéral privilégiant l'application de la loi fédérale contre la concurrence déloyale au profit de la liberté économique – mais au détriment de la liberté d'expression du requérant –, donne lieu à un « examen attentif » de la proportionnalité d'une mesure d'interdiction de publier les extraits d'une étude scientifique faisant état des risques pour la santé liés à l'utilisation de fours à micro-ondes. Au final, le raisonnement des juges fédéraux n'est pas suivi par la Cour[81].

L'affaire *Verein gegen Tierfabriken* également voit la Cour condamner la Suisse pour violation de l'article 10 CEDH en raison du refus des autorités internes de diffuser un message publicitaire sur les ondes de la télévision, compte tenu de son prétendu caractère politique[82]. Dans l'affaire *Dammann*[83], la Cour, confrontée à une « espèce de censure » frappant la liberté de la presse, ne concède qu'une marge d'appréciation restreinte aux autorités helvétiques. Le constat d'une violation de l'article 10 CEDH s'ensuit, en raison de la condamnation du requérant à une amende de Fr. 500.– pour instigation à violation du secret de fonction au sens de l'article 320 du Code pénal.

Plus récemment, l'affaire *Monnat* révèle une autre violation de l'article 10 CEDH à la suite des sanctions prises à propos d'une émission de la télévision romande relative à l'affaire des fonds en déshérence et, plus largement, à la position de la Suisse durant la seconde guerre mondiale[84]. Dans ce cas aussi, c'est une « espèce de censure » qui est épinglée par la Cour[85].

On peut conclure de ce qui précède que, dans le domaine de la liberté d'expression, le principe de faveur conduit la Cour à procéder à une analyse du principe de la proportionnalité fondamentalement différente de celle retenue par le Tribunal fédéral. La preuve est ainsi faite que, dans le domaine de la liberté d'expression, la Convention, pour certes n'instituer qu'un seuil inférieur de protection, tend bien souvent à assurer une protection plus favorable que celle qui est issue du droit suisse.

## D. La protection

Le principe de faveur est généralement connu en lien avec la *substance* des droits fondamentaux et des droits de l'homme, c'est-à-dire essentiellement

81 ACEDH *Hertel c. Suisse* du 25 août 1998, Rec. 1998-VI, p. 2328, § 47.

82 ACEDH *Verein gegen Tierfabriken c. Suisse* du 28 juin 2001, Rec. 2001-VI, p. 292, § 69.

83 ACEDH *Damman c. Suisse* du 25 avril 2006, § 51.

84 ACEDH *Monnat c. Suisse* du 21 septembre 2006, § 58.

85 *Ibidem*, § 70.

sous l'angle des droits matériels dont il est ainsi appelé à modeler les contours, ainsi que nous venons de le voir. Il possède pourtant une envergure plus large, moins connue, qui devrait pousser les autorités à s'interroger de manière systématique sur les enjeux inhérents aux *règles de procédure* destinées à assurer la sanction de ces garanties.

## *1. L'instance compétente*

L'instance compétente représente une variable qui illustre de manière évocatrice la signification du principe de faveur. En Suisse, il est de nos jours communément admis que le Tribunal fédéral et, à son exemple, les instances judiciaires des cantons sont compétents pour statuer indistinctement sur la violation des droits fondamentaux, quel que soit le rang respectif qu'occupent ces garanties.

Fondé sur l'article 189 alinéa 1 Cst., l'article 95 LTF énonce les motifs susceptibles d'être articulés dans le cadre des recours unifiés prévus par les articles 72 ss LTF. Chacun de ces recours peut être formé pour violation du droit fédéral, lequel comprend aussi bien les droits fondamentaux protégés par la Constitution fédérale que les droits de l'homme. L'article 95 lettre c LTF permet en outre au justiciable de s'en prendre à la violation des droits constitutionnels de rang cantonal[86]. Il n'en a toutefois pas toujours été ainsi.

Jusqu'en 1874, c'était le Conseil fédéral qui était compétent pour statuer sur les recours mettant en cause les droits fondamentaux, l'Assemblée fédérale fonctionnant alors comme instance de recours. Le Tribunal fédéral ne pouvait connaître que des cas que lui transmettait l'Assemblée fédérale[87]. Sous l'empire de la Constitution fédérale du 29 mai 1874, une dualité de voies de recours a également prévalu pendant un certain temps.

Alors que le Tribunal fédéral disposait de la compétence de veiller au respect des droits fondamentaux consacrés par les constitutions cantonales, le Conseil fédéral avait conservé, à teneur de la loi fédérale d'organisation judiciaire alors en vigueur, des compétences juridictionnelles pour les cas mettant en jeu certaines garanties spécifiques, compte tenu des enjeux politiques et administratifs qui leur étaient inhérents. Tel était le cas de la liberté

---

86 François Bellanger, «Le recours en matière de droit public», in: Bénédict Foëx / Michel Hottelier / Nicolas Jeandin (éd.), *Les recours au Tribunal fédéral*, Zurich 2007, p. 153; Hansjörg Seiler / Nicolas von Werdt / Andreas Güngerich, *Bundesgerichtstgesetz (BGG). Bundesgesetz über das Bundesgericht*, Berne 2007, p. 404; FF 2001 4132.

87 Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Vol. I, *L'Etat*, 2e éd., Berne 2006, p. 686; Alfred Kölz, *Neuere schweizerische Verfassungsgeschichte. Ihre Grundlinien in Bund und Kantonen seit 1848*, Berne 2004, p. 802.

religieuse[88], de la liberté du commerce et de l'industrie[89], de la liberté d'établissement, du droit à l'enseignement primaire gratuit ou encore des droits politiques cantonaux[90]. Ces compétences ont progressivement été attribuées au Tribunal fédéral, en 1893, puis en 1911[91].

Même si l'essentiel de la casuistique du Tribunal fédéral a, durant la période qui s'étend de 1875 à 1915, concerné le principe d'égalité de traitement[92], il n'en demeure pas moins que, dans l'intervalle, des conflits positifs de compétences n'ont pas manqué de se poser entre le Tribunal fédéral et le Conseil fédéral. Tel a été le cas pour les recours qui, pour certes porter, *ratione loci*, sur des droits fondamentaux d'origine cantonale, relevaient *ratione materiae* de la compétence du Conseil fédéral[93].

Notre Cour suprême a résolu ce conflit en se référant à l'étendue de la protection propre aux garanties cantonales, le droit réputé le plus favorable déterminant, du même coup, l'instance compétente.

Quelques-unes des belles pages de l'histoire suisse des droits fondamentaux et du principe de faveur ont été rédigées à l'époque – en caractères gothiques de surcroît[94] –, par le Tribunal fédéral. Lorsque les compétences du Tribunal fédéral dans le domaine de la juridiction constitutionnelle ont été étendues, le principe de faveur a été à nouveau utilisé pour marquer, sur le plan du droit matériel cette fois, la ligne de démarcation entre les droits fondamentaux de rang fédéral et les garanties de droit cantonal.

De nos jours, la détermination de l'instance compétente ne présente plus guère d'intérêt dans le cadre de la mise en œuvre du principe de faveur en Suisse. Il en va autrement pour ce qui concerne les mécanismes internationaux de contrôle du respect des droits de l'homme, à un double égard.

Le premier cas concerne la Cour européenne des droits de l'homme. Via le contrôle qu'exerce la Cour de Strasbourg, le droit conventionnel bénéficie incontestablement, dans certains domaines, d'une protection originale, parfois plus étendue que les droits fondamentaux d'origine interne, ainsi que

---

88 ATF 6. 599, 606 *Conseil paroissial de Porrentruy*.

89 ATF 3. 256, 258 *Alpgenossenschaft Redeten*.

90 ATF 1. 343, 345 *Uehlinger*.

91 Auer / Malinverni / Hottelier (note 87), p. 687 ; Kölz (note 87), p. 805 ; Müller (note 10), p. 59 et les références citées.

92 Kölz (note 87), p. 806.

93 Voir Otto K. Kaufmann, « Verfassungsgerichtsbarkeit 1875-1974-19…? », *RDS* 1974 I 341 ; Theodor de Joncheere, *Der Rechtsschutz in Verfassungsstreitigkeiten durch die politischen Bundesbehörden*, Zurich 1958, pp. 42 et 61.

94 Voir par exemple les arrêts *Bank in St. Gallen und Toggenburgerbank*, ATF 5. 334, 335 et *Obrist*, 7. 502, 512.

l'atteste par exemple la casuistique développée au sujet de la liberté d'expression à l'égard de notre pays. La Cour est ainsi compétente pour se prononcer sur des aspects de la liberté d'expression qui, sous l'angle du droit suisse, sont réputés échapper au champ d'application des articles 16 et 17 Cst., à l'image du discours relevant des relations commerciales, que le Tribunal fédéral place plutôt dans le giron de la liberté économique. Il en résulte que le regard que portent les juges de Strasbourg sur des affaires appréhendées en Suisse par la liberté économique peut s'avérer fondamentalement – le terme est adéquat – différent de celui des juges de Lausanne, ainsi que la Suisse en a fait la douloureuse expérience dans l'affaire *Hertel*[95].

Le second cas concerne la pluralité des mécanismes internationaux de contrôle à disposition du justiciable. Lorsqu'un Etat a ratifié plusieurs instruments internationaux dotés d'un mécanisme de contrôle de type contentieux, le risque n'est en effet pas exclu qu'un même droit soit simultanément passible de plusieurs procédures distinctes.

On peut songer par exemple à la lutte contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants en cas d'éloignement d'étrangers indésirables au sens des articles 3 CEDH ou 3 de la Convention contre la torture ou encore à la lutte contre la discrimination raciale au sens des articles 2 et suivants de la Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale. La Suisse a en effet souscrit au droit de communication individuel institué par ces deux derniers instruments, en sorte que ces procédures peuvent entrer en concours, le cas échéant, avec une éventuelle saisine de la Cour, qui ne détient ainsi plus le monopole en ce domaine.

Dès lors qu'en principe, ces procédures présentent un caractère exclusif les unes par rapport aux autres, le justiciable qui envisage d'agir sur la scène internationale doit ainsi opérer un choix délicat, dont les conséquences peuvent s'avérer déterminantes pour la protection de ses droits : la même garantie revêt-elle une portée identique en fonction des divers instruments qui lui servent de support ? Est-elle interprétée de la même manière ? Dans quel délai la requête sera-t-elle examinée ? Est-il possible de solliciter des mesures provisionnelles conduisant à la suspension de la mesure attaquée pendant la durée de la procédure ? Une procédure interne de révision de la décision nationale attaquée est-elle envisageable en cas d'admission de la requête sur le plan international ?

Toutes ces questions appellent des choix délicats, auxquels le principe de faveur n'est naturellement pas étranger.

[95] ACEDH *Hertel c. Suisse* du 25 août 1998, Rec. 1998-VI, p. 2298.

## 2. *La nature du contrôle*

La nature du principe de faveur lui permet également de déployer des effets considérables sous l'angle du contrôle qu'exercent les instances judiciaires des cantons et, en dernière instance, le Tribunal fédéral.

On sait en effet que la juridiction constitutionnelle qui a cours en Suisse fonctionne sur la base de la règle de l'article 190 Cst. Pour faire obligation au Tribunal fédéral et aux autres instances judiciaires du pays d'appliquer, en toutes circonstances, les lois fédérales, cette disposition n'empêche certes pas leur contrôle juridictionnel. Sous l'angle de la sanction d'une éventuelle inconstitutionnalité, elle fait par contre obstacle à leur mise à l'écart[96]. Le Tribunal fédéral rappelle à intervalles réguliers, au reste avec un bonheur variable[97], qu'il doit en toutes circonstances appliquer les lois votées par l'Assemblée fédérale, lié qu'il est par les choix politiques émanant des représentants du peuple et des cantons, lesquels sont de surcroît susceptibles d'être contrôlés en votation populaire[98].

Seulement, l'article 190 Cst. contient également une référence qui, dans le sillage du principe exposé à l'article 5 alinéa 4 Cst., fait obligation aux juges helvétiques d'appliquer le droit international. En son temps, l'hypothèse d'un conflit entre une loi fédérale et un engagement international ratifié par la Suisse a suscité une controverse passionnante, à laquelle le jubilaire, pour avoir été l'un des premiers auteurs à prendre position sur la question, a apporté une clé de résolution tout à la fois originale et déterminante[99].

Aujourd'hui, en dépit de l'absence de contrôle effectif de la constitutionnalité des lois fédérales, il est admis qu'en cas de conflit irréductible entre une loi fédérale et une règle internationale destinée à déployer des effets directs dans l'ordre juridique suisse, c'est cette dernière qui doit l'emporter[100].

---

96 Giusep Nay, « La loi sur le Tribunal fédéral dans le contexte de la réforme de la justice », in : Foëx/Hottelier/Jeandin (éd.) (note 86), p. 25.

97 Voir par exemple l'arrêt *X.*, ATF 132 II 234, 236, dans lequel le Tribunal fédéral relève qu'il n'est pas habilité à contrôler la constitutionnalité des lois fédérales et qu'il peut, « tout au plus », leur appliquer le principe de l'interprétation conforme à la Constitution si les autres méthodes d'interprétation laissent subsister un doute sur le sens d'une loi fédérale.

98 ATF 131 II 562, 567 *X. S.A.*

99 Giorgio Malinverni, « L'article 113 al. 3 de la Constitution fédérale et le contrôle de conformité des lois fédérales à la Convention européenne des droits de l'homme », in : *Mélanges Otto K. Kaufmann*, Berne 1989, p. 381.

100 ATF 131 V 66, 70 *M.* ; 129 III 656, 662 *I.* ; 128 III 113, 116 *M. W.* ; 125 II 417, 425 *A.* ; 119 V 171, 178 *X.* ; voir également Giorgio Malinverni, « L'indépendance de la Suisse dans un monde interdépendant », *RDS* 1998 II, p. 56.

Ce principe découle de la nature même de la règle internationale, hiérarchiquement supérieure à toute règle interne[101]. Certains arrêts la font également découler des principes généraux du droit international, en lien avec l'obligation de respecter les engagements internationaux (*pacta sunt servanda*) au sens de l'article 26 de la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969[102], et son corollaire, celui de l'inopposabilité de toute règle de droit interne contraire au traité au sens de l'article 27 de cet instrument[103].

De fait, l'instauration, par voie prétorienne, d'un véritable contrôle de la conventionnalité des lois fédérales a ainsi permis de passer outre, si l'on peut dire, l'immunité qui caractérise ces lois et d'introduire une once de juridiction constitutionnelle à leur égard, en particulier dans le domaine des droits de l'homme[104]. Et il n'est plus rare de voir le Tribunal fédéral contrôler et, le cas échéant, refuser d'appliquer des lois fédérales, au motif que celles-ci contreviennent à une garantie contenue dans la CEDH.

En bref, là où la justice constitutionnelle doit, en matière de droits fondamentaux, abdiquer et faire profil bas face aux choix politiques du législateur fédéral, le respect des droits de l'homme peut conduire les juges à faire exactement l'inverse au nom de la justice conventionnelle. Sous l'angle du choix des normes de référence auquel procède le Tribunal fédéral lorsque la contrariété au droit supérieur d'une décision fondée sur une loi fédérale vient à être invoquée, le principe de faveur conduit à ce constat pour le moins curieux, qui voit les instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels la Suisse est partie détrôner la protection, traditionnellement réputée plus favorable, qu'est censée accorder la Constitution. Cette situation a pour effet de priver de toute efficacité le catalogue des droits fondamentaux de la Constitution fédérale à l'égard des actes normatifs immunisés par l'article 190 Cst.[105], alors même que les garanties de la CEDH, qui n'offrent pourtant qu'un standard minimal de protection, s'appliquent pleinement, aussi bien devant notre Cour suprême que, le cas échéant, devant la Cour de Strasbourg. La Cour est ainsi habilitée à condamner la Suisse en raison d'un contrôle qui n'est pas exercé au niveau des instances nationales.

Il existe pourtant un moyen extrêmement simple de parer à ce genre de déconvenue. Il suffirait en effet que le juge interne, guidé par une application

---

101 ATF 122 II 485, 487 *S.*

102 RS 0.111.

103 ATF 131 II 352, 355 *A.*; 128 IV 201, 205 *X., Y. und Z.*; 125 II 417, 424 *A.*; 122 II 485, 487 *S.*

104 Giusep Nay, «Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa – Die schweizerische Perspektive», *RDS* 2005 II, p. 100; Nicolas Michel, «L'imprégnation du droit étatique par l'ordre juridique international», in: Thürer / Aubert / Müller (éd.) (note 23), p. 70.

105 Jean-Claude Beguin, «La situation paradoxale des droits fondamentaux dans la nouvelle Constitution suisse», in: *Mélanges Michel Fromont*, Strasbourg 2001, p. 45.

systématique du principe de faveur dans le cadre de la juridiction constitutionnelle, privilégie les garanties conventionnelles lorsqu'est entreprise une décision fondée sur un acte normatif immunisé par l'article 190 Cst. De fait, chaque fois que la mise en œuvre de la règle de l'article 190 Cst. a pour effet d'empêcher un contrôle complet de la constitutionnalité sous l'angle d'un droit fondamental énoncé par la Constitution qui trouve son pendant dans la Convention ou un autre instrument de protection des droits de l'homme, la conversion du moyen en cause devrait intervenir d'office, de manière à privilégier le contrôle de la conventionnalité et assurer du même coup la meilleure protection des intérêts individuels sur le plan procédural.

Cette position judiciaire, favorable par nature aux intérêts du justiciable, devrait prévaloir chaque fois que la violation d'un droit protégé par la Constitution fédérale est soulevée, indépendamment du fait que le recourant se réfère, en parallèle, à la Convention ou à un autre instrument de même nature[106].

## Conclusion

En Suisse, les droits fondamentaux et les droits de l'homme ne sont pas agencés dans un rapport hiérarchique. Ils forment au contraire un tout et tous revêtent la même valeur juridique, sans rapport de subordination. A l'image des règles de la Constitution elles-mêmes[107], ils doivent par conséquent être appréhendés dans une perspective de coordination fondée sur une considération globale des uns et des autres, d'éventuelles contradictions devant être levées par la voie de l'interprétation.

Cette identité de valeurs repose sur le contenu des garanties qui, chacune à sa manière propre, sont censées contribuer à assurer le respect de la personne humaine. C'est donc un critère éminemment matériel qui fonde la coordination, et non un critère formel, tenant à la procédure d'adoption des droits fondamentaux ou des droits de l'homme. De fait, les droits de l'homme ne sauraient être considérés comme des garanties de seconde zone au motif que leur support figure dans un traité international, dont la procédure d'approbation en droit interne n'a pas, le cas échéant, suivi la procédure d'adoption des normes formellement constitutionnelles.

Patiemment forgé au cours des âges, présent aussi bien en droit interne qu'en droit international, le principe de faveur est un mode précieux de régulation des droits fondamentaux et des droits de l'homme. Sans introduire

106 Auer / Malinverni / Hottelier (note 87), p. 666.

107 Aubert (note 3), p. 89.

de rapport général de subordination ou de subsidiarité, il conduit à orienter le choix du justiciable et du juge dans la perspective de la meilleure protection de celui-là. Loin de se cantonner au seul champ d'application matériel des diverses garanties en concours, il domine, plus largement, aussi bien la substance que la mise en œuvre des droits fondamentaux et des droits de l'homme.

# La protection des personnes appartenant à des minorités dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

Elias Kastanas

*Conseiller juridique adjoint auprès du Service juridique du Ministère grec des affaires étrangères**

La protection juridique internationale des personnes appartenant à des minorités a connu un essor sans précédent durant les années 1990. Suite à la fin de la division de l'Europe, les idéaux de la démocratie pluraliste, de la prééminence du droit et du respect et de la promotion des droits de l'homme ont progressé dans tout le continent. En même temps, on s'est rendu compte que la consolidation de la paix et de la stabilité présuppose la protection et le respect des minorités nationales que les bouleversements de l'histoire ont établies en Europe[1], ainsi que la lutte contre le racisme, la xénophobie, l'intolérance et la discrimination à l'égard des minorités[2]. Transformé en une institution véritablement paneuropéenne, le Conseil de l'Europe a réussi à transformer les engagements politiques en instruments normatifs, de caractère obligatoire. Adoptée en 1994 et entrée en vigueur en 1998, la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales est devenue un véritable instrument de référence en la matière, ayant été ratifiée par 39 Etats membres du Conseil de l'Europe. Son organe de suivi, le Comité consultatif, a achevé le premier cycle d'examen des rapports étatiques périodiques et a déjà entamé le deuxième cycle de suivi. De plus, le Comité consultatif a été impliqué dans des événements de « follow-up », en collaboration avec les Etats concernés, et a initié des travaux thématiques, notamment dans le domaine de l'éducation. La Charte européenne des langues régionales et minoritaires, qui vise à protéger et à promouvoir des langues et non des minorités linguistiques, a été ratifiée ou signée par un nombre important d'Etats, bien que moins grand que la Convention-cadre. D'autres organes non-conventionnels du Conseil de l'Europe, tels que le Commissaire aux droits de l'homme, la Commission européenne contre le racisme et l'intolérance (ECRI) ou encore la Commission de Venise pour la démocratie par le droit se sont penchés sur des questions

* Les opinions exprimées sont strictement personnelles et n'engagent que l'auteur.

1 Voir la Déclaration du premier sommet du Conseil de l'Europe, Vienne, 9.10.1993, Annexe II.

2 Voir la Déclaration de Budapest, « Pour une grande Europe sans clivages », adoptée par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe le 7 mai 1999.

relatives aux personnes appartenant à des minorités dans l'exercice de leurs mandats respectifs.

On peut, dès lors, affirmer que la dimension « droits des minorités » a été intégrée dans un grand nombre d'activités du Conseil de l'Europe. Peut-on dire de même de l'instrument phare du système européen de protection des droits de l'homme, la CEDH, et de la Cour européenne des droits de l'homme ? On sait que la Convention européenne ne contient aucune disposition spécifique sur les droits des personnes appartenant à des minorités, à l'exception de son article 14, qui interdit toute distinction fondée, entre autres, sur l'appartenance à une minorité nationale, dans la jouissance des droits et des libertés conventionnels. Cependant, la Convention, en tant qu'instrument constitutionnel de l'ordre public européen[3], et son gardien, la Cour européenne, ne peuvent pas se désintéresser des questions affectant les minorités. En effet, dans la mesure où la protection des minorités nationales et des droits et libertés des personnes appartenant à ces minorités fait partie intégrante de la protection internationale des droits de l'homme, les aspirations des minorités – et les réponses qu'y apportent les Etats – trouvent un ancrage solide dans les dispositions et les standards des instruments généraux de protection des droits de l'homme.

Nous allons par la suite examiner, dans une première partie, la position que la Cour européenne des droits de l'homme a adoptée à l'égard des instruments spécifiques aux droits des minorités. Ensuite, nous allons évoquer, d'une manière succincte, les dispositions conventionnelles qui intéressent tout particulièrement les personnes appartenant à des minorités, ainsi que les Etats dans la réglementation de ce domaine, en soulevant l'importance, dans ce contexte, du principe de non-discrimination (deuxième partie). Nous conclurons sur une évaluation de l'efficacité du système conventionnel quant à la protection des droits des personnes appartenant à des minorités.

## Première partie :

## La Convention européenne et la protection spécifique des personnes appartenant à des minorités

Le texte de la Convention et de ses protocoles continue à aborder la question des droits des personnes appartenant à des minorités sous l'angle du principe de non-discrimination, garanti par l'article 14 et par le Protocole n° 12, récemment entré en vigueur et ratifié par moins d'un tiers des Etats membres

[3] Cour eur. D.H., affaire Loizidou c. Turquie (exceptions préliminaires), arrêt du 23 mars 1995, par. 75.

du Conseil de l'Europe. Des efforts pour enrichir le texte conventionnel en y introduisant des droits spécifiques aux personnes appartenant à des minorités n'ont pas abouti (I). La Cour européenne, quant à elle, a affirmé l'autonomie relative du système conventionnel par rapport aux traités internationaux de protection des minorités, tout en se montrant prête à interpréter le champ d'application des droits garantis de manière à y intégrer la dimension « minoritaire » (II).

## *I. Le texte conventionnel et les droits des personnes appartenant à des minorités*

Les rédacteurs de la Convention n'ont pas cru utile d'y inclure des dispositions garantissant des droits spécifiques aux minorités. La référence, dans l'article 14, à l'« appartenance à une minorité nationale » en tant que motif interdit de discrimination a été jugée suffisante, d'autant plus que ledit motif ne figurait pas dans la Déclaration universelle des droits de l'homme[4].

Dès le début des années 1990, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a adopté une série de recommandations visant à promouvoir la mise en place des instruments juridiques de protection des droits des minorités. En 1990, l'Assemblée a recommandé l'élaboration d'un protocole à la Convention européenne des Droits de l'Homme ou d'une convention spéciale du Conseil de l'Europe[5]. En 1992, l'Assemblée a exprimé sa préférence pour un protocole additionnel à la CEDH, au motif, à notre sens, que les droits des personnes appartenant à des minorités doivent bénéficier du mécanisme de protection renforcé de la Convention[6]. Un an plus tard, elle est allée plus loin, en adoptant la Recommandation 1201 (1993), qui inclut une proposition de protocole additionnel contenant une définition de la notion de « minorité », des principes généraux et des droits matériels. L'Assemblée a réitéré l'importance pour les personnes appartenant à une minorité, ainsi que les organisations qualifiées pour les représenter, de pouvoir bénéficier des voies de recours proposées par la Convention[7].

---

4 Pour des informations plus amples concernant les travaux préparatoires de la CEDH, voir Patrick Thornberry et María Amor Estebanez, Minority Rights in Europe, Editions du Conseil de l'Europe, 2004, pp. 40-42.Voir également Gaetano Pentassuglia, Minorities in International Law, Editions du Conseil de l'Europe, 2002, pp. 119-120.

5 Recommandation 1134 (1990) « relative aux droits des minorités ». Sur le projet de la Commission de Venise pour la démocratie par le droit, voir Giorgio Malinverni, Le projet de Convention pour la protection des minorités élaboré par la Commission européenne pour la démocratie par le droit, Revue Universelle des Droits de l'Homme, 1991, pp. 157-165.

6 Recommandation 1177 (1992) « relative aux droits des minorités ».

7 Recommandation 1201 (1993) « relative à un protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme sur les droits des minorités nationales ».

Cependant, lors du sommet de Vienne de 1993, les dirigeants des Etats membres du Conseil ont choisi une autre voie, à savoir la rédaction à bref délai d'une Convention-cadre, accompagnée de la « rédaction d'un protocole complétant la Convention européenne des Droits de l'Homme dans le domaine culturel par des dispositions garantissant des droits individuels, notamment pour les personnes appartenant à des minorités nationales »[8]. L'Assemblée parlementaire a regretté profondément que le sommet n'ait pas suivi sa recommandation relative à un protocole additionnel à la CEDH concernant les droits des minorités[9].

Le protocole « culturel » n'a finalement pas eu le sort heureux de la Convention-cadre. En janvier 1996, le Comité des Ministres a décidé de suspendre les travaux du comité ad hoc d'experts sur les minorités (CAHMIN) sur l'élaboration d'un protocole additionnel visant à protéger les droits de la personne dans le domaine culturel. S'adressant à l'Assemblée parlementaire, le Comité a précisé que la méthode du protocole additionnel ne s'est pas avérée faisable, notamment parce qu'elle contenait certains éléments (la définition d'une minorité nationale, le caractère et l'étendue de certains droits, etc.) qui n'étaient pas acceptés de façon générale par tous les Etats membres. Il a cependant laissé la porte ouverte à une éventuelle reprise des travaux y relatifs dans l'avenir, « à la lumière de l'expérience qui aura été acquise dans le domaine de la mise en œuvre des normes existantes »[10].

L'adoption et la mise en place de la Convention-cadre et de son mécanisme de suivi ont fait passer au deuxième plan les efforts visant à inclure des droits supplémentaires dans le texte conventionnel. L'Assemblée parlementaire a persisté dans son appel au Comité des ministres à entamer la rédaction d'un protocole additionnel à la CEDH sur les droits des minorités nationales, en tentant d'y intégrer la définition de la minorité nationale retenue par la Recommandation 1201 (1993). Elle a même avancé une idée originale (déjà proposée par la présidence italienne du Comité des Ministres) : donner compétence à la Cour européenne des droits de l'homme (ou à une autorité judiciaire générale du Conseil de l'Europe) pour émettre des avis consultatifs concernant l'interprétation de la Convention-cadre, par le biais d'un protocole additionnel à celle-ci[11].

Il serait intéressant d'évoquer les réactions des principaux acteurs aux propositions susmentionnées, qui nous donnent une image claire et précise

---

8 Voir la Déclaration du premier sommet du Conseil de l'Europe, Vienne, 9.10.1993, Annexe II.

9 Recommandation 1231 (1994) « relative aux suites à donner au Sommet de Vienne du Conseil de l'Europe ».

10 Décision des Délégués des Ministres, 656e réunion, 19 janvier 1999, point 4.1, « Droits des personnes appartenant aux minorités nationales – Recommandations 1134 (1990), 1177 (1992), 1201 (1993), 1255 (1995), 1285 (1996), 1300 (1996) et 1345 (1997) de l'Assemblée parlementaire ».

11 Recommandation 1492 (2001), « droits des minorités nationales ».

des difficultés entourant le travail normatif dans le domaine des droits des minorités[12].

Réaction du point de vue intergouvernemental, tout d'abord. Le Comité des Ministres a considéré « prématuré » de rouvrir des débats sur un protocole additionnel ; il a également souligné l'importance pour les personnes appartenant à des minorités de l'interdiction générale de la discrimination prévue dans le Protocole n° 12. Quant à la deuxième proposition, le Comité des Ministres n'a pas estimé utile d'attribuer de nouvelles compétences à la Cour, par le biais d'un protocole additionnel à la Convention-cadre ; il a préféré mettre l'accent sur la nécessité de consolider le mécanisme de ladite Convention. Encore plus explicite sur ce dernier point, le Comité directeur pour les droits de l'homme (CDDH) a relevé une différence entre les droits garantis par la CEDH et les droits protégés par la Convention-cadre (tout en reconnaissant l'existence de similitudes) : contrairement aux premiers, les deuxièmes ont un caractère plutôt programmatique et ne sont pas, en principe, directement justiciables, dans la mesure où leur mise en œuvre présuppose, plus qu'une abstention, des actions de la part des autorités nationales, y compris au niveau régional ou local.

L'approche de l'organe de contrôle de la Convention-cadre n'a pas été moins réservée. En effet, en ce qui concerne la compétence interprétative de la Cour, le Comité consultatif a estimé qu'il était toujours prématuré « de bouleverser la structure et le fonctionnement du mécanisme de suivi mis en place par la Convention-cadre », du moins avant que celui-ci n'ait produit de résultats concrets. Pour ce qui est du protocole additionnel à la CEDH, instrument potentiellement « antagoniste » à la Convention-cadre, le Comité consultatif a rappelé l'absence de consensus sur l'initiative concernant les droits culturels. L'idée d'inclure une définition de la notion de minorité nationale dans un tel instrument n'a pas trouvé grâce aux yeux du Comité. Ses membres ont exprimé la crainte qu'une telle définition, aboutissement d'un processus de négociation intergouvernemental, ne reflète que le plus petit dénominateur commun, ce qui pourrait mener au rétrécissement du champ d'application de la Convention-cadre et qu'elle ne rende plus difficile l'application flexible et nuancée de ses dispositions.

Les juges de Strasbourg ont relevé la finalité et les points communs de la CEDH et de la Convention-cadre, en ce qui concerne les droits et libertés substantiels, ainsi que les limitations autorisées. Ceci étant dit, la Cour a estimé que c'est le processus de dialogue entre Etats contractants, Comité consultatif et Comité des Ministres, et non la fonction judiciaire qu'elle exerce, qui s'arrange le mieux avec le caractère programmatique des dispositions de

[12] Voir la réponse du Comité des Ministres à la Recommandation 1492 (2001) adoptée à la 799e réunion des Délégués des Ministres (12 juin 2002).

la Convention-cadre. Elle s'est cependant déclarée prête à assumer la tâche consultative susmentionnée, afin d'éviter des interprétations divergentes des notions communes aux deux instruments, dans un esprit de complémentarité et uniquement dans la mesure où celle-ci est compatible avec sa fonction judiciaire. De plus, elle a précisé que, dans l'exercice de ses nouvelles tâches, elle ferait preuve de retenue, lorsque des questions qui lui seraient posées pourraient être considérées comme non justiciables, ou portant sur des sujets pouvant faire l'objet d'une requête individuelle ou encore se rapportant à des dispositions correspondant exactement aux garanties énoncées dans la CEDH (situations que l'entrée en vigueur du Protocole n° 12 pourrait rendre encore plus possibles).

Ce survol rapide nous permet de mieux cerner les avantages et les inconvénients de l'élargissement du système et du texte conventionnels aux droits spécifiques aux minorités. Ceux qui partagent l'approche « normative » mettent en avant la nécessité de permettre aux personnes appartenant à des minorités de bénéficier du puissant outil que constitue le mécanisme de la requête individuelle devant la Cour européenne. Ils estiment également que l'élaboration d'une définition généralement acceptable de la notion de « minorité » pourrait combler la lacune normative que présente la Convention-cadre en la matière et, passant outre les réserves et déclarations interprétatives des Etats parties, élargir le champ d'application de cette dernière. En même temps, la proposition d'impliquer davantage la Cour européenne dans la protection des droits des minorités par le biais du protocole additionnel à la Convention-cadre aurait ouvert le prétoire de la Cour aux droits reconnus par ladite Convention qui ne coïncident pas avec ceux reconnus par la CEDH, en assurant également une interprétation convergente des droits reconnus aux personnes appartenant à des minorités.

L'inconvénient majeur de cette approche est son manque de réalisme. Comme nous avons pu le constater, les Etats se sont montrés extrêmement réticents à entamer de nouvelles négociations sur des questions, telles que la définition de « minorité », laissées délibérément ouvertes pour parvenir au consensus. Tout se passe comme si les textes conventionnels adoptés au sein du Conseil de l'Europe durant les années 1990 continuent à être considérés comme le point culminant de la coopération intergouvernementale dans le domaine de l'élaboration d'instruments contraignants concernant les droits des minorités. Pour ce qui est des rapports entre le système instauré par la CEDH et celui de la Convention-cadre, l'accent est mis sur la différence entre la nature par définition judiciaire du premier et la flexibilité du second. La rigueur du raisonnement juridique qui caractérise le travail de la Cour et la poursuite d'un dialogue constructif par le Comité consultatif sont bel et bien deux approches différentes et autonomes menant à la protection des droits des minorités. Cette autonomie est, pourtant, relative, car tout dialogue entre

un Etat partie et un organe de suivi doit reposer sur des bases juridiques solides. Dans le même ordre d'idées, la Cour semble indiquer que les droits spécifiques aux personnes appartenant à des minorités, tels que garantis par la Convention-cadre du moins, sont d'une justiciabilité relative, car ils nécessitent une concrétisation de la part des autorités nationales compétentes ce qui implique également une large marge d'appréciation étatique et rend encore plus délicate l'inclusion de pareils droits dans le texte conventionnel.

Un autre point important, que nous allons évoquer par la suite, est la reconnaissance du fait qu'une garantie plus large du principe de non-discrimination constitue une stratégie alternative valable pour élargir la protection des personnes appartenant à des minorités. L'importance du Protocole n° 12 à cet égard est, en effet, un argument récurrent dans le débat que nous venons de mentionner.

La position que la Cour a adoptée à l'égard des traités garantissant des droits aux personnes appartenant à des minorités, et plus particulièrement de la Convention-cadre, confirme son souci d'affirmer l'autonomie du système conventionnel en la matière, sans pour autant isoler ce dernier du contexte juridique européen pertinent.

## *II. La position de la Cour à l'égard des traités de protection des personnes appartenant à des minorités*

L'ordre juridique instauré par la CEDH n'est pas un système clos, interprété dans le vide. La Cour européenne, à la lumière de l'article 31 § 3 c) de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 sur le droit des traités, tient compte des règles et principes pertinents de droit international, sans pour autant perdre de vue le caractère spécifique de traité de garantie collective des droits de l'homme que revêt la Convention. Celle-ci doit, autant que faire se peut, s'interpréter de manière à se concilier avec les autres règles de droit international, dont elle fait partie intégrante[13]. La Cour n'hésite pas à se référer à d'autres instruments, contraignants ou pas, régionaux ou universels, de protection des droits de l'homme, en particulier lorsqu'il s'agit de traités liant la quasi-totalité des Etats membres du Conseil de l'Europe, y compris l'Etat défendeur[14]. Cette méthode comparative assiste, notamment, la Cour dans son effort de cerner la présence ou absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats ou d'identifier une évolution, au niveau juridique ou social, pouvant influencer son pouvoir d'examen. De plus, la

[13] Cour eur. D.H., affaire Loizidou c. Turquie, op. cit.; affaire Al-Adsani c. Royaume-Uni, arrêt du 21 novembre 2001, par. 55; affaire McElhinney c. Royaume-Uni, arrêt du 21 novembre 2001, par. 36.

[14] Voir, à titre indicatif, Cour eur. D.H., affaire Siliani c. France, arrêt du 26 juillet 2005.

Cour prend en considération les rapports et conclusions des mécanismes de suivi d'autres conventions dont le champ d'application se recoupe avec celui de la CEDH[15].

Il était donc tout à fait normal que la Cour ait été amenée à réfléchir sur les rapports de la CEDH avec la Convention-cadre.

Dans une série d'affaires relatives au refus d'accorder un permis d'aménagement à des familles tsiganes pour installer leurs caravanes sur des terrains qu'elles avaient achetées, la Cour a cité la Convention-cadre parmi les « textes internationaux pertinents ». Elle a ajouté que ladite convention ne définit pas ce qu'est une « minorité nationale », mais elle a fait relever que le Royaume-Uni, dans son rapport national, avait admis que les Tsiganes en constituent une. Elle a, par la suite, observé, prenant pour témoin la Convention-cadre, qu'un consensus international se faisait jour au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe pour reconnaître les besoins particuliers des minorités et l'obligation de protéger leur sécurité, leur identité et leur mode de vie, dans l'intérêt non seulement des minorités, mais aussi de la société dans son ensemble, tant la préservation de la diversité culturelle lui est bénéfique. Toutefois, la Cour n'a pas pu dégager de ce consensus des indications concrètes quant au comportement ou aux normes que les Etats contractants considèrent comme souhaitables dans une situation donnée. C'est une conséquence du fait que la Convention-cadre se contente d'énoncer des principes et objectifs généraux, faute d'accord parmi les Etats parties sur les modalités de sa mise en œuvre. Ainsi, les standards de la Convention-cadre et la reconnaissance des problèmes qu'affrontent les groupes vulnérables ne réduisent pas la marge d'appréciation étatique. Au contraire, la mise en balance des intérêts, pouvant être contradictoires, de la population en général et des intérêts d'une minorité soulève des questions complexes et sensibles ; la Cour ne peut pas apporter de réponses à ces questions, mais se contente d'exercer un rôle de surveillance et de contrôle des mesures étatiques. Dans le même ordre d'idées, malgré l'évolution du droit international quant à la protection des minorités et l'existence de la Convention-cadre, la Cour se refuse d'interpréter l'article 8 CEDH de manière à imposer aux Etats une obligation positive particulièrement étendue en matière sociale (en l'occurrence, mettre à la disposition de la communauté tsigane un nombre adéquat de sites convenablement équipés)[16].

L'affaire Gorzelik, qui concernait le refus des autorités nationales d'enregistrer une association prétendant représenter une minorité nationale a

[15] Voir, à titre indicatif, l'affaire Ramirez Sanchez c. France, arrêt du 4 juillet 2006, où mention est faite de la Convention pour la prévention de la torture et aux rapports de son Comité.

[16] Cour eur. D.H., affaire Chapman c. Royaume-Uni, arrêt du 18 janvier 2001, par. 94 et 98. Voir également les arrêts identiques de la Cour européenne sur ce point, rendus le même jour, dans les affaires Jane Smith, Beard, Coster et Lee c. Royaume-Uni.

donné à la Grande Chambre de la Cour l'occasion d'examiner plus en détail la pertinence de la Convention-cadre pour le système conventionnel.

Se penchant sur la « prévisibilité » de l'ingérence incriminée, la Cour a observé que les traités ou d'autres instruments internationaux relatifs aux droits des minorités, y compris la Convention-cadre, ne définissent pas la notion de « minorité nationale ». Tout en reconnaissant que le respect des minorités est une condition sans laquelle il n'existe pas de société démocratique, la Cour conclut que le droit international n'oblige pas les Etats contractants à adopter une notion particulière de « minorité nationale » dans leur législation ou à introduire une procédure de reconnaissance officielle des groupes minoritaires. Compte tenu de la diversité des pratiques au niveau européen, les modalités de la reconnaissance d'une minorité dépendent du contexte national considéré et doivent être laissées, dans une large mesure, à l'Etat concerné[17].

Tout aussi significative est la position de la Cour dans une affaire relative à une question extrêmement sensible pour certains Etats membres du Conseil de l'Europe, à savoir le placement d'enfants roms dans des écoles spéciales destinées aux enfants atteints de déficiences intellectuelles qui ne peuvent pas suivre un cursus scolaire ordinaire. La Cour n'a pas manqué de noter que des organes du Conseil de l'Europe, parmi lesquels le Comité consultatif de la Convention-cadre, se sont déclarés préoccupés par les modalités dudit placement et les difficultés d'accès des enfants roms à des écoles ordinaires. Toutefois, elle a précisé qu'à la différence des organes susmentionnés, elle n'a pas à apprécier le contexte social global ; son rôle se limite à l'examen des requêtes individuelles qui lui sont soumises, pour décider si le placement incriminé a été motivé par l'origine ethnique ou raciale des requérants[18].

Cette jurisprudence est très intéressante et enrichit le droit international public dans le domaine de la protection des minorités. Elle confirme qu'il n'existe pas une définition de la notion de minorité généralement acceptable qui puisse s'imposer aux Etats. S'il est vrai que l'existence d'une minorité est une question de fait et non de droit, les Etats gardent une marge d'appréciation certaine (bien que non illimitée) en ce qui concerne la qualification d'un groupe en tant que « minorité » et la reconnaissance à ses membres de droits spécifiques.

On sait que le Comité consultatif de la Convention-cadre a adopté une position assez flexible en la matière. Il reconnaît, en effet, que les Etats parties disposent d'une marge d'appréciation à ce sujet pour prendre en compte les

---

17 Cour eur. D.H., affaire Gorzelik c. Pologne (Grande Chambre), arrêt du 17 février 1994, par. 67-68.

18 Cour eur. D.H., affaire D.H. contre République tchèque, arrêt du 7 février 2006, portée devant la Grande Chambre de la Cour, par. 45.

conditions propres à leur pays, mais souligne que cette marge doit s'exercer en conformité avec les principes généraux du droit international et les principes fondamentaux énoncés à l'article 3 de ladite Convention de façon à éviter de distinctions arbitraires ou injustifiées. Le Comité a demandé, dans de nombreux cas, aux Etats intéressés d'envisager l'inclusion des personnes appartenant à des groupes autres que ceux identifiés dans ses réserves ou déclarations interprétatives, y compris des non-ressortissants le cas échéant, dans l'application de la Convention-cadre article par article[19]. Malgré sa souplesse, cette approche n'a pas convaincu tous les Etats : certains d'entre eux continuent à s'opposer à ce que le Comité consultatif examine la situation de groupes non couverts par les critères que ceux-ci ont posés, lors de la ratification de la Convention-cadre en particulier. Il est vrai que le Comité aborde la question très délicate de la reconnaissance d'une minorité sous l'angle du dialogue constructif avec l'Etat concerné. Les paramètres juridiques ne doivent pas pour autant passer au deuxième plan. En effet, les Etats doivent avoir une idée claire et précise concernant l'étendue de leurs engagements internationaux. La position susmentionnée de la Cour ne peut pas être ignorée.

Si un consensus existe quant à la nécessité de respecter les droits des minorités, la diversité des mesures concrètes employées par les Etats à cette fin ne permet pas l'émergence d'un dénominateur commun européen en la matière. Les Etats continuent à jouir d'une marge d'appréciation importante en ce qui concerne le choix des mesures appropriées pour donner effet à ces droits. La Cour ne se montre pas prête à transformer les recommandations ou les bonnes pratiques identifiées par le Comité consultatif en standards juridiques, à l'aune desquels pourraient se mesurer les actes ou les omissions des autorités nationales.

Est-ce à dire que la CEDH ne présente pas d'intérêt particulier pour les personnes appartenant à des minorités ? Loin s'en faut. La protection accordée par les dispositions de la Convention en tant qu'instrument général de protection des droits de l'homme, couplée à une sensibilité accrue de la part de la Cour pour les aspirations légitimes des minorités, contribuent à une meilleure garantie des droits des personnes appartenant à des minorités, dans le respect des intérêts de la société dans son ensemble.

[19] Voir Hans-Joachim Heintze, Article 3, in : Marc Weller (éd.), The Rights of Minorities. A Commentary on the European Framework Convention for the Protection of National Minorities, Oxford University Press, 2005, pp. 107-137 ; Maria Telalian, European Framework Convention for the Protection of National Minorities and its Personal Scope of Application, in : G. Alfredsson / M. Stavropoulou (éd.), Justice Pending : Indigenous Peoples and Other Good Causes, Kluwer Law International, 2002, pp. 117-135.

# Deuxième partie :

## La Convention européenne en tant qu'instrument général de protection des droits de l'homme et la protection des personnes appartenant à des minorités

Un nombre important de dispositions conventionnelles garantissent des droits qui protègent les aspects essentiels de l'identité des personnes appartenant à des minorités et leur assurent une liberté d'action importante. La Cour s'est montrée prête à interpréter les droits de la CEDH de manière à y intégrer les spécificités, de fait et de droit, des minorités (I). En même temps, le principe de non-discrimination offre des outils effectifs qui renforcent le respect des droits des personnes appartenant à des minorités (II).

### *I. Les droits conventionnels en tant que droits des personnes appartenant à des minorités*

L'analyse détaillée des standards relatifs aux personnes appartenant à des minorités que l'on pourrait dégager de la jurisprudence de la Cour dépasse le cadre de cette étude. Nous pouvons, cependant, identifier certains aspects des droits conventionnels qui sont d'une grande pertinence pour les minorités[20].

– Le droit à la vie (art. 2 CEDH) combiné à l'interdiction de la discrimination impose aux autorités l'obligation d'examiner si un comportement discriminatoire a pu ou non jouer un rôle dans des événements ayant mené au décès des victimes, suite à une action des forces de l'ordre. Cet examen peut être déclenché notamment lorsque des représentants de la loi ont proféré des injures racistes dans le cadre d'une opération impliquant le recours à la force contre des personnes d'une minorité ethnique ou autre. La Grande Chambre a fait sienne la position de la chambre, selon laquelle il s'agit, entre autres, de préserver la confiance des minorités dans la capacité des autorités à les protéger de la menace de violences racistes. La violence et les brutalités à motivation raciste sont des actes particulièrement destructeurs des droits fondamentaux et par conséquent

[20] Pour de plus amples détails sur la jurisprudence de la Cour européenne de l'homme, voir Fernand de Varennes, Using the European Court of Human Rights to Protect the Rights of Minorities, in : Mechanisms for the Implementation of Minority Rights, Editions du Conseil de l'Europe, 2004, pp. 83-108 ; Patrick Thornberry et María Amor Estebanez, Minority..., op. cit., p. 42 et s. ; Alcidia Moucheboeuf, Minority Rights Jurisprudence, Editions du Conseil de l'Europe, 2006 ; Geoff Gilbert, The Burgeoning Minority Rights Jurisprudence of the European Court of Human Rights, Human Rights Quarterly – Volume 24, Number 3, août 2002, pp. 736-780 ; Julie Ringelheim, Diversité culturelle et droits de l'homme. La protection des minorités par la Convention européenne des droits de l'homme, Bruylant, Bruxelles, 2006.

doivent être traitées d'une manière différente par rapport aux affaires sans connotation raciste. Il est vrai que la Cour n'accepte pas le renversement de la charge de la preuve en cas de manquement des autorités à mener une enquête effective sur le mobile prétendument raciste des homicides ; il est vrai aussi que la Cour se montre fort réservée lorsqu'il s'agit de constater une violation de l'aspect matériel du droit à la vie, malgré l'existence, bien documentée, de nombreux incidents de recours à la force contre des Roms par les autorités de l'Etat défendeur. L'obligation procédurale d'enquêter sur des mobiles racistes éventuels, cependant, peut se prouver extrêmement utile pour prévenir non seulement des incidents racistes contre les personnes appartenant à des minorités, mais aussi l'impunité des personnes responsables[21].

– Sous l'angle de l'article 3 CEDH, le traitement discriminatoire des membres d'une population en raison uniquement de leurs caractéristiques distinctes, à savoir leurs origine ethnique, race et religion, peut atteindre un tel degré de gravité qu'elle constitue un traitement dégradant[22]. De même, les conditions de vie des requérants et la discrimination raciale à laquelle ils ont été soumis publiquement, du fait du mode de traitement de leurs griefs par les diverses autorités, peuvent constituer une atteinte à leur dignité, équivalant à un traitement dégradant[23].

– L'article 8 CEDH protège le mode de vie d'un groupe minoritaire. Les personnes appartenant à une minorité bénéficient, en principe, du droit de conserver leur identité et de mener une vie privée et familiale conforme à leurs traditions[24]. Sous cet angle, il impose aux Etats l'obligation de permettre aux Tsiganes, groupe vulnérable du fait qu'il constitue une minorité, de suivre leur mode de vie (en l'occurrence la vie en caravane, faisant partie intégrante de leur identité), en accordant une attention particulière à leurs besoins tant dans le cadre réglementaire que lors de la prise de décision dans des cas particuliers. L'appartenance à une minorité ne dispense pas de l'obligation de respecter la loi ; au contraire, face à une demande d'être exempté des règles généralement applicables, les Etats conservent une large marge d'appréciation[25]. Pareille appartenance peut néanmoins influer sur la manière d'appliquer ces lois[26]. Comme nous

21 Cour eur. D.H., affaire Natchova c. Bulgarie (Grande Chambre), arrêt du 6 juillet 2005. Voir également, sous l'angle de l'article 3, l'affaire Bekos et Koutropoulos c. Grèce, arrêt du 13 décembre 2005.

22 Cour eur. D.H., affaire Chypre c. Turquie, arrêt du 10 mai 2001, par. 309-310.

23 Cour eur. D.H., affaire Moldovan et autres c. Roumanie (n° 2), arrêt du 12 juillet 2005, par. 113.

24 Cour eur. D.H., affaire Chapman c. Royaume-Uni, op. cit., par. 73.

25 Cour eur. D.H., affaire Connors c. Royaume-Uni, arrêt du 27 mai 2004, par. 86.

26 Voir les arrêts cités supra, note (16).

l'avons relevé, dans sa jurisprudence relative à des personnes d'origine Rom, la Cour s'est refusée à étendre outre mesure les obligations positives des Etats et à faire primer les préférences individuelles en matière de résidence sur l'intérêt général[27]. Elle a cependant examiné de près le processus décisionnel, à savoir la façon dont a été exercée la mise en balance des divers intérêts concurrents, et l'existence de garanties procédurales suffisantes (comme, par exemple, l'obligation de justifier une ingérence grave dans l'exercice des droits individuels). De cette manière, la Cour, après avoir intégré le mode de vie minoritaire dans le champ d'application de la Convention, s'efforce d'assurer que les autorités nationales tiennent dûment compte des droits et des spécificités des personnes appartenant à une minorité lors de la pesée des intérêts effectuée au niveau national.

– La liberté religieuse, telle que consacrée à l'article 9, constitue l'un des éléments les plus essentiels de l'identité minoritaire. Face à l'existence de différentes communautés religieuses au sein d'une société, les autorités étatiques doivent faire preuve de neutralité et d'impartialité, en veillant à ce que les groupes concurrents se respectent les uns les autres, sans supprimer le pluralisme ou s'immiscer arbitrairement dans l'autonomie organisationnelle desdites communautés[28]. Dialogue, esprit de compromis et recherche d'un équilibre qui assure un traitement juste aux individus minoritaires, telles sont les exigences du pluralisme et de la démocratie en la matière[29]. Il est important de souligner que cet esprit de conciliation joue dans les deux sens : les attaques injurieuses contre la religion de la majorité de la population ne sont pas couvertes par la Convention[30].

  Sous l'angle du « juste équilibre », la Cour vérifie minutieusement la mise en œuvre d'une législation, pas contraire, en elle-même à la CEDH, criminalisant le prosélytisme abusif[31] ou prévoyant un système d'autorisation pour l'ouverture des lieux de culte[32]. De plus, la Cour garantit le droit d'accès d'une Eglise à un tribunal[33], sous l'angle de l'article 6 CEDH, vérifie la légitimité des mesures refusant l'enregistrement et la reconnaissance de

---

27 Cour eur. D.H., affaire Buckley c. Royaume-Uni, arrêt du 25 septembre 1996.

28 Cour eur. D.H., affaire Serif c. Grèce, arrêt du 14 décembre 2000, par. 53. Voir également les affaires Hasan και Chaush c. Bulgarie, arrêt du 26 octobre 2000, affaire Agga (n° 2) c. Grèce, arrêt du 17 octobre 2002, affaire Eglise Métropolitaine de Bessarabie et Autres c. Moldova, arrêt du 13 décembre 2001, affaire Leyla Şahin c. Turquie, arrêt du 10 novembre 2005.

29 Cour eur. D.H., affaire Leyla Şahin c. Turquie, op. cit., par. 108.

30 Cour eur. D.H., affaire Otto-Preminger-Institut c. Autriche, arrêt du 20 septembre 1994, par. 53.

31 Cour eur. D.H., affaire Kokkinakis c. Grèce, arrêt du 25 mai 1993.

32 Cour eur. D.H., affaire Manoussakis c. Grèce, arrêt du 26 septembre 1996.

33 Cour eur. D.H., affaire de l'Eglise catholique de la Canée c. Grèce, arrêt du 16 décembre 1997.

la personnalité juridique d'un culte[34], et déclare contraire à la Convention l'imposition d'un serment religieux aux membres du Parlement dont la tâche est de représenter différentes visions d'une société[35].

En même temps, la Cour pose des limites précises au respect inconditionnel de l'altérité religieuse. Les valeurs de la société démocratique peuvent s'opposer à certaines « revendications » minoritaires ou modes d'expression de l'identité religieuse minoritaire. Ainsi, la liberté d'association ne s'oppose pas à la dissolution d'un parti politique dont le projet à long terme vise à instaurer un régime fondé sur la charia dans le cadre d'un système multi-juridique et n'exclut pas, en plus, le recours à la force[36]. Le port d'insignes religieux, comme, par exemple, le foulard islamique, peut être interdit, même dans les universités, au nom du principe de laïcité et des valeurs de pluralisme, de respect des droits d'autrui et, surtout, de l'égalité entre les sexes, principe essentiel sous-jacent à la Convention et objectif des Etats membres du Conseil de l'Europe[37]. Dans ce domaine aussi, intimement lié à l'histoire, les traditions et les défis auxquels doivent faire face les Etats, le rôle du décideur national reste primordial[38].

– La liberté de réunion et d'association est d'une importance toute particulière pour les personnes appartenant – ou prétendant appartenir – à une minorité. La Cour a reconnu une énorme liberté d'action à des partis politiques ou autres associations, en restreignant sérieusement la possibilité pour les Etats d'invoquer des motifs d'intérêt public, tels que la sécurité nationale ou la sûreté publique. Un projet politique visant, entre autres, à promouvoir le droit à l'autodétermination des « minorités nationales ou religieuses », même s'il est incompatible avec les principes et structures actuels de l'Etat concerné, n'est pas contraire aux règles démocratiques ; le mode d'organisation actuel d'un Etat peut être contesté, à condition qu'aucune atteinte ne soit portée à la démocratie elle-même. Une formation politique ne peut pas être empêchée de vouloir débattre publiquement, sans recours à la violence, du sort d'une partie de la population d'un Etat et participer à la vie politique de celui-ci[39]. D'une manière plus générale, si la condition de l'« attachement déclaré à la démocratie et aux

34 Cour eur. D.H., affaire Eglise métropolitaine de Bessarabie c. Moldova, arrêt du 13 décembre 2001.

35 Cour eur. D.H., affaire Buscarini c. Saint-Marin, arrêt du 18 février 1999.

36 Cour eur. D.H., affaire Refah Partisi et autres c. Turquie [Grande Chambre], arrêt du 13 février 2003.

37 Cour eur.D.H., affaire Leyla Şahin c. Turquie, op. cit., par. 115-116. Voir également affaire Dahlab c. Suisse, décision du 15 février 2001.

38 Voir notamment Cour eur.D.H., affaire Leyla Şahin c. Turquie, op. cit., par.109.

39 Cour eur. D.H., affaire Parti de la liberté et de la démocratie (Özdep) c. Turquie, arrêt du 8 décembre 1999, par. 41.

solutions pacifiques » est remplie, un parti ou une association politiques peuvent difficilement être inquiétées par les autorités nationales, même si leur discours peut être qualifié de « subversif »[40]. Dans le même ordre d'idées, des appels à l'autonomie, voire la demande de sécession d'une partie du territoire, ne justifient pas à eux seuls l'adoption de mesures radicales de nature préventive, en dehors des cas d'incitation à la violence ou de rejet des principes démocratiques[41].

Sous l'angle de l'article 11 CEDH, la Cour a également jugé que des personnes se prévalant d'une conscience minoritaire peuvent former des associations pour protéger leur patrimoine culturel et spirituel[42]. Des associations qui poursuivent pareils buts ou des fins telles que la recherche d'une identité ethnique ou l'affirmation d'une conscience minoritaire, sont importantes pour le bon fonctionnement de la démocratie et la sauvegarde du pluralisme ; en effet, le pluralisme repose sur la diversité des traditions culturelles et des identités ethniques et culturelles et nécessite une interaction harmonieuse entre personnes et groupes ayant des identités différentes, ce qui est essentiel à la cohésion sociale. La création d'une association afin d'exprimer et promouvoir l'identité d'une minorité peut aider cette dernière à préserver et défendre ses droits[43].

Il va de soi que cet espace de liberté n'est pas absolu. La Cour indique clairement que si les mesures préventives sont en quelque sorte suspectes, les Etats peuvent réagir *a posteriori*, sous réserve du respect du principe de proportionnalité, face à des actions concrètes d'une association qui vont à l'encontre du but proclamé ou sont contraires à la législation ou à l'ordre public[44]. Ceci étant dit, même une mesure préventive, comme le refus d'enregistrer une association prétendant être l'organisation d'une minorité nationale, dans le cadre du contrôle judiciaire de la légalité de ses statuts, peut être conforme à la Convention, lorsqu'il s'agit, en particulier, d'écarter une disposition ambiguë ou trompeuse susceptible d'aboutir à un abus de droit, en l'espèce l'acquisition de privilèges électoraux. Dans ce contexte, une association peut être appelée à renoncer à l'appellation choisie, notamment s'il lui est possible de mettre en œuvre ses diverses activités culturelles et autres[45].

---

40 Ibid., par. 46. Voir également Cour eur. D.H., affaire Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie, arrêt du 30 janvier 1998, affaire Parti socialiste c. Turquie, arrêt du 25 mai 1998.

41 Cour eur. D.H., affaire Stankov et Organisation macédonienne unie Ilinden c. Bulgarie, arrêt du 2 octobre 2001, par. 97.

42 Cour eur. D.H., affaire Sidiropoulos c. Grèce, arrêt du 10 juillet 1998, par. 44.

43 Cour eur. D.H., affaire Gorzelik, op.cit. par. 93.

44 Cour eur. D.H., affaire Sidiropoulos c. Grèce, op.cit., par. 46.

45 Cour eur. D.H., affaire Gorzelik, op.cit., par. 105.

Dans les affaires susmentionnées, la Cour a adopté une attitude de laissez-faire, y compris face au discours « subversif » et « sécessionniste », du moment où il n'y pas négation de la démocratie, recours à la violence ou danger imminent pour la sécurité nationale. Il faudrait, cependant, souligner que l'obligation des Etats de respecter la liberté de certaines personnes d'exprimer et de promouvoir une identité « minoritaire » n'implique pas *per se* une obligation des Etats de traiter lesdites personnes en tant que membres d'une minorité. La Cour protège l'affirmation et la proclamation d'une conscience minoritaire, ainsi que l'action collective relative à la promotion d'une identité particulière sans pour autant « désarmer » les Etats ou leur imposer de passer du respect d'une liberté à la reconnaissance d'un groupe en tant que « minorité ».

– Dans les domaines de l'éducation et des droits linguistiques, la Cour n'a pas eu l'occasion de développer une jurisprudence particulièrement riche ou innovatrice. Selon la Cour, l'article 2 du Protocole additionnel n° 1, même combiné avec l'article 14, ne garantit pas aux enfants ou à leurs parents le droit à une instruction dispensée dans la langue de leur choix, en particulier par les soins ou avec l'aide des pouvoirs publics ; elle ne précise pas la langue dans laquelle l'enseignement doit être dispensé afin que le droit à l'instruction soit respecté ; de plus, des mesures qui tendent à réaliser l'unité linguistique poursuivent un but d'intérêt public et ne sont pas arbitraires[46]. La jurisprudence européenne s'efforce d'assurer le respect des convictions philosophiques des parents et, partant, le pluralisme éducatif[47]. En même temps, la Cour n'accepte pas que le refus des autorités d'accommoder certaines revendications identitaires prive les parents de la possibilité d'orienter leurs filles dans une direction conforme à leurs propres convictions religieuses et défend le principe de neutralité de l'enseignement secondaire[48]. Au niveau des droits politiques, la Cour a jugé que si l'exigence pour un candidat aux élections parlementaires d'avoir une connaissance suffisante de la langue officielle poursuit un but légitime, la procédure visant à constater le non-respect de cette condition doit être conforme à un certain nombre de critères permettant d'éviter l'arbitraire[49].

---

46 Cour eur. D.H., affaire linguistique belge, arrêt du 23 juillet 1968. Il n'est cependant pas exclu que, dans des circonstances très particulières, comme la situation des enfants des Chypriotes grecs vivant dans le nord de Chypre, le fait que les personnes intéressées n'aient pas bénéficié d'un enseignement secondaire approprié constitue une violation de l'article 2 du Protocole n° 1 ; voir Cour eur. D.H., affaire Chypre c. Turquie, op.cit.

47 Cour eur. D.H., affaire Kjeldsen, Busk Madsen et Pedersen c. Danemark, arrêt du 7 décembre 1976, affaire Campbell et Cosans c. Royaume-Uni, arrêt du 25 février 1982.

48 Cour eur. D.H., affaire Köse et 93 autres c. Turquie, décision du 24 janvier 2006. Sur cette problématique, voir également les arrêts susmentionnés supra, note (37).

49 Cour eur. D.H., affaire Podkolzian c. Lettonie, arrêt du 9 avril 2002, par. 35.

Ce bref survol de la jurisprudence européenne est, par définition, incomplet : tout arrêt de la Cour européenne peut, directement ou indirectement, renforcer la protection des droits des personnes appartenant à des minorités[50]. L'acquis jurisprudentiel en la matière est déjà assez riche. La Cour a largement intégré les besoins particuliers et les aspirations des minorités dans l'interprétation des droits conventionnels, en recherchant un juste équilibre avec les exigences des valeurs prévalant dans la société démocratique moderne et de l'intérêt public général, démarche nécessaire à la sauvegarde de la cohésion sociale. En tant que mécanisme de protection générale des droits de l'homme, le système conventionnel assure un niveau élevé de protection des droits des personnes appartenant à des minorités, tout en se gardant bien de se saisir de questions sensibles, qui sortent du contexte conventionnel, liées à la reconnaissance officielle des minorités par les Etats. L'application des droits de l'homme généraux à la situation particulière des personnes appartenant à des minorités est complétée par la mise en œuvre du principe de non-discrimination.

## *II. Acquis et potentiel de l'interdiction de la discrimination pour les personnes appartenant à des minorités*

Le caractère non-indépendant de l'article 14 n'a pas permis au principe de non-discrimination de déployer tout son potentiel dans le système de la Convention. La Cour préfère, en effet, lorsqu'elle conclut à la violation d'une disposition conventionnelle, ne pas reconnaître qu'une question séparée se pose sur le terrain de l'article pertinent. Cependant, ces dernières années la Cour a procédé à une revitalisation de l'interdiction de discrimination. Trois exemples illustrent ce propos.

Comme nous l'avons déjà évoqué, la Cour a posé l'obligation procédurale d'enquêter sur des mobiles racistes éventuels, en cas d'allégations de violation des articles 2 ou 3 CEDH[51]. De même, la Cour n'a pas hésité à constater, dans un cas d'espèce, que des agressions avaient été motivées par l'origine rom des requérants, qui, en plus, fut à l'origine de remarques discriminatoires de la part des autorités et semble avoir influencé de manière décisive la durée et l'issue de la procédure interne[52]. D'une manière plus générale, la

---

50 A titre d'exemple, la Cour a tout récemment jugé que l'annulation des titres de propriété d'une fondation appartenant à une minorité n'était pas prévisible pour la requérante et était donc incompatible avec le principe de légalité. La Cour a ainsi protégé le droit des fondations des minorités d'acquérir légalement des biens, sans ingérence arbitraire de la part des autorités. Voir Cour eur. D.H., affaire Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı c. Turquie, arrêt du 7 janvier 2007.

51 Cour eur. D.H., affaire Natchova c. Bulgarie (Grande Chambre), arrêt du 6 juillet 2005 ; affaire Bekos et Koutropoulos c. Grèce, arrêt du 13 décembre 2005.

52 Cour eur. D.H., affaire Moldovan et autres c. Roumanie (n° 2), op. cit.

Cour souligne qu'une différence de traitement fondée exclusivement ou dans une mesure déterminante sur l'origine ethnique d'un individu ne peut pas être objectivement justifiée dans la société démocratique contemporaine fondée sur le principe du respect du pluralisme et la diversité culturelle ; de plus, elle précise qu'une discrimination fondée sur l'appartenance ethnique réelle ou supposée des individus concernés, peut être qualifiée de discrimination raciale[53]. Ainsi, la Cour se montre prête à reconnaître l'existence des phénomènes racistes, en leur donnant une qualification juridique appropriée, et à les affronter d'une manière plus sévère et décisive, sans chercher à ménager les susceptibilités des Etats.

Une avancée importante fut la consécration du principe de l'égalité réelle, qui complète l'égalité formelle. En effet, selon la jurisprudence de la Cour, le principe de non-discrimination interdit aux Etats de refuser, sans justification objective et raisonnable, d'appliquer un traitement différent à des personnes dont les situations sont sensiblement différentes[54]. Cette « obligation de différencier » en fonction de la diversité des situations pourrait ouvrir la voie à l'acceptation de mesures introduisant un traitement favorable aux personnes appartenant à des minorités. Il faudrait, cependant, préciser que cette facette du principe de non-discrimination n'oblige pas nécessairement les Etats à soustraire des personnes appartenant à des minorités au champ d'application d'une législation nationale généralement applicable ; de plus, la Cour se montre encline à accepter, dans un cas d'espèce, que le refus de différencier repose sur une justification objective et raisonnable[55].

Un autre concept particulièrement intéressant que la Cour commence à utiliser est celui de la discrimination indirecte. Selon la jurisprudence, lorsqu'une politique ou mesure générale a des répercussions disproportionnément préjudiciables sur un groupe donné, il n'est pas exclu qu'elle puisse être considérée comme discriminatoire même si elle ne vise pas spécifiquement ce groupe[56]. Reste à savoir comment identifier les effets négatifs d'une législation sur les personnes appartenant à un certain groupe. La Cour n'a pas apporté une réponse définitive à cette question ; elle a, en tout cas, refusé d'accorder un poids déterminant aux statistiques, même si celles-ci semblent indiquer que les actes incriminés déploient des effets sur un groupe de per-

53 Cour eur. D.H., affaire Timishev c. Russie, arrêt du 13 décembre 2005, par. 56, 59.

54 Cour eur. D.H., affaire Thlimmenos c. Grèce, arrêt du 6 avril 2000, par. 44.

55 Cour eur. D.H., affaire Chapman c. Royaume-Uni, op. cit., par. 115.

56 Cour eur. D.H., affaire Kelly c. Royaume-Uni, arrêt du 4 mai 2001, par. 148 ; voir également les arrêts Hugh Jordan, McKerr et Shanaghan c. Royaume-Uni, rendus le même jour, ainsi que l'arrêt McShane c. Royaume-Uni, arrêt du 28 mai 2002. Cette jurisprudence a été confirmée dans l'arrêt D.H. c. République tchèque, op. cit., par. 46 (pendante devant la Grande Chambre de la Cour).

sonnes précis ou révélent des chiffres inquiétants[57]. Dans ce domaine aussi, la Cour hésite à affirmer l'existence d'une pratique discriminatoire.

La démarche de la Cour que nous venons d'esquisser est, à l'évidence, innovatrice et prometteuse. Force est cependant de constater que, jusqu'à présent, elle a abouti à des résultats qui ne satisfont pas entièrement les attentes qu'on a pu placer en elle. A coup sûr, le caractère non indépendant de l'article 14 y est pour quelque chose. C'est pourquoi il est espéré que le Protocole n° 12 donnera un essor nouveau à la mise en œuvre du principe de non-discrimination.

Ouvert à la signature le 4 novembre 2000, le Protocole n° 12 est entré en vigueur le 1er avril 2005 et a été ratifié, jusqu'à présent, par 15 Etats seulement[58]. La Cour n'a pas eu l'occasion d'appliquer les dispositions dudit Protocole. On peut, pourtant, en relever certains aspects, particulièrement intéressants pour les personnes appartenant à des minorités.

Tout d'abord, le troisième paragraphe du préambule réaffirme que des mesures visant à promouvoir une égalité pleine et effective ne sont pas contraires au principe de non-discrimination, à la condition qu'elles répondent à une justification objective et raisonnable. Comme le précise le rapport explicatif (en mentionnant, entre autres, l'article 4, par. 3 de la Convention-cadre), l'existence de certains groupes ou catégories de personnes défavorisés, ou encore de situations d'inégalité de fait, peut justifier l'octroi d'avantages spécifiques, dans le respect du principe de proportionnalité. Sous cet angle, le Protocole n° 12 « légitime », en quelque sorte, les mesures positives visant à remédier aux inégalités dont souffrent des personnes appartenant à des groupes vulnérables de la société (y compris les minorités), sans pour autant imposer une obligation aux Etats d'adopter de telles mesures[59]. De plus, il n'exclut pas des obligations positives dans le domaine des relations entre particuliers, ne serait-ce que d'une manière fort réservée[60].

Ensuite, et surtout, l'interdiction générale de la discrimination signifie que les allégations de violation de ce principe ne doivent plus se rattacher aux droits conventionnels. C'est une innovation particulièrement intéressante pour les personnes appartenant à des minorités, dans la mesure où

---

57 Ibid.

58 Le nombre peu élevé des ratifications s'explique probablement par le fait que l'interdiction générale de la discrimination attire dans le champ d'application de la Convention de vastes activités étatiques. Sur le Protocole n° 12 et le principe de non-discrimination, voir La non-discrimination : un droit fondamental, Actes du Séminaire marquant l'entrée en vigueur du Protocole n° 12 à la Convention européenne des Droits de l'Homme (Strasbourg, 11 octobre 2005), Editions du Conseil de l'Europe, 2006.

59 Rapport explicatif au Protocole n° 12, par. 16.

60 Ibid., par. 27-28.

leurs droits ne sont par reconnus expressément par le texte de la Convention. Ainsi, la Cour se voit accorder la compétence d'examiner des cas de discrimination dans la jouissance de tout droit accordé à l'individu par le droit national, dans l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de la part des autorités publiques ou du fait d'autres actes ou omissions étatiques[61]. En d'autres termes, désormais l'ensemble, pratiquement, des activités étatiques touchant les droits des personnes appartenant à des minorités, sous l'angle de l'interdiction de discrimination, pourrait être porté devant la Cour européenne. Il faudrait, cependant, préciser que l'article 1 par. 1 du Protocole n° 12 ne confère pas à la Cour la compétence d'examiner le respect des règles de droit contenues dans d'autres instruments internationaux[62] ; par conséquent, les personnes se trouvant sous la juridiction d'un Etat partie à la Convention-cadre ne pourront pas invoquer devant la Cour européenne une mise en œuvre discriminatoire des dispositions dudit instrument.

Le potentiel du Protocole n° 12 est, à l'évidence, très grand. Toute discrimination prétendument fondée sur les traits distinctifs des personnes appartenant à des minorités (religion, langue, traditions, patrimoine culturel), quel que soit le domaine d'activité étatique concerné, peut être portée à la connaissance et à la sanction de la Cour. Reste à savoir si celle-ci tirera toutes les conséquences de cette ouverture du système conventionnel, en transposant au Protocole n° 12 les avancées sur le terrain de l'article 14 que nous avons déjà évoquées.

Il faudrait, enfin, relever les perspectives ouvertes par la législation anti-discriminations du droit communautaire[63]. En effet, la Directive 2000/43/CE met en œuvre le principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique ; de plus, la Directive 2000/78/CE établit un cadre général en vue d'une égalité de traitement en matière d'emploi et de travail. Les personnes appartenant à des minorités, soumises à la juridiction d'un Etat membre de l'Union européenne, peuvent se prévaloir des dispositions législatives adoptées en vue d'intégrer les directives européennes dans l'ordre juridique interne, qui couvrent de larges domaines de la vie quotidienne, notamment économique et sociale, et renforcent d'une manière décisive la protection juridictionnelle des victimes de discriminations.

61 Ibid., par. 22.

62 Ibid., par. 29.

63 Pour une brève comparaison avec le Protocole n° 12, voir Marc Bell, Les relations entre la législation de l'Union européenne et le Protocole n° 12, in : La non-discrimination : un droit fondamental, op. cit., pp. 72-78.

## Conclusions

A première vue, le système conventionnel ne semble pas particulièrement ouvert aux aspirations des personnes appartenant à des minorités : manque de disposition conventionnelle expresse, caractère non-indépendant de l'interdiction de discrimination, échec des efforts pour enrichir le texte de la Convention et forte réticence des Etats à cet égard. La Cour s'est bien gardée d'imposer aux Etats une définition précise de la notion de minorité ou encore la reconnaissance en tant que « minorité » d'un groupe non qualifié comme tel dans l'ordre juridique concerné. Elle a même insisté sur l'importance de la marge d'appréciation nationale en la matière, ce qui ne lui a pas permis d'importer et de « réexporter » des solutions identifiées au sein du mécanisme de la Convention-cadre. Mais en même temps, la jurisprudence européenne a démontré que la protection accordée par les dispositions de la Convention en tant qu'instrument général de sauvegarde des droits de l'homme peut contribuer au renforcement de la garantie des droits des personnes appartenant à des minorités, dans le respect de l'intérêt public général. L'acquis et le potentiel des dispositions relatives à l'interdiction de la discrimination ouvrent des pistes tout aussi intéressantes.

Du point de vue de la structure du système européen de protection des droits de l'homme en général, on ne saurait nier l'importance des conventions spécifiques pour la protection des personnes appartenant à des minorités. Preuve en est le grand nombre des ratifications de la Convention-cadre, reconnue comme un outil fondamental pour les Etats parties, ainsi que la qualité du dialogue entre le Comité consultatif de ladite Convention et les Etats concernés. L'approche généraliste du système de la CEDH présente, de son côté, des avantages non négligeables : en évitant des questions sensibles, telles que la reconnaissance des minorités, elle facilite la dépolitisation des questions y afférentes, elle fait profiter aux personnes appartenant à des minorités (ou prétendant y appartenir) du niveau très élevé de protection des droits qui sont extrêmement pertinents à leur situation. Il est vrai que la fonction juridictionnelle de la Cour et l'examen des cas concrets ne lui permettent pas de jouer pleinement un rôle de promotion des droits des minorités. Cependant, la rigueur du syllogisme juridique de la Cour est tout particulièrement utile. En effet, les Etats, les organes de suivi des traités internationaux et toutes les parties prenantes en général doivent savoir ce qui est du ressort du dialogue et de la promotion, et peut donc être débattu et contesté, et ce qui constitue une véritable obligation juridique.

Au bout du compte, il appartient aux Etats de choisir la meilleure stratégie ou les pistes à suivre pour protéger les droits des personnes appartenant à des minorités, selon leurs besoins, leurs traditions et leurs spécificités. L'acquis jurisprudentiel européen, riche et varié, quelles que soient ses limites,

fixe un cadre indispensable pour la garantie des droits des personnes appartenant à des minorités et la sauvegarde et la promotion de la diversité et de la cohésion sociales.

# Les droits et les devoirs de l'homme : un équilibre délicat

Pierre Lambert

*Avocat au barreau de Bruxelles*
*Directeur de la Revue trimestrielle des droits de l'homme*

1.– René Cassin a relaté les circonstances qui ont conduit à l'évacuation à peu près totale de la notion de « devoirs » dans la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948 : lorsque, en sa qualité de rapporteur du premier projet de Déclaration, il exposa un texte où il était fait mention des devoirs de l'individu envers la société, Eléonore Roosevelt qui présidait la Commission des droits de l'homme, fit d'emblée observer : « Nous sommes chargés de proclamer les droits et libertés fondamentaux de l'être humain et de faire tout notre possible pour assurer leur respect universel et effectif suivant les termes de la Charte des Nations Unies et non pas d'énumérer ses obligations »[1].

Il est vrai que la Déclaration universelle était élaborée au lendemain de la Deuxième Guerre mondiale et que les membres de la Commission étaient imprégnés de la volonté d'élaborer un texte qui évite à tout jamais le renouvellement des atteintes tragiques aux droits de l'homme perpétrées au cours de cette période. C'est ainsi que faute d'arriver à un accord entre les Etats socialistes et les Etats libéraux sur la portée des devoirs de l'individu, l'étude de ceux-ci fut renvoyée à plus tard sur la suggestion du représentant de la Chine – à l'époque, celle de Tchang Kaï-Tchek.

Dès lors, le Préambule de la Déclaration universelle – adoptée à l'unanimité, moins les abstentions des pays socialistes, de l'Arabie saoudite et de l'Afrique du Sud – qui définit les buts fondamentaux de cet instrument juridique, ne contient aucune mention de la notion de « devoirs ». Certes, l'article 1er, après avoir énoncé que « *Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits* », ajoute : « *Ils sont doués de raison et de conscience ; ils doivent agir les uns envers les autres dans un esprit de fraternité* ». Mais il faut attendre l'avant-dernier article de la Déclaration, l'article 29, pour constater qu'un alinéa énonce : « *L'individu a des devoirs envers la Communauté dans laquelle seul le*

[1] René Cassin, « De la place faite aux devoirs de l'individu dans la Déclaration universelle des droits de l'homme », in *Mélanges offerts à Polys Modinos – Problèmes des droits de l'homme et de l'unification européenne*, Paris, 1968, p. 478 ss, spécialt p. 481.

*libre et plein développement de sa personnalité est possible »*, chacun n'étant soumis dans l'exercice de ses droits et dans la jouissance de ses libertés *« qu'aux limitations établies par la loi exclusivement en vue d'assurer la reconnaissance et le respect des droits et libertés d'autrui et afin de satisfaire aux justes exigences de la morale, de l'ordre public et du bien-être général dans une société démocratique »* (al. 1er et 2).

2. – Cet ostracisme à l'égard d'une notion qui paraît aussi fondamentale que celle de « droit » n'est pas neuf. Si les fondements philosophiques et éthiques des devoirs sont très anciens, sur le plan juridique, la question des devoirs fut posée explicitement pour la première fois lors de la Révolution française, en 1789, à l'occasion des premiers débats sur le contenu de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

Là également, les « devoirs » ne trouvent guère de place : tout au plus, les termes sont-ils mentionnés dans le Préambule de la manière suivante : *« Les représentants du peuple français … ont résolu d'exposer dans une Déclaration solennelle les droits naturels, inaliénables et sacrés de l'homme afin qu'*(elle) *… leur rappelle sans cesse leurs droits et leurs devoirs »*. Le professeur Jean-Pierre Nandrin a relaté dans une étude récente[2] qu'une proposition du célèbre abbé Grégoire – qui a joué un rôle important dans l'adoption de la fameuse Déclaration de 1789 – fut rejetée à une confortable majorité par la Constituante, ses membres ne parvenant pas à se mettre d'accord sur la notion de « devoirs », mais sans doute aussi, en raison des références constantes, dans la proposition, à la religion et à la morale chrétiennes, ce qui n'était pas vraiment dans l'air du temps[3].

Cette réaction que traduit la Déclaration révolutionnaire trouve pour l'essentiel son origine dans la lutte et les revendications en faveur de droits et de libertés contre l'arbitraire du pouvoir. Il n'en avait pas été autrement dans le cas des gentilshommes qui, en 1215 déjà, avaient imposé la *Magna Carta* et l'*Habeas Corpus* au roi Jean d'Angleterre : ces revendications n'impliquaient jamais une reconnaissance corrélative de devoirs envers le souverain ou, plus généralement, le détenteur du pouvoir[4].

3. – Quelque deux cents ans après la Révolution de 1789, les perspectives n'ont guère évolué. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, directement

---

2 Voy. Jean-Pierre Nandrin, « La question des devoirs dans les premières Déclarations françaises des droits de l'homme » in Hugues Dumont, François Ost et Sébastien Van Drooghenbroeck (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruxelles, 2005, p. 75 ss.

3 Voy. Stéphane Rials, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, Paris, 1988, p. 167 ss.

4 Voy. F. Castberg, « Natural Law and Human Rights », *Rev. dr. h.*, 1/1968, p. 31. L'auteur relève que l'omission des devoirs de l'homme n'était ni déraisonnable ni illogique.

inspirée de la Déclaration universelle de 1948, est encore moins précise que celle-ci en ce qui concerne les « devoirs », même si on y trouve une référence précise, mais à vrai dire limitée à un domaine très spécifique, l'article 10 de la Convention qui proclame le droit à la liberté d'expression et à la liberté de recevoir ou de communiquer des informations sans ingérence des autorités publiques, et qui contient un deuxième paragraphe qui dispose que « *l'exercice de ces libertés comporte des devoirs et des responsabilités …* ».

Les commentateurs font observer que cette restriction à la liberté d'expression n'apparaît sous cette forme affirmative pour aucune des autres libertés ou des droits garantis par la Convention de sauvegarde, qu'il s'agisse du droit au respect de la vie privée et familiale, de la liberté de pensée, de conscience et de religion ou de la liberté de réunion et d'association.

Dans ces derniers cas, une ingérence d'une autorité publique dans l'exercice du droit et une restriction de la liberté n'apparaissent que pour autant qu'elles soient prévues par la loi et nécessaires dans une société démocratique à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, à l'autorité et à l'impartialité du pouvoir judiciaire, à la protection des droits et libertés d'autrui (selon les articles 8, 9 et 11 de la Convention), voire à l'intérêt général comme le prévoit l'article 1er du Protocole no 1. Il en a été déduit que ces limitations ou ces restrictions impliquent un devoir corrélatif. Mais dans aucune de ces situations, l'affirmation de « devoirs et de responsabilités » n'est énoncée.

Cependant, on ne peut que constater que certaines dispositions de la Convention impliquent des devoirs à charge de certaines catégories de personnes, tenues à un devoir de réserve[5], telles les fonctionnaires[6], les militaires[7], les magistrats[8], les policiers[9] les avocats obligés de prêter gratuitement leur ministère[10], les détenus contraints au travail pendant leur détention[11], les citoyens obligés d'effectuer un service militaire ou un service civil de remplacement[12] ou, d'une manière générale, astreints à l'une ou l'autre

---

5 Voy. Marc Verdussen, « Le devoir de réserve au regard de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme » in *Le devoir de réserve : l'expression censurée ?*, Bruxelles, 2004, p. 21 ss.

6 Voy. les arrêts *Vogt c. l'Allemagne* du 26 septembre 1995, *Wille c. le Liechtenstein* du 28 octobre 1999, *De Diego Nafria c. l'Espagne* du 14 mars 2002.

7 Voy. l'arrêt *Kelaç c. la Turquie* du 1er juillet 1997.

8 Voy. les arrêts *De Haes et Gijsels c. la Belgique* du 24 février 1997, *Buscemi c. l'Italie* du 16 septembre 1999, *Perna c. l'Italie* du 25 juillet 2001.

9 Voy. l'arrêt *Rekvényi c. la Hongrie* du 20 mai 1999.

10 Voy. l'arrêt *Van der Mussele c. la Belgique* du 23 novembre 1983.

11 Voy. Comm. eur. dr. h., la décision *Vingt-et-un détenus c. l'Allemagne*, req. no 3134/67 et s.

12 Voy. l'arrêt *Hadjianastassiou c. la Grèce* du 16 décembre 1992.

obligation civique[13], comme la réquisition en cas de crises ou de calamité. Ces devoirs peuvent être imposés aux individus sans qu'ils puissent se plaindre de ce que ces dispositions contreviennent au droit de ne pas être soumis à un travail forcé.

En outre, il est un grand nombre d'autres devoirs qui se déduisent *a contrario* du refus du juge européen de conclure à la violation de la Convention, et particulièrement des articles 8 à 11, en cas de condamnation pour avoir refusé une vaccination obligatoire, un test obligatoire de dépistage d'une maladie contagieuse, pour s'être rendu coupable d'un *contempt of court*, ou encore d'un refus d'adhésion à un ordre professionnel. L'article 16 de la Convention de sauvegarde consacre également un devoir implicite de réserve à charge des étrangers dans leur activité politique[14].

Quant à l'article 17 de la Convention qui prohibe l'abus de droits[15], il est parfois cité comme constituant un devoir implicite général de ne pas porter atteinte aux droits et libertés d'autrui, tels que la Convention les garantit.

En outre, les deux Pactes de l'O.N.U. du 16 décembre 1966 relatifs l'un aux droits civils et politiques, l'autre aux droits économiques, sociaux et culturels énoncent, dans leur Préambule que «*l'individu a des devoirs envers autrui et envers la collectivité à laquelle il appartient*».

Il faut encore relever que la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne – dernier instrument international en date – proclamée à Nice le 7 décembre 2004, renferme quant à elle une déclaration de principe en fin de son Préambule, mais sous la forme d'une simple allusion discrète dans les termes suivants: «*La jouissance de ces droits entraîne des responsabilités et des devoirs tant à l'égard d'autrui qu'à l'égard de la Communauté humaine et des générations futures*».

4.– Indépendamment de ces quelques énonciations au demeurant assez timides de différents instruments juridiques internationaux, les Constitutions nationales ont, en Europe, parfois donné un accent particulier à la dimension des devoirs, non seulement celles des pays d'Europe centrale et orientale,

---

13 Voy. parmi d'autres l'arrêt *Karlheinz Schmidt c. l'Allemagne* du 10 juillet 1994, qui concerne le service obligatoire de sapeur-pompier.

14 Voy. Jean-François Flauss, «Liberté d'expression politique des étrangers et droits fondamentaux dans les territoires d'outre-mer» (note s/ l'arrêt *Piermont c. la France* du 27 avril 1995, *Rev. trim. dr. h.*, 1996, p. 364.

15 L'article 17 dispose: «*Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu un droit quelconque de se livrer à une activité ou accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention*».

tels la Bulgarie, l'Estonie, la Hongrie, la Pologne, la Roumanie, mais également celles de pays du sud de l'Europe, tels l'Espagne, la Grèce, le Portugal[16]. Ce n'est pas à l'éminent professeur de droit constitutionnel qu'est Giorgio Malinverni qu'il faut rappeler que l'obligation faite à chaque citoyen par l'article 6 de la Constitution suisse de contribuer selon ses forces à l'accomplissement des tâches de l'Etat et de la société, relève de l'ordre de l'abstraction.

D'une manière générale, le thème des devoirs fondamentaux incombant aux citoyens est pratiquement absent d'un grand nombre de textes constitutionnels adoptés au cours des XIXe et XXe siècles. De la Constitution belge de 1831 à la Loi fondamentale allemande de 1949, seules faisaient exceptions à cette règle les Constitutions des Etats socialistes qui privilégiaient les droits sociaux, tels le droit au travail ou à la sécurité sociale, par rapport aux droits et libertés. Dans un pareil système, observait René Cassin, « le lien entre les droits des citoyens et leurs devoirs envers l'Etat est consubstantiel »[17].

Mais on ne peut passer sous silence la Déclaration américaine des droits et devoirs de l'homme, adoptée le 2 mai 1948, qui contient une énumération des principaux devoirs de l'homme envers la société et dont le Préambule précise que les « *droits et devoirs se complètent corrélativement, dans toutes les activités sociales et politiques de l'homme* » et ajoute : « *Si les droits exaltent la liberté individuelle, les devoirs expriment la dignité de cette liberté* »[18]. De même, le Préambule de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, adoptée le 27 juin 1981, s'attache notamment aux devoirs de solidarité envers la famille et la société (art. 27, § 1er) par opposition aux conceptions individualistes occidentales et proclame que « *la jouissance des droits et des libertés implique l'accomplissement des devoirs de chacun* »[19].

5. – Les juridictions internationales et particulièrement la Cour européenne des droits de l'homme ne sont pas demeurées insensibles à la question. Le juge européen a réagi en créant la notion d'« obligations positives »[20] apparue

---

16 Voy. Francis Delpérée, Marc Verdussen et Karine Biver, *Recueil des Constitutions européennes*, Bruxelles, 1994 ; Constance Grewe et Henri Oberdorff, *Les Constitutions des Etats de l'Union européenne*, Paris, 1999 ; Marc Verdussen, Sébastien Depré et Thomas Bombois, « Les devoirs fondamentaux en droit constitutionnel comparé » in *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 261 ss.

17 René Cassin, *op. cit*, p. 482.

18 Marc-André Eissen, « La Convention et les devoirs de l'individu » in *La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen*, Paris, 1960, p. 167 ss.

19 Préambule, § 7 ; voy. Jacques Fierens, « La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples », *Rev. trim. dr. h.*, 1990, p. 235 ; Kéba Mbaye, *Les droits de l'homme en Afrique*, Paris, 1992 ; Jean Matringe, *Tradition et modernité dans la Charte africaine des droits l'homme et des peuples*, Bruxelles, 1996.

20 Voy. Frédéric Sudre, « Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 1995, p. 363 ss.

pour la première fois dans la jurisprudence de la Cour à l'occasion de l'arrêt *Airey c. l'Irlande* du 9 octobre 1975, imposant à l'Etat d'adopter des mesures raisonnables et adéquates pour protéger les droits qu'un individu tient de la Convention. Cette formule ou toute autre équivalente figure dans de nombreuses décisions ultérieures.

Cependant, cette avancée est étrangère à notre propos et demeure dans les limites classiquement imparties à la Convention de sauvegarde, celles consistant uniquement, selon cette conception, à régler les relations entre les autorités publiques et les citoyens, en les protégeant contre les ingérences imputables à l'Etat, les organes de la Convention n'étant pas compétents pour connaître de griefs avancés contre les particuliers.

L'application aux particuliers des dispositions de la Convention européenne ne fut admise que lentement. René Cassin lui-même paraît avoir été longtemps réticent, même s'il a tenté de convaincre que la « Déclaration universelle, dédiée essentiellement aux droits et libertés de l'homme, n'est pas pour autant entachée d'un individualisme excessif et qu'elle n'a pas méconnu les obligations incombant à tout être humain vivant dans la société de ses semblables ». Il a pour l'essentiel considéré que droits et devoirs sont corrélatifs, ces derniers étant la contrepartie logique des droits et libertés garantis[21]. Sous l'impulsion d'une doctrine progressiste[22], la thèse de l'« effet horizontal » de la Convention étendant aux particuliers les interdictions d'ingérence qui pèsent sur les Etats finit cependant par s'imposer[23], les devoirs des individus envers la Communauté devant cependant être dissociés des devoirs envers les autres individus.

Même si nombreux sont ceux qui déplorent l'insuffisance des instruments juridiques internationaux sur la question des devoirs de l'homme, rares sont les partisans de l'adoption d'une véritable Déclaration des devoirs fondamentaux de l'individu, voire d'une véritable Convention internatio-

---

21 René Cassin, *op. cit.*, et du même auteur : « La Convention et les droits de l'individu » in *La protection des droits de l'homme dans le cadre européen*, Paris, 1961, p. 167 ss ; voy. également Marc-André Eissen qui exprime timidement une opinion favorable : « La Convention européenne des droits de l'homme et les obligations de l'individu : une mise à jour » in *Amicorum discipulorumque liber René Cassin*, Paris, 1999, t. III, La protection des droits de l'homme dans les rapports entre personnes privées, p. 151 ss.

22 Voy. not. Karel Vasak, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, 1964, spécialt pp. 78 et 249 ; ainsi que Walter-Jean Ganshof Van der Meersch, « La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ? » in *Les droits de l'homme en droit interne et en droit international*, Bruxelles, 1968, p. 155.

23 Voy. l'étude d'ensemble de Dean Spielmann, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, préface de Pierre Lambert, Bruxelles, 1995 et celle de Patrick de Fonbressin, « L'effet transcendantal de la Convention européenne des droits de l'homme » in *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, 1998, p. 231 ss.

nale. Karel Vasak est sans doute le premier à l'avoir préconisée[24]. Après lui, Jacques Robert et Jean Duffar ont considéré qu'à « une époque où il est de bon ton de recevoir plutôt que de donner, de réclamer plutôt que de servir, la proclamation d'une Charte universelle des devoirs de l'homme aurait une valeur hautement symbolique »[25]. Une partie significative de la doctrine a souligné les bonnes raisons de se méfier d'un tel instrument propre à compléter ceux qui garantissent les droits : selon cette doctrine, un des dangers consisterait à subordonner le bénéfice de ces droits à l'accomplissement des devoirs institués par les collectivités politiques particulières, alors que les droits de l'homme ont vocation à l'universalité et à l'inconditionnalité. Dans la contribution que le doyen Yves Madiot a donnée, peu avant sa mort, aux *Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, il adoptait en analysant la place des devoirs dans une théorie générale des droits de l'homme, une conception analogue sur le fond, même s'il exprimait en termes plus vigoureux, plusieurs dangers, « ceux de verser dans un moralisme fade, d'être accusé de délaisser les droits au profit des devoirs et, pourquoi pas, d'être un auteur répressif, voire fasciste »[26], tout en considérant que la « proclamation explicite des devoirs est une garantie contre l'arbitraire de l'Etat qui serait ainsi empêché d'en mettre d'autres à charge des individus »[27].

Les professeurs François Ost et Sébastien Van Drooghenbroeck ont tenté, dans une étude récente, de dépasser la controverse en écartant la conception du doublon « droits-devoirs » qui véhicule l'idée réductrice que le devoir est la contrepartie du droit et que seul peut revendiquer un droit celui qui remplit ses devoirs[28]. Ils ont également souligné les bonnes raisons de se méfier d'une hypothétique « Déclaration des devoirs de l'homme » qui se présenterait comme un instrument propre à compléter, sinon à compenser les grandes déclarations des droits de l'homme : un des dangers consisterait à subordonner le bénéfice de ces droits à l'accomplissement des devoirs institués par les collectivités politiques particulières. Rejetant la conception qui veut que les devoirs soient toujours maintenus dans l'ombre des droits

---

24 Karel Vasak, « La Convention européenne des droits de l'homme » in *Les devoirs de l'homme*, Fribourg/Paris, 1989, p. 14.

25 Jacques Robert et Jean Duffar, *Droits de l'homme et libertés fondamentales*, (7e éd.), Paris, 1999, p. 73 ; voy. également les réflexions de Lucien François, intitulée « La forme des droits de l'homme », où l'auteur écrit qu'« un droit qui ne se traduit pas par des obligations précises envers le titulaire du droit n'est qu'un vœu pieux, une déclaration d'intention, un évènement verbal, doublé de quelque chose qui ressemble à un mensonge car ce vœu pieux se donne pour plus que ce qu'il est », *Rev. trim. dr. h*, 1990, p. 45 ss.

26 Yves Madiot, « La place des devoirs dans une théorie générale des droits de l'homme » in *Pouvoir et liberté – Etudes offertes à Jacques Mourgeon*, Bruxelles, 1998, p. 21 ss.

27 Yves Madiot, *Considérations sur les droits et les devoirs de l'homme*, Bruxelles, 1998, p. 119.

28 François Ost et Sébastien Van Drooghenbroeck, « La responsabilité, face cachée des droits de l'homme », in H. Dumont, F. Ost et S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, pp. 1 à 49.

de l'homme comme leur face cachée ou honteuse, ces auteurs procèdent à une analyse renouvelée de l'idée de responsabilité qui doit permettre, à leur estime, « de dialectiser plutôt que d'opposer loi et liberté ». Et ils ajoutent à la paire « droits-devoirs » un troisième terme, celui de « responsabilité » qui approfondit et élargit l'exigence normative.

Comme le souligne en conclusion de ce remarquable ouvrage le juge à la Cour européenne des droits de l'homme, Françoise Tulkens[29], il faut considérer que « les droits et libertés s'accroissent, plutôt que ne s'arrêtent, en proportion de ceux des autres et que la responsabilité plutôt que de marquer les bornes des droits et libertés, assure leur démultiplication et leur approfondissement ».

6. – En définitive, il n'est pas contestable, tout d'abord, qu'à l'origine, la Convention européenne des droits de l'homme fut conçue pour imposer aux Etats parties une série d'obligations précises. Cependant, ainsi que la Cour l'a déclaré dans nombre de ses arrêts, les droits proclamés ne peuvent être théoriques et illusoires, mais concrets et effectifs. Et cette exigence ne serait pas pleinement satisfaite si les particuliers n'avaient pas également le devoir de les respecter.

Il n'y a pas lieu de s'attarder à la distinction sémantique entre les « devoirs » qui ont une connotation essentiellement morale et les « obligations » qui ont une origine légale, voire réglementaire, et dont le non-respect est passible de sanctions, les deux termes étant souvent interchangeables tant dans la jurisprudence que dans la doctrine.

Entre les droits et les devoirs de l'homme, un équilibre doit être recherché, ce qui n'est autre que garder le sens de la mesure auquel le professeur Malinverni, à qui ces « *Mélanges* » veulent rendre hommage, est très attaché.

Les conflits les plus délicats se rencontrent entre, d'une part, les droits fondamentaux et, d'autre part, les devoirs moraux auxquels un individu est tenu. Parmi les nombreux exemples, on peut citer le cas des Témoins de Jéhovah refusant que leurs enfants participent à un défilé le jour de la fête nationale concomitamment à un défilé militaire[30] ou encore celui des objecteurs de conscience refusant le service militaire ou le service civil de remplacement en raison de leurs convictions soit religieuses, soit pacifistes[31], voire encore le devoir d'euthanasie envers un proche qui veut mettre fin à d'intolérables souffrances et qui réclame le droit de mourir dans la dignité[32]. La prépondérance

[29] *Op. cit.*, pp. 523 à 536.

[30] Voy. les arrêts Cour eur. dr. h. *Valsamis* et *Efstratiou c. la Grèce*, du 18 décembre 1966.

[31] Voy. Comm. eur. dr. h., *A. c. la Suisse* du 9 mai 1984, req. n° 10.640/83, *D.R.*, 38, p. 219.

[32] Voy. l'arrêt Cour eur. dr. h., *Pretty c. le Royaume-Uni* du 29 avril 2002.

de ces devoirs sur les droits proclamés relève d'une appréciation délicate et la décision du juge éventuellement saisi, quelle qu'elle soit, pourra toujours faire l'objet d'opinions dissidentes et de critiques. La Cour européenne a défini dans un de ses premiers arrêts une conception générale en soulignant que « la Convention implique … un juste équilibre entre la sauvegarde de l'intérêt général et le respect des droits fondamentaux de l'homme … »[33]. Il en va de même en ce qui concerne les conflits entre droits et devoirs et un choix s'impose entre le respect d'un droit fondamental et un devoir éventuellement moral qui revêt un caractère impérieux comme bon nombre d'exigences d'ordre éthique. La complexité de la vie contraint fréquemment à faire de tels choix, la difficulté naissant du fait que les droits et les devoirs sont également dignes de considération et aucune hiérarchisation abstraite n'est possible car elle touche à la conscience profonde de chaque individu.

[33] Cour eur. dr. h., *Affaire relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*, du 23 juillet 1968, voy. dans la « Partie en droit », B, § 5.

# Aperçu de la destinée des droits fondamentaux sous la République helvétique (1798-1803)[1]

Victor Monnier

*Professeur à l'Université de Genève*

> « La Liberté n'est plus un rêve, les droits de l'homme sont vainqueurs. »[2]

Nous connaissons tous l'engagement de Giorgio Malinverni en faveur des droits de l'homme et de la démocratie ainsi que ses nombreuses contributions dans ces domaines. Pour honorer ce nouveau juge de la Suisse italienne à la Cour européenne des droits de l'Homme, il nous a semblé intéressant de rappeler l'origine des droits fondamentaux en Suisse et d'en retracer l'évolution au cours de cette période charnière pour l'histoire de nos institutions qu'est la République helvétique.

En 1803, année qui marque la fin de l'expérience de la République unitaire en Suisse, le Vaudois Samuel Rochat (1783-1861) écrit la phrase que nous avons placée en exergue. Posons-nous la question de savoir ce qu'expriment ces mots. Pour ce faire, nous rappellerons brièvement la situation des droits fondamentaux sous l'ancien régime, puis nous aborderons l'état de cette question sous la République helvétique en nous attachant essentiellement à ses deux Constitutions, à l'Acte de Médiation de 1803, qui tire un trait définitif sur l'Helvétique et aux différents matériaux ayant servi à l'élaboration de celui-ci. Ces observations devraient nous permettre de vérifier l'assertion de Rochat et de distinguer la direction que prennent ces droits de l'homme en Suisse en ce début du XIX$^{e}$ siècle.

Nous utiliserons les catégories de droits fondamentaux élaborées par les professeurs Malinverni, Auer et Hottelier[3] en raison de leur clarté et de leur systématique, même si, de ce fait, pour certaines de celles-ci, nous encourons le reproche d'être anachronique. Il s'agit donc des libertés, des garanties de l'état de droit, des droits sociaux et des droits politiques.

---

1 Cette contribution s'insère dans une étude générale sur l'Acte de Médiation de 1803 qui a bénéficié des subsides du Fonds national suisse de la recherche scientifique (n$^{os}$ 100011-103703 ; 1114-068123).

2 Samuel Rochat, *Hymne vaudois*, 1803.

3 Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, Berne 2006, 2$^{e}$ éd., vol. 2, pp. 5-15.

## L'ancienne Confédération

De façon générale et en guise d'introduction, examinons la situation des droits fondamentaux en Suisse avant 1798. Dans cette structure d'état confédéral et au sein de sociétés foncièrement inégalitaires, quelles sont les notions qui peuvent se rapprocher de celles établies par notre ordre juridique contemporain ? Qu'évoquent ce que l'on appelle communément les anciennes libertés suisses ? Essentiellement l'indépendance mais aussi l'autonomie politique des citoyens qui concourent à la volonté générale de leur collectivité[4]. Ces fameuses libertés, qui d'ailleurs s'utilisent au pluriel, s'appliquent à des communautés de personnes et d'intérêts et ne se différencient pas essentiellement des droits, des franchises, des privilèges, des immunités, *etc*. qu'elles contiennent du reste en elles-mêmes. Cependant, c'est la collectivité qui en bénéficie directement et non l'individu. Ce dernier ne pourra en jouir que s'il en dépend, mais seulement de manière indirecte. Cette faculté est de la sorte déterminée par la communauté et par la classe sociale auxquelles appartient la personne humaine. Les conditions d'exercice varieront ainsi, selon que l'on appartient, par exemple, à la bourgeoisie jouissant de ses biens et pouvant assumer des fonctions politiques, ou que l'on est simple habitant dans sa commune de domicile, au bénéfice du droit d'habitation et de certains droits civils et économiques. En outre, l'étendue de ces libertés n'est pas la même si l'on vit dans une commune souveraine ou dans une commune sous sujétion[5]. De la sorte, un citoyen des Cantons qui pratiquent le régime de démocratie directe aura, au sein de la *Landsgemeinde*, complète liberté de parole. En revanche, il ne bénéficiera pas de la liberté qu'ont les catholiques et les protestants qui peuplent les territoires sous domination confédérée, dans le comté de Baden ou en Thurgovie notamment, de pouvoir pratiquer librement leur confession respective[6]. De même, nous rencontrons la liberté du commerce et de l'industrie, mais elle n'est l'apanage que de la bourgeoisie, qui

---

4 Jean-François Poudret, « L'individu face au pouvoir dans quelques pays d'Europe occidentale du XIII^e^ au XVIII^e^ siècle » *in L'individu face au pouvoir*. Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des institutions, Bruxelles 1989, vol. 48, pp. 13-16.
Peter Liver « Von der Freiheit in der alten Eidgenossenschaft und nach den Ideen der französischen Revolution » *in La liberté du citoyen en droit suisse*, Zurich 1948, pp. 39-43.
Hans Huber, « Die Grundrechte in der Schweiz » *in Die Grundrechte. Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte*. Berlin 1966, vol. I/1, pp. 179-181.

5 William Emmanuel Rappard, *L'individu et l'Etat*, Zurich 1936, pp. 20-21.
Wolfgang-Amédée Liebeskind, « L'autonomie communale » *in La liberté du citoyen en droit suisse*, *op. cit*., pp. 233-235.
Fernand Braudel, *Grammaire des civilisations*. Paris 1987, p. 350.
*Nouvelle histoire de la Suisse et des Suisses*. Lausanne 1998, 2^e^ éd. revue et aug., pp. 921 et 926.

6 Heinrich Ryffel, *Die schweizerischen Landsgemeinden*. Zurich 1904, p. 105.
« Aarau, (Paix d') » in *Dictionnaire historique et biographique de la Suisse*, Neuchâtel 1921, vol. 1, p. 10.

du reste la règlemente à son unique profit[7]. Ainsi, observons-nous en Suisse sous l'ancien régime la présence de libertés dont la teneur peut s'apparenter, de façon générale, à celle de nos droits de l'homme ; toutefois elle ne touche que certaines catégories d'individus. En revanche, le principe de l'égalité en droit est, lui, une innovation du XVIII[e] siècle[8].

## La République helvétique (1798-1803)

La Constitution de la République helvétique du 12 avril 1798[9], la première au sens formel du terme pour la Suisse tout entière, abolit la structure d'état confédéral et fait de l'ancienne Confédération un état unitaire centralisé avec un régime politique de démocratie représentative. Le pays unifié assiste, de surcroît, à l'avènement des droits de l'homme, car la Constitution de l'Helvétique proclame le caractère inaliénable de la liberté naturelle de l'individu et promeut le principe d'égalité en droit abolissant toute distinction héréditaire[10]. L'être humain ainsi libéré du carcan de l'ancien régime voit l'Etat reconnaître la dimension individuelle de sa liberté. Ce concept moderne de liberté, qui désormais s'utilise au singulier, peut être considéré comme l'aboutissement, l'achèvement des anciennes libertés des Confédérés, ce qui n'est en revanche pas le cas du principe d'égalité d'inspiration étrangère[11]. A la différence du modèle français, celui de l'An III, dont elle est la réplique, la Constitution de 1798 ne contient pas de déclaration des droits de l'homme ; les quatorze articles du titre premier consacrés aux principes fondamentaux en sont néanmoins un véritable abrégé. Cependant, comme le relève Alfred Kölz (1944-2003), les libertés fondamentales contenues dans la Constitution de 1798 sont « *… énoncées de façon peu systématique et incomplète ; de plus leur formulation manque de généralité et d'abstraction, entrant dans des points de détails* »[12]. La législation promulguée par l'Helvétique viendra encore renforcer de façon essentiellement théorique la situation des droits fondamentaux en Suisse. Nous connaissons l'histoire de cette période de bouleversement où la Suisse, devenue République-sœur, est occupée militairement par la grande Nation,

---

7 Rappard, *L'individu et l'Etat*, *op. cit.*, p. 22.

8 Poudret, « L'individu face au pouvoir dans quelques pays d'Europe occidentale du XIII[e] au XVIII[e] siècle » *in L'individu face au pouvoir*. Recueils de la Société Jean Bodin, *op. cit.*, vol. 48, p. 20.

9 Le texte de la Constitution de la République helvétique du 12 avril 1798 figure *in Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte. Vom Ende der alten Eidgenossenschaft bis 1848*. Ed. par Alfred Kölz. Berne 1992, pp. 126-152.

10 Alfred Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, Berne 2006, pp. 116-119.

11 Ulrich Im Hof, *Mythos Schweiz*, Zurich 1991, pp. 130-131.

12 Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, *op. cit.*, p. 120.

la France, qui lui fait subir la guerre sur son propre territoire. De plus, l'instabilité constante que provoque à l'intérieur du pays l'antagonisme entre les unitaires, partisans de la République, et les fédéralistes, qui veulent un retour à la souveraineté des Cantons, ne crée pas les conditions favorables qui auraient permis au nouveau régime de mener à bien les réformes engendrées par la Révolution[13]. Le 25 mai 1802 est publié un projet de Constitution, plutôt fédéraliste, qui tente de réunir les deux tendances qui s'opposent. En effet, désormais les Cantons ont leur domaine de compétence tout en maintenant en place l'Etat central, qui conserve également le sien. Pour la première fois de son histoire, le peuple suisse est invité à se prononcer sur ce texte constitutionnel. Le scrutin, qui a lieu au début du mois de juin 1802, donne les résultats suivants : 92 423 non, 72 453 oui[14]. La nouvelle constitution est adoptée car il avait été décidé, avant la consultation populaire, que les abstentions, qui s'élèveront à 167 172, seraient comptabilisées comme voix acceptantes[15]. C'est alors que Napoléon Bonaparte (1769-1821), premier Consul de la République française, décide de retirer ses troupes. La guerre civile, qui se développe dans toute la Suisse dès le départ des forces françaises entre fédéralistes et unitaires, détermine alors la médiation de Bonaparte[16].

Examinons à présent la situation des droits de l'homme sous la République helvétique en prenant comme base de notre réflexion les deux Constitutions en vigueur, celle de 1798 et celle de 1802, en rappelant à ce propos quelques législations promulguées par les autorités. Cet exposé sommaire devrait nous permettre d'avoir une idée plus précise de l'apport théorique de ces droits fondamentaux, tout en portant un certain éclairage à leur évolution au cours de cette brève période de quatre années.

### *1.a. Les libertés sous la première Constitution de l'Helvétique*

L'article 5 de la Constitution de 1798 établit la liberté naturelle de l'homme[17]. De la sorte est précisée la notion moderne de ce droit commun à tout être humain, qui trouve son fondement dans sa nature ; c'est la réfutation d'une

---

13 Alfred Rufer, « La République helvétique (1797-1803) » *in* La Suisse et la Révolution française. Paris, Société des études robespierristes, 1973, pp. 81-127.

14 Le texte de la Constitution du 25 mai 1802 figure *in* Carl Hilty, *Les Constitutions fédérales de la Confédération suisse*, Neuchâtel 1891, pp. 347-357.
Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, *op. cit.*, p. 155.

15 Jean-Francois Aubert, Petite histoire constitutionnelle de la Suisse, Berne 1979, 3e éd. aug., p. 13.

16 *Handbuch der Schweizer Geschichte*, Zurich 1980, 2e éd. aug., 1980, vol. 2, pp. 814-815.

17 Art. 5 al. 1er de la Constitution de 1798 : *La liberté naturelle de l'homme est inaliénable ; elle n'est restreinte que par la liberté d'autrui et des vues légalement constatées d'un avantage général nécessaire.*

conception dorénavant périmée qui la considérait comme un statut personnel ou comme un attribut dépendant de l'ordre auquel l'individu appartenait sous l'ancien régime[18]. La position de cet article 5 n'est d'ailleurs pas due au hasard. Il se situe après le deuxième article, qui énonce la souveraineté des citoyens, et le quatrième, qui mentionne « la sûreté » de l'individu comme l'une des deux bases du bien public. Cette dernière disposition implique que les libertés que va énoncer la Constitution, dans les articles suivants, bénéficient de la protection du corps social au moyen précisément des organes qu'elle institue, comme le rappelle le modèle français de l'an III, à l'article 4 de sa déclaration des droits : « *La sûreté résulte du concours de tous pour assurer les droits de chacun* »[19]. Immédiatement, après cette disposition, l'article 6 qui traite de la liberté religieuse[20], met fin à l'union étroite qui existait dans l'ancienne Confédération entre l'Eglise, qu'elle fût catholique ou protestante, et l'Etat. Si la liberté de conscience n'a pas de borne, en revanche celle qui consiste à l'extérioriser est subordonnée au respect de l'ordre public[21]. Quant à l'article 7[22], dans une formulation quelque peu étrange, il garantit la liberté de la presse et met fin aux limitations qu'elle subissait auparavant. La situation à l'intérieur du pays ainsi que les pressions de la France détermineront l'Exécutif helvétique, le 7 novembre 1798, à revenir en arrière en soumettant toute la presse au contrôle de la police[23]. En précisant les conditions auxquelles l'Etat peut exproprier, l'article 9[24] reconnaît implicitement la garantie de la propriété[25]. Enfin, l'article 13[26] proclame qu'aucune propriété foncière ne saurait être

---

18 Johann Caspar Bluntschli, *Le droit public général*, Paris 1881, p. 382.

19 Léon Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, Paris 1911, tome 2, pp. 11-12.

20 Art. 6 de la Constitution de 1798 : *La liberté de conscience est illimitée ; la manifestation des opinions religieuses est subordonnée aux sentiments de la concorde et de la paix. Tous les cultes sont permis s'ils ne troublent point l'ordre public et n'affectent aucune domination ou prééminence*. (...)

21 Eduard His, *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*. Bâle 1920, vol. 1, pp. 371-374.
Rufer, « La République helvétique (1797-1803) », *op. cit.*, p. 165.
Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, *op. cit.*, pp. 118-119.

22 Art. 7 de la Constitution de 1798 : *La liberté de la presse dérive du droit d'acquérir de l'instruction.*

23 *Actensammlung aus der Zeit der Helvetischen Republik (1798-1803).* Publ. par Johannes Strickler. Berne 1905, vol. 3, pp. 424-425.
Rufer, « La République helvétique (1797-1803) », *op. cit.*, p. 163.
Peter Saladin *Grundrechte im Wandel*. Berne 1982, 3e éd., p. 34.

24 Art. 9 de la Constitution de 1798 : *Les propriétés particulières ne peuvent être exigées par l'Etat que sauf une juste indemnité, et dans des cas urgents ou d'un usage public hautement nécessaire*.

25 His, *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, *op. cit.*, vol. 1er, p. 524.
Saladin, *Grundrechte im Wandel*, *op. cit.*, p. 111.
Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, *op. cit.*, p. 119.

26 Art. 13 de la Constitution de 1798 *: Aucun immeuble ne peut être déclaré inaliénable, soit pour un corps, soit pour une société, soit pour une famille. Le droit exclusif de propriétés territoriales conduit à l'esclavage.*
*La terre ne peut être grevée d'aucune charge, redevance ou servitude irrachetable*.

inaliénable et que les charges grevant les biens fonds doivent pouvoir être rachetées. Nous avons ainsi une disposition qui incite l'individu à affranchir du sol qu'il exploite les redevances féodales en les liquidant par une politique de rachat volontaire[27].

L'inventaire des libertés s'arrête là dans le texte fondamental de la République helvétique de 1798, mais le relais sera assuré par la législation. Sans être exhaustif dans l'énumération des lois qui traitent de la liberté de l'individu, mentionnons-en quelques-unes susceptibles de compléter notre vision de cette catégorie de droits fondamentaux, révélatrices de l'esprit du temps qui souffle alors sur le législatif. Nous avons pu nous rendre compte qu'aucun article ne définit la liberté personnelle[28] ; toutefois, mentionnons deux textes législatifs qui concrétisent certains aspects de son émancipation et de sa protection. Le 4 mai 1798, le Législatif abolit tous les droits féodaux personnels sans indemnité[29], tels les corvées, ces services héréditaires dus par les paysans à leurs seigneurs, qui avaient encore cours dans certaines régions de la Suisse[30]. De plus, quelques jours plus tard, le 12 mai 1798, c'est l'abolition de la torture[31] qui est décidée par les Conseils. L'historien du droit Eduard His (1886-1948) relève que cette mesure a été adoptée plus en raison de motifs humanitaires qu'à la suite d'une véritable réflexion sur la liberté individuelle[32]. En supprimant toutes les interdictions qui, dans les Etats confédérés, empêchaient les mariages mixtes, le Législatif, le 2 août 1798[33], reconnaît à l'individu le droit au mariage indépendamment de la confession qu'il professe[34]. Alors qu'aucune disposition constitutionnelle ne traite de la liberté du commerce et de l'industrie, les Conseils décident par les lois adoptées le 8 mai[35] et le 19 octobre 1798[36] de mettre fin aux entraves apportées jusque là à leur exercice. Cette libéralisation s'accompagnera d'un régime de surveillance et d'autorisation, que justifie le maintien dans la nouvelle République de l'ordre et de la santé publics, régime qui en limitera sensiblement

---

27 His, *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, *op. cit.*, vol. 1er, pp. 531-542.
Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, *op. cit.*, pp. 140-141.

28 Saladin, *Grundrechte im Wandel*, *op. cit.*, p. 89.

29 *Actensammlung*, *op. cit.*, vol. 1, p. 931.

30 William Emmanuel Rappard, *Le facteur économique dans l'avènement de la Suisse moderne*, Genève 1912, pp. 140-143.
Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, *op. cit.*, p. 141.

31 *Actensammlung*, *op. cit.*, vol. 1, p. 760.

32 His, *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, *op. cit.*, vol. 1, p. 73.

33 *Actensammlung*, *op. cit.*, vol. 2, p. 1022.

34 Cornelia Seeger, « Etapes de l'unification du droit matrimonial suisse : de la République helvétique à la loi de 1874 » *in L'unification du droit privé suisse au XIXe siècle*. Fribourg 1986, p. 59.

35 *Actensammlung*, *op. cit.*, vol. 1, p. 760.

36 *Actensammlung*, *op. cit.*, vol. 3, pp. 195-196.

l'usage[37]. Enfin la République, par la loi du 13 février 1799[38], reconnaît désormais à ses citoyens la liberté d'établissement inconnue sous l'ancien régime[39].

### *1. b. Les libertés sous la seconde Constitution de l'Helvétique*

A la lecture de la Constitution de 1802, nous remarquons qu'à la différence de celle de 1798, il n'y a pas de partie consacrée aux principes fondamentaux. On n'y trouve donc pas les libertés qui figuraient dans la précédente Constitution. Seuls deux domaines font exception : la propriété et la religion. L'article 1er déclare : « *La Religion chrétienne, dans les communions catholique et réformée, est la Religion de l'Etat* »[40]. Cette disposition est complétée par l'article 60 : « *L'exercice des cultes en harmonie avec l'ordre social, autres que le catholique et le réformé, est autorisé dans les limites posées par la Loi* », ainsi que par l'article 61 qui précise que les Cantons ont la charge de l'entretien du culte des deux seules confessions chrétiennes. C'est un retour à l'institution de l'Eglise d'Etat avec une reconnaissance de la liberté de culte pour ceux qui ne sont ni catholiques ni protestants en conformité avec l'ordre public. Nous remarquons qu'il n'est plus question en 1802 de liberté religieuse[41]. Quant à la propriété, les articles 10 et 11[42] se contentent de réaffirmer que les droits féodaux de nature réelle, comme la dîme[43] et le cens[44], ne peuvent

---

37 His, *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, *op. cit.*, vol. 1er, pp. 499-512.
Silvia Arlettaz, *Citoyens et étrangers sous la République helvétique.* Genève, 2005, pp. 260-299.
Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, *op. cit.*, pp. 147-148.

38 Art. 5 de la loi sur les droits de bourgeoisie du 13 février 1799 : *Tout homme qui d'après les articles 19 et 20 de la constitution est citoyen helvétien, peut s'établir dans quel(qu')endroit que ce soit, sans payer aucun droit d'entrée ; il peut y exercer son industrie, s'y fixer et y faire des acquisitions sans obstacle ; il jouira comme habitant de tous les mêmes droits dont jouissent ceux qui ont part aux biens communaux et des pauvres… Actensammlung, op. cit.*, vol. 3, pp, 1134-1135.

39 Arlettaz, *Citoyens et étrangers, op. cit.*, p. 99.
Auer, Malinverni, Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, *op. cit.*, vol. 2, p. 362.

40 Voir Hilty, *Les Constitutions fédérales de la Confédération suisse. op. cit.*, p. 347.

41 His, *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, *op. cit.*, vol. 1er, pp. 398-399.
Saladin, *Grundrechte im Wandel*, *op. cit.*, p. 4.
Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, *op. cit.*, p. 155.

42 Art. 10 de la Constitution de 1802 : *Aucun bien fonds n'est grevé d'une redevance perpétuelle et n'est déclaré inaliénable.*
Art. 11 de la Constitution de 1802 : *Toute redevance de cette nature actuellement existante, et nommément les dixmes et les censes, est rachetable.*

43 Redevance consistant à la fin de l'ancien régime en « *… un prélèvement annuel opéré sur le produit brut de certaines récoltes au profit de divers bénéficiaires.* » Rappard, *Le facteur économique…*, *op. cit.*, p. 146.

44 « *Le cens était essentiellement un droit périodique et irrachetable, dont le montant invariable était payable, tantôt en nature, tantôt en argent, à un bénéficiaire public, ecclésiastique ou privé.* » Rappard, *Le facteur économique…*, *op. cit.*, p. 157.

plus grever de façon perpétuelle un immeuble et qu'ils doivent pouvoir être rachetés.

La Constitution de 1802 prévoyait que chaque Canton se doterait d'une Constitution dans le sens organique du terme. Entre août et septembre 1802, neuf d'entre eux réussirent à mettre sur pied un projet[45]. A leur lecture, il est intéressant de constater que seul Zoug, dans les principes généraux qui figurent au début du texte, mentionne le principe de liberté[46]. En outre, certaines garanties de la liberté personnelle[47] sont évoquées, alors qu'elles ne figurent pas dans la Constitution de l'Etat central.

### 2.a. *Les « garanties de l'Etat de droit »*[48] *sous la première Constitution de l'Helvétique*

A côté de la liberté individuelle, le second apport déterminant que représente la Constitution de 1798 pour la Suisse est la reconnaissance de l'égalité en droit. Alors que le texte constitutionnel ne contient aucune disposition le définissant, seul l'article 8[49] l'évoque de façon implicite. En application de ce principe, il n'y a plus ni patricien, ni bourgeois, ni habitant, natif et sujet comme c'était le cas sous l'ancien régime mais désormais une seule catégorie d'individus : les citoyens ; le deviennent tous ceux qui, à l'exception des Juifs, étaient, avant 1798, au bénéfice du droit de bourgeoisie ou d'établissement[50]. La première Constitution ne dit mot du principe de la séparation des pouvoirs qu'elle établit d'ailleurs clairement entre les trois organes, législatif, exécutif et judiciaire[51]. Il y a une incompatibilité absolue entre les titulaires des trois fonctions, comme le prévoit pour le Législatif l'article 67[52]. Il en est de

---

45 *Actensammlung*, *op. cit.*, vol. 8, pp. 428-429.

46 Art. 2 Entwurf der Organisation für den Canton Zug : *Die Verfassung des Cantons Zug ruhet auf den Grundsätzen des gesetzlichen* Freiheit *und bürgerlichen* Gleichheit, *unter stellvertretenden Formen*. *Actensammlung*, *op. cit.*, vol. 8, p. 1539.

47 Voir notamment *Actensammlung*, *op. cit.*, vol. 8, pp. 1495, 1535, 1539.

48 Nous avons mis cette deuxième catégorie entre guillemets car le concept d'Etat de droit est postérieur à la période examinée.

49 Art. 8 de la Constitution de 1798 : *Il n'y a aucune hérédité de pouvoir, de rang et d'honneur. L'usage de tout titre ou institution quelconque qui en réveillerait l'idée, sera interdit par des lois pénales. Les distinctions héréditaires engendrent l'orgueil et l'oppression, conduisent à l'impéritie et à la paresse, et pervertissent l'opinion sur les choses, et les événements et les hommes*.

50 His, *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, *op. cit.*, vol. 1er, pp. 329-333.
Rappard, *L'individu et l'Etat*, *op. cit.*, pp. 58-59.
Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, *op. cit.*, pp. 119-121.

51 His, *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, *op. cit.*, vol. 1er, pp. 191-192.
Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, *op. cit.*, pp. 125-129.

52 Art. 67 de la Constitution de 1798 : *En aucun cas, les Conseils législatifs ne peuvent, ni séparément, ni concurremment, ni par des délégués, exercer le pouvoir exécutif, ni le pouvoir judiciaire*.

même du droit de pétition, inconnu sous l'ancien régime, que le texte de 1798[53] n'évoque qu'indirectement à propos des compétences du préfet ; la pratique en fera un véritable droit fondamental[54]. La législation de l'Helvétique étendra ce principe d'égalité en droit dans plusieurs domaines notamment dans les droits civils et les droits politiques[55].

### *2.b. Les « garanties de l'Etat de droit » sous la seconde Constitution de l'Helvétique*

La constitution de 1802[56] reprend la teneur de celle de 1798 à propos de l'égalité en droit, ce qui prouve qu'elle est dorénavant bien ancrée dans le droit public du pays[57]. Quant au droit de pétition et à la séparation des pouvoirs, ils subsistent sans pour autant faire l'objet d'une définition constitutionnelle[58]. A propos de cette dernière question, relevons que l'incompatibilité de l'article 72 est limitée aux seules fonctions judiciaires et exécutives, ce qui implique une restriction importante à l'application de ce droit fondamental[59].

### *3. a. Les droits sociaux sous la première Constitution de l'Helvétique*

La Constitution de 1798 ne mentionne aucun droit social. Dans le domaine de l'éducation, il est à relever que l'Exécutif emmené par le ministre des arts et des sciences Philippe-Albert Stapfer (1766-1840)[60] développe une grande énergie pour améliorer le système éducatif en Suisse. Son projet de réforme n'aboutit point en raison de la situation de crise dans laquelle se trouvait le pays. Toutefois, mentionnons les différentes mesures adoptées dans cette

---

53 Art. 70 al. 6 de la Constitution de 1798 : *Il* [le préfet national] *n'accorde aucune faveur, mais il reçoit les pétitions des citoyens et les fait passer aux autorités compétentes* ;

54 His, *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, *op. cit.*, vol. 1er, pp. 471-476.
Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, *op. cit.*, p. 120.

55 Arlettaz, *Citoyens et étrangers*, *op. cit.*, pp. 212-225.

56 Art. 6 de la Constitution de 1802 : *La naissance ne produit en Helvétie aucune distinction entre les citoyens*. Art. 7 : *Nuls titres autres que ceux qui sont attachés à des fonctions publiques, nulle autre supériorité que celle qui résulte de ces témoins, ne sont reconnues*.
Ce principe sera repris dans quelques projets de Constitutions cantonales élaborés en été 1802 comme celle de Berne, art. 71, *Actensammlung*, *op. cit.*, vol. 8, p. 1494 ; de Fribourg, art. 7, *Ibid.*, vol. 8, p. 1496 ; de Zoug, voir la note 44.

57 His, *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, *op. cit.*, vol. 1, pp. 334-335.

58 *Ibid.*, pp. 205-206 ; 476.
Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, *op. cit.*, pp. 145-146.

59 Art. 72 de la Constitution de 1802 : *Aucune autorité ne peut être en même tems judiciaire et administrative*.

60 Sur cette question voir Adolf Rohr, *Philipp Albert Stapfer*, Baden 2005, pp. 55-87.

matière par le Gouvernement : d'abord l'arrêté du 24 juillet 1798[61] établissant les Conseils d'éducation, ces organes qui dirigeront l'instruction publique dans les Cantons en y exerçant une influence bénéfique et qui d'ailleurs, pour certains d'entre eux, ont survécu jusqu'à nos jours[62] ; ensuite les deux arrêtés des 4 et 6 décembre 1800[63], qui instaurent en Suisse l'enseignement primaire obligatoire[64].

### *3. b. Les droits sociaux sous la seconde Constitution de l'Helvétique*

La Constitution de 1802 n'est pas plus explicite que sa devancière au sujet de cette catégorie de droits fondamentaux. A l'exemple du texte de 1798, elle maintient l'éducation dans la compétence de l'Etat central en laissant aux Cantons le soin d'administrer les établissements scolaires[65]. Pourtant, faisant suite à une idée chère à Stapfer, elle instaure à ses articles 65 et 66[66] une université nationale, ainsi qu'une fondation dont le but est d'entretenir gratuitement des élèves zélés, objectifs qui ne seront jamais atteints sous l'Helvétique[67].

### *4. a. Les droits politiques sous la première Constitution de l'Helvétique*

La Constitution de 1798 apporte à la Suisse la démocratie moderne. En effet, elle proclame le principe de la souveraineté du peuple à son article 2[68] et établit un régime de démocratie représentative sur la base du suffrage universel à deux degrés[69]. Toutefois, l'article 13 vient limiter ce principe puisqu'il

---

61 *Actensammlung*, *op. cit.*, vol. 2, pp. 607-611.

62 Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, *op. cit.*, p. 143. C'est le cas de Zurich notamment dont le *Bildungsrat* actuel est issu de l'*Erziehungsrat* de la République helvétique.

63 *Actensammlung*, *op. cit.*, vol. 6, pp. 443 ; 450-451.

64 His, *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, *op. cit.*, vol. 1er, pp. 634-647.
*Handbuch der Schweizer Geschichte*, *op. cit.*, vol. 2, pp. 829-831.
Holger Böning, *Der Traum von Freiheit und Gleichheit*. Zurich, 1998, pp. 223-227.

65 His, *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, *op. cit.*, vol. 1er, p. 654.

66 Art. 65 de la Constitution de 1802 : *Il y a une université des sciences, Lettres et Arts*.
Art. 66. *Auprès de cette université est une fondation où sont entretenus gratuitement des élèves, qui dans les établissemens cantonaux d'instruction se sont distingués par leurs mœurs, leurs talens et leurs progrès*.

67 His, *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, *op. cit.*, vol. 1er, p. 653.

68 Art. 2 de la Constitution de 1798 : *L'universalité des citoyens est le souverain. …*
Art. 2 al. 2 : *La forme de gouvernement, quelques modifications qu'elle puisse éprouver, sera toujours une démocratie représentative*.

69 Jean-Francois Aubert, *Traité de droit constitutionnel suisse*. Neuchâtel 1967, vol. 1er, p. 5.
Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, *op. cit.*, pp. 117 ; 121-127.

précise que la loi est «*l'expression de la volonté du législateur*»[70]. Tous ceux qui, sous l'ancien régime, dans les Etats confédérés ou dans les territoires sous sujétion, étaient chrétiens et titulaires du droit de bourgeoisie ou du droit d'habitation sont reconnus comme citoyens par l'article 19[71] de la Constitution. A vingt ans, ceux-ci exercent les droits politiques dans les assemblées primaires et sont éligibles[72]. Si l'électorat n'est limité par aucune condition de fortune ou de capacité, en revanche, pour être élu dans les Conseils législatifs ou à l'Exécutif de la République, la Constitution impose des conditions capacitaires, d'état civil et d'âge[73].

### *4. b. Les droits politiques sous la seconde Constitution de l'Helvétique*

La Constitution de 1802 ne fait aucune allusion au principe de la souveraineté du peuple. Le suffrage universel à deux degrés a disparu. Il est remplacé par un mode, «*… aussi peu démocratique que possible*»[74], comme le constate l'historien Alfred Rufer (1885-1970). En effet, l'élection indirecte est soumise à des conditions censitaires et au sort. Deux chambres constituent le législatif national : la Diète représentant le peuple, dont le mode d'élection est fixé par les articles 16 à 18[75], et le Sénat qui représente les Cantons et dont les membres

---

70 Art. 3 de la Constitution de 1798 : *La loi est l'expression de la volonté du législateur, manifestée suivant les formes constitutionnelles.*

71 Art 19 de la Constitution de 1798 : *Tous ceux qui sont actuellement bourgeois effectifs, soit d'une ville municipale ou dominante, soit d'un village sujet ou non sujet, deviennent par la constitution citoyens suisses.*
*Il en est de même de ceux qui avaient le droit de manence perpétuelle et des manents nés en Suisse.*

72 Voir art. 22 de la Constitution de 1798.

73 Voir art. 37-38, 42, 72 de la Constitution de 1798.

74 Rufer, « La République helvétique (1797-1803) », *op. cit.*, p. 127.

75 Art. 16 de la Constitution de 1802 : *La Diète se compose des représentants de chaque Canton, élus dans la proportion d'un par 25 000 âmes.*
*17. Chaque Canton a un représentant au moins dans la Diète.*
*18. Les membres de la Diète sont nommés ainsi qu'il suit : Il y a dans chaque Canton un Jury de proposition et un Jury d'élection. Le nombre des membres de l'un et de l'autre Jury est proportionné à la population de chaque Canton. Dans aucun Canton les Jurys ne sont composés de plus de quarante-cinq membres chaque. On n'est point membre du Jury de proposition si l'on n'est propriétaire d'un immeuble, dont le minimum, dans les Cantons les plus considérables, est de dix milles francs, et de deux milles dans les moindres Cantons. Lorsqu'il y a lieu à nomination, le sort désigne un tiers des membres du Jury de proposition, lequel, sur une liste de candidats formée par le peuple dans la proportion d'un sur cent citoyens au moins, présente à l'élection ceux qu'il croit propres à être nommés. Le sort désigne également un tiers des membres du Jury d'élection, lequel nomme parmi les individus présentés par le Jury de proposition. La loi statue sur l'organisation des deux Jurys et sur les formes dans lesquelles ils procèdent. Les Jurys se recrutent eux-mêmes dans la liste des candidats formée par le peuple. Les membres des Jurys sont inéligibles aux fonctions auxquelles ils sont chargés de nommer. Ils sont à vie.*

sont désignés par la Diète selon l'article 26[76]. L'élection des députés à la Diète nécessite dans chaque Canton l'établissement de deux organes, l'un qui les propose, le jury de proposition, et l'autre qui les nomme, le jury de nomination. Pour faire partie du premier, il faut posséder un immeuble d'une valeur d'au moins 10 000 francs dans les grands Cantons, et 2000 francs dans les petits[77]. Cet organe de proposition fait le choix de ses candidats sur une liste présentée par le peuple du Canton[78]. Dans les projets de Constitutions cantonales, le suffrage et l'éligibilité sont limités aux seuls citoyens propriétaires ou à ceux qui jouissent d'une certaine fortune, limitations auxquelles s'ajoutent encore des conditions d'âge et de résidence[79].

Cette évocation succincte des deux Constitutions de l'Helvétique nous permet de constater le repli qu'opère celle de 1802 en matière de libertés et de démocratie. Le principe d'égalité en droit est néanmoins maintenu vigoureusement et les privilèges conférés par la naissance et l'hérédité, qui avaient cours sous l'ancien régime, sont désormais remplacés par l'état de fortune. L'élaboration de l'Acte de Médiation de 1803, qui met fin à la République helvétique, va-t-elle infirmer ou confirmer cette tendance ?

## L'élaboration de l'Acte de Médiation (1802-1803)

Pour établir sa médiation, Bonaparte fait venir de toute la Suisse à Paris une soixantaine de députés qui représentent les deux tendances unitaire et fédéraliste en guerre. Dès le 10 décembre 1802, cette assemblée de députés, que l'on désigne généralement sous le nom de Consulta helvétique, siège dans la capitale française ; avec le premier Consul et une commission *ad hoc* désignée par ce dernier de quatre sénateurs français ; un nouvel ordre constitutionnel pour la Suisse et ses Cantons est donc établi. La négociation entre les différentes parties s'achève au début de l'année suivante par la remise solennelle, le 19 février 1803, de l'Acte de Médiation qui scelle la réconciliation fondée sur la restauration de la souveraineté des Cantons, entre autres, et qui donne

[76] Art. 26 de la Constitution de 1802 : *Elle* [la Diète] *nomme les Sénateurs*.

[77] En se basant sur l'indice des prix à la consommation, 10 000 et 2000 francs de 1802 pourraient correspondre à 90 000 et 18 000 francs suisses actuels. Si l'on se fonde en revanche sur l'heure de travail non qualifié, on arrive à une approximation plus réaliste qui donneraient les sommes suivantes : 830 000 frs et 166 000 frs. Ces informations nous ont été aimablement fournies par le professeur Patrick Verley auquel nous réitérons nos sentiments de gratitude.

[78] Carl Hilty, *Oeffentliche Verlesungen über die Helvetik*. Berne 1878, pp. 454-455. Rufer, « La République helvétique (1797-1803) », *op. cit.*, pp. 127-128.

[79] Voir notamment les projets de Constitutions du Cantons de Berne et de Vaud in *Actensammlung*, *op. cit.*, vol. 8, pp. 1488-1491 ; 1529 et 1530.

le coup de grâce à cette république centralisée[80]. Pour apprécier l'orientation que prennent les droits fondamentaux en cette ultime phase de la République helvétique, survolons, d'une part, les centaines de documents parisiens qui en constituent les travaux préparatoires et qui doivent introduire des Constitutions tant pour les Cantons que pour tout le pays, et, d'autre part, examinons le résultat final, c'est-à-dire l'Acte de Médiation du 19 février 1803, ses dix-neuf Constitutions cantonales ainsi que l'Acte fédéral qui détermine l'organisation centrale de la Suisse[81].

### *1. a. Les libertés dans les travaux préparatoires de l'Acte de Médiation*

Ce qui frappe en ce début de XIX^e^ siècle, c'est que les droits fondamentaux ne sont plus d'actualité. En effet, seuls quelques Cantons placent en tête des projets de rédaction de Constitutions cantonales, sous la dénomination *bases générales*, une série de dispositions qui peuvent en rappeler l'existence[82]; d'autres les relèguent à la fin des projets[83] et la plupart n'en font pas expressément mention. Cependant, malgré cette éclipse partielle, il ressort des travaux préparatoires qu'une sorte de baroud d'honneur a lieu pour en maintenir certains. A ce sujet, que dire de la liberté religieuse ? Qu'elle se limite aux deux confessions chrétiennes, reconnues religions de l'Etat, certains Cantons privilégiant celle de l'ancien régime[84], tout en tolérant le libre exercice du culte de l'autre dans certaines communes du Canton[85]. Mentionnons, à ce propos, une disposition originale d'un projet tessinois qui affirme la prépondérance de la foi catholique et énonce ensuite la liberté religieuse dont bénéficie chaque individu dans le cadre légal du Canton : « *Personne ne peut*

---

80 Victor Monnier, « Introduction » in *Bonaparte et la Suisse*. Travaux préparatoires de l'Acte de Médiation (1803), Genève 2002, pp. 13-19.

81 *L'Acte de Médiation* du 19 février 1803 figure dans le *Repertorium der Abschiede der eidgenössischen Tagsatzungen aus den Jahren 1803 bis 1813*. 2^e^ éd., élaborée par Jakob Kaiser *in Amtliche Sammlung der neuern Eidgenössischen Abschiede*, Berne 1886, pp. 395-494. La dernière édition en date est celle d'Antoine Rochat. Lausanne, Cahiers de la Renaissance vaudoise, 2003, 215 p. L'Acte fédéral de 1803 figure quant à lui également *in Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte, op. cit.*, pp. 175-183.

82 Voir par exemple les projets de Constitution de Schaffhouse, du 20 décembre 1802, *in* Archives nationales, papiers Rœderer. Paris, AN/29AP/23 ; Zurich, du 16 décembre 1802, *ibid.* ; Vaud [sans date] *in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, correspondance politique, sous-série, Suisse. Paris, volume 480.

83 Voir par exemple les projets de Constitution de l'Argovie du 20 décembre 1802 *in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 479 ; Thurgovie du 27 décembre 1802 *ibid*.

84 Voir par exemple projets de Constitution d'Uri et de Schwyz du 14 janvier 1803 *in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 480.

85 Voir par exemple projets de Constitution de Soleure du 20 décembre 1802 *in* Archives nationales, *op. cit.*, AN/29AP/23 ; Zurich du 16 décembre 1802, *ibid*.

*être inquiété rapport à ses opinions religieuses pourvu qu'ils se conforment au reste aux lois du pays.* [*sic*] »[86] Une disposition bernoise, qui fait allusion à la liberté d'expression mérite d'être signalée car elle est également inédite dans ce contexte : « *Tout citoyen a le droit de communiquer ses pensées, soit verbalement, soit par écrit, soit par voie d'impression.* »[87] Quant aux projets d'Acte fédéral, l'un de ses articles précise que la Constitution fédérale garantit la liberté de culte des deux confessions dans tous les Cantons dans lesquels l'une et l'autre sont déjà établies[88]. A propos du droit de propriété, figure dans ces travaux préparatoires la mention que les redevances perpétuelles de nature réelle que sont la dîme et le cens sont rachetables[89]. Et ce n'est donc pas une coïncidence de retrouver à ce sujet, dans l'un des projets d'Acte fédéral[90], des dispositions qui ont la même teneur que celle des articles 10 et 11 de la Constitution de 1802[91]. La liberté d'établissement, la libre circulation des marchandises et la liberté du commerce et de l'industrie, tant à l'intérieur du Canton que dans toute la Suisse, figurent dans bon nombre de projets de Constitutions ainsi que dans ceux d'Acte fédéral[92]. Soulignons, à ce propos, que la teneur du projet pour Unterwald s'en écarte lorsqu'il précise : « *Aucun citoyen suisse des autres cantons ou étranger ne peut y fixer sa demeure ni exercer un commerce ni faire des acquisitions quelconques sans le consentement de la Landsgemeinde.* »[93] En outre, dans le domaine des libertés, plusieurs dispositions à l'échelon du Canton visent la sûreté de l'individu[94], c'est-à-dire la garantie contre les arrestations

---

86 Titre quatrième, art. 2 du projet de Constitution du Tessin du 10 février 1803 *in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 480.

87 Art. 15, Projet de Constitution de Berne du 23 décembre 1802 *in* Archives nationales, *op. cit.*, AN/29AP/23.

88 Art. 7, Projet de Constitution fédérale [sans date] *in* Archives nationales, Secrétairerie d'Etat impériale, AN/AF/IV/01.

89 Remarquons que ce n'est pas le cas dans les projets vaudois puisqu'un décret du législatif du 22 septembre 1802 avait aboli les dîmes et cens dans le Canton de Vaud, *Actensammlung*, *op. cit.*, vol. 8, pp. 1322-1323, ni dans les Cantons de Suisse centrale où ces redevances étaient inconnues à la fin du XVIII[e] siècle. Rappard, *Le facteur économique…*, *op. cit.*, p. 169.

90 Projet de Constitution helvétique [s.d.] *in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 479.

91 Voir note 41.

92 Voir notamment les projets de Constitutions de Bâle du 13 janvier 1803, §§ 101, 103, 108, *in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 480 ; Fribourg du 26 décembre 1802, n[os] 1, 2, 3, *in* Archives nationales, *op. cit.*, AN/29AP/23 ; Soleure du 27 décembre 1802, §§ 103, 105, 110, *in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 479 ; Argovie du 20 décembre 1802, §§ 106, 107, *ibid.* ; projet de Constitution fédérale [sans date], n[os] 4, 5, *in* Archives nationales, *op. cit.*, AN/AF/IV/01.

93 Art. 6 du Projet de Constitution pour le Canton d'Unterwald le haut et le bas du 24 décembre 1802 *in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 479.

94 Adémar Esmein, *Eléments de droit constitutionnel français et comparé*. Paris 1927, 8[e] éd., vol. 1, p. 584.

et les emprisonnements arbitraires[95], et quelques-unes confirment l'abolition des droits féodaux de nature personnelle[96], mais on n'en trouve pas dans les projets d'Acte fédéral[97].

### *1.b. Les libertés dans l'Acte de Médiation*

Quel reliquat de libertés subsiste encore dans l'Acte de Médiation de 1803? Compte tenu de la présence constante dans les travaux préparatoires de la question religieuse[98] et de celle de la propriété des droits féodaux de nature réelle, il n'est pas surprenant de les retrouver dans les Constitutions cantonales. S'agissant de la première, seuls les Cantons d'Argovie, de Saint-Gall, de Thurgovie et de Vaud garantissent la liberté des cultes protestant et catholique sur tout leur territoire[99]. Ajoutons encore qu'à Appenzell et à Glaris, l'exercice de la liberté d'un des deux cultes ne peut se pratiquer que dans les endroits traditionnellement reconnus comme terre catholique ou réformée[100]. Quant à Fribourg, Grisons, Soleure, Zurich, leur constitution se contente de garantir les religions qui y sont pratiquées[101]. Enfin, les autres Cantons ne font que rappeler le principe de l'unité de confession à l'intérieur de leurs frontières. A l'exception des Etats de Suisse centrale et de Vaud, toutes les Constitutions cantonales garantissent la liberté de rachat à un mode équitable des cens et dîmes qui grèvent les biens-fonds de ces Cantons[102]. Il n'y a que la Constitution des Grisons pour évoquer à son article XII la garantie de la liberté pour tout bourgeois de l'une des trois Ligues rhétiques de fabriquer et de transformer des marchandises sur toute l'étendue du Canton.

L'Acte fédéral se limite à garantir trois libertés qui sont, ici également, celles rencontrées le plus souvent dans les différents projets parisiens. La

---

95 Voir notamment les projets de Constitutions de Berne du 23 décembre 1802, art. 8 *in* Archives nationales, *op. cit.*, AN/29AP/23; Vaud, [sans date] *in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 480.

96 Voir notamment les projets de Constitutions de Schaffhouse du 20 décembre 1802, art. 5 *in* Archives nationales, *op. cit.*, AN/29AP/23; Zurich du 16 décembre 1802, art. 6 *in* Archives nationales, *op. cit.*, AN/29AP/23.

97 Cependant dans les notes dictées par le 1er Consul le 26 décembre 1802, cette notion de liberté au sens large est évoquée ainsi: *Chaque cit.*[oyen] *jouit dans chaque canton de toutes les lib.*[ertés] *dont jouit un citoyen du canton sans jouir de droits politiques. Mais un même cit.*[oyen] *ne peut à la fois jouir des droits de cité dans 2 cantons. in* Archives nationales, *op. cit.*, AN/29AP/21.

98 Salis, Louis Rudolf, «Die Entwicklung der Kultusfreiheit in der Schweiz.» *in Festschrift dem Schweiz. Juristenverein bei seiner Versammlung in Basel im Jahre 1894*, Bâle 1894, pp. 16-17.

99 Voir art. XXIV des Constitutions d'Argovie, de Saint-Gall, de Thurgovie, art. XI des Grisons, art. XXV de Vaud.

100 Voir art. II de la Constitution d'Appenzell et art. I de la Constitution de Glaris.

101 Voir art. XX de la Constitution de Fribourg, XXI des Grisons, XX de Soleure et Zurich.

102 Voir art. XXIV de la Constitution d'Argovie, XXI de Bâle, XXII de Berne, XXIII des Grisons.

première, à l'article IV de l'Acte fédéral, est la liberté des citoyens suisses de s'établir ailleurs que dans leur Canton. La deuxième est la liberté d'exercer une industrie dans un autre Etat que le sien[103]. La dernière, enfin, atteste la libre circulation des biens et des marchandises dans toute la Suisse[104], et l'énumération ne va pas au delà.

### 2.a. *Les « garanties de l'Etat de droit » dans les travaux préparatoires de l'Acte de Médiation*

La majorité des projets de Constitutions cantonales prévoit le principe d'égalité en droit. Si les uns en évoquent uniquement le principe[105], les autres se limitent aux conséquences de son application[106], il en est même certains qui mentionnent les deux[107]. Cette évocation dans les travaux préparatoires aboutit, dans les projets d'Acte fédéral, à la seule reconnaissance du résultat que l'égalité en droit opère dorénavant[108]. Quant à la séparation des pouvoirs, héritée de la Constitution française de l'an III, elle est remise en question, en particulier par la compatibilité des fonctions exécutives, législatives et judiciaires[109]. A ce sujet, remarquons que le projet thurgovien fait exception en prévoyant dans sa charte fondamentale d'une part l'indépendance du judiciaire par rapport aux deux autres pouvoirs et d'autre part le principe de

---

103 Art. IV de l'Acte fédéral de 1803*: Chaque citoyen suisse a la faculté de transporter son domicile dans un autre canton, et d'y exercer librement son industrie: il acquiert les droits politiques conformément à la loi du canton où il s'établit; mais il ne peut jouir à la fois des droits politiques dans deux cantons*.

104 Art. V de l'Acte fédéral de 1803 : *Les anciens droits de traite intérieure et de traite foraine sont abolis. La libre circulation des denrées, bestiaux et marchandises, est garantie. Aucun droit d'octroi, d'entrée, de transit ou de douane, ne peut être établi dans l'intérieur de la Suisse. Les douanes aux limites extérieures sont au profit des cantons limitrophes de l'étranger; mais les tarifs doivent être soumis à l'approbation de la diète*.

105 Comme exemple : § 1 du projet de Constitution de Bâle du 13 janvier 1803. *Les bases de l'organisation du canton de Bâle, sont: 1° Egalité de droits; in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 480.

106 Comme exemple : *Principes généraux in* 3e projet de Constitution de Berne du 23 décembre 1803. *Il n'y a plus de droits politiques exclusifs ni de distinctions attachées à la naissance dans le canton. in* Archives nationales, *op. cit.*, AN/29AP/23.

107 Comme exemple : art. 1er du projet de Constitution de Soleure du 20 décembre 1802. *L'égalité des droits est la base de la constitution. Par conséquent, les privilèges des communes, des familles et des personnes sont abolis. in* Archives nationales, *op. cit.*, AN/29AP/23.

108 Comme exemple : art. 6 et 7 du projet de Constitution helvétique. [sans date] *La naissance ne produit en Helvétie aucune distinction entre citoyens. in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 480. *Nuls titres autres que ceux qui sont attachés à des fonctions publiques, nulle autre supériorité que celle qui résulte de ces fonctions ne sont reconnus. in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 479.

109 Art. 7 du projet de Constitution du Canton de Fribourg du 20 décembre 1802 *in* Archives nationales, *op. cit.*, AN/29AP/23 ; art. 36 du projet de Constitution du Canton d'Unterwald du 24 décembre 1802 *in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 479.

non rétroactivité de la loi[110]. Cet état d'esprit quelque peu étroit se révèle dans les projets d'Acte fédéral où l'on ne rencontre qu'une seule disposition pour formuler l'incompatibilité entre les fonctions judiciaires et exécutives ; elle nous rappelle d'ailleurs l'article 72 de la Constitution de 1802[111].

### 2.b. *Les « garanties de l'Etat de droit » dans l'Acte de Médiation*

Après la lecture des lignes consacrées aux « garanties de l'Etat de droit » dans les travaux préparatoires, on ne s'étonnera pas de l'existence d'une disposition rappelant désormais les conséquences découlant de l'application du principe d'égalité en droit dans toute la Suisse, non pas dans les Constitutions cantonales mais dans l'Acte fédéral, à l'article III[112]. Soulignons que cette disposition vise tant l'individu que les entités territoriales, en particulier celles qui, sujettes sous l'ancien régime, furent émancipées par l'Helvétique et qui devinrent souveraines avec la médiation. Le retour à la structure d'état confédéral qu'implique l'Acte de 1803 met à l'écart la question de la séparation des pouvoirs dans l'organisation centrale du pays. Dans une majorité de Constitutions cantonales, ce qu'il en reste n'apparaît que dans l'énonciation des trois pouvoirs : un grand conseil qui fait les lois, un petit conseil dont les membres ne cessent point d'appartenir au législatif, qui est chargé d'exécuter les lois, et un tribunal supérieur avec la tâche de juger en appel les matières civile et pénale[113]. Ainsi, à propos de la justice, le principe subsiste vaille que vaille dans les nouveaux Cantons de 1803, dans lesquels l'incompatibilité est maintenue entre les fonctions judiciaires et celles exécutives et législatives. Cependant, dans les autres, il ne s'agit plus que de vestiges, en raison notamment du cumul des fonctions législatives et judiciaires au sein des tribunaux d'appel auquel on assiste dans les anciens Cantons villes d'avant 1798. Quant aux Cantons de Suisse centrale, la restauration du régime de démocratie directe qui implique la souveraineté de la *Landsgemeinde* rend le principe illusoire en raison de la prépondérance de celle-ci sur toutes les parties de l'activité de l'Etat[114].

---

110 Art. 10 et 15 du projet de Constitution du Canton de Thurgovie du 27 décembre 1802 *in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 479.

111 Voir note 58 et projet de Constitution helvétique [s.d.] *in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 479.

112 Art. III de l'Acte fédéral de 1803 : *Il n'y a plus en Suisse ni pays sujets, ni privilèges de lieux, de naissance, de personnes ou de familles*.

113 Voir art. V-VIII de la Constitution du Canton de Bâle.

114 Léopold Boissier, *Le principe de la séparation des pouvoirs dans l'établissement de la démocratie suisse*. Genève, 1919, pp. 140-143.
His, *Geschichte des neuern schweizerischen Staatsrechts*, *op. cit.*, vol. 1er, pp. 207-212.
Kölz, *Histoire constitutionnelle de la Suisse moderne*, *op. cit.*, p. 161.

### 3. *Absence de droits sociaux dans les travaux préparatoires et dans l'Acte de Médiation*

Il découle de la lecture des différents projets cantonaux et de l'Acte de Médiation qu'aucun droit n'est reconnu à l'individu, pas même celui de pouvoir bénéficier d'une éducation primaire et gratuite ou d'être assisté. L'Acte fédéral ne les évoque point ; c'est dire que ces droits redeviennent l'apanage exclusif des Cantons. Nous constatons alors que les travaux préparatoires mentionnent le maintien des Conseils d'éducation[115], auxquels est attribuée la surveillance des écoles primaires, conseils qui, comme à Lucerne, doivent être établies dans chaque paroisse[116]. En outre, quelques dispositions font allusion à l'aide sociale pour venir en aide aux pauvres ou aux vrais pauvres comme le précise d'ailleurs le projet lucernois[117]. L'essentiel des dispositions 65 et 66 de la Constitution de 1802[118] figure dans un projet de Constitution nationale mais en attribuant au Landammann, président de l'Exécutif du pays, la compétence d'accorder les places gratuites dans l'Institut des sciences, lettres et arts[119].

### 4.a. *Les droits politiques dans les travaux préparatoires de l'Acte de Médiation*

Ce qui retient l'attention du chercheur qui examine les différents documents parisiens ayant comme objectif l'élaboration d'un nouvel ordre constitutionnel tant à l'échelon du Canton qu'à celui de l'Etat national, c'est le rétrécissement des droits politiques qui se situe exactement dans le sillage de celui amorcé par la Constitution de 1802. La pratique du suffrage universel reconnu à tous les citoyens n'apparaît que dans les projets des Etats restaurant la démocratie directe. Aucune condition restrictive ne vient grever l'exercice des droits politiques et l'éligibilité dans les Cantons à *Landsgemeinde*, si ce n'est l'âge : on propose à Unterwald de conférer la citoyenneté non plus

115 Voir n° II *Education publique* du projet de Constitution de Berne du 27 décembre 1802 *in* Archives nationales, *op. cit.*, AN/29AP/23 ; Section 12e Conseil d'éducation, Argovie, du 20 décembre 1802 *in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 479.

116 Voir Titre 9e Institutions d'écoles du projet de Constitution de Lucerne du 26 décembre 1802 *in* Archives nationales, *op. cit.*, AN/29AP/23 ;

117 Ibid., Titre 10e Institution pour le soulagement des pauvres ; art. 25, *lit.* g, Zoug, du 9 septembre 1802 remise le 14 janvier 1803 *in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 480.

118 Voir note 64.

119 Art. 61 du projet de Constitution helvétique [s.d.] *in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 479.

à seize ans, comme auparavant, mais désormais à vingt ans.[120] Quant aux autres Cantons, constatons simplement que le régime représentatif se maintient, mais qu'il est sujet à de nombreuses restrictions qui en vident le principe : suffrage direct censitaire[121] ou suffrage indirect à plusieurs tours[122] dont le premier peut être universel[123], les autres étant restreints par des exigences de fortune. Des conditions d'établissement, d'appartenance à la bourgeoisie de la commune, d'âge et d'état civil viennent encore limiter ces droits. Dans quelques Cantons, l'exercice du droit de vote est suspendu pour certaines catégories d'individus, comme les pauvres, les domestiques ou ceux qui ont fait faillite[124]. Quant à l'éligibilité, il faut dans tous les Cantons justifier d'une fortune pour pouvoir être élu, à quoi s'ajoutent des conditions d'âge et d'état civil, de même que l'intervention du sort, souvent prévu pour départager les candidats. On s'est donc bien éloigné des principes généreux établis par la première Constitution de l'Helvétique !

### *4.b. Les droits politiques dans l'Acte de Médiation*

La lecture des travaux préparatoires nous éclaire sur l'orientation des droits politiques, qui sont énoncés dans les dix-neuf Constitutions cantonales de la Médiation, et se répartissent de la manière suivante : les Cantons ayant restauré le régime de démocratie directe, les anciens Cantons d'avant 1798 et les nouveaux Cantons. Dans le premier groupe, le suffrage universel et l'éligibilité sont pleinement reconnus sans condition de cens ; tout citoyen âgé de vingt ans est en même temps membre de l'Assemblée générale (*Landsgemeinde*), le législatif du pays[125]. Dans les deux autres, le régime représentatif est maintenu mais en combinant des éléments du système direct et indirect que vient encore pondérer l'intervention du sort. En ce qui concerne celui des anciennes villes souveraines, le droit de suffrage et d'éligibilité est déterminé par différentes exigences de résidence, d'appartenance à la

120 [Art. 8] du Mémoire remis confidentiellement à la commission chargée par le premier consul des affaires de l'Helvétie du 24 décembre 1802 *in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 479.

121 Voir notamment art. 26 du projet de Constitution de Berne du 23 décembre 1802 *in* Archives nationales, *op. cit.*, AN/29AP/23.

122 Voir notamment art. 12-14 du projet de Constitution de Schaffhouse du 20 décembre 1802 *in* Archives nationales, *op. cit.*, AN/29AP/23.

123 Voir notamment art. 13 du projet de Constitution de Zurich du 16 décembre 1802 *in* Archives nationales, *op. cit.*, AN/29AP/23.

124 Voir notamment art. 91 du projet de Constitution de Bâle du 13 janvier 1803 *in* Archives du Ministère des Affaires étrangères, *op. cit.*, vol. 480.

125 Art. III des Constitutions des Cantons d'Appenzell, de Glaris, de Schwyz, d'Uri ; art. IV des Constitutions des Cantons d'Unterwald et de Zoug.

bourgeoisie de la commune, d'âge, d'état civil, d'état militaire ; enfin l'indépendance matérielle est requise. Des conditions censitaires qui varient selon que l'on est électeur ou candidat à l'élection viennent encore en réduire la portée[126]. Dans le dernier groupe, composé des nouveaux Cantons, il faut, pour exercer les droits politiques, être domicilié depuis une année dans la commune, avoir vingt ans et être marié ou âgé de trente ans. La Constitution détermine un cens qui limite l'accès au corps électoral ainsi qu'aux charges politiques ; néanmoins, il est plus bas que celui prévu pour les Cantons de la deuxième catégorie[127].

---

126 Mentionnons comme exemple les dispositions suivantes de la Constitution du Canton de Bâle : art. IV *Sont membres des tribus, les bourgeois ou fils de bourgeois d'une commune du canton, résidant depuis un an sur le territoire de la tribu, d'un état indépendant, enrôlés dans la milice, âgés de trente ans s'ils ne sont pas ou n'ont pas été mariés, et seulement de vingt s'ils sont ou été mariés, et enfin possédant une propriété foncière ou une créance hypothécaire de 500 livres suisses. Tout bourgeois du canton peut acquérir la bourgeoisie à Bâle.*
Art. XVII *Nul ne peut être placé sur la liste des candidats, s'il n'est pas bourgeois, âgé de trente ans, et propriétaire d'un immeuble ou d'une créance hypothécaire de 10 000 livres suisses. Il suffit d'être bourgeois, âgé de plus de vingt-cinq ans, propriétaire d'un immeuble ou d'une créance hypothécaire de 3000 livres, pour pouvoir être élu immédiatement par la tribu dont on fait partie.*

127 Mentionnons comme exemple les dispositions suivantes de la Constitution du Canton d'Argovie : art. II *Pour exercer les droits de citoyen dans une assemblée de commune ou de cercle, il faut :*
1. *être domicilié depuis un an dans le cercle ou dans la commune ;*
2. *être âgé de vingt ans et marié ou l'avoir été, ou avoir trente ans si l'on n'a pas été marié ;*
3. *être propriétaire ou usufruitier d'un immeuble de la valeur de 200 francs de Suisse, ou d'une créance de 300 francs hypothéquée sur un immeuble ;*
4. *si l'on n'était pas ci-devant bourgeois de l'une des communes du canton, payer à la caisse des pauvres de son domicile une somme annuelle, qui sera réglée par la loi, selon la valeur des propriétés de la commune et dont le* minimum *sera de 6 francs et le* maximum *de 180 francs ; néanmoins, pour la première élection, il suffira de payer trois pour cent du prix du dernier contrat d'acquisition de la bourgeoisie*

*Sont exceptés de cette quatrième condition les ministres du culte et les chefs de famille nés en Suisse, pères de quatre enfants âgés de plus de seize ans, inscrits dans les milices et ayant un métier ou un établissement.*
Art. XIII, 3e *al. : L'assemblée de chaque cercle fait trois nominations :*
1. *Elle nomme dans l'arrondissement de son district un député qui entre au grand conseil sans l'intervention du sort. L'âge de trente ans est la seule condition d'éligibilité pour cette première nomination. Le juge de paix président de l'assemblée ne peut être nommé dans son cercle.*
2. *Elle nomme trois candidats hors de son territoire, parmi les citoyens propriétaires ou usufruitiers d'un immeuble de plus de 20 000 francs, ou d'une créance de la même valeur hypothéquée sur des immeubles ; et pour cette seconde nomination il suffit d'être âgé de vingt-cinq ans.*
3. *Elle nomme deux candidats hors son territoire, parmi les citoyens âgés de plus de cinquante ans ; et pour cette dernière nomination il suffit d'avoir une propriété, un usufruit ou une créance hypothécaire de 4000 francs en immeubles.*

*Les deux cent quarante candidats sont réduits par le sort à cent deux, qui, réunis aux quarante-huit députés nommés immédiatement par les cercles, forment les cent cinquante membres du grand conseil.*

## En guise de conclusion

Quel enseignement pouvons-nous tirer de cette évocation des droits fondamentaux sous la République helvétique, basée essentiellement sur ses textes constitutionnels ? Nous sommes en mesure de relever que ce n'est pas tellement l'Acte de Médiation qui constitue une régression en matière de droits fondamentaux car celui-ci ne fait que répercuter, en quelque sorte, la volonté de les limiter, déjà présente dans la seconde Constitution de 1802. Mais faisons preuve de prudence à l'égard des conclusions qu'inspire l'étude de ces documents car : « Constitution n'est pas législation »[128]. En effet, sur ces questions, nous avons renoncé à étudier systématiquement les lois de la République, puis dans la période de la Médiation, celles qui ont été adoptées au sein de la Diète ou dans les différents parlements cantonaux. Il n'en reste pas moins que cet exposé illustre l'état d'esprit qui règne en Suisse à propos de ces fameux droits de l'homme. Et parmi eux, il en est un dont la reconnaissance bénéficie d'une sorte d'unanimité au sein des Confédérés : c'est celui de l'égalité en droit. C'est la raison pour laquelle, sans doute, au moment où va s'abattre sur l'Europe la vague de réaction déclenchée par les victoires des Alliés et où, en Suisse, les droits de l'homme ne subsisteront, vaille que vaille, qu'à l'état de vestiges, ce principe se maintiendra malgré l'expression amphigourique de la disposition qui l'ancre pourtant dans le Pacte fédéral de 1815[129]. Cependant, il faudra attendre la régénération des Cantons dès les années 1830 et l'avènement de la structure d'état fédéral avec la Constitution de 1848, pour que les droits fondamentaux éclosent à nouveau dans tout le pays. Eu égard à cette situation restrictive des droits de l'homme à la fin de la République helvétique par rapport à celle de ses débuts, pourquoi chante-t-on alors dans le Canton de Vaud en 1803 : « *La Liberté n'est plus un rêve, les droits de l'homme sont vainqueurs* » ? C'est qu'il s'agit tout simplement de la référence au principe d'égalité en droit, héritage de la révolution, qui à lui seul symbolise pour le peuple vaudois tous les autres droits de l'homme et les transcende. Définitivement émancipé de la tutelle de LL. EE. de Berne, le Pays de Vaud est désormais libre et souverain grâce à l'application de l'article III de l'Acte fédéral. De ce droit fondamental découlent l'existence même de cet Etat, sa Constitution, ses libertés. Et c'est la raison pour laquelle la troisième strophe de ce chant patriotique incite les Vaudois à révérer les feuillets sacrés de cet Acte de Médiation.

---

128 *Bonaparte et la Suisse*. Travaux préparatoires de l'Acte de Médiation (1803), *op. cit.*, p. 81.

129 § 7 du Pacte fédéral de 1815 : *La Confédération consacre le principe, que comme, après la reconnaissance des XXII Cantons, il n'existe plus en Suisse de pays sujets, de même aussi la jouissance des droits politiques ne peut jamais, dans aucun Canton, être un privilège exclusif en faveur d'une classe des citoyens*. *In Quellenbuch zur neueren schweizerischen Verfassungsgeschichte*, *op. cit.*, p. 198.

# Measuring Human Rights Compliance
# The IBSA Procedure as a Tool of Monitoring[1]

Eibe Riedel

*Professeur à l'Université de Mannheim*

## I. The Context of State Reporting

Human rights treaties have fundamentally altered the face of international law. As opposed to the simple exchange of obligations amongst sovereign States, human rights treaties establish an objective *régime* whereby States Parties institute internationally accepted individual protections and minimum standards as mandated by their roles as duty bearers, as opposed to rights bearers within the global human rights community. Through treaty accession, States Parties set a system of rights protection in motion whereby they surrender a small fraction of State sovereignty in exchange for a functional role within a broader system that obliges them to respect, protect, and fulfil the interests of the populations they represent.[2] Treaty ratification thus entails international accountability that takes the form of either individual communication procedures or monitoring through regular and systematic State reporting duties. Ideally, an International Court of Human Rights, or a system of ombudspersons, or human rights commissions, or national human rights commissioners, empowered with effective remedies and mandated to monitor and protect the rights of all individuals, groups or peoples, would substantively address the issue of accountability under international human rights treaty law.

Unfortunately, such a system as exemplified by the fifty years of advocacy work that it took to realize the establishment of an International Criminal Court still lacks universal support and, for the time being, remains futuristic thinking. But such a world court undoubtedly will come one day. Presently, under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights

---

1 This paper draws on, and develops an earlier paper of the author, published 2002: New Bearings to the State Reporting Procedure: Practical Ways to Operationalize Economic, Social and Cultural Rights, in: Sabine von Schorlemer (editor): Praxishandbuch UNO, Die Vereinten Nationen im Lichte globaler Herausforderungen, 345-358.

2 Cf. E. Riedel: Universeller Menschenrechtsschutz. Vom Anspruch zur Durchsetzung, in G. Baum / E. Riedel / M. Schaefer (eds.): Menschenrechtsschutz in der Praxis der Vereinten Nationen, 2001, 25-55, at 25.

(hereinafter ICESCR or Covenant), international accountability is restricted to regular and systematic assessments of progress that State Parties make with regard to implementing Covenant commitments. The Committee on Economic, Social and Cultural Rights (hereinafter CESCR or Committee), the body charged with such monitoring responsibilities, has been advocating the adoption of an Optional Protocol since 1996[3]. This instrument would improve Covenant compliance by establishing the ICESCR on an equal footing with four of the other seven, soon nine[4], major human rights treaties, through the provision of an individual complaints mechanism to remedy State Party Covenant violations. While the Optional Protocol project is currently attracting a great deal of attention and may well lead to the adoption of a new optional protocol in the foreseeable future, in its absence, it is of great importance to note that the existing State reporting system should be substantially and qualitatively improved.

The CESCR has attempted to render the state reporting mechanism more effective by defining the content and applicability of individual Covenant rights through the building of a constructive dialogue with States Parties; the adoption of Concluding Observations that stress both the positive and negative aspects concerning State Party ICESCR obligation fulfilment, highlighting factors that impede or block the realization of Covenant rights while offering suggestions, recommendations and possible follow-up measures to be dealt with in subsequent periodic reports; and the elaboration of General Comments on either specific rights or general thematic issues.[5]

Clarifying the provisions of the ICESCR is necessary, as the rights within the instrument are often phrased in very general and occasionally vague language. The definitional work carried out by the Committee, like all other treaty bodies, is aimed at gradually creating a class of "jurisprudence", or Committee practice, that assists in elucidating the meaning of ICESCR rights and obligations[6]. Such practice also assists States Parties in complying with

---

[3] See Draft optional Protocol to the ICESCR E/CN.4/1997/105, 18 December 1996; see also Open-ended Working Group to consider options regarding the elaboration of an Optional Protocol to the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Report to the third session, E/CN.4/2006/47, 14 March 2006, and Analytical paper by the Chairperson-Rapporteur, Catarina de Albuquerque, Elements for an optional protocol to the ICESCR, E/CN.4/2006/WG.23/2, 30 November 2005. The Working Group has since been mandated to start drafting an optional protocol, see A/HCR/1/L.4/Rev. 1, 28 June 2006.

[4] The two new mechanisms are to be set up by the Draft Convention on the Protection and Promotion of the Rights and Dignity of Persons with Disabilities, A/AC.265/2006/2 and the Draft of the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Dissappearance, A/HRC/1/L.2.

[5] Cf. Ph. Alston: The Historical Origins of the Concept of "General Comments" in Human Rights Law, in: Liber Amicorum Georges Abi-Saab, 2001, 763-776.

[6] Strictly speaking, "jurisprudence" refers only to judicial mechanisms which in the human rights sphere are only to be found at the regional level. State reporting and communications procedures

their reporting obligations and provides useful criteria for specialized agencies and non-governmental organizations that may be useful to guide non-governmental or civil society commentaries, rights clarifications and parallel or shadow reports[7]. Within the aforesaid process, the Committee must tread cautiously, as while there is room for the development of treaty practice, when defining the dynamically evolving content of a particular right, a fine line exists between legitimate CESCR treaty interpretation and treaty amendment, by reading new obligations into the text to which States Parties on ratifying the treaty did not agree. And yet, human rights law develops beyond the narrow confines of treaty law, by new rules of customary law or new general principles of law, and these can, of course, be utilized in interpreting the specific provisions of treaty law.

## II. The Practice of State Reporting

The practice of State Party reporting under the Covenant is made more difficult by the fact that the Covenant contains different types of obligations and rights. Within this context, there is an obvious tension between Covenant-mandated individual rights as guaranteed by States Parties and obligations that rest solely on States Parties. The State Party reporting system is further complicated by states that produce qualitatively deficient reports that (a) are incomplete; (b) evade the direct answer of Committee questions; (c) only superficially address material issues; and/or (d) are dated as they refer to facts and figures long changed. To a certain extent, the unsatisfactory nature of the ICESCR State Party reporting system may have been caused by the lengthy backlog of reports pending Committee review, although in recent years the backlog has been considerably reduced. However, this situation is further complicated by (a) the limited resources of smaller developing states to produce initial or periodic reports; (b) states that lack the technical expertise to draft such reports; and/or (c) states not availing themselves of the periodic report advisory services made available by the Office of the High Commissioner for Human Rights (OHCHR). These factors become evident when States Parties send delegations to satisfy ICESCR reporting duties and build a dialogue with the Committee. Here, while developed states usually send large expert delegations from various governmental departments to answer

on the other hand, are political and quasi-judicial mechanisms at the universal level that rely on suggestions, recommendations and views, not judicial pronouncements.

7 Cf. E. Riedel: The Development of International Law: Alternatives to Treaty-Making? International Organizations and Non-State Actors, in R. Wolfrum / V. Röben (eds.): Developments of International Lwaw in Treaty Making, Heidelberg, 2005, 301-318.

Committee questions, many developing nations find it difficult to comply with their ICESCR reporting duties, in light of their already formidable duties under various other international treaties. The unfortunate result is that many developing nations are forced to send only members of their Permanent Missions in Geneva instead, to answer a wide variety of Covenant questions of which they may have little knowledge, and getting the relevant expert information from the capital may prove to be difficult or at least very cumbersome.

With regard to the satisfaction of Covenant reporting duties, after nine hours of dialogue between individual States Parties and the Committee, the latter formulates concluding observations and recommends specific courses of action open to the former that would assist in the realization of their ICESCR commitments. Unfortunately, States Parties often fail to implement Committee recommendations, a circumstance that will not be adequately addressed until the Committee has adopted an efficient follow-up procedure to measure compliance or non-compliance with CESCR recommendations. Presently, the CESCR is concentrating on that issue. Finally, the ICESCR State reporting system is complicated by the fact that, of the presently 155 states party to the Covenant, a significant proportion have either wholly declined to satisfy their reporting commitments, or are many years in arrears of same. In reaction to such acts of non-compliance, in recent years the Committee has reacted by contemplating certain drastic measures to ensure ICESCR compliance. One such measure involves the CESCR applying a non-reporting procedure for States Parties whose reports are long overdue, whereby an ICESCR referenced country analysis is undertaken in the absence of State Party attendance. Such a procedure results in Committee Concluding Observations based on information presented in "parallel reports" (or "shadow reports") by specialized agencies and non-governmental organizations (hereinafter NGOs).

Here, non-attendance by State Parties in building a constructive dialogue with the Committee risks a much more critical assessment by the Committee in its concluding observations. For this reason, the Committee has recently adopted provisionally revised methods of work, detailing in particular the non-reporting procedure.

## III. ICESCR State Reporting: Further Obstacles

As has been pointed out in numerous commentaries, many States Parties remain uncertain with regard to the precise nature of their ICESCR obligations, much of this being linked to the language and wording employed by the

text. While most guarantees under the International Covenant on Civil and Political Rights (hereinafter ICCPR), refer to individual rights, i.e. "everyone has the right to …", many ICESCR guarantees employ indirect language as in "the States Parties recognize the right to …" or "undertake to ensure the right …" or "recognize that … the widest possible protection and assistance should be accorded to …". The use of such language leads to the misleading conclusion that ICCPR rights are self-executing, while ICESCR rights are merely non-self-executing treaty obligations, still requiring the implementation of national measures before individuals can rely on their Covenant-guaranteed economic, social and cultural rights (hereinafter esc-rights).[8] A closer analysis of the ICESCR, however, reveals that the enumerated rights place at least three sets of obligations on States Parties, namely obligations to respect, protect, and fulfil.[9]

A majority of the doubts concerning the scope and content of ICESCR rights stem from the wording of article 2 (1) of the Covenant that, on superficial reading, seems to confirm the notion that ICESCR rights reflect non-self-executing obligations. Article 2 (1) states: "Each State Party to the present Covenant undertakes to take steps, individually or through international assistance and cooperation, especially economic and technical, to the maximum of its available resources, with a view to achieving progressively the full realization of the rights recognized in the present Covenant by all appropriate means, including particularly the adoption of legislative measures".

With regard to that provision *Scott Leckie* has rightly characterized the wording of article 2 (1) as providing an escape hatch for recalcitrant States Parties,[10] while *Robert Robinson* cogently remarked that the word "maximum" is the "sword of human rights rhetoric", and "available" the "wiggle room for the State".[11]

---

8 Cf. M. Craven: The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, 1995, 106 et seq.; B. Toebes: The Right to Health as a Human Right in International Law, 1999, 312 et seq.; Ph. Alston: The Committee on Economic, Social and Cultural Rights, in same (ed.): The United Nations and Human Rights. A Critical Appraisal, 1992, 473 et seq.; B. Simma: The Examination of State Reports: International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, in E. Klein (ed.): The Monitoring System of Human Rights Treaty Obligations, 1998, 31 et seq.

9 E. Riedel: The Examination of State Reports, in E. Klein (note 8), 95 et seq.; by the same: International Law Shaping Constitutional Law – Realization of Economic, Social and Cultural Rights, in E. Riedel (ed.): Constitutionalism – Old Concepts, New Worlds. German Contributions to the VI$^{th}$ World Congress of the International Association of Constitutional Law (IACL), Berlin 2005, 109-126, at 112 et seq.

10 S. Leckie: Another step towards indivisibility: Identifying the key features of violations of economic, social and cultural rights, Human Rights Quarterly , vol. 20, 1998, 81 at 94.

11 R. E. Robertson: Measuring State Compliance with the Obligation to devote the "maximum available resources" for realizing economic, social and cultural rights, Human Rights Quarterly, vol. 16, 1994, 693, at 694.

## IV. The ICESCR State Reporting Procedure: Indicators and Benchmarks

The following analysis elaborates on *Paul Hunt's* finding that indicators and benchmarks have an especially important role in relation to the shifting State Party obligations implicit in the concepts of "progressive realization" and "maximum available resources". *Paul Hunt* rightly stated that "without human rights indicators and benchmarks, it is difficult to see how these elusive concepts can be effectively monitored."[12] In all its General Comments since No. 14 (right to health), in reference to the periodic State Party reports, the Committee proposed to engage in a four-step discussion of (a) human rights indicators; (b) nationally set benchmarks; (c) scoping; and (d) assessments, which may be characterized as the IBSA-procedure:

With regard to the first step, *human rights indicators* involve the State Party acceptance of relevant indicators as agreed upon through close cooperation with NGOs and relevant specialized agencies that contribute to the effective mainstreaming of human rights in their respective domains.

The next step, national *benchmarks*, are subsequently set by States Parties which enable a differentiated approach to the vastly differing situations in which most countries find themselves.

The third step, *scoping*, involves a discussion with the Committee of the State Party-established benchmarks, in order to arrive at a consensus about them.

The previous three steps form the basis for the final *assessment* step that occurs during the dialogue stage between the State Party and the Committee in preparation for the drafting of the latter's Concluding Observations.

The advantage of this four-step IBSA-procedure lies in the truly cooperative and inter-active spirit between States Parties, the Committee, specialized agencies, and NGOs wherein a more focussed and meaningful discussion can take place. This new approach is premised on the assumption that article 2 (1) of the Covenant places an unequivocal legally binding duty on all States Parties, the intensity of which is balanced against the objective situation in which States Parties find themselves. Here, while all states must strive to realize all Covenant rights, poorer countries' obligations depend on an assessment of their specific country situations. For example, with reference to the Millennium Development Goals (MDG)-indicator "Proportion of population with access to improved sanitation", while State Party A, belonging to

[12] P. Hunt: State Obligations, Indicators, Benchmarks, and the Right to Education, in: Human Rights Law and Practice, vol. 4, No. 2, 1998, 109 at 115.

the group of least developed nations, may have to demonstrate that its percentage of population with access to such a sanitation improved from 50% to 60% during a given reporting period, State Party B, belonging to the group of the most highly developed countries may have to demonstrate that its literacy rate improved from 92% to 95% during that same reporting period. At the subsequent State reporting period five years later, if State A, on assessment by the Committee proved to have reached only a 52% level of improved sanitation, 8% short of the benchmarked 60%, certain mitigating factors may be taken into consideration. Here, had State Party A allocated more resources to food care, or a natural disaster beset the nation upsetting State Party resource allocations, the Committee might still be inclined to praise the State Party A for its progress under difficult circumstances. On the other hand, during the same reporting period, had State Party B achieved an 96% improved sanitation in the absence of mitigating factors, although objectively achieving a much more substantial gain than State Party A, the Committee would still be free to criticize State Party B for not fulfilling its set benchmark. Although, at first glance, the aforesaid example may appear to impose a double standard, this is not the case as, in fact, it simply means that in setting benchmarks, realistic targets have to be agreed, and once agreed, are critically assessed at the next reporting stage. In essence, this means that both States Parties A and B owe fulfilment obligations. However, should they fall short of their benchmarked goals, the onus is on each State Party to prove why these targets were not or could not be met. This exercise involves the prioritization of a constructive dialogue over an adversarial violations approach.[13] Within this context, only in situations where a State Party wilfully violated its Covenant duties, or obligations, would the Committee in fact, recommend effective measures to redress the grievances caused by such violations. In principle, while this Committee approach, based on building a cooperative dialogue with States Parties has met with a favourable response from States Parties, there remain difficulties that have prevented its full-scale practical application to date. These issues will now be discussed with reference to the Covenant right to adequate of food, as provided in article 11 of the Covenant.

## V. Indicators: Definitional Issues

While there is general agreement that benchmarks and indicators are useful in the analysis of esc-rights realization mechanisms, disagreement persists

[13] As regards the violations approach, see A. R. Chapman: A Violations Approach for monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Human Rights Quarterly, vol. 18, 1996, 23.

as to the precise definition of indicators, such confusion being rooted in the fact that these tools serve numerous functions.[14] As stated by *Maria Green*, indicators may refer to "a set of statistics that can serve as a proxy or metaphor for phenomena that are not directly measurable, however, the term is often used less precisely to mean any data pertaining to social conditions".[15] A further definition advises that indicators are variables or measurements that may convey both direct and indirect messages as based on either quantitative or qualitative information.[16] Within the human rights context, indicators are practically synonymous with statistics, denoting a numerical definition. However, the term may also encompass more thematic issues, i.e. information relevant to the observance or enjoyment of a specific right.

Regardless of the definition employed, for the purposes of this study, it is suggested that indicators should be:

(1) valid, i.e. measure what they purport to measure;
(2) objective, i.e. achieve similar results when applied in comparable conditions;
(3) sensitive, i.e. susceptible to social changes in certain situations;
(4) as specific as possible, i.e. reflect social change only in relation to particular situations;
(5) user friendly; and
(6) feasible, i.e. they must acquire data without undue effort or expense.[17]

Despite the above, caution must still be exercised in accepting specific indicators. As pointed out by *Kate Raworth*, in addition to satisfying the aforementioned prerequisites, in order to assist in developing both dialogue and increased accountability, indicators must be:

(7) policy relevant; i.e. capable of being influenced by policy decisions;
(8) consistently measurable over time, i.e. capable of demonstrating progress over time towards target realization; and
(9) capable of disaggregation, i.e. allowing for a special focus on such issues as the effects of certain esc-rights realization initiatives on vulnerable or marginalized populations.

---

[14] See M. Green: What We Talk About When We Talk About Indicators: Current Approaches to Human Rights Measurement, Human Rights Quarterly, vol. 23, 2001, 1063-1097; see also K. Raworth: Measuring Human Rights, Ethics and International Affairs 2001, vol. 15, No. 1, 111-131; E. Riedel: Theorie der Menschenrechtsstandards, 1986, 198 et seq.

[15] Green (note 14), 1076, citing C. W. Cobb and C. Rixford: Lessons Learned from the History of Social Indicators, Redefining Progress, 1998, cf. www.rprogress.org/pubs/pdf/SocIndHist.pdf.

[16] Raworth (note 14), 111.

[17] Cf. D. Schwefel: Grundbedürfnisse und Entwicklungspolitik, 1978; ders.: Beiträge zur Sozialplanung in den Entwicklungtsländern, 1972, 32; and WHO: Catalogue of Food Indicators, Geneva, 996, WHO/HST/SCI/96.8, p. viii.

Moreover, indicators should be designed to separate the monitors from the monitored to minimize potential conflicts of interest.[18]

Finally, if used synonymously with statistical data, further caveats must be stipulated. In this, indicators should not be:

(1) overused, i.e. the statistical data should allow for a broader political, social and contextual analysis to measure the rights in question;
(2) underused, i.e. incriminating results should not be ignored, e.g. when highly developed nations ignore data concerning domestic homeless populations;
(3) misused, i.e. collected data should not be biased towards institutions and formalized reporting; and
(4) politically abused, i.e. indicators should not be used to discredit other national efforts or relevant parties in the process.

In total, the aforementioned indicator criteria apply to the fact-based measurement of social science data. However, the process becomes further complicated when those criteria are applied to human rights situations. Within this framework, human rights indicators involve the application of normative value judgments and "information used in measuring the extent to which a legal right is being fulfilled or enjoyed in a given situation".[19] Here, human rights indicators represent yardsticks that measure quantitative or qualitative changes and results that enable a monitoring body to assess the success or failure of State Parties in realizing Covenant-based obligations.[20]

While human rights indicators are most often employed by States Parties as check-lists in relation to the implementation of human rights treaty articles, three basic indicator categories should be highlighted: (1) outcome indicators; (2) structural indicators; and (3) process indicators. The Committee and the Special Rapporteur on the Right to Health, Paul Hunt, have agreed to use this typology henceforth. The Office of the High Commissioner of Human Rights Working Group and the FAO have since also accepted this nomenclature[21].

---

18 K. Raworth: Using Indicators for Human Rights Accountability, UNDP Human Development Report 2000, 89, at 90; see also T. B. Jabine and R. P. Claude: Human Rights and Statistics: Getting the Record Straight, 1992; see also C. B. Cobb and C. Rixford: Lessons Learned from the History of Social Indicators, Redefining Progress, 1998, refer to www.rprogress.org/pubs/pdf/SocIndHist.pdf.

19 Green (note 14), 1065.

20 Green (note 14), citing I. Kapoor: Indicators for Human Rights and Democratic Development: a Preliminary Study, Canadian International Development Agency, 1995, 3. In particular, human rights indicators are used to assess whether the principle of non-discrimination has been fulfilled.

21 See R. Malhotra / N. Fasel: Quantitative Human Rights Indicators – A Survey of Major Initiatives, Turku Meeting, 3 March 2005.

*Outcome indicators* provide summary information on the extent of realisation of a human right. These indicators assess the status of the population's enjoyment of a right, and thus measure the results achieved by means of policies, programmes, projects, community actions, and others. Outcome indicators relate more directly to the realisation of a right, i.e. a "substantive right" with a clearly defined content. Indicators that measure the various components of the core content of the right to adequate food are outcome indicators. As there may be a series of processes contributing to a single outcome, it becomes useful to make a distinction between process and outcome indicators. For example: if adequacy of dietary intake is used as an outcome indicator, it might be useful to look at process indicators on food safety, income generation, nutrition education, that are linked to producing this particular outcome. Outcome indicators measure the state's obligations of result.[22]

*Structural indicators* measure whether or not appropriate legal, regulatory and institutional structures are in place that are considered necessary or useful for the realisation of a human right. This refers to national law, constitutions, regulations and legal, policy frameworks and institutional organisation and mandates. Examples include: the legal status of the right to food, and of related rights such as to health and to education, mandates of institutions with responsibilities for the core content of the right to adequate food, food security and nutrition policies and strategies, etc. Most structural indicators are qualitative in nature, and a number of structural indicators may be evaluated by a simple "yes" or "no" answer, e.g. if a particular law or policy is in place or not. However, sometimes these yes/no answers need follow-up questions and additional clarification, to capture qualitative dimensions of the law or policy, for example, whether the food security and nutrition policy specifically targets food-insecure and vulnerable groups, and are policy measures adequate to address the underlying causes of food insecurity and vulnerability in those groups. Structural indicators monitor the state obligations of conduct, i.e. the effort the government has made towards realizing the particular human right.[23]

*Process indicators* provide information on the processes by which human rights are implemented, specifically through laws, policies, programmes, regulatory measures, etc. These indicators are designed to assess how, and to what degree, activities necessary to attain objectives specific to certain rights are put into practice, and the progress of these activities over time. Process

---

[22] Clarification of Terms, appendix to PMM I (Practical Methods to Monitor the Human Right to Adequate Food, Vol. 1), Right to Food Unit, Economic and Social Department, Food and Agriculture Organisation of the United Nations and International Project on the Right to Food in Development, University of Oslo / Akerskus University College, March 2006, at 36 et seq.

[23] Clarification of Terms, appendix to PMM I, n. 22.

indicators capture: (a) the quality of a process in terms of its adherence to the key human rights principles (is the process non-discriminatory, accountable, participatory and empowering, and can duty bearers be held accountable?), and (b) the type of policy instruments, and public resource allocations and expenditures invested to further the progressive realisation of a specific right. As with structural indicators, process indicators measure aspects of the state obligations of conduct. Examples within the context of the right to adequate food include: land and environmental laws conducive to efficient food production by smallholder farmers, food safety and consumer protection laws and regulations, food and nutrition programmes targeted at vulnerable population groups, rural infrastructure programmes, targeted food prices subsidies, and improving access to food among the resource-poor by means of income generation programmes.[24]

Even if most of the used human rights indicators are quantitative indicators, human rights monitoring also requires qualitative indicators. Qualitative indicators allow to assess the performance by the State Party in adopting measures and its programmatic positions, as well as analysing non-quantifiable, evaluative aspects of public policies, such as the receptivity of the judiciary to proposals for the realization of esc-rights. It is quite clear that quantitative or numerical indicators by themselves will not suffice to evaluate the realization of esc-rights. The data available should also be analyzed from the perspective of implementing some aspect of the right in question, in order to contrast the prevailing conditions with the goals set and their implementation. As *Ligia Bolivar* and *Enrique Gonzales* have shown,[25] it is only when statistical figures are complemented by additional information available on the State Party's resources earmarked for prevention campaigns, or with priorities set in light of needs, or with regard to efficiency in the actual use of resources, that justifications offered by the State Party for non-fulfilment of Covenant obligations can be effectively reviewed and assessed by the CESCR.

While searching for appropriate indicators for the right to food, a comprehensive list of food indicators can easily surpass several hundred in number. For Committee purposes, 100 food indicators could not be examined within the State Party reporting dialogue, a process that spans only a limited number of hours,[26] and is intended to examine the entire spectrum of

---

[24] Clarification of Terms, appendix to PMM I, n. 22; see also generally PMM II: Practical Methods to Monitor the Human Right to Adequate Food, vol. II: Approaches and Tools, prepared for FAO by International Project on the Right to Food in Development (IPRFD), July 2006.

[25] L. Bolivar / E. Gonzales: Monitoring and Assessing the Enjoyment of ESC Rights, in: J. Ravindran / A. Blyberg (eds.): Circle of Rights, International Human Rights Internship Program, Washington, D.C., 2000, 365-391 at 373.

[26] Under the present procedure, discussion of the State Party reports lasts for nine hours, the CESCR having tried and dismissed as ineffective a period of nine hours in the case of initial reports and six hours for periodic reports.

ICESCR State Party commitments. The sheer number of potentially relevant right to food indicators raises the question of where the Committee or indeed any other human rights treaty body, should place emphasis. Answering this question would involve the identification of key right to food indicators relating to various respect, protect and fulfil treaty obligations.[27] Here, it becomes apparent that many general food indicators may also be utilized as right to food indicators, in particular as outcome indicators.

It is clear that during the reporting cycle indicators would have to be used largely in the written stages of the procedure, and only key indicators could be utilized during the oral discussions in the dialogue between the State Party and the CESCR. The need for sub-indicators, and disaggregation of data owing to the specific right to food requirements would be evident, and this could be accommodated by more detailed fact sheets elaborated for each key indicator, that can be referred to when the need arises. The actual choice of indicators will also depend on the process of benchmarking, whereby States Parties select their own prioritized indicators which they propose to the CESCR as a basis for special attention. Many of the problems surrounding the sheer mass of indicator information could thus be resolved.

As is self-evident through the aforementioned examination, right to food indicators must be considered in conjunction with benchmarking, a practice that is currently being propagated by the Committee, as outlined in paragraphs 57 and 58 of General Comment No. 14. Indeed, it is only through this combined focus that scoping and assessment may be effectively undertaken. To date, however, no such prioritization has actually been tried out. In relation to the right to food, pilot schemes for three states due to report within the next two years are being prepared.

## VI. Benchmarks, Scoping and Assessment

As detailed before, right to food benchmarks may be defined as State Party – determined yardsticks, goals or targets that reflect the food situation of individual countries. As *Sakiko Fukuda-Parr* cogently expressed, benchmarks are used for measuring the progressive realization and the availability of resources under the Covenant. Here, benchmarks must take account of resource availability, the level of deprivation in the country, policy options open to the State Party and should clearly identify rights that are neither

[27] Following the pattern proposed by P. Hunt with regard to the right to education. It would appear that key right to food indicators would number far greater than key right to education indicators that are approximately ten in number.

subject to progressive realization nor to resource availability. Such rights clarifications concern immediate and direct obligations, such as the securing of equal access and non-discrimination provisions, which all States, rich or poor, must respect, protect and fulfil.[28] Here, it is most important to note that benchmarks do not apply equally to each and every state, and although many will be prevalent in individual state reports, their main focus is on the specific circumstances prevailing in a particular state. This is in line with the Committee's general practice of a country-by-country approach, rather than using a comparative approach, as frequently practiced by specialized agencies. These benchmarks thus are set by the State Party itself, outlining aims and targets to be achieved at the national level.

These benchmarks will be recruited from all the different categories of indicators, that is outcome benchmarks, structural benchmarks and process benchmarks. Particularly well suited for the benchmarking are the outcome indicators with their result-oriented character. On the other hand, it can be doubted that structural and process benchmarks would be helpful for the monitoring process. These doubts are based on the fact that many structural and process indicators are not obligatory by themselves, the state having a margin of discretion as to how to realize the esc-rights. But this discretion requires that the state identifies goals (benchmarks) and the legislative intent (structural benchmarks), and the implementation effort (process benchmarks), and the journey is the reward.

As the process of benchmarking is undertaken by individual States Parties, it is highly desirable that a control mechanism exists to ensure that established goals are set neither too high nor too low. If national benchmarks were to be set too low, State Parties could avoid being held in breach of their ICESCR obligations, and could go so far as to claim CESCR praise for limited progress of little value. In order to avoid such undesirable consequences, State Party proposed benchmarks should be scoped, an objective that can be reached through a constructive State Party/Committee dialogue that strives towards reaching a consensus concerning said nationally set benchmarks.[29] If the projected benchmarks were found to be overly modest, the Committee could ask for a State Party explanation, and could recommend benchmark reconsideration. As applied to the development of right to food benchmarks, the expertise of specialized agencies, such as the FAO, non-governmental organizations, and national human rights commissions or institutes with

[28] See S. Fukuda-Parr: Human Development Indicators and Analytic Tools as Benchmarks in Economic, Social and Cultural Rights, Round Table on Benchmarks for the Realization of ESC-Rights, Geneva 25 March 1998, cited in Green (note 14), 1081.

[29] Whether the scoping takes place at the end of the constructive dialogue during the presentation of the report, or in the interim period prior to the meeting of the working group that formulates the list of issues is an open question which ought to be examined more closely.

special food rights expertise should be engaged to assist in this process.[30] While in most instances, a cooperative spirit prevails between the Committee and the State Party, in extreme cases where benchmark consensus can not be reached, the treaty body might set an elevated benchmark more in line with State Party Covenant obligations.[31] In practice, the constructive dialogue approach of the CESCR will seek consensus with the State party, to avoid unnecessary conflict. And this would ultimately be reflected in clear questions posed in the list of issues six months prior to the actual dialogue with the Committee.

With regard to the Committee/State Party review and discussion of indicators, it will not be necessary for all material issues to receive immediate attention. Rather, well in advance of discussions, State Party/Committee consensus can be built concerning a certain number of key indicators that will be emphasized during the discussion phase of the reporting process. Other indicators can be addressed in the State Party's written report. Five years subsequent to the establishment of State Party benchmarks, the Committee will embark upon an assessment whereby the relative attainment or non-attainment of benchmarks will be evaluated through human rights indicators.

In cases where benchmarked targets are not met, the Committee can examine State Party reasons for such non-fulfilment. In such circumstances, civil strife and natural catastrophes undoubtedly will act as mitigating factors. It will be interesting to differentiate between the three categories of indicators: If the state has failed to meet structural benchmarks (e.g. because it did not implement a scheduled consumer protection law), the state will hardly be able to exculpate itself, as these structural measures are mostly resource-independent. The non-compliance with set process benchmarks, by contrast, will more often be approved by the Committee, as the assessment has to take into consideration the often resource-intensive aspect of these benchmarks. Finally, the Committee has to undertake a critical assessment of the outcome benchmarks. For instance, it may be very difficult to criticize a State's non-compliance of a particular outcome situation, if the state has met its structural and process obligations. A comprehensive assessment also requires to take the factors into account that the state can not or can only influence with great difficulty.

However, where State Party policy choices prevent benchmark target attainment, such behaviour will receive a more in-depth and often critical as-

[30] As judged by the previous cooperation between the Committee and specialized agencies, such as with FAO, WHO, and the International Labour Organization, the prospects of future cooperative efforts with regard to indicator formulation are promising indeed.

[31] The divergence of State Party-Committee opinion could subsequently be raised during the dialogue stage of the State reporting procedure.

sessment by the Committee. In the measurement of State Party ICESCR right to food realization efforts, there are hundreds of possible food indicators and, coupled with the disaggregation of same, Committee attempts to both monitor and evaluate national food efforts within the limited reporting discussion period would meet with inevitable failure. Similarly, a Committee analysis of 10 to 12 key right to food indicators would also be unworkable, as important information would be absent resulting in only superficial analyses.

It is, therefore, recommended that a feasible solution for the measurement of State Party right to food realization efforts would consist in the submission of complete State Party reports on all available food indicators, with a specific number of scoped indicators receiving detailed attention during the Committee assessment stage. Aiding in this process, State Party reports could employ "toolkit indicators"[32] that could be developed in close cooperation with the Committee, the FAO and other specialized agencies, and NGOs.[33]

In relation to the ICESCR right to food, doctrinally besetting distinctions between food indicators and human rights indicators will become less important within the proposed four-step framework, as the benchmarking, scoping and assessment procedure will be based upon a comprehensive as opposed to a simplistic solution, that will pave the way for the development of a State Party-related indicator toolkit. Here, key indicators, perhaps 20 to 30 in number, will be used by the Committee at the suggestion of FAO, as supplemented by disaggregated and more specific right to food sub-indicators. Ideally, within this process, the relevant State Party administration will consult the indicator toolkit prior to the drafting of the State report concerning the right to food, and will employ the toolkit as a comprehensive checklist alongside the Committee's Revised Guidelines in drafting its report. Here, specialized agencies, in line with their Covenant obligations under articles 2 (1), 11 (2), 15 (4), 22 and 23 ICESCR will be able to assist less developed countries in the drafting of periodic reports, assistance which could also be supplemented by wealthier states, in line with their respective obligations under article 2 (1) of the Covenant.

## VII. Practical application of the IBSA procedure

The use of the IBSA procedure in the state reporting process of the Committee requires in advance answering some of the issues raised above. IBSA is

[32] A checklist that could be employed in the drafting of periodic reports.

[33] Here, such bodies could furnish the Committee and States Parties with key indicators as broken up into both sub-indicators and crosscutting indicators that link various right to food topics.

not a panacea, nor a very simplistic exercise. It has the potential of increasing substantially the work of the CESCR, which Committee members may shy away from, particularly if the criteria can not easily be applied in the reporting process. On the other hand, the IBSA procedure might well render the reporting procedure more focussed, transparent, and more geared to effective monitoring.

As was shown earlier on, the CESCR has already reached the limits of its capacities. Needless to say, an increased number of professional experts, serving the committee full-time, might be one way of solving that problem – but that does not appear to be a very realistic short-term likelihood – particularly, as discussion around the High Commissioner's Concept Paper for creating a Unified Treaty Body , to which I subscribe (albeit in slightly different modalities), takes on momentum[34].

Bearing this in mind, the introduction of an IBSA procedure should be accompanied by as little additional workload for the Committee as possible.

For this reason, the expertise of specialized agencies should be sought more intensively than up to now, to integrate their input more effectively in the work of the CESCR. The IBSA procedure may help to involve the FAO, WHO, ILO, UNESCO and other UN specialized agencies and programmes, by assisting in the choice of indicators to be used, and advising the CESCR about the benchmarks offered by States Parties, before the scoping of such benchmarks takes place. The ICESCR foresaw such strong co-operation and inter-action in its articles 16-23. Thus, the specialized agencies can feed their particular expertise and readily available information into the process, by identifying suitable human rights indicators for particular ICESCR-rights, by helping in the selection and scoping of appropriate and really relevant benchmarks, by the assessment of benchmarks, and by providing information at the monitoring stage at the end of the reporting period.

The CESCR has decided in May 2006, upon a request received from France, that instead of following the traditional article-by-article approach on periodic reports, a new prioritization procedure will be tried out as a pilot project – albeit without having a precedent-setting character for the moment: The State Party will provide the CESCR with four or five major problem areas, identified by itself, in the field of esc-rights, as suggested priority areas. The Committee will then examine these suggested priority areas, and may make additional suggestions/alterations, after consultations with specialized agencies and civil society. In the list of issues adopted by the pre-sessional working group, there will then be three sections: the first one relating to suggestions and recommendations on the previous report (follow-up); the

[34] See Concept Paper on the High Commissioner's Proposal for a Unified Standing Treaty Body, Report by the Secretariat, HRI/MC/2006/2, 22 March 2006.

second one on the priority areas agreed between the State Party and the Committee, and a third section will be devoted to remaining issues under other Covenant provisions.

The advantages of such a procedure are evident: more emphasis will be placed on major problem areas; the State Party can bring only the relevant governmental experts from the capital; and for the additional questions of section three, more reliance will be placed on written answers. All this might lead to a more focussed dialogue with the State Party. The present modality of a nine-hour examination could be broken up as follows:

1 ½ hours, devoted to follow-ups to recommendations of the previous concluding observations, 4 ½ hours could be devoted to priority issues, 2 hours would be reserved for remaining issues, and one hour for pre-dialogue structuring discussion amongst Committee members, and first assessments after the dialogue, in private session. Such a time-frame should first be tried out in a piloting phase, to gain practical experience, before being adopted as a regular procedure.

The discussion on the topics to be chosen and agreed for prioritization will take place between the chairperson and country rapporteur on the one hand, and the Permanent Mission of the State Party on the other, and some time must be allowed for reference with the capital. In so doing, the interaction between the CESCR and the State Party undoubtedly will be increased, and enhanced. Whether this new project will be successful remains to be seen. Input from specialized agencies and NGOs undoubtedly will also be needed. The pre-sessional working group may well turn out to be the best catalysing stage for this prioritization procedure for periodic reports after the third or fourth periodic state reports have been dealt with.

It seems natural that the IBSA procedure could be neatly woven into this negotiation or consultation procedure. If the CESCR agrees to such prioritization, the State Party in turn is more likely to compromise on the IBSA procedure as well.

The real advantage of the IBSA procedure lies in the compactness and relative simplicity of procedure. Under the present system, much uncertainty prevails. Questions are often asked for which delegations, and often also government officials in the capital, know no answer. A reliable and workable indicator list, will help to focus attention on the issues that matter most, which will put the State Party and the CESCR in a position to clearly outline the degree of human rights realization in the ICESCR field. It will also mean that the entire IBSA procedure will be docked onto the existing written and oral working steps of the State reporting procedure, to which all sides are accustomed to. Moreover, this would not require any change of formal legal procedures, as the benchmarking would be done by the State party

itself on a voluntary basis. At a later stage, of course, in conjunction with an overall revision of the "Revised Guidelines" of 1991, this procedure could be formalized.

The first step – the identification of suitable and appropriate indicators – does require an additional input: here the CESCR, together with member states, specialized agencies and NGOs, must decide upon lists of indicators to be used for each of the Covenant rights. This task cannot be coupled with an existing procedural step. The closest formalized possibility might be the specific discussion of indicators and benchmarks during a day of general discussion, in preparation for a thematic indicators/benchmarks general comment. But indicator lists might also be developed externally, and then examined as to whether or not they fit the needs of the CESCR procedures. States Parties would then be asked to consider these lists, along the revised guidelines, when drafting their next report. Ultimately, the selected indicator lists for specific rights might be integrated in the overall-revised guidelines, on which work has begun[35].

Once the indicator list has been accepted, either as persuasive, voluntary authority, or as formally accepted criteria, the State party can write its report accordingly. Needless to say, such lists are subject to change and later amendment, depending on increased information and improved data bases.

The whole IBSA procedure ultimately may well be laid down in a treaty-specific General Comment at a later stage, after consultations with State parties, and specialized agencies and NGOs.

The second step – the setting of benchmarks by State parties – requires active participation of member states. The State party can choose and pick from existing indicator lists the relevant targets, which it sets as benchmarks. Benchmarks are base-line measurements, measuring performance at the start of the reporting period. Movement from the benchmark indicates whether a State is meeting its obligations of progressive realization of the rights concerned. Repeated measurements can be examined over a period of time to track performance. The State party actually is assessing its own targets to be achieved during the reporting cycle. While describing the actual country situation in the state report, the member state also engages in thoughts how an improvement of existing conditions might be achieved. This is a delicate exercise, and may often entice the State party to set benchmarks too low, in order not to have to admit at the end of the reporting cycle that targets set have not been realized, or only to a smaller extent.

[35] Presently, the CESCR awaits the outcome of discussions regarding the elaboration of a Harmonized guidelines on reporting under the international human rights treaties, including guidelines on a common core document and treaty-specific documents, as discussed in the Inter-Committee meetings of the OHCHR, cf. UN Doc. HRI/MC/2006/3.

Such proposed state benchmarks will then be sent by the Secretariat of CESCR to the specialized agencies, requesting their comments and evaluation. Such evaluations are then taken up by the CESCR during its next pre-sessional working group, and will be transmitted to the State party in the list of issues. This can, of course, also be effected in direct consultations between the CESCR (Chairperson or country rapporteur, or other designated committee member) and the Permanent Mission of the State Party, but it has to take place at the latest by the time of the adoption of the list of issues.

This scoping phase of the IBSA procedure can effect two things: CESCR may achieve that the State party revises or amends its suggested benchmarks, e.g. if important indicators that are readily available, have not been used for the benchmarking process, or CESCR may request the State party to change its benchmarks, e.g. when the measuring rod is put too low. Ideally, such scoping takes place before the State Party engages on the answers to the list of issues, but those six months prior to the constructive dialogue with the CESCR would seem to be the latest opportunity.

The discussion of the scoped benchmarks, as reflected in the subsequent state report, and in the written answers to the list of issues to be taken up in the dialogue, will then enable exact evaluation by specialized agencies and NGOs on the first day of the session prior to the actual dialogue with the State Party delegation, and will muster additional comments from country desk officers of the OHCHR and other contributors to the monitoring process.

During the constructive dialogue with the State party, Committee members will look carefully at the scoped benchmarks, and maybe suggest different or more differentiated benchmarks for the next periodic report.

Four or five years later, the member state will submit its next report, and may include in it suggested new benchmarks to be looked at during the following reporting cycle, and the IBSA procedure begins anew.

The IBSA process thus has a Janus-type appearance: it looks back, in order to assess the past reporting period; it looks forward, in order to target future developments in the fuller realization of rights. Looking back, it may force the State party to candidly assess for itself, why certain targets were not met, or could not be met, and this will enable the State party to set realistic new benchmarks for the next reporting period.

## VIII. Prospects for the future

The advantage of employing benchmarks and indicators in relation to the augmentation of economic, social and cultural rights is self-evident: in utilizing these tools, the role of States Parties in relation to variable obligations of

conduct and process will be strengthened. This, in turn, will serve to further substantiate that the realization of esc-rights is universally possible within a system that fully takes into account the varying circumstances specific to the Parties to the Covenant.

The other actors involved in monitoring the state compliance under the ICESCR may also have a vital interest in the application of the IBSA procedure: the specialized agencies[36] will be more involved in the assessment of the state reports. The expertise of the specialized agencies – in particular since most of them adopted a human right approach – could render the CESCR's work much easier. In return for this, co-operation with the Committee may help the specialized agencies to further develop their experience with human rights monitoring, in an attempt at "mainstreaming human rights" in their work, a task that becomes more and more significant for most agencies of the UN family. Finally, for NGOs the use of indicators and benchmarks opens up the possibility to participate more actively in the process of the state reporting, which entails a stronger involvement of civil society in the monitoring process of esc-rights.

But at the same time, it must be recognized that while the four-step Indicator-Benchmark-Scoping-Assessment(IBSA)-procedure represents an attempt to render the State Party reporting mechanism more effective, and easier to administer for States Parties and the concerned treaty body, this co-operative procedure contains clear limitations which must not be overlooked: if States Parties fail to comply with their Covenant reporting obligations, the entire procedure will be in vain. But this applies to the entire State reporting procedure, not just to the four-step procedure suggested here.

## IX. Conclusion

IBSA as a monitoring device is a useful tool for the monitoring not just of economic, social and cultural rights, but also civil and political rights, as the extensive work on indicators for the ICESCR/ICCPR in the OHCHR/Turku[37] project, and the Oslo/FAO project have shown, and the results of the OHCHR project presented at the Inter-Committee Meeting June 2006. The procedure is designed in such a way that it can easily be employed in all human rights contexts, even though much emphasis undoubtedly will be placed on the "protect" and "fulfil" dimensions of State party obligations.

[36] In particular the FAO with a more intense interest in the monitoring by means of Indicators and Benchmarks as demanded in Voluntary Guideline 17, IGWG RTFG 5/REP.

[37] Papers and presentations, see www.abo.fi/instut/imr/.

IBSA may help to improve the monitoring of all these rights when adequate structural, process and outcome indicators are identifiable and identified. The IBSA procedure thus seems suitable in every monitoring system that uses indicators, and clearly is not limited to esc-rights.

If agreement on the IBSA procedure can be reached, then a concerted effort should be made to integrate the various indicator projects into one coherent system, so that concerted action will be possible in future, thus expediting the adoption of such procedural steps. If too many different ideas are propagated, this will postpone the adoption of the fuller use of indicators and benchmarks for too long, and ultimately play into the hands of critics who view the whole exercise with a great deal of scepticism anyway.

Giorgio Malinverni has greatly contributed to the work of the CESCR in these endeavours, and he will be much missed. I wish him all the very best in his new position as a judge at the European Court of Human Rights.

# La liberté du choix du moyen de transport en droit fédéral et cantonal

Thierry Tanquerel

*Professeur à l'Université de Genève*

## I. Introduction

Le dédicataire de ces Mélanges a consacré des pages de référence à la question de l'exercice des libertés, et en particulier des libertés idéales, sur le domaine public[1]. Il y était en définitive question de la concrétisation de la Constitution par le droit administratif régissant le domaine public. L'hommage qui suit adopte en quelque sorte une perspective inverse. Son objet est une activité très concrète, les déplacements des personnes et marchandises, réglementée par des prescriptions de niveau administratif sans grand prestige, mais familières à tout un chacun : la réglementation du permis de conduire, les restrictions de stationnement, les règles de circulation et la signalisation y relative, l'organisation des services publics de transport, entre autres. Dans ce contexte, il examine les tentatives de certains acteurs de « constitutionnaliser » leurs intérêts. Les enjeux de la gestion de la mobilité, mêlant contraintes techniques et intérêts économiques et environnementaux, relèvent-ils désormais aussi des droits fondamentaux ? Peut-on parler à cet égard d'une liberté constitutionnelle de choisir son moyen de transport ? Et si une telle liberté existe, limite-t-elle véritablement le champ d'action des autorités compétentes dans la mise en place, l'organisation et la gestion des réseaux de transport ?

Si l'on s'en tient aux débats politiques sur le sujet[2], la liberté du choix du moyen de transport est surtout mise en avant comme une liberté de circuler au moyen d'un véhicule automobile privé. Mais, du point de vue juridique, il n'y a aucune raison de ne pas envisager, au moins comme point de départ, le sens complet de l'expression. La liberté dont il est ici question ne porte pas sur le fait de pouvoir se déplacer ou non, mais sur le moyen utilisé à cette fin. Si l'on écarte les techniques qui relèvent plus du loisir sportif que du déplacement en tant que tel (ski, parapente, traîneaux, planche à voile, patins

[1] Malinverni (2004) ; (1983).

[2] Voir l'exposé des motifs de l'initiative populaire cantonale genevoise « Pour le libre choix du mode de transport » (IN 114), Mémorial des séances du Grand Conseil de la République et canton de Genève (ci-après Mémorial) 1999 p. 7068-7069.

et planches à roulettes, etc.), les moyens de transports concrètement à disposition sont la marche, le vélo, l'automobile privée, le véhicule à deux roues motorisé, le rail (train, tramway, funiculaire), le véhicule automobile collectif, le bateau, l'avion et, dans une mesure devenue très marginale, le cheval. S'il existe une liberté du choix du mode de transport, elle doit logiquement, dans son acception la plus large, pouvoir porter sur ces différents moyens. Le choix en cause ne doit pas non plus être nécessairement générique. Une liberté de choix peut aussi signifier le droit de préférer un certain type de véhicule privé, en termes de puissance, de volume, de confort, de performances ou de caractéristiques spéciales (véhicules tout terrain par exemple).

Le domaine des transports relevant à la fois de compétences fédérales et de compétences cantonales, parfois parallèles[3], il s'impose d'examiner succesivement le droit fédéral et le droit cantonal, tout en gardant à l'esprit la primauté du premier sur le second. A propos du droit cantonal, nous accorderons une place privilégiée au cas genevois, non par inclination personnelle, mais parce qu'il s'agit du seul canton qui a expressément garanti la liberté individuelle du choix du mode de transport.

# II. Le droit fédéral

## A. Le fondement constitutionnel

### *1. La position de la doctrine et celle du Conseil fédéral*

A en croire le Conseil d'Etat du canton de Genève[4], la liberté individuelle du choix du moyen de transport est garantie par l'article 10 alinéa 2 Cst. féd., qui prévoit que « Tout être humain a droit à la liberté personnelle, notamment à l'intégrité physique et psychique et à la liberté de mouvement ». C'est à la liberté de mouvement que le Conseil d'Etat rattache le libre choix du moyen de transport.

Cette interprétation de la liberté de mouvement n'est pourtant guère évoquée par la doctrine relative à l'article 10 alinéa 2 Cst. féd., qui met avant tout l'accent sur les questions liées à la détention des personnes physiques et au droit d'entrer et de sortir du pays[5], sans que le mode de transport utilisé

---

3 Ainsi en matière de travaux publics, cf. Ruch (2001) p. 931; sur les compétences en matière de routes, *ibid.* p. 934.

4 Rapport sur la validité et la prise en considération de l'IN 114, Mémorial 1999 p. 7073. Ce point de vue a été repris dans les débats parlementaires sur cette initiative, cf. Mémorial 2000 p. 1932 (intervention Bugnon).

5 Ainsi Auer / Malinverni / Hottelier (2006) nº 343 ss; Hottelier (2003) nº 40 ss; Schweizer (2001) nº 19 et (2002) nºs 22-23.

pour ces déplacements n'entre en ligne de compte. Seul Mahon, en mentionnant parmi les mesures susceptibles de porter atteinte à la liberté de mouvement, les « restrictions à la circulation »[6], par quoi il vise certainement la circulation automobile, fait implicitement allusion à une liberté de se déplacer au moyen d'un véhicule automobile.

Pour Lendi, l'article 10 alinéa 2 Cst. féd. ne se rapporte qu'à une dimension véritablement élémentaire de la liberté, ce qui ne permet pas d'en faire découler une protection de la mobilité – à travers les moyens de transport – en tant que droit fondamental[7]. Le même auteur avait déjà nié que l'on puisse déduire de la liberté personnelle telle qu'elle était reconnue par le Tribunal fédéral sous l'empire de la Cst. de 1874 un droit constitutionnel individuel au libre choix du moyen de transport[8]. Il considérait cependant que la Cst. de 1874 contenait implicitement le principe de la liberté du choix du moyen de transport, comme miroir du modèle constitutionnel de concurrence entre les moyens et les entreprises de transport[9]. Cette liberté implicite interdirait à l'Etat, sans habilitation constitutionnelle spéciale, de prévoir une obligation d'utiliser un moyen de transport déterminé[10].

D'autres auteurs ont nié que la liberté personnelle puisse fonder un droit constitutionnel à la circulation routière[11], que le droit au libre choix du moyen de transport puisse être considéré comme une condition essentielle de cette liberté[12] ou que l'on puisse tirer de celle-ci une protection constitutionnelle de l'usage de certains moyens de transport, en particulier une « liberté de se mouvoir par un véhicule automobile », alors que la « liberté du piéton » est, elle, constitutionnellement garantie[13].

A l'inverse, assez isolé, Marville estime que le libre choix du moyen de transport est protégé par la liberté personnelle en tant qu'expression de la liberté de mouvement et de la faculté d'autodétermination de l'être humain dans l'utilisation de tel ou tel instrument de locomotion[14]. Sous un angle plus

---

6 Mahon (2003) nº 17. Voir aussi l'allusion de Kiener / Kälin (2007) p. 136 à la question de l'usage du domaine public.

7 Lendi (2001) p. 496, note 32.

8 Lendi (1996) p. 378 ; (1998) p. 317.

9 Lendi (1996) p. 378 ; (1998) p. 322.

10 Lendi (1998) p. 322.

11 Baroni / Brunner / Knoepfel / Moor (1991) p. 66.

12 Meier (1989) p. 189. Voir aussi Jaag (1987) p. 417, qui considère que l'interdiction d'utiliser une mobylette pour se rendre à l'école ne touche pas à la liberté personnelle, quand bien même elle est contraire au droit pour d'autres raisons.

13 Saxer (1988) p. 176 et 182-183, qui admet, cependant, p. 182, qu'une exclusion générale de certaines personnes ou groupes de l'usage des routes publique à des fins de circulation heurterait la liberté personnelle.

14 Marville (1998) p. 377.

étroit, Perrin considère que le retrait d'admonestation du permis de conduire atteint l'administré concerné dans sa liberté personnelle[15].

Pour sa part, le Conseil fédéral, dans son message relatif à la nouvelle Cst. féd., n'a fait, à propos de la liberté de mouvement, aucune allusion à la question du libre choix du moyen de transport. S'en tenant aux conceptions traditionnelles de la liberté de mouvement, il a souligné que celle-ci protège les seules libertés qui constituent des aspects élémentaires du développement de la personnalité et a consacré un bref commentaire à la question de la privation de liberté au sens strict et à celle des restrictions qui peuvent être apportées à la liberté de mouvement des étrangers[16]. En 1982, le Conseil fédéral s'était opposé à la proposition de la commission chargée d'élaborer une conception globale suisse des transports d'insérer dans la Cst. féd. une dispostion prévoyant que « le libre choix du moyen de transport est garanti ». Il en craignait les conséquences imprévisibles s'il en résultait une obligation pour les pouvoirs publics et affirmait que ce libre choix « ne saurait être mis au même niveau que des libertés individuelles, car ce n'est pas une condition sine qua non de l'épanouissement de la personnalité », tout en indiquant qu'il était suffisamment préservé par d'autres garanties constitutionnelles (liberté personnelle, principe de légalité, principe de proportionnalité, liberté du commerce et de l'industrie, liberté d'établissement)[17].

## 2. *La position du Tribunal fédéral*

Dans une jurisprudence constante, le Tribunal fédéral considère que la liberté personnelle n'englobe pas toute possibilité de choix et de détermination de l'homme, si peu importante soit-elle[18] ; elle n'a notamment pas la fonction d'une liberté générale d'action que chaque particulier pourrait invoquer pour s'opposer à tout acte étatique qui aurait une incidence sur le cours qu'il donne personnellement à sa vie[19]. Elle recouvre cependant toutes les libertés élémentaires dont l'exercice est indispensable à l'épanouissement de la personne humaine[20] ; elle se conçoit, dès lors, comme une garantie générale et subsidiaire à laquelle le citoyen peut se référer lorsque les droits fondamentaux dont il allègue la violation ne font pas l'objet de garanties particulières[21].

---

15 Perrin (1982) p. 111-112.

16 Message du Conseil fédéral relatif à une nouvelle constitution fédérale, du 20 novembre 1996, FF 1997 I 150-151.

17 Message du Conseil fédéral sur les bases d'une politique coordonnée des transports, du 20 décembre 1982, FF 1983 I 977.

18 ATF 124 I 170, 171.

19 ATF 130 I 369, 373 ; 122 I 279, 288 ; 108 Ia 59, 61.

20 ATF 124 I 170, 171-172 ; 122 I 279, 288.

21 ATF 124 I 170, 172.

En appliquant ces principes à des affaires ayant un rapport avec l'utilisation de moyens de transports, le Tribunal fédéral a jugé que l'interdiction de naviguer sur un secteur déterminé du lac de Zurich ne portait pas atteinte au domaine protégé par la liberté personnelle[22]. Il en était de même de l'interdiction de pratiquer la planche à voile sur le Sihlsee[23]. On ne pouvait non plus parler d'une violation de la liberté personnelle à propos de l'imposition de taxes de stationnement au centre-ville de Zurich, la réglementation en cause n'interdisant pas la zone concernée à une certaine catégorie de la population, mais soumettant simplement le stationnement dans ladite zone à une taxe non disproportionnée[24]. Le Tribunal fédéral a aussi considéré qu'une interdiction totale de circuler sur une route de quartier pour des raisons de sécurité ne touchait pas la liberté personnelle des membres d'une association de quartier, en soulignant que cette liberté ne donnait aucun droit au choix libre de son itinéraire. Il a toutefois réservé l'hypothèse où une interdiction de circuler contraindrait les riverains à un tel détour que leur temps libre s'en verrait significativement diminué[25]. En revanche, constituait bien une restriction de la liberté de mouvement garantie par l'article 10 alinéa 2 Cst. féd., l'interdiction faite à un journalise de se rendre à Davos, en l'occurrence par car postal, à l'occasion du Forum économique mondial[26]. Dans ce dernier cas, il faut évidemment relever que ce n'était pas le choix du moyen de transport du journaliste qui était en cause, mais le principe même de son accès à Davos.

Le Tribunal fédéral a en outre confirmé une interdiction de circuler saisonnière sur l'ancienne route cantonale St Moritz-Celerina, en statuant uniquement sous l'angle de la liberté du commerce et de l'industrie, de la garantie de la propriété et de l'interdiction de l'arbitraire[27]. Il a par ailleurs invalidé une disposition du règlement du personnel de la Ville de Berne interdisant en principe aux fonctionnaires municipaux de se rendre à leur travail au moyen d'un véhicule automobile privé. Il a cependant laissé ouverte la question d'une éventuelle violation de la liberté personnelle, tranchant la cause sous l'angle exclusif de l'égalité de traitement[28].

Enfin, s'agissant du retrait du permis de conduire, le Tribunal fédéral, sans parler expressément d'une restriction de la liberté personnelle, relève, à tout le moins pour les retraits de permis de sécurité prononcés pour une

---

22 ATF 108 Ia 59, 61.

23 ATF non publié du 4.4.1979, cité in ATF 108 Ia 59, 61.

24 ATF 122 I 279, 288.

25 ZBl 1998 379, 385 (ATF du 13.5.1997, 2P.458/1995).

26 ATF 130 I 369, 373.

27 ZBl 1995 508 (ATF du 14.10.1994, 2P.109/1994, 2P 147/1994).

28 ATF 120 Ia 203, 205 ss.

durée indéterminée, que ceux-ci constituent une atteinte profonde à la sphère personnelle des intéressés[29].

### 3. *Appréciation*

Le panorama de la doctrine et de la jurisprudence qui vient d'être présenté ne peut que conduire à une conclusion nuancée.

L'approche de Lendi, niant l'existence d'un droit constitutionnel à la liberté du choix du moyen de transport, mais faisant de cette liberté un principe constitutionnel « immanent », auquel il ne serait possible de déroger que moyennant une habilitation constitutionnelle spéciale, ne nous convainc pas. Bien sûr, s'il s'agit par là de dire que l'interdiction complète et permanente sur l'ensemble du territoire suisse de l'usage de tout type de véhicule automobile serait contraire à la Cst. féd. *de lege lata*, l'affirmation est bien sûr vraie. Mais il n'est certainement pas nécessaire de reconnaître un principe spécifique relatif à la liberté du choix du moyen de transport pour parvenir à cette conclusion. L'article 27 Cst. féd. suffit. En revanche, s'il s'agit de conférer à la liberté du choix du moyen de transport un statut analogue au principe de la liberté économique, tel qu'il est consacré par l'article 94 Cst. féd., l'absence de mention expresse dans la Cst. féd., nous paraît un obstacle dirimant. Il faut se souvenir que le Conseil fédéral et les Chambres avaient refusé dans les années 1980 une consécration constitutionnelle expresse à la liberté du choix du moyen de transport. Il n'existe certainement pas de consensus suffisant pour admettre aujourd'hui que cette liberté constitue un principe non écrit ou « immanent » du droit constitutionnel suisse[30].

Sous l'angle de la reconnaissance d'un droit individuel, c'est surtout la liberté de mouvement qui est susceptible de constituer la source d'une liberté du choix du moyen de transport. En effet, lorsque la liberté économique ou la garantie de la propriété sont invoquées à l'encontre de mesures restreignant l'usage de moyens de transport, c'est en général la question de l'accessibilité d'un bien-fonds ou d'une entreprise qui est en cause et non le choix du moyen de transport en tant que tel[31]. On ajoutera encore que, dans la mesure

---

29 ATF 129 II 82, 84 ; 120 Ib 305, 309 et la jurisprudence citée.

30 Au demeurant, même si l'on devait admettre un tel principe, il faudrait aussi admettre que l'art. 87 Cst. féd. permet d'y déroger, comme il permet de déroger à l'art. 94 al. 4 Cst. féd.

31 Voir par exemple, l'arrêt cité *supra* note 27. On ne suivra pas, au demeurant, la théorie hardie de Marville (1998) p. 379-380, selon laquelle la garantie de la propriété protégerait l'utilisation libre « intrinsèque à la nature de la chose » des véhicules automobiles par leurs propriétaires ou leurs possesseurs. Admettre une telle théorie conférerait à la garantie de la propriété la portée d'une liberté générale d'agir selon son bon plaisir pourvu que cette action entraîne l'usage « intrinsèque à leur nature physique » de choses entrant dans la propriété ou la possession de celui qui agit. Nul n'a, à notre connaissance, soutenu jusqu'ici une conception aussi absolue et généralisante de la garantie de la propriété.

où l'usage d'un moyen de transport déterminé serait interdit ou restreint à un point tel qu'il empêcherait l'activité des entreprises offrant ce moyen de transport, la liberté économique de ces entreprises serait certes atteinte, mais non pas une éventuelle liberté du choix du moyen de transport desdites entreprises. En revanche, on peut soutenir que, pour les entreprises, le choix du moyen utilisé pour transporter leur marchandise, ou plus largement pour exercer leur activité, relève de leur liberté économique. Cette dernière est donc aussi susceptible de fonder une liberté du choix du moyen de transport, mais uniquement dans une perspective très partielle et sectorielle.

Si dès lors, on se focalise sur le contenu de la liberté de mouvement, il faut d'emblée admettre que celle-ci ne saurait fonder le libre choix du moyen de transport dans son sens le plus large évoqué dans notre introduction. Tous les aspects de cette acception large de la liberté du choix du moyen de transport ne constituent pas des manifestations élémentaires du développement de la personnalité. Inversement, ni le Conseil fédéral dans sa prise de position de 1982, ni le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence n'excluent que, dans certaines situations, il existe, au travers de la liberté de mouvement garantie par l'article 10 alinéa 2 Cst. féd., une protection constitutionnelle du libre choix du moyen de transport. Si le Conseil fédéral affirme que la liberté du choix du moyen de transport est déjà suffisamment garantie, notamment par la liberté personnelle, il faut bien que cette dernière, dans une certaine mesure tout au moins, couvre le libre choix du moyen de transport. Si, comme l'affirme le Tribunal fédéral, le retrait de sécurité du permis de conduire, qui limite factuellement le libre choix du moyen de transport, atteint en profondeur la sphère personnelle, il devient difficile d'affirmer qu'il ne concernerait pas un élément essentiel du développement de la personnalité.

En définitive, la question cruciale concerne donc moins le principe même d'une liberté du choix de moyen de transport, qui doit être admis comme composante de la liberté de mouvement (outre le cas particulier évoqué plus haut où il résulterait, pour leurs activités, de la liberté économique des entreprises), mais la portée de cette liberté, qui reste contenue dans des limites assez étroites.

## B. La portée de la liberté du choix du moyen de transport

Une première limite de la liberté du choix du moyen de transport, comme composante de la liberté de mouvement, porte sur la palette des modes de transport concernés. Tous les moyens de transport imaginables ne peuvent en effet être considérés comme relevant des manifestations essentielles de la personnalité. Le bateau ou l'avion n'entrent certainement pas dans cette

catégorie[32], en tout cas en termes de choix du moyen de transport[33]. Il en est de même de types particuliers de véhicules automobiles, comme les voitures de course, les véhicules tout terrain, les « motos des neiges », les « quads », etc. Quant au cheval, monté ou tirant un véhicule hippomobile, il n'a plus de nos jours qu'un rôle marginal comme moyen de transport et doit davantage être considéré comme un élément de loisir. En revanche, aujourd'hui, outre le déplacement piétonnier, qui est incontestablement protégé par la liberté de mouvement, les transports publics, les véhicules automobiles privés « ordinaires » (y compris à deux roues) et le vélo font partie des moyens de transport de base utilisés par une large partie de la population entre lesquels la liberté de choisir doit être garantie.

Cette liberté de choix – qu'elle repose sur la liberté de mouvement ou, dans les limities évoquées plus haut, sur la liberté économique – n'est opposable, tout à fait classiquement, qu'à des prescriptions étatiques imposant ou interdisant l'usage d'un moyen de transport déterminé. Elle ne saurait être comprise comme un droit social obligeant l'Etat à permettre concrètement l'usage de chacun des moyens qui viennent d'être évoqués pour aller et venir de n'importe quel point du territoire suisse[34]. Outre qu'une telle conception ne peut être déduite de l'article 10 alinéa 2 Cst. féd. (ni non plus de l'article 27 Cst. féd.), qui institue une liberté individuelle et non un droit social, elle serait manifestement impossible à mettre en œuvre. Il en résulte que l'Etat ne porte pas atteinte à la liberté du choix du moyen de transport en ne construisant pas de route, de piste cyclable ou de trottoir entre deux points déterminés : la liberté du choix du moyen de transport n'est pas mise en cause par le fait qu'un lieu n'est pas accessible par les véhicules automobiles privés ou n'est pas desservi par les transports public. L'Etat ne touche pas non plus cette liberté s'il restreint ou interdit la circulation automobile, celle des cyclistes, voire le cheminement piétonnier[35], sur certaines parties des voies publiques.

Au demeurant, si l'on voulait tirer de la liberté du choix du moyen de transport un droit à l'utilisation du domaine public pour un moyen de transport déterminé, il ne serait manifestement pas possible de satisfaire simultanément les besoins de chacun des moyens de transports les plus usuels : faute de pouvoir augmenter indéfiniment l'emprise des voies de circulation, une plus grande place accordée à un moyen de transport entraîne inévitablement

---

32 Pour le bateau, voir les arrêts cités *supra* notes 22 et 23.

33 Le cas d'un lieu ou d'une propriété accessible uniquement par bateau ou, très improbable en Suisse, par avion ne relève pas du choix du moyen de transport, mais d'une éventuelle garantie constitutionnelle d'accès à un lieu déterminé.

34 Lendi (1998) p. 320 (concernant il est vrai, selon la vision de cet auteur, un principe constitutionnel et non une liberté individuelle).

35 Voir le cas des autoroutes, art. 43 al. 3 de la loi fédérale sur la circulation routière du 19 décembre 1958 (LCR – RS 741.01).

une réduction de l'espace réservé aux autres. Dans ce contexte, il ne serait pas admissible de résoudre la difficulté en postulant un droit au maintien des situations acquises : un tel droit reviendrait à favoriser sans justification la circulation et le stationnement des véhicules privés – qui occupent encore la plus grande partie des espaces dévolus au transport – au détriment des piétons, des cyclistes et des transports publics. Un régime de faveur pour le trafic automobile privé ne correspondrait nullement à la notion de liberté de choix des usagers. Il irait en outre à l'encontre des dispositions constitutionnelles qui impliquent au contraire un rééquilibrage de la politique des transports en faveur des modes les moins polluants[36]. On rappellera encore ici que le Tribunal fédéral a jugé qu'une restriction localisée de la circulation automobile ne touchait pas la liberté personnelle des habitants du quartier[37]. L'hypothèse qu'il a réservée, à savoir le cas où ces habitants seraient forcés de faire un tel détour que leur temps libre s'en trouverait significativement réduit, est très académique.

Les mesures qui privent une personne ou des catégories de personnes du droit d'utiliser un véhicule automobile ou qui les excluent des transports publics[38] existants constituent en revanche des restrictions à la liberté du choix du moyen de transport. Selon cette conception, l'interdiction faite aux fonctionnaires de la Ville de Berne d'utiliser un véhicule automobile privé pour se rendre à leur travail touchait bien leur liberté de mouvement[39].

De telle restrictions ne sont pas *ipso facto* inconstitutionnelles. Elles sont admissibles aux conditions fixées par l'article 36 Cst. féd. : elles doivent reposer sur une base légale, poursuivre un intérêt public et respecter le principe de proportionnalité[40]. On peut relever que ces conditions se seraient imposées en tout état de cause, même en l'absence d'une reconnaissance constitutionnelle de la liberté du choix du moyen de transport[41], ce que montre très clairement la jurisprudence sur le retrait du permis de conduire, qui les applique sans reconnaître explicitement ladite liberté[42].

En définitive, la liberté du choix du moyen de transport, telle qu'on peut la déduire de la liberté de mouvement ou de la liberté économique, n'a qu'une portée pratique très limitée. Sur le plan procédural, elle n'a d'intérêt que dans la mesure où la recevabilité d'un recours resterait sujette à l'invocation d'un

---

36 Cf. Lendi (2001) p. 496 note 32, qui évoque l'idée de « mobilité durable » (« *auf Dauer tragbar Mobilität* »).

37 Arrêt cité *supra* note 25. Dans le même sens, Kiener / Kälin (2007) p. 136.

38 Sur le libre accès aux transports publics, cf. Lendi (1998) p. 323.

39 Cf. *supra* note 28 et le texte l'accompagnant.

40 Lendi (1996) p. 382.

41 Baroni / Brunner / Knoepfel / Moor (1991) p. 66.

42 Voir *supra* note 29 ; voir aussi, par exemple, ATF 130 II 25 ; 131 II 248, 250.

droit qui ne pourrait, par hypothèse, être déjà déduit de la loi ou d'une autre disposition constitutionnelle. Quant au fond, il n'est pas sûr qu'elle ajoute beaucoup aux exigences découlant déjà notamment des principes d'égalité de traitement (art. 8 Cst. féd.) et de proportionnalité (art. 5 al. 2 Cst. féd.).

## III. Le droit cantonal

### A. La situation dans les cantons en général

A l'exception du canton de Genève, dont le cas sera analysé plus loin, aucun canton ne consacre constitutionnellement la liberté du choix du moyen de transport. En revanche, certaines constitutions cantonales mentionnent la liberté de mouvement comme composante de la liberté personnelle[43].

En outre, plusieurs cantons ont introduit dans leur constitution des dispositions prônant une politique des transports respectueuse de l'environnement, voire instituant un régime de faveur pour les transports publics. Ainsi, diverses dispositions constitutionnelles prévoient que les cantons et les communes veillent à ce que les transports respectent l'environnement et économisent l'énergie[44]. D'autres prescrivent à l'Etat d'encourager (*fördern*)[45] ou plus explicitement encore de favoriser[46] les transports publics. La constitution d'Appenzell Rhodes extérieures invite le canton et les communes à favoriser le transfert du trafic privé au transport public dans la mesure où des intérêts publics généraux essentiels le justifient[47]. La constitution schaffhousoise comporte une disposition analogue[48]. Quant au canton de Bâle-Ville, il accorde constitutionnellement la priorité aux transports publics en matière de mobilité[49].

D'une manière générale l'évolution constitutionnelle dans les cantons tend à la consécration d'une orientation plus écologique de la politique des transports. La préservation des intérêts du transport privé n'est guère évoquée[50].

---

43 Art. 12 Cst./BE, art. 13 let. g Cst./OW, art. 1 al. 2 let. g Cst./NW, art. 5 al. 2 Cst./GL, art. 11 al. 2 Cst./FR, art. 8 al. 1 Cst./SO, art. 6 al. 2 let. a Cst./BL.

44 Art. 34 al. 1 Cst./BE ; voir aussi, avec des variations de formulation, art. 32 Cst./AR, art. 120 al. 2 Cst./BL, art. 30 al. 1 Cst./BS, art. 82 al. 3 Cst./GR, art. 83 Cst./SH, art. 120 al. 3 Cst./SO, art. 104 al. 1 Cst./ZH.

45 Art. 120 al. 3 Cst./BL, art. 34 al. 2 Cst./BE, art. 46 al. 1 Cst./GL, art. 82 al. 3 *in fine* Cst./GR, art. 5 al. 1 let. m Cst./NE, art. 120 al. 2 Cst./SO, art. 79 al. 2 Cst./TG, art. 104 al. 3 Cst./ZH.

46 Art. 78 al. 3 Cst./FR, art. 49 Cst./JU, art. 57 al. 3 Cst./VD.

47 Art. 32 al. 2 Cst./AR.

48 Art. 83 al. 2 Cst./SH.

49 Art. 30 al. 1, deuxième phrase Cst./BS.

50 On peut toutefois mentionner à cet égard l'art. 18 al. 1 let. b Cst./SG « *Der Staat setzt sich sum Ziel dass :* [...] *öffentliche und private Verkehrsmittel sinnvoll und bedarfgerecht eingestz werden* ».

## B. Le cas particulier du canton de Genève

### *1. L'initiative « Pour le libre choix du mode de transport »*

Jusqu'en 2002, la constitution du canton de Genève (Cst./GE) ne comportait en matière de transports qu'un article relatif aux transports publics (art. 160A, aujourd'hui devenu l'art. 160C). Selon l'article 160C Cst./GE, « dans le but de créer des conditions-cadres favorables aux développement de la vie économique et sociale à Genève et dans la région, l'Etat favorise l'utilisation de transports publics respectueux de l'environnement dans une perspective de complémentarité entre les différents modes de déplacement ». Dans la mesure où elle se réfère à la notion de complémentarité entre les différents modes de transport, cette disposition se situe moins clairement dans une orientation écologique que celles des autres cantons évoquées plus haut[51].

En 1999, le « Groupement Transports et Economie » a toutefois considéré que les conceptions globales des transports élaborées par le canton avaient « pour but de rendre encore plus difficile le trafic privé et cela dans des proportions inacceptables et contraires au principe de complémentarité voté par le peuple en 1975 »[52]. Il a donc lancé une initiative populaire « pour le libre choix du mode de transport » (IN 114) qui entendait inscrire deux nouveaux articles dans la Cst./GE. Le premier (art. 160A) prévoyait simplement que « la liberté individuelle du choix du mode de transport est garantie ». Le second (art. 160B), sous l'intitulé « Transports privés », posait le principe de l'équilibre entre les divers modes de transport et celui de la bonne accessibilité de l'agglomération urbaine et de l'ensemble du territoire cantonal par le réseau routier (al. 1). Il fixait comme objectif de ce réseau routier d'assurer la meilleure fluidité possible du trafic privé, ainsi qu'une accessibilité optimale au centre-ville en complémentarité avec les transports publics (al. 2). Il prévoyait surtout trois moyens pour réaliser ledit objectif (al. 3) : avant toute mesure restrictive affectant le trafic privé, des mesures de substitution et d'accompagnement adéquates devaient être mises en place pour améliorer la fluidité du trafic (let. a) ; la réduction du trafic pendulaire vers le centre-ville et la canalisation du trafic de transit à l'extérieur du centre-ville ne pouvaient être décidées que si des mesures de substitution et d'accompagnement étaient préalablement mises en place, notamment par la réalisation d'ouvrages

---

[51] L'art. 1 al. 8 de la loi cantonale sur les transports publics genevois (LTPG – RS/GE H 1 55) va légèrement plus loin en prévoyant que « dans les limites de la législation fédérale et cantonale, dans le cadre de l'aménagement du canton et selon le plan directeur des transports, les TPG sont mis au bénéfice, lorsque l'intérêt général le commande, de la priorité sur les autres modes de transport », tout en précisant immédiatement que « cette priorité tient compte de la complémentarité des modes de transports publics et privés ».

[52] Mémorial 1999 p. 7068.

routiers (let. b) ; enfin, le stationnement des véhicules automobiles devait être organisé de manière à répondre aux besoins propres des divers types d'usagers (let. c)[53].

Le Conseil d'Etat a proposé au Grand Conseil de déclarer l'IN 114 valable, mais de la rejeter sur le fond, sans contre-projet[54].

Le Grand Conseil n'a suivi que partiellement cette recommandation. La commission chargée d'examiner la validité de l'initiative avait considéré que l'article 160B alinéa 3 proposé par l'IN 114, à tout le moins en ce qui concerne ses lettres a et b, était contraire au droit fédéral en empêchant les mesures de réduction du trafic que l'Etat devrait ordonner en vertu de la LPE[55] et de ses ordonnances d'application (OPair[56] et l'OPB[57]) et en particulier en rendant impossible la mise en œuvre d'un plan de mesures selon l'article 32 OPair[58]. La minorité de la commission estimait pour sa part que l'article 160B alinéa 3 proposé était conforme au droit supérieur, mais qu'amputée de cet alinéa l'initiative serait complètement vidée de sa substance[59]. En définitive, après un débat très confus, le Grand Conseil a admis la validité partielle de l'initiative, déclarant non conforme au droit supérieur son article 160B alinéa 3 lettres a et b[60].

Saisi d'un recours de droit public des initiants, le Tribunal fédéral l'a rejeté. Il a souligné que les plans de mesures selon les articles 44a LPE, 31 ss OPair et 19 OPB apparaissent comme des instruments complexes et évolutifs, pour lesquels l'autorité compétente doit disposer d'une marge de manœuvre considérable. Il a relevé notamment que les plans de mesures permettent de tenir compte du fait que la construction d'ouvrages routiers ne contribue que modérément à la lutte contre la pollution de l'air, que ce sont avant tout les mesures relatives au trafic et à la réduction des gaz d'échappement qui doivent être ordonnées et que la réduction du trafic de transit par le centre constitue un des objectifs principaux de la lutte contre la pollution atmosphérique à Genève[61]. Il a estimé que les dispositions litigieuses ne pouvaient être comprises comme de simples incitations reprenant les exigences du principe de proportionnalité. Il ressortait au contraire clairement de leur texte que

53 Mémorial 1999 p. 7067-768.

54 Mémorial 1999 p. 7090.

55 Loi fédérale sur la protection de l'environnement du 7 octobre 1983 (RS 814.01).

56 Ordonnance sur la protection de l'air du 16 décembre 1985 (RS 814.318.142.1)

57 Ordonnance sur la protection contre le bruit du 15 décembre 1986 (RS 814.41).

58 Mémorial 2000 p. 1915 ss.

59 Mémorial 2000 p. 1926.

60 Mémorial 2000 p. 1931 ss, spéc. p. 1955 et 1958.

61 ATF 1P 238/2000 du 26.1.2001, c. 5a et 5b in SJ 2001 I 237.

l'adoption de mesures de substitution ou d'accompagnement était un préalable nécessaire à la réduction et à la canalisation du trafic[62]. Elles tendaient à fixer un ordre de priorité en faveur de la fluiditié du trafic privé et du trafic pendulaire qui pouvait être de nature à empêcher ou tout au moins à ralentir considérablement les mesures visant à canaliser ou à restreindre le trafic qui pourraient s'imposer en application des articles 12 alinéa 1 lettre c LPE et 32 alinéa 2 Opair, ainsi que de l'article 11 alinéa 3 LPE. Elles réduisaient exagérément la marge de manœuvre dont l'autorité doit nécessairement bénéficier dans ce domaine en vertu du droit fédéral[63].

Suite à l'arrêt du Tribunal fédéral le Grand Conseil a proposé le rejet de l'initiative sans contre-projet[64]. Les électeurs l'ont cependant acceptée, amputée des deux dispositions litigieuses, le 2 juin 2002[65].

## 2. *L'article 160A de la constitution cantonale*

La lettre de l'article 160A Cst./GE est claire : c'est une liberté individuelle qui est garantie et non un simple principe ne conférant pas de droits aux particuliers. Dans le canton de Genève, la liberté du choix du mode de transport est donc un droit constitutionnel expressément consacré et, cela quelle que soit la portée reconnue en la matière à la liberté de mouvement, et dans une mesure limitée à la liberté économique, garanties par la Cst. féd. Les cantons sont en effet parfaitement libres de prévoir à leur niveau des garanties constitutionnelles plus étendues que celles qui existent sur le plan fédéral ou international[66]. Cela étant, ces garanties ne peuvent déroger au droit supérieur, ce qui peut, comme le relève Martenet, les empêcher de tenir toutes leur promesses[67].

Détachée, en raison de sa consécration expresse, de la liberté de mouvement de l'article 10 alinéa 2 Cst. féd., la liberté visée par l'article 160A Cst./GE n'est pas soumise aux limites qui découlent de la définition de la liberté personnelle. Il n'est ainsi pas nécessaire de distinguer parmi les modes de transport, ceux qui participent de manifestations élémentaires du développement de la personnalité et les autres. On peut donc appliquer ici la définition large du choix du mode de transport exposée dans notre introduction. Il en résulte un élargissement de la protection : il n'y a aucune raison d'écarter du champ

62 *Ibid*. c. 5c.

63 *Ibid*. c. 5d.

64 Mémorial 2001 p. 6611.

65 Par 56,4% de oui.

66 Martenet (1999) p. 423.

67 Martenet (1999) p. 425.

de protection de l'article 160A Cst./GE notamment l'avion et l'hélicoptère, le bateau, le cheval ou les véhicules tout terrain. Mais il en résulte aussi évidemment une augmentation des risques de conflit entre les différents modes de transport protégés par cet article.

Quant à sa portée, la liberté instituée par l'article 160A Cst./GE, permet, classiquement, à chacun de se défendre contre une intervention de l'Etat qui lui porte atteinte en interdisant ou en imposant d'une manière générale à une personne ou un groupe de personnes le recours à un mode de transport déterminé. Comme cela a déjà été souligné à propos du droit fédéral, même sous cet angle, la liberté du choix de mode de transport peut être restreinte aux conditions posées par l'article 36 Cst. féd. Elle ne peut en outre, en tant que liberté constitutionnelle cantonale, s'exercer que dans le cadre laissé ouvert par le droit fédéral. Elle ne pourrait, par exemple, être invoquée à propos d'un retrait de permis de conduire fondé sur la législation sur la circulation routière. Elle ne saurait non plus faire obstacle à des mesures qui seraient imposées, ou même simplement justifiées, par le droit fédéral en matière de protection de l'environnement.

Cette liberté pourrait-elle imposer au canton ou aux communes la fourniture des infrastructures nécessaires son exercice effectif le plus large ? La réponse doit être négative pour plusieurs raisons. La première découle de l'interprétation littérale du texte constitutionnel. Si l'IN 114 s'intitulait « Pour le libre choix du mode de transport », ce qui pouvait inclure l'idée d'une politique des transports assurant un choix effectif en la matière, sa concrétisation passait par deux articles distincts : l'article 160B donnait la liste des objectifs et obligations imposés à l'Etat, alors que l'article 160A consacrait uniquement une « liberté individuelle ». Au demeurant, comme nous l'avons déjà vu à propos du droit fédéral, une obligation générale de prestation fondée sur la liberté du choix du mode de transport serait impossible à mettre en œuvre, impossibilité encore renforcée, au niveau genevois, par le fait qu'il serait alors nécessaire de fournir non seulement des routes, des pistes cyclables, des trottoirs et des transports publics, mais aussi des ports, des allées cavalières, des pistes d'aviation ou des héliports.

L'article 160A Cst./GE ne saurait non plus être interprété comme donnant aux adeptes de chaque mode de transport un droit au maintien des situations acquises. Les considérations exposées à cet égard à propos du droit fédéral sont transposables au niveau cantonal et même renforcées par le fait que l'article 160A Cst./GE vise une palette de modes de transport plus large que la liberté de mouvement de l'article 10 alinéa 2 Cst. féd. Dans ce contexte, un droit au maintien des situations acquises reviendrait à créer, parmi les modes de transports couverts par l'article 160A Cst./GE, une hiérarchie clairement incompatible avec l'idée même de liberté de choix individuelle contenue dans cette disposition.

Le Tribunal administratif du canton de Genève a été amené en 2005 à se prononcer sur le grief selon lequel la suppression de 48 places de stationnement dans un square du centre-ville violait l'article 160A Cst./GE. Le Tribunal a rejeté ce grief en relevant que «l'on peine à comprendre en quoi l'aménagement litigieux violerait le libre choix du mode de transport des recourants. Le square et ses abords restent accessibles en voiture et la suppression de 48 places de parc n'est certainement pas de nature à porter atteinte à leur droit, l'offre de parking dans le secteur n'étant jamais saturée[68].» Il semble donc bien que le Tribunal n'a tout simplement pas admis l'existence même d'une restriction à la liberté du choix du mode de transport. Mais ses remarques sur le fait que le square reste accessible en voiture et sur l'offre de parking non saturée dans le secteur brouillent le message. Il aurait été plus clair de constater que l'article 160A Cst./GE ne donne aucun droit au maintien de places de stationnement existantes et d'examiner si, par ailleurs, l'autorité compétente avait bien respecté les principes posés par l'article 160B Cst./GE.

En définitive, l'article 160A Cst./GE ne va plus loin que la garantie découlant de la liberté de mouvement que dans la mesure où il concerne l'ensemble des modes de transport, sans se limiter à ceux que leur importance pour la population permet de considérer comme essentiels.

## 3. L'article 160B de la constitution cantonale

Reste à se demander si des obligations positives de l'Etat, en particulier en faveur du transport privé, tant en matière d'investissements qu'en matière de gestion du domaine public, dont nous avons contesté qu'elles puissent découler de la liberté individuelle du choix du mode de transport, pourraient être imposées par l'article 160B Cst./GE. En d'autres termes, l'article 160B Cst./GE peut-il être compris comme un mandat constitutionnel d'assurer dans les faits une liberté d'usage des véhicules automobiles privés?

Il est incontestable que, du point de vue de la politique des transports, l'article 160B Cst./GE constituait, en tout cas à l'époque où il a été adopté, un signal en faveur du transport privé. Les rédacteurs de l'IN 114, de même que leurs adversaires, l'avaient bien compris ainsi[69]. La comparaison avec les autres constitutions cantonales révèle aussi la singularité genevoise dans la prise en compte du trafic automobile privé.

Sur le plan strictement juridique, à savoir la portée impérative des exigences de l'article 160B Cst./GE, l'interprétation de cette disposition doit

68 ATA/811/2005 du 29.11.2005, c. 11.

69 Mémorial 1999 p. 7068-7069, 2000 p. 1931 ss.

reposer sur les principes posés par la jurisprudence, qui valent fondamentalement autant pour les constitutions cantonales que pour la législation ordinaire[70] : l'interprétation littérale, qui est le point de départ de la démarche, peut être complétée par l'interprétation systématique, téléologique ou historique, en gardant à l'esprit que, parmi plusieurs interprétations possibles, il faut choisir celle qui est conforme au droit supérieur[71]. Dans cette perspective, quatre remarques s'imposent.

Premièrement, l'interprétation historique de l'article 160B Cst./GE est particulièrement difficile. En effet, cette disposition étant issue d'une initiative populaire, les débats parlementaires ont mis en évidence des interprétations divergentes entre les partisans et les adversaires du texte[72]. Au demeurant, dans le contexte de la validation de l'initiative et encore devant le Tribunal fédéral, les premiers avaient intérêt à en minimiser la portée[73] et les seconds à en faire une lecture maximaliste. Après l'entrée en vigueur de l'article 160B Cst./GE, les rôles se sont inversés : les partisans de ce texte ont désormais intérêt à ce qu'il ait la portée la plus large[74]. De plus, l'article 160B Cst./GE ayant été partiellement invalidé, ce qui a pu être dit à son sujet avant l'arrêt du Tribunal fédéral confirmant cette invalidation risque de ne plus être pertinent pour le texte actuel.

Deuxièmement, sous l'angle de l'interprétation systématique, il faut relever que cet article se trouve dans un chapitre de la Cst./GE intitulé « Transports privés », ce qui peut donner une indication sur sa portée en principe favorable à ceux-ci. Il convient cependant de le mettre en balance avec le chapitre sur les transports publics, que l'Etat doit favoriser « dans une perspective de complémentarité entre les différents modes de déplacement » (art. 160C al. 2), et avec le chapitre sur la protection de l'environnement, où il est notamment affirmé que l'Etat « veille à assurer un environnement sain et une bonne qualité de la vie » (art. 160D al. 1) et qu'il « combat les nuisances et les pollutions affectant l'homme et son environnement, l'air, l'eau et le sol » (art. 160D al. 2). Comme celles de la Cst. féd., ces dispositions doivent être coordonnées : l'interprétation de l'article 160B Cst./GE ne doit donc pas aboutir à vider de leur portée d'autres dispositions de la constitution cantonale.

Troisièmement, l'interprétation conforme au droit supérieur est ici d'une importance cruciale. C'est parce qu'elles ne laissaient pas une marge de ma-

---

70 ATF 128 I 288, 291 ; 128 I 327, 330.

71 ATF 131 II 697, 702 ss ; 130 II 65, 71.

72 Mémorial 2000 p. 1915 ss.

73 ATF 1P 238/2000 du 26.1.2001, c. 5c in SJ 2001 I 237.

74 Voir l'exposé des motifs du PL 9659, visant à favoriser le stationnement des véhicules privés, déposé le 12 septembre 2005, disponible sur le site : *www.geneve.ch/grandconseil/data/texte/PL09659.pdf*.

nœuvre suffisante aux autorités cantonales pour mettre en œuvre les exigences du droit fédéral de l'environnement que les obligations figurant à l'article 160B alinéa 3 lettres a et b de l'IN 114 ont été invalidées. Il ne serait donc pas admissible de tirer des obligations analogues ou aussi contraignantes de ce qui subsiste de l'article 160B Cst./GE, qui rappelle d'ailleurs expressément les limites posées par le droit fédéral. Cet article ne doit donc pas pouvoir faire obstacle à la mise en œuvre des plans de mesures en matière de lutte contre la pollution de l'air et contre le bruit. Il ne doit pas non plus empêcher le développement des transports publics. Il ne saurait enfin contrarier la mise en œuvre de réglementations visant à améliorer la sécurité routière conformément à la législation fédérale en la matière.

Enfin, la lettre de l'article 160B Cst./GE offre une souplesse suffisante pour que l'interprétation de cette disposition permette aux autorités compétentes d'harmoniser son application avec les autres exigences de la Cst./GE et de respecter le droit supérieur[75]. L'article 160B alinéa 1 ne peut ainsi vouloir dire que le réseau routier doit seul « répondre aux besoins de mobilité de la population », mais indique simplement qu'il est un élément de cette réponse. De même, l'objectif d'assurer la meilleure fluidité possible du trafic privé (art. 160B al. 2) ne saurait signifier que la fluidité du trafic doit primer sur la sécurité routière ou la limitation des nuisances. Quant à l'accessibilité optimale au centre ville, elle est expressément conçue « en complémentarité avec les transports publics » (art. 160B al. 2 *in fine*) : il doit appartenir aux autorités compétentes de déterminer quelle est la répartition « complémentaire » entre les transports publics et le trafic privé qui assurera le mieux cette accessibilité dans le respect des exigences du droit de l'environnement. L'alinéa 3 lettre c de l'article 160B, qui prévoit que « le stationnement des véhicules automobiles est organisé de manière à répondre aux besoins propres des divers types d'usagers », pose un problème plus délicat : il pourrait en effet être compris comme imposant à l'Etat de prévoir des places de stationnement en suffisance et sans limite pour tous les types d'usages – trafic visiteur, mais aussi trafic pendulaire. Une telle interprétation doit être écartée : elle serait en effet clairement contraire aux exigences du droit de l'environnement dans la mesure où elle constituerait un encouragement massif du trafic pendulaire. Elle impliquerait en outre inévitablement une priorité des exigences du stationnement sur celles de la sécurité des usagers, notamment les usagers non motorisés, qui ne saurait être admise du point de vue de la législation sur la circulation routière. Il est cependant possible de faire une interprétation

[75] Le Conseil fédéral et les Chambres fédérales ont aussi été de cet avis en octroyant la garantie fédérale aux art. 160A et 160B Cst./GE. Le Conseil fédéral a considéré que « les nouvelles dispositions constitutionnelles du canton de Genève laissent aux autorités cantonales une marge de manœuvre suffisante pour exercer la souveraineté en matière de routes de manière conforme au droit fédéral » (FF 2003 3012-3013) et les Chambres ont suivi sans commentaire.

conforme au droit supérieur de cette disposition en considérant qu'elle a avant tout une portée qualitative. Elle doit, dans cette perspective, signifier que – en allouant et en disposant les places de stationnement qu'il est possible et judicieux de créer en tenant notamment compte de la mise en œuvre des plans de mesures – il convient de considérer non seulement les besoins des automobilistes (en portant attention aux besoins spécifiques des habitants et à ceux des commerçants pour leurs livraisons), mais également ceux des conducteurs de véhicules à deux roues motorisés, des cyclistes (tant en ce qui concerne les places de stationnement pour vélos que l'espace dévolu à des pistes cyclables), des piétons (en ce qui concerne l'espace qui doit leur être réservé) et même des usagers des transports publics (en ce qui concerne notamment l'aménagement des abords des arrêts).

Interprété de cette manière, l'article 160B Cst./GE n'introduit donc nullement un complément à la liberté du choix du mode de transport qui orienterait celle-ci prioritairement vers la liberté de circuler au moyen d'un véhicule automobile privé. Certes, cette interprétation, qui laisse une très large de manœuvre aux autorités d'application, ne confère qu'une faible densité normative à cet article. Mais c'est certainement la condition pour que cette disposition trouve une application conforme au droit supérieur et coordonnée avec celle des autres principes de la Cst./GE en matière de transports.

## IV. Conclusion

Après avoir passé en revue les approches de la jurisprudence, de la doctrine, du constituant fédéral et des constituants cantonaux à propos de la liberté du choix de moyen de transport, on ne peut s'empêcher de discerner dans le débat sur la reconnaissance constitutionnelle de cette liberté un accent très genevois.

En effet, s'il faut admettre qu'un droit constitutionnel au choix du mode de transport peut être déduit, sur le plan fédéral, de la liberté de mouvement garantie par l'article 10 alinéa 2 Cst. féd., et, sous un angle bien particulier, de la liberté économique, la portée de ce droit est en pratique fort réduite.

Sur le plan cantonal, seul Genève a cru bon de consacrer expressément dans sa constitution une liberté individuelle du choix du mode de transport, dont l'objet est un peu plus large que celui de la garantie fédérale correspondante. Cette reconnaissance a été accompagnée de l'ancrage constitutionnel de principes concernant le développement du trafic privé. Mais, là aussi, les limites intrinsèques d'une liberté individuelle portant sur un tel objet, ainsi que les contraintes posées par le droit fédéral, que ce soit sous l'angle de la

sécurité routière ou sous celui de la protection de l'environnement, obèrent singulièrement la portée pratique des dispositions originales que comporte la Cst./GE en la matière.

Au demeurant, si l'idée finit par s'imposer en Suisse que la lutte contre l'effet de serre exige à bref délai des mesures particulièrement incisives pour réduire la pollution due au trafic automobile, cette originalité genevoise n'aura sans doute d'ici peu qu'un caractère essentiellement proclamatoire.

## Bibliographie

Auer Andreas, Malinverni Giorgio, Hottelier Michel (2006), *Droit constitutionnel suisse*, 2e éd., vol. II « Les droits fondamentaux », Berne.

Baroni Daniela, Brunner Verena, Knoepfel Peter, Moor Pierre (1991), *Strassenverkehrecht im Licht des Umweltrechts – Le droit de la circulation routière face à la législation de l'environnement*, Bâle / Francfort-sur-le-Main.

Hottelier Michel (2003), *Le droit à la vie et la liberté personnelle (art. 10 Cst.)*, Fiches Juridiques Suisses no 1389, Genève.

Jaag Tobias (1987), « Das Mofaverbot auf dem Schulweg aus rechtlicher Sicht », *ZBl* 1987 p. 410 ss.

Kiener Regina, Kälin Walter (2007), *Grundrechte*, Berne.

Lendi Martin (2001), « Offene Fragen im Bereich des Verkehrs – Die neue Bundesfervassung als Vorgabe », *RDS* 2001 I p. 473 ss.

Lendi Martin (1998), « Gibt est ein Grundrecht auf Mobilität », in Müller éd., *Collezione Assista*, Sarnen, p. 308 ss.

Lendi Martin (1996), « Verkehrsfreiheit », in Zen-Ruffinen / Auer éd., *De la Constitution – Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle / Francfort-sur-le-Main, p. 371 ss.

Mahon Pascal (2003), « Art. 10 », in Aubert / Mahon, *Petit commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 18 avril 1999*, Zurich, p. 100 ss.

Malinverni Giorgio (2004), « L'exercice des libertés idéales sur le domaine public », in Bellanger / Tanquerel éd., *Le domaine public*, Genève / Zurich / Bâle, p. 25 ss.

Malinverni Giorgio (1983), « L'exercice des libertés sur le domaine public », in Aubert / Bois éd., *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel, p. 145 ss.

Martenet Vincent (1999), *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle / Francfort-sur-le-Main.

Marville Paul (1998), « Existe-t-il un droit fondamental à la mobilité ? », in Müller éd., *Collezione Assista*, Sarnen, p. 362 ss.

Meier Roger M. (1989), *Verkehrsberuhigungsmassnahmen nach dem Recht des Bundes und des Kantons Zürich*, Zurich.

Perrin Michel (1982), *Délivrance et retrait du permis de conduire*, Fribourg.

Ruch Alexander (2001), « Öffentliche Werke und Verkehr », in Thürer / Aubert / Müller éd., *Droit constitutionnel suisse*, Zurich, p. 929 ss.

Saxer Urs (1988), *Die Grundrechte und die Benutzung öffentlicher Strassen*, Zurich.

Schweizer Rainer (2002), « Art. 10 », in Ehrenzeller / Mastronardi / Schweizer / Vallender éd., *Die schweizerische Bundesverfassung – Kommentar*, Zurich / Bâle / Genève, p. 148 ss.

Schweizer Rainer (2001) , « Verfassungsrechtlicher Persönlichkeitschutz », in Thürer / Aubert / Müller éd., *Droit constitutionnel suisse*, Zurich, p. 691 ss.

# Recent Developments in the Court's Case-Law on Freedom of the Press

Luzius Wildhaber

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

## A. Introduction

Giorgio Malinverni has been a long-time colleague and friend. For more than ten years, we co-edited the rubric on Swiss practice concerning the European Convention on Human Rights for the Swiss Yearbook of International Law. As things have turned out, we now succeed each other as Swiss Judges in the European Court of Human Rights. In discussing a few of the Court's recent cases on freedom of the press, I dedicate this article to him and wish him all the best for the coming years.

## B. On the importance of the freedom of the press

From a very early stage in the history of the Strasbourg case-law and up to the present day, the right to freedom of expression has played a central role in the Court's thinking. Especially the freedom of the press has always been given high importance by the Court, by reason of its fundamental role in ensuring the well-functioning of a democratic society through the public control of institutions and officials which it enables. In this connection, the Court has often used the image of the "public watchdog" to describe the role of the press, emphasising that not only has the press the task of imparting information and ideas on all matters of public interest, but the public also has a right to receive them. This is also why the Court has consistently held that any exceptions to freedom of the press are to be construed strictly and the need for any restrictions established convincingly.

As a result, freedom of expression in general and freedom of the press in particular have been referred to in some academic publications as "mother-freedoms", i.e. freedoms which are to enable the efficiency of the others, their *conditio sine qua non*, as it were. I do not need to linger very long on the many demonstrations provided by history that there is some truth in this approach. Suffice it to mention how quick totalitarian leaders all over the world have been – and still are – in cracking down on the free press of their country.

Freedom of expression is always among the very first to be restricted or even annuled.

Actually, the Court's case-law on Article 10 of the Convention – which protects freedom of the press – covers such a vast range of different areas that I cannot possibly address them all. This is why I would rather focus on three different aspects which were dealt with by the Court's recent case-law, being (a) the duties and responsibilities of the press, (b) the notion of "matters of public interest" and finally (c) the limits of the right to freedom of expression. My intention is to illustrate each of these points with a number of topical examples.

## C. Duties and responsibilities of the press

Some time ago, the Court was criticised by a number of academics who considered that in cases involving freedom of the press, the Court was systematically taking the side of the press. If ever this criticism was justified, it certainly no longer is, for the Court has stressed in quite a few cases since that time the duties and responsibilities incumbent on the press. Quite significantly indeed, Article 10 is the only Convention provision to explicitly refer to the "duties and responsibilities" which the exercise of a Convention freedom carries with it.

Probably, the most significant of these duties and responsibilities relates to the need for journalists to investigate any facts reported by them to an extent which is reasonable in the circumstances. A good example of what is meant here is provided by the case of *Pedersen and Baadsgaard v. Denmark*, which was decided on 17 December 2004 by a Grand Chamber of the Court. The applicants were journalists with Danmarks Radio, one of Denmark's two national television stations. They had produced a programme about the trial of a person – Mr X – who had been sentenced to 12 years of imprisonment for the murder of his wife. The programme criticised the handling of the investigation by the police and explored whether there had been a miscarriage of justice. It highlighted in particular the alleged failure by the investigating authorities to have regard to a statement by a taxi-driver exculpating Mr X who was said to have been seen at around the time the murder was committed. In the programme, the Chief Superintendent and Chief Inspector of the Flying Squad in charge of the investigation were named and photographs of them shown. Shortly after, the Special Court of Revision decided to reopen the murder case which led to X's acquittal.

However, in another set of proceedings, the two journalists were convicted for defamation of the Chief Superintendent. In the national courts'

opinion, they had lacked a sufficient factual basis for the allegation that the named Chief Superintendent had deliberately suppressed a vital piece of evidence in the murder case. Hence, the journalists were sentenced to a fine of about 53 euros each and ordered to pay about EUR 13,400 in compensation.

In its judgment, the Court noted that the applicant journalists had not been convicted for alerting the public to possible failings in the criminal investigation made by the police. Rather, they had been convicted for making the serious accusation that the named Chief Superintendent had committed a serious criminal offence during the investigation against X, by intentionally suppressing a vital piece of evidence in the murder case.

The Court further noted that the applicants had not left open a number of crucial questions relating to the facts, namely whether the taxi driver in 1981 had really given the explanation to the police that, nine years later, she claimed she had and whether a report had been made containing the alleged statement by the taxi driver, and if so, whether anyone had deliberately suppressed it. Even though the accusation against the named Chief Superintendent was an allegation of fact susceptible of proof, the applicants never endeavoured to prove its veracity. In addition, the applicants also relied on just one witness in particular, the taxi driver. Despite the fact that she appeared over nine years after the events took place, they did not check whether there was an objective basis for her timing of events.

For all these reasons, the Court saw no cause to depart from the Supreme Court's finding that the applicants lacked a sufficient factual basis for the allegation that the named Chief Superintendent had deliberately suppressed a vital piece of evidence in the murder case. The Court furthermore considered that the conviction of the applicants and the sentences imposed on them were not disproportionate to the legitimate aim pursued. Consequently, there had been no violation of Article 10 (9 votes to 8).

* * *

The obligations incumbing on journalists were also at the heart of the case of *Radio France* of 30 March 2004. The applicants were a well-known French radio broadcasting company and two of its journalists. At the origin of the application was a series of about sixty news flashes which had been broadcast over two days in 1997 on France Info and which had mentioned an article published in the weekly magazine Le Point in which it was alleged that the deputy prefect of Pithiviers, Mr Junot, had admitted having supervised the deportation of a thousand Jews during World War II.

In connection with those broadcasts, French courts found the journalists liable for the offence of public defamation of a civil servant and fined them.

They considered that by alleging that Mr Junot had supervised the deportation of a thousand Jews and by suggesting that he had not been a member of the Resistance, the disputed broadcasts had damaged his honour and dignity. The applicant company was ordered to broadcast an announcement reporting that judgment on France Info every two hours during a 24-hours period.

On the question whether that interference was proportionate to the aim pursued, the Court noted that the debate concerned an issue of general interest, namely the attitude of senior civil servants during the Occupation. However, the broadcasts alleged that Michel Junot had admitted "having organised the departure of a convoy of deportees". According to the Court, that allegation, which had not been published in Le Point, did not accurately reflect the published article or interview. In view of the extreme seriousness of the facts thus inaccurately attributed to Mr Junot and his intention to broadcast the statements many more times, the journalist concerned should have exercised the utmost caution and shown special moderation, particularly since the bulletin was broadcast by a radio station covering the whole of France. In the circumstances, the Court found that the measures taken against the applicants were not disproportionate to the legitimate aim pursued and could therefore be considered "necessary in a democratic society". Accordingly the Court held that there had been no violation of Article 10 of the Convention.

The Court reiterated in this connection that the safeguard afforded by Article 10 to journalists in relation to reporting on issues of general interest is subject to the proviso that they are acting in good faith in order to provide accurate and reliable information in accordance with the ethics of journalism, even though journalistic freedom also covers possible recourse to a degree of exaggeration, or even provocation. However, a general requirement for journalists systematically and formally to distance themselves from the content of a quotation that might insult or provoke others or damage their reputation was not reconcilable with the press's role of providing information on current events, opinions and ideas.

## D. "Matters of public interest"

In the cases which I already mentioned, the emphasis laid by the Court on whether or not the topic addressed in a press article was a matter of public interest is noticeable. This is indeed an important consideration for the Court when examining the proportionality of an interference with the freedom of the press, entirely in line with the "public watchdog"-doctrine which I mentioned a moment ago. An interesting illustration of what the Court has

in mind when talking about matters of public interest is to be found in the case of *Editions Plon v. France* of 18 May 2004.

The case concerned the publication of a book entitled "The Great Secret" (Le Grand Secret) which had been written by a journalist and Dr Gubler, the private physician of former French President Mitterrand. It gave an account of the relations between the two men, describing how Dr Gubler had organised a medical team to take care of the President. It also mentioned the difficulties Dr Gubler had encountered in trying to conceal his patient's illness, cancer having been diagnosed shortly after Mr Mitterrand's election in 1981, although he had given an undertaking to publish a health bulletin every six months.

The book was published only some ten days after President Mitterrand's death in January 1996, on the initiative of Dr Gubler who considered that as matters stood his professional competence had been called into question. On the following day Mr Mitterrand's widow and children applied to the urgent applications judge, who issued an injunction on 18 January 1996 prohibiting the book's distribution as an interim measure. In October 1996 the Paris Court of first instance, ruling on the merits of the case, held that by disclosing information covered by the rules of medical confidentiality Dr Gubler and his publisher had committed a wrongful act incurring civil liability. It accordingly ordered the ban on publication of "Le Grand Secret" to remain in force and the defendants jointly to pay Mrs Mitterrand 100,000 French Francs (some 15,200 Euros) and each of her three children 80,000 French Francs in damages.

Relying on Article 10 of the Convention, the applicants complained that the order forbidding them to continue distribution of "Le Grand Secret" and the order requiring them to pay what they considered to be "exorbitant" damages had infringed their right to freedom of expression.

The Court noted that both the measures prohibiting distribution of "Le Grand Secret", the injunction and the order made after trial on the merits, had been intended to protect the deceased president's honour, his reputation and the intimacy of his private life. Consequently, the interference complained of had pursued at least one of the legitimate aims set out in Article 10 of the Convention: the protection of the rights of others.

As to whether the interference had been necessary and proportionate, the Court noted that the publication of "Le Grand Secret" had taken place in the context of a general-interest debate which had already been going on for some time in France about the right of the public to be informed about serious illnesses of the head of State, and the aptitude of a person who knew he was seriously ill to hold that office. In addition, the secrecy imposed by the President about his illness and its progress, as described in the book, raised the public-interest issue of the transparency of political life. In assessing the

facts of the case, the Court made a distinction between the injunction and the measures ordered after trial on the merits.

In respect of the former, the Court noted that the urgent applications judge had given his ruling on the day following publication of "Le Grand Secret", which itself had taken place barely ten days after Mr Mitterrand's death. On a date so close in time to the President's death the distribution of a book which, in breach of the rules of medical secrecy, presented him as having knowingly lied to the French people could only have deepened his family's grief. Moreover, Mr Mitterrand's death, coming after a long fight against his illness and a few months after he left office, had aroused strong emotions among politicians and the public, so that the damage to his reputation done by the book was particularly serious. That being so, the Court considered that the interim ban on distribution of "Le Grand Secret" until such time as the relevant courts had ruled on its compatibility with medical confidentiality and the rights of others could be regarded as "necessary in a democratic society" for the protection of the rights of President Mitterrand and his heirs and successors.

However, as regards the measures ordered after trial on the merits, the Court considered that by that time time keeping the ban on distribution of "Le Grand Secret" in force no longer met a "pressing social need" and was therefore disproportionate in relation to the aims pursued. The ruling had come more than nine months after President Mitterrand's death in a context which was different from the one in which the interim measure had been ordered, mainly because of the time that had elapsed since then. In the Court's opinion, once medical confidentiality had been breached and the book's author had been found to have committed criminal and disciplinary offences, the passage of time had to be taken into account in order to be able to assess whether such a serious measure as a blanket ban on a book, as in the present case, was compatible with the freedom of expression.

Moreover, at the time when the judge ruled on the merits 40,000 copies of the book had already been sold, it had been published on the internet and it had been the subject of much comment in the media. Accordingly, preserving medical confidentiality could no longer constitute a preponderant imperative. Consequently, the Court considered that when the French courts gave judgment on the merits there was no longer a pressing social need justifying the continuation in force of the ban on distribution of "Le Grand Secret". Consequently, Article 10 had been breached.

## E. The limits of the right to freedom of expression

One of the most delicate questions concerning freedom of expression certainly relates to its limits. In this respect, it should be recalled that the Court has repeatedly held that freedom of expression is applicable not only to "information" or "ideas" that are favourably received or regarded as inoffensive or as a matter of indifference, but also to those that offend, shock or disturb. In addition, journalistic freedom also covers possible recourse to a degree of exaggeration, or even provocation. The question, however, is – as always – where to draw the limit. Actually, there can be no abstract answer to that question, given the importance of the concrete circumstances of a case in this respect. This is why the best I can do here is to give a number of relevant illustrations.

One of the lines which are traditionally difficult to draw is the one separating the freedom of the press from the right to respect for private life. This question was at the heart of the famous case of *von Hannover v. Germany* of 24 June 2004, which stirred up quite some debate in Germany and elsewhere, part of which however was simply due to the name and position of the applicant, Princess Caroline of Monaco.

Since the beginning of the 1990s Princess Caroline von Hannover has been campaigning – often through the courts – in various European countries to prevent photographs about her private life from being published in the tabloid press. Relying on her right to protection of her private life and to control of the use of her image, she on several occasions unsuccessfully applied to the German courts for an injunction preventing any further publication of a series of photographs which had appeared in the 1990s in a number of German magazines.

In a landmark judgment given in December 1999 the Federal Constitutional Court granted the applicant's injunction regarding the photographs in which she appeared with her children on the ground that their need for protection of their intimacy was greater than that of adults. However, the Constitutional Court considered that the applicant, who was undeniably a contemporary "public figure", had to tolerate the publication of photographs of herself in a public place, even if they showed her in scenes from her daily life rather than engaged in her official duties. The Constitutional Court referred in that connection to the freedom of the press and to the public's legitimate interest in knowing how such a person generally behaved in public.

The third Section of the Strasbourg Court took a different view. It found that the publication by various German magazines of the impugned photographs fell within the scope of her private life which was protected by Article 8 of the Convention. The protection of the applicant's private life had

therefore to be balanced against freedom of expression, as guaranteed by Article 10 of the Convention.

Although, in the Court's opinion, freedom of expression also extended to the publication of photographs, this was an area in which the protection of the rights and reputation of others took on particular importance, as it did not concern the dissemination of "ideas", but of images containing very personal or even intimate "information" about an individual. Furthermore, photos appearing in the tabloid press were often taken in a climate of continual harassment which induced in the person concerned a very strong sense of intrusion into his/her private life or even of persecution. In fact, the decisive factor in balancing the protection of private life against freedom of expression should lie in the contribution that the published photographs and articles made to a debate of general interest. In the case before it, there was hardly any such contribution, since the applicant exercised no more any official function and the photographs and articles related exclusively to details of her private life.

The Court then went on to consider that while the general public might have a right to information, including, in special circumstances, on the private life of public figures, it did not apply in the case at hand. For the general public did not have a legitimate interest in knowing Caroline von Hannover's whereabouts or how she behaved generally in her private life even if she appeared in places that could not always be described as secluded and was well known to the public. Even if such a public interest existed, just as there was a commercial interest for the magazines to publish the photographs and articles, those interests had, in the Court's view, to yield to the applicant's right to the effective protection of her private life.

In sum, despite their margin of appreciation the German courts had failed to strike a fair balance between the competing interests. Accordingly, there had been a violation of Article 8 of the Convention.

* * *

The limits to freedom of expression were also at stake in the case of *Giniewski v. France*, which was decided in January 2006. In January 1994 the newspaper *Le quotidien de Paris* published an article by the applicant with the headline "The obscurity of error", concerning the encyclical "The splendour of truth" issued by Pope John Paul II. The article contained a critical analysis of the Pope's position and sought to develop an argument about the scope of a particular doctrine and its possible links with the Holocaust. The critical passage of the article read as follows:

> "The Catholic Church sets itself up as the sole keeper of divine truth… It proclaims clearly the fulfilment of the Old Covenant in the New, and the superiority of the latter…
>
> … Many Christians have acknowledged that anti-Judaism and the doctrine of the "fulfilment" [in French, "*l'accomplissement*"] of the Old Covenant in the New lead to anti-Semitism and prepared the ground in which the idea and implementation [in French, "*l'accomplissement*"] of Auschwitz took seed".

Following a criminal complaint by an association called "General Alliance against Racism and for Respect for the French and Christian Identity", the applicant, the newspaper and its publishing director were found guilty of defamation at first instance but were acquitted on appeal. Ruling on the civil claim, however, the French courts held that the applicants had committed the offence of public defamation against a group of persons on account of their membership of a religion. Therefore they were to pay nominal damages of one franc to the plaintiff and the court's ruling was to be published at their expense in a national newspaper. The courts held inter alia:

> … The virulence of the article's general tone, the parallel made between the "doctrine of fulfilment" and the "implementation of Auschwitz" and the use of this last word, which is sufficient in itself to evoke both genocide and the extermination of opponents of the Nazi regime rule out the possibility of the author's good faith …"

In its judgment, the Court recalled that the exercise of freedom of expression carries with it duties and responsibilities. Amongst them – in the context of religious opinions and beliefs – may legitimately be included an obligation to avoid as far as possible expressions that are gratuitously offensive to others and thus an infringement of their rights, and which therefore do not contribute to any form of public debate capable of furthering progress in human affairs.

On the question whether in the case at hand, the interference with the applicant's right to freedom of expression could be regarded as "necessary in a democratic society", the Court observed that the applicant had sought to develop an argument about the scope of a particular doctrine and its possible links with the origins of the Holocaust. In so doing he had made a contribution, which by definition was open to discussion, to a wide-ranging and ongoing ideological debate, without sparking off any controversy that was gratuitous or detached from the reality of contemporary thought.

By considering the detrimental effects of a particular doctrine, the article in question had contributed to discussion of the various possible reasons behind the extermination of Jews in Europe, a question of indisputable public interest in a democratic society. In such matters, restrictions on freedom of expression were to be strictly construed. Although the issue raised in the present case concerned a doctrine upheld by the Catholic Church, and hence

a religious matter, an analysis of the article in question showed that it did not contain attacks on religious beliefs as such, but a view which the applicant had wished to express as a journalist and historian. In that connection, the Court considered it essential in a democratic society that a debate on the causes of acts of particular gravity amounting to crimes against humanity should be able to take place freely.

While the article in question, as the applicant himself acknowledged, contained conclusions and phrases that might offend, shock or disturb some people, the Court reiterated that such views did not in themselves preclude the enjoyment of freedom of expression. The article in question had, moreover, not been "gratuitously offensive" or insulting and had not incited disrespect or hatred. Nor had it cast doubt in any way on clearly established historical facts.

In those circumstances, the Court considered that the reasons given by the French courts could not be regarded as sufficient to justify the interference with the applicant's right to freedom of expression. The Court therefore unanimously held that there had been a violation of Article 10 of the Convention.

I may add that not long ago, the Court took a similar stance in a case against Turkey which had been brought by an author who had been fined for publishing a book called "The reality of Islam" which contained strong criticism of that religion (*Aydin Tatlav v. Turkey, 50692/99 of 2 May 2006*).

* * *

Let me close my considerations with a discussion of the case of *Dammann v. Switzerland* of 25 April 2006. The applicant, a journalist and court reporter for the daily newspaper "Blick", investigated a bank robbery of a post office in which the hefty sum of 53 million Swiss Francs (some 34 million Euros) had been stolen. He called up the Public Prosecutor's Office and convinced – in the absence of the public prosecutors – an administrative assistant to indicate to him who of a list of persons had previous convictions for drug or for other offenses. He neither published the information nor did he use it otherwise. But since he mentioned it to a policeman who reported the incident, criminal proceedings were brought against him. He was acquitted at first instance, but on appeal he was sentenced by the Zürich Court of Appeal to a fine of 500 Swiss Francs (some 325 Euros), for inciting to disclose an official secret.

The Strasbourg Court found a violation of Article 10 ECHR. It noted that the case did not so much concern the restraining of a publication as such, but of a preparatory step towards publication. Since the information could

have been obtained by other means, it had not actually been "information received in confidence". It would have been difficult to deny the public interest in a very spectacular robbery.

The Swiss courts argued that the applicant should have known that the information he requested was confidential, whereas the applicant in essence claimed that it had to be permissible to ask that kind of question. The Court sided with the applicant, stating that the States had to organize their services so as to make it clear to their civil servants or employees which informations had to be kept confidential. If it was legitimate to punish the undertaking of research prior to publication, although no damage resulted to the rights of the persons concerned, such a sentence was likely to deter journalists from contributing to public discussion of issues of general interest and was thus liable to hamper the press in its role as provider of information and watchdog.

* * *

To conclude, the Dammann and the other cases here discussed should illustrate what the Court has often stated, that freedom of expression constitutes one of the essential foundations of a democratic society and one of the basic conditions, for its progress and for each individual's self-fulfilment.

# Le conflit entre la protection des informations confidentielles et la liberté de la presse à la lumière de l'affaire *Stoll c. Suisse*

## Et si la minorité avait raison ?

Barbara Wilson

*Professeur à l'Université de Lausanne*

## I. La problématique

L'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme le 25 avril 2006 dans l'affaire *Stoll c. Suisse*[1] souligne la valorisation progressive et spectaculaire de la liberté de la presse dans une société démocratique. Cette fois, aux dépens du secret d'Etat.

Sur le plan national, les juridictions suisses avaient considéré que la sauvegarde de la confidentialité des documents diplomatiques l'emportait sur la liberté de publier des extraits d'un rapport dit stratégique, dont la diffusion était limitée à un nombre restreint de hauts fonctionnaires de la Confédération. A tort, pour une courte majorité de la Cour. Selon quatre des sept juges européens, il était disproportionné d'infliger une amende à un journaliste qui voulait susciter un débat sur un sujet de grande actualité, même s'il s'agissait d'aller à l'encontre d'une règle fondamentale des relations diplomatiques. Une fois de plus, la liberté de la presse a affirmé sa place privilégiée dans le catalogue des droits de l'homme.

Cette manière de voir n'a pourtant pas fait l'unanimité. Une opinion dissidente du juge suisse Luzius Wildhaber, à laquelle se sont ralliés deux autres juges, rejette clairement et succinctement le raisonnement de la majorité. A l'avis de l'éminent juriste bâlois, « toutes les indiscrétions, quels que soient leur sujet ou leur présentation, ne peuvent automatiquement passer pour relever d'un exercice légitime de la liberté de la presse devant prévaloir sur tout autre intérêt public ou privé ». De plus, il a soutenu que les extraits publiés du rapport ne donnaient qu'une image imparfaite « de la question complexe et polarisante des fonds en déshérence ». Ainsi, ils n'auraient « pas dû être mis

[1] Cour EDH, *Stoll c. Suisse*, req. n° 69698/01, arrêt du 25 avril 2006.

à disposition du public au moment et sous la forme choisis par le requérant »[2]. Et si la minorité avait raison ?

## II. Rappel des faits de la cause

Deux protagonistes sont au cœur de l'affaire *Stoll c. Suisse* : d'une part, on retrouve M. Carlo Jagmetti, alors ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis et, d'autre part, M. Martin Stoll, journaliste zurichois de la *Sonntags-Zeitung*.

Tout commença en décembre 1996 lorsque M. Jagmetti établit un « document stratégique » classé « confidentiel » dans le cadre des négociations menées entre le Congrès juif mondial et les banques suisses au sujet de l'indemnisation due aux victimes de l'Holocauste pour les avoirs juifs en déshérence sur des comptes bancaires suisses. Par la suite, ce document fut envoyé au responsable de la question au sein du Département fédéral des affaires étrangères à Berne. Une copie du document fut également expédiée à dix-neuf autres personnes hautement placées dans l'administration fédérale ainsi qu'aux représentations diplomatiques suisses à Tel Aviv, New York, Londres, Paris et Bonn. C'est lors de cette diffusion restreinte que le journaliste Stoll obtint une copie du document confidentiel. Vu le cercle limité et le statut des destinataires, M. Stoll entra vraisemblablement en possession de la copie du document à la suite d'une violation du secret professionnel. L'auteur de la fuite ne fut pourtant jamais identifié[3].

Le dimanche 26 janvier 1997, le journal zurichois *Sonntags-Zeitung* publia deux articles rédigés par M. Stoll et intitulés : « Monsieur Carlo Jagmetti offense les Juifs » et « Impossible de se fier à nos adversaires » ou encore « L'ambassadeur en maillot de bain et aux gros sabots fait un autre faux pas ». Ces articles contenaient quelques extraits épars du document stratégique classé confidentiel, mais surtout des remarques sur la manière dont l'ambassadeur gérait le dossier. Par la suite, d'autres journaux publièrent des extraits plus conséquents du document. Poursuivi sur plainte du Département fédéral des affaires étrangères pour avoir publié « des débats officiels secrets » au sens de l'article 293 § 1er du Code pénal suisse, M. Stoll fut condamné par le Tribunal de district de Zurich à une amende de 800 francs suisses[4]. Son recours en nullité adressé à la cour d'appel cantonale fut rejeté. Estimant qu'un journaliste

[2] *Ibid.*, Opinion dissidente de M. le Juge Wildhaber, à laquelle se rallient MM. les Juges Borrego Borrego et Sikuta.

[3] Cour EDH, *Stoll c. Suisse* (n. 1), § 9.

[4] M. Stoll avait été condamné par la préfecture de Zurich, en première instance cantonale, à une amende de 4000 CHF. Sur opposition, le Tribunal de district avait ramené le montant de celle-ci à 800 CHF.

ne pouvait être condamné pour l'infraction prévue à l'article 293 du Code pénal que si le secret rendu public revêtait une « importance extraordinaire » et si sa publication portait une atteinte aux fondements mêmes de la Suisse[5], M. Stoll saisit le Tribunal fédéral d'un pourvoi en nullité et d'un recours de droit public. A l'appui de ces deux recours, il invoqua l'intérêt général du public à connaître les déclarations de l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis ainsi que le rôle de surveillance que doivent assumer les journalistes dans une société démocratique. Le Tribunal fédéral rejeta les deux recours au motif que la confidentialité d'un fait dépendait non pas du degré d'intérêt du public pour l'information, mais du contenu et de l'objet du fait en question[6]. Estimant que le recourant sollicitait en plus une modification de l'article 293 du Code pénal, ce qui n'était clairement pas du ressort de sa juridiction, le Tribunal fédéral confirma ainsi les décisions des instances inférieures.

Dans l'intervalle, le Conseil fédéral suisse avait demandé au Conseil suisse de la presse d'examiner l'affaire et de donner son avis au sujet du comportement du journaliste par rapport aux règles de la déontologie journalistique[7]. Dans sa prise de position du 4 mars 1997[8], le Conseil suisse de la presse se prononça notamment sur l'aspect prépondérant de l'affaire, à savoir l'intérêt public à connaître le contenu d'un rapport stratégique touchant à la politique extérieure de la Suisse face à l'intérêt de l'Etat à sauvegarder la confidentialité de la correspondance diplomatique. Constatant que la publication du document stratégique dans une forme largement abrégée ne respectait pas les règles déontologiques du journalisme, le Conseil conclut à l'action irresponsable de la *Sonntags-Zeitung* et, partant, à une violation de la « Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste »[9].

Alléguant une violation de sa liberté d'expression du fait de sa condamnation pour la publication « de débats officiels secrets », M. Stoll saisit la Cour européenne des droits de l'homme qui, dans son arrêt du 25 avril 2006, donna raison (à quatre voix contre trois) à la partie requérante.

Avant d'aborder la question délicate du conflit d'intérêts en cause dans cette affaire, il convient de définir la notion d' « informations confidentielles ».

---

5 ATF 126 IV 236, 247, consid. 4 : « wenn das an die Öffentlichkeit gebrauchte Geheimnis von ausserordentlicher Bedeutung und Wichtigkeit sei und daher dessen Offenbarung gleichsam die Schweiz in ihren Grundfesten erschüttern könnte ».

6 ATF 126 IV 236, consid. 2d) ; ATF 127 I 1.

7 Le Conseil suisse de la presse (*Presserat*) est une institution de droit privé suisse, créée en 1999 par quatre associations de journalistes qui ont formé une fondation (*Stiftung*). Agissant en tant qu'instance de plainte sur des questions relatives aux médias, le Conseil compte parmi ses activités l'analyse des problèmes liés à l'éthique des médias.

8 Prise de position du 4 mars 1997 du Conseil suisse de la presse dans l'affaire n° 1/97, *C.J. / Sonntags-Zeitung*, reproduit partiellement dans l'arrêt *Stoll c. Suisse* (n. 1), § 20.

9 La « Déclaration des devoirs et des droits du/de la journaliste » fut adoptée par l'Assemblée générale de la Fédération suisse des journalistes en 1972 et révisée partiellement en 1994.

## III. La notion d'informations confidentielles

Entrent dans la notion d'« informations confidentielles » de l'Etat les documents secrets de l'administration en général et plus particulièrement la correspondance diplomatique classée effectivement « confidentielle ».

### A. Le secret d'Etat

Selon la Cour européenne des droits de l'homme, le secret d'Etat comprend des informations qui revêtent un « caractère suffisamment délicat pour justifier qu'on en empêch[e] la diffusion »[10]. La Cour distingue entre un document dont le contenu était entièrement inconnu du public avant sa publication et des informations dont le contenu avait déjà été rendu partiellement ou totalement public[11]. Dans la deuxième hypothèse, la Cour considère que la nécessité de protéger le secret se trouve fortement diminuée, sinon inexistante[12]. En effet, lorsque des données, censées être secrètes, auraient pu être obtenues par d'autres moyens, on n'est plus véritablement en présence d'« informations confidentielles ». Dès lors, les éléments en cause appartiennent au domaine public[13].

Toutefois, l'on ne peut pas déduire de la Convention européenne des droits de l'homme une quelconque obligation pour l'Etat de diffuser des informations. En effet, si l'article 10 garantit de façon générale la liberté de recevoir des informations et des idées, sans considération de frontière, l'Etat

---

10 Cour EDH, *Vereniging Weekblad* Bluf! *c. Pays-Bas*, arrêt du 9 février 1995, série A, n° 306-A, § 41 : en l'espèce, la rédaction d'un hebdomadaire intitulé Bluf!, destiné aux lecteurs de gauche, entra en possession d'un rapport trimestriel du service de sécurité intérieure. Classé « confidentiel », ce document visait principalement à informer de ses activités les agents dudit service et d'autres fonctionnaires mandatés par lui. La rédaction de Bluf! envisageait la publication du rapport confidentiel. Toutefois, à la suite d'une dénonciation au procureur, l'ensemble du tirage fut saisi. Le numéro litigieux fut néanmoins réimprimé et quelque 2'500 exemplaires en furent vendus le lendemain.

11 Cf, à titre d'exemple, *Fressoz et Roire* c. France, req. n° 29183/95, arrêt de la Grande Chambre du 21 janvier 1999, Rec. 1999-I, § 53 ; O*bserver et Guardian c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 novembre 1991, série A, n° 216, § 69 ; *Weber* c. Suisse, arrêt du 22 mai 1990, série A, n° 177, § 49 ; *Vereniging Weekblad* Bluf! *c. Pays-Bas* (n. 10), §§ 44 et 45.

12 Cour EDH, *Fressoz et Roire* (n. 11), § 53 ; *Vereniging Weekblad* Bluf! *c. Pays-Bas* (n. 10), § 45.

13 Cour EDH, *Dammann c. Suisse*, req. 77551/01, arrêt du 25 avril 2005, § 53 : condamné à une amende de 500 CHF pour instigation à la violation du secret de fonction, le requérant, un journaliste, s'est plaint d'une violation de sa liberté d'expression devant la Cour européenne. A l'unanimité, la Cour lui a donné gain de cause grâce notamment au fait que les informations litigieuses auraient pu être obtenues par d'autres moyens (consultation des recueils de jurisprudence ou des archives de presse). Pour un résumé et un commentaire de cet arrêt, cf. Gregor Chatton / Stéphane Grodecki, Jurisprudence n° 3, in : *AJP/PJA 6/*2006, pp. 745-749 ; cf. également : *Fressoz et Roire c. France* (n. 11), § 53 ; *Observer et Guardian* (n. 11), § 69.

n'est pas tenu de répandre des informations[14]. A la différence du Pacte international relatif aux droits civils et politiques ou de la Convention interaméricaine des droits de l'homme, l'article 10 de la Convention européenne ne garantit pas la liberté de rechercher des informations ou des idées[15]. En revanche, la liberté de recevoir des informations interdit à l'Etat « d'empêcher quelqu'un de recevoir des informations que d'autres aspirent ou peuvent consentir à lui fournir »[16]. Par conséquent, le droit de rechercher des informations se limite aux sources généralement accessibles[17].

En droit suisse, la liberté d'information est le principe, le secret l'exception[18]. Une conception extensive du secret d'Etat est aujourd'hui largement dépassée[19] et, en ce qui concerne l'accès du public aux documents officiels de la Confédération, une nouvelle tendance est en train de se dessiner. En reconnaissant le principe de la transparence des activités de l'administration, tant au niveau fédéral[20] que cantonal[21], le droit suisse va plus loin que la jurisprudence de la Cour européenne en matière d'accès aux documents officiels de l'Etat.

Les exceptions au principe de la transparence sont soumises à des conditions strictes. Vu la nature de la garantie constitutionnelle expresse de la liberté d'information, une restriction au droit du public de s'informer sur les affaires traitées par l'administration doit être prévue par la loi au sens matériel ou une décision prise par l'autorité compétente[22]. Or, dans l'affaire *Stoll*,

---

14 Cour EDH, *Guerra c. Italie*, arrêt du 19 février 1998, Rec. 1998-I, § 53 : « la liberté de recevoir des informations, [...] ne saurait se comprendre comme imposant à un Etat, dans des circonstances telles que celles de l'espèce, des obligations positives de collecte et de diffusion, *motu proprio*, des informations. »

15 Pourtant, sous certaines conditions, ce droit est protégé indirectement en vertu de l'art. 8 CEDH : Cour EDH, *Gaskin c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 juillet 1989, série A, n° 160, §§ 36 et 37.

16 Cour EDH, *Leander c. Suède*, arrêt du 26 mars 1987, série A, n° 116, § 74.

17 Cour EDH, *Autronic. c. Suisse*, arrêt du 22 mai 1990, série A, n° 178, §§ 47 et 62.

18 Andreas Auer / Giorgio Malinverni / Michel Hottelier, *Droit constitutionnel suisse*, *Vol. II. Les droits fondamentaux*, 2e éd., Berne 2006, n° 562.

19 *Ibid*.

20 Loi fédérale sur le principe de la transparence dans l'administration (LTrans), du 17 décembre 2004, entrée en vigueur le 1er juillet 2006, RS 152.3 ; cf. Message du Conseil fédéral relatif à la loi fédérale sur la transparence de l'administration (Loi sur la transparence, LTrans), du 12 février 2003, FF 2003 1807.

21 Certains cantons ont déjà concrétisé ce principe, cf. notamment : art. 17 al. 3, Cst. BE, du 6 juin 1993, qui prévoit le principe de la publicité de l'administration en garantissant à toute personne le droit de consulter des documents officiels, pourvu qu'aucun intérêt public ou privé ne s'y oppose et sous réserve du secret des informations ; cf. également : VD : art. 8 al. 1, loi sur l'information, du 24 septembre 2002 ; GE : art. 24 al. 1, loi sur l'information du public et l'accès aux documents, du 5 octobre 2001.

22 ATF 126 IV 244, consid. 2a) ; Bernard Corboz, *Les infractions en droit suisse*, vol. II, Berne 2002, p. 459.

la mesure de restriction était fondée sur l'article 293 du Code pénal suisse[23], une loi au sens formel, ce qui confortait la légitimité de la décision des autorités limitant la liberté d'action du journaliste. Selon cette disposition, il y a « secret » dès que l'accès à l'information est réservé à un cercle restreint de personnes et qu'une divulgation plus étendue est exclue[24]. La notion de secret sur laquelle se base l'article 293 est de nature purement formelle[25]. Pourtant, la doctrine majoritaire préconise une interprétation matérielle de cette notion[26]. Nous nous rallions à cette opinion puisqu'elle permet une pesée des intérêts en présence (la conservation du secret, d'une part, et la liberté de la presse, d'autre part) qui serait plus conforme aux exigences de la Convention européenne des droits de l'homme[27].

Selon la jurisprudence et la doctrine suisses, le maintien du secret de certains documents officiels vise à permettre à l'autorité concernée de préparer ses décisions et de former sa volonté sereinement, à l'abri « d'influences extérieures indésirables »[28]. De plus, l'interdiction de la publicité de certaines informations doit avoir pour objectif la protection d'un intérêt légitime, tel que le respect de la réputation et des droits d'autrui[29] ou la conservation du secret de l'enquête pénale[30]. Malgré une interprétation restrictive des exceptions au principe de la transparence, celles-ci peuvent se justifier pleinement suivant les circonstances et les intérêts en cause. Au demeurant, selon la nouvelle

---

23 L'art. 293 § 1er CPS punit des arrêts ou de l'amende celui qui « sans en avoir le droit, aura livré à la publicité tout ou partie des actes, d'une instruction ou des débats d'une autorité qui sont secrets en vertu de la loi ou d'une décision prise par l'autorité dans les limites de sa compétence ».

24 ATF 108 IV 188, consid. 1a) ; Corboz (n. 22), p. 460.

25 ATF 126 IV 236 consid. 2) ; Christian Favre / Marc Pellet / Patrick Stoudmann, *Code pénal annoté*, Lausanne 2004, n. 1.3 *ad* art. 293 CP et les arrêts cités.

26 Critiqué à cause de l'interprétation purement formelle de la notion de « secret » donnée par le Tribunal fédéral (ATF 126 IV 236, consid. 2), l'art. 293 a failli être abrogé : dans le cadre de la révision du droit pénal des médias en 1996, le Conseil fédéral avait proposé de supprimer cette disposition. Elle a toutefois été maintenue par l'Assemblée fédérale en réaction à l'affaire *Stoll* ; cf. notamment : Andreas Meili, « Der Geheimnisschutzartikel Art. 293 StGB im Lichte der neueren Gerichtpraxis », in : *Medialex* 3/2000, pp. 135-142 ; Denis Barrelet, « Le nouveau droit pénal des médias ne tient pas toutes ses promesses », in : *Medialex* 4/1997, pp. 185-186 ; pour un exposé des problèmes posés par l'art. 293 CP, cf. Stéphane Werly, *La protection du secret rédactionnel*, Genève / Zurich / Bâle 2005, pp. 268-274.

27 Cf. à cet égard, l'arrêt de la Cour d'appel bernoise, du 27 avril 1999, reproduit in : *Medialex* 1999, pp. 175-179, suivi d'une note de Franz Riklin ; cf. aussi : Franz Riklin, Note sur ATF 126 IV 236, in : *Medialex* 2001, p. 44 ; Meili (n. 26), p. 137.

28 ATF 126 IV 236, consid. 2c/aa) 245 ; Corboz (n. 22), p. 460 ; cf. aussi : ATF 107 IV 185 = JdT 1983 IV 46 et Zurich, Cour d'appel, 12 mars 1981, RSJ 77/1981, nº 42, p. 267, rés. in : BJP 1982, nº 309, p. 56 s., cité par Favre / Pellet / Stoudmann (n. 25), n. 1.1 *ad* art. 293 CP, p. 638.

29 Tel que l'intérêt des personnes arrêtées à ce que leurs antécédents judiciaires restent secrets : ATF 127 IV 122 = JdT 2002 IV 118.

30 *Ibid.* ; Cour EDH, *Dammann c. Suisse* (n. 13).

législation fédérale, la correspondance diplomatique conservera son caractère confidentiel[31].

## B. La correspondance diplomatique

Les comptes rendus diplomatiques bénéficient d'une protection accrue, vu leur spécificité et le rôle qu'ils sont appelés à jouer dans les négociations étatiques[32]. Sur le plan international, ils sont considérés de droit comme confidentiels[33]. Au niveau interne, de tels documents sont très sensibles et comparables aux négociations menées par le Conseil fédéral et aux rapports qui précèdent de telles discussions. Cependant, vu leur importance dans les relations internationales, les comptes rendus des diplomates méritent d'être protégés plus strictement que des rapports sur des affaires de politique intérieure[34]. A part la protection accordée par la loi à de tels documents[35], l'obligation de sauvegarder le secret de la correspondance des hauts fonctionnaires trouve également son fondement dans la pratique de la diplomatie suisse[36].

Jusqu'à l'affaire *Stoll*, les divulgations par les médias en matière de politique extérieure furent en Suisse l'exception. Pourtant, la Suisse n'est plus à l'abri de ce type de révélations qui peut non seulement être le fait des médias suisses, mais également – et peut-être surtout – des médias étrangers.

---

31 LTrans (n. 20), art. 7 al. 1, let. d) ; pour des explications, cf. FF 2003 1807 (n. 20), 1851-1852.

32 Cf. à ce sujet : Andraz Zidar, « Diplomatie contemporaine : entre secret et publicité », in : Piermarco Zen-Ruffinen (éd.), *Les secrets et le droit. Universités de Berne, Fribourg, Genève, Lausanne et Neuchâtel. Enseignement du 3e cycle de droit*, Genève / Zurich / Bâle 2004, pp. 419-443 et les différents ouvrages cités.

33 Cf. Convention de Vienne sur les relations diplomatiques, du 18 avril 1961, art. 24, qui énonce dans des termes absolus le principe de l'inviolabilité des archives et des documents diplomatiques, « à tout moment et en quelque lieu qu'ils se trouvent ». Selon l'art. 1er let. k) de la Convention de Vienne sur les relations consulaires, du 24 avril 1963, l'expression « archives » comprend « tous les papiers, documents, correspondance, livres, [...] » du poste consulaire. Cette disposition s'applique *mutatis mutandis* aux relations diplomatiques et contre les atteintes commises par des tiers, cf. à cet égard : Jean Salmon, Manuel de droit diplomatique, Bruxelles 1994, nos 317-318, pp. 209-210 ; cf. également FF 2003 1807 (n. 20), 1851-1852 ; Harold Nicholson, *Diplomacy*, Londres / Oxford / New York 1969, p. 138.

34 Prise de position du Conseil suisse de la presse (n. 8), II. § 5 ; Opinion dissidente de M. le Juge Wildhaber (n. 2).

35 A part, art. 293 CPS, cf. la protection particulière désormais accordée par l'art. 7 al. 1 let. d), LTrans (n. 20) ; cf. à ce sujet, le Message du Conseil fédéral qui stipule que les « démarches diplomatiques » doivent rester secrètes car « la confidentialité constitue en règle générale un élément essentiel pour le succès de telles démarches », FF 2003 (n. 20), 1851-1852. Quant aux documents officiels contenant des positions prises dans des *négociations en cours*, l'accès du public « est exclu dans tous les cas », art. 8 al. 4, LTrans et FF 2003 (n. 20), 1856.

36 Cf. à cet égard : Prise de position du Conseil suisse de la presse (n. 8), III. § 3 ; Zidar (n. 32), p. 426.

Selon le Conseil suisse de la presse, le principe de la confidentialité des documents diplomatiques ne doit pas s'interpréter de manière trop rigide. De plus, il serait irréaliste de vouloir à tout prix conserver cette confidentialité, d'autant que les rapports diplomatiques sont communiqués régulièrement à des administrations partout dans le monde[37].

En l'espèce, il s'agissait d'une correspondance diplomatique d'ordre interne, portant sur l'appréciation d'une situation délicate relative à la politique étrangère de la Suisse. Loin d'être anodin, ce rapport confidentiel concernait les relations entre les Etats-Unis, le Congrès juif mondial et la Suisse. Il invoquait les diverses stratégies qui s'offraient à la Suisse pour régler le problème délicat des fonds juifs en déshérence sur les comptes bancaires suisses. Il constituait donc une étape importante dans un processus de négociations complexes et difficiles qui devait rester strictement confidentiel.

Si, pour sa part, la Cour a reconnu *a priori* le principe de la confidentialité de la correspondance diplomatique, elle a aussi considéré qu'il ne saurait être protégé «à n'importe quel prix»[38], notamment lorsque son contenu est susceptible de provoquer un débat dans les médias sur un sujet d'intérêt général. Selon elle, restreindre la liberté de la presse risquerait de dissuader ses organes de remplir leur fonction principale[39].

## IV. Le rôle des médias

La Cour européenne des droits de l'homme a toujours accordé une grande importance à la liberté de la presse et au rôle indispensable joué par les médias dans une société démocratique. Il leur incombe d'aborder, d'analyser et de rendre publics les débats sur un sujet d'intérêt général, même si ceux-ci risquent de déplaire aux autorités ou personnes concernées[40].

### A. Le droit à l'exagération

Selon la formule classique de la Cour, la liberté d'expression vaut «non seulement pour les «informations» ou «idées» accueillies avec faveur ou considérées comme inoffensives ou indifférentes, mais aussi pour celles qui

37 Prise de position du Conseil suisse de la presse (n. 8), II. § 5.

38 Cour EDH, *Stoll c. Suisse* (n. 1), § 48.

39 *Ibid.*, § 58.

40 Résumé de l'état actuel de la jurisprudence de la Cour présenté par M. le Juge Wildhaber dans l'affaire *Stoll* (n. 2).

heurtent, choquent ou inquiètent »[41]. Selon les principes du pluralisme, de la tolérance et de l'esprit d'ouverture[42], la presse vise à stimuler un débat ouvert et objectif à l'égard des questions susceptibles d'intéresser le public. De plus, la liberté de la presse permet de recourir « à une certaine dose d'exagération, voire même de provocation »[43].

Or, les articles rédigés par M. Stoll visaient non seulement à divulguer des informations sur un sujet qui avait sensiblement divisé l'opinion publique en Suisse, mais aussi à provoquer un débat sur le comportement de l'ambassadeur Jagmetti, suscitant ainsi une discussion sur son aptitude à exercer ses fonctions officielles. Certes, en publiant les articles, la *Sonntags-Zeitung* a en principe joué son rôle de « chien de garde » dans une société démocratique[44]. Toutefois, elle a également fait preuve d'un manque de professionnalisme et même recouru à une certaine dose de sensationnalisme[45]. En taxant l'ambassadeur Jagmetti d'antisémite, le journal a lancé une rumeur de manière irresponsable[46]. De plus, la publication dans une forme abrégée du rapport a nui considérablement à sa crédibilité : un reportage fragmentaire et lacunaire qui ne vise qu'à discréditer un personnage public ne sert guère à satisfaire l'intérêt public[47].

Dans ce contexte, une distinction importante doit être faite entre des allégations de faits et des jugements de valeur[48] : tandis que l'existence de faits peut être démontrée, le caractère véridique d'un jugement de valeur est impossible à prouver[49]. Dans la première hypothèse, toute allégation doit se

---

41 Cf. parmi beaucoup d'autres : Cour EDH, *Monnat c. Suisse*, req. n° 73604/01, arrêt du 21 septembre 2006, §§ 55 et 63 ; *Dammann c. Suisse* (n. 13), § 49 ; *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, req. n° 68416/01, arrêt du 15 février 2005, Rec. 2005-II, § 87 ; *Hertel c. Suisse*, arrêt du 25 août 1998, Rec. 1998-VI, § 46 ; *Handyside c. Royaume-Uni*, arrêt du 7 décembre 1976, série A, n° 24, § 49.

42 *Ibid*.

43 Cf. notamment : Cour EDH, *Pedersen et Baardsgaard c. Danemark*, req. n° 49017/99, arrêt de la Grande Chambre du 17 décembre 2004, Rec. 2004-XI, § 71 ; *Thoma c. Luxembourg*, req. n° 38432/97, arrêt du 29 mars 2001, Rec. 2001-III, §§ 45-46 ; *Lopes Gomes da Silva c. Portugal*, req. n° 37698/97, arrêt du 28 septembre 2000, Rec. 2000-X, § 34 *in fine* ; *Prager et Oberschlick c. Autriche*, arrêt du 26 avril 1995, série A, n° 313, § 38 ; *Tammer c. Estonie*, req. n° 41205/98, arrêt du 6 février 2001, Rec. 2001-I, § 62.

44 Cf. notamment : Cour EDH, *Sunday Times c. Royaume-Uni (n° 2)*, arrêt du 26 novembre 1991, série A, n° 217, § 50 b) ; *Thorgeir Thorgeirson c. Islande*, arrêt du 25 juin 1992, série A, n° 239, § 63 ; *Cumpana et Mazare c. Roumanie*, req. n° 33348/96, arrêt de la Grande Chambre du 17 décembre 2004, Rec. 2004-XI, § 93.

45 Argument invoqué par le gouvernement suisse, cf. Cour EDH, *Stoll c. Suisse* (n. 1), § 41.

46 Une opinion mentionnée dans la prise de position du Conseil suisse de la presse (n. 8), II. § 7.

47 Cf. *infra*, l'analyse des droits de la personnalité, V. C.

48 Cour EDH, *De Haes et Gijsels c. Belgique*, req. n° 19983/92, arrêt du 24 février 1997, Rec. 1997-I, § 42.

49 Cour EDH, *Pedersen et Baardsgaard c. Danemark* (n. 43), § 76 ; *Ukrainian Media Group c. Ukraine*, req. n° 72713/01, arrêt du 29 mars 2005, (disponible uniquement en anglais) § 41.

fonder sur des faits établis. Dans la seconde, les médias jouissent d'une liberté plus étendue et ont le droit de faire une appréciation personnelle[50]. En effet, l'exigence de prouver la véracité d'un jugement de valeur va à l'encontre de l'essence même de la liberté d'opinion[51]. Cependant, une prise de position qui, par définition, ne se prête pas à une démonstration de véracité, peut se révéler excessive, si elle ne repose pas sur une base factuelle[52]. En l'espèce, le journaliste a porté des jugements de valeur sur le comportement et le caractère de l'ambassadeur. Selon le Conseil suisse de la presse, en suggérant « des implications fausses »[53] et « en soustrayant des éléments importants de l'information »[54], la *Sonntags-Zeitung* a rendu les propos de l'ambassadeur dramatiques et scandaleux. Nous considérons qu'en agissant ainsi le journal a dépassé le seuil de la dose d'exagération, voire de provocation admissible.

Malgré la conception très large de la liberté de la presse, les agents des médias doivent respecter les règles de l'éthique journalistique ainsi que les lois pénales de droit commun[55].

## B. Les devoirs et les responsabilités des journalistes

Les journalistes sont tenus légalement et moralement d'agir de bonne foi, « de manière à fournir des informations exactes et dignes de crédit dans le respect de la déontologie journalistique »[56]. Sinon, ils engagent leur responsabilité pour diverses infractions sur le plan interne[57].

Malgré le fait que le journaliste doit pouvoir accéder librement à toutes les sources d'information et a le « droit d'enquêter sans entraves sur tous les

---

50 Cour EDH, *Oberschlick c. Autriche*, arrêt du 23 mai 1991, série A, n° 204, § 63.

51 Cour EDH, *Pedersen et Baardsgaard c. Danemark* (n. 43), § 76 ; *Ukrainian Media Group c. Ukraine* (n. 49), § 41 ; *Lingens c. Autriche,* arrêt du 8 juillet 1986, série A, n° 103, § 46.

52 Cour EDH, *Ukrainian Media Group c. Ukraine* (n. 49), § 42 ; *Lopes Gomes da Silva c. Portugal* (n. 43), § 34 ; *De Haes et Gijsels c. Belgique* (n. 48), § 47 ; la même distinction est applicable en droit suisse, cf. ATF 126 III 305, cons. 4b.aa) = JdT 2001 I 34 : la publication de faits inexacts est en principe illicite. La diffusion de mensonges ne peut se justifier que par un intérêt public prépondérant et dans des circonstances exceptionnelles, pourtant très rares (cf. également : ATF 126 III 209 = JdT 2000 I 302). Les opinions, commentaires et jugements de valeur sont admissibles à condition qu'ils se basent sur les faits auxquels ils se réfèrent et qu'ils ne dénigrent pas sans justes motifs la personne concernée : ATF 126 III 305, consid. 4bb).

53 Prise de position du Conseil suisse de la presse (n. 8), II. § 7.

54 *Ibid.*, III. § 5.

55 Cour EDH, *Stoll c. Suisse* (n. 1), § 53 ; *Monnat c. Suisse* (n. 41), § 66.

56 *Ibid.* ; Cour EDH, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège*, Req. n° 21980/93, arrêt de la Grande Chambre du 20 mai 1999, Rec. 1999-III, § 65 ; *Prager et Oberschlick c. Autriche* (n. 43), § 37 ; *Goodwin c. Royaume-Uni*, arrêt du 27 mars 1996, Rec. 1996-II, § 39 ; *Fressoz et Roire c. France* (n. 11), § 54.

57 Telles que les infractions contre l'honneur au sens des art. 173 ss CPS.

faits d'intérêt public »[58], il doit notamment respecter la confidentialité des documents diplomatiques. S'il est vrai que « le secret des affaires publiques ou privées ne peut lui être opposé que par exception »[59], le journaliste a des devoirs et des responsabilités « même quand il s'agit de rendre compte dans la presse de questions sérieuses d'intérêt légitime »[60]. Ainsi, la garantie que l'article 10 offre aux journalistes, en ce qui concerne les reportages sur des questions d'intérêt général, est subordonnée à plusieurs conditions[61]. Le respect d'une certaine objectivité est notamment de mise[62].

Selon le Conseil suisse de la presse, les médias « doivent toujours exercer leur fonction de critique et de contrôle en ayant conscience de leurs responsabilités ». En matière de politique extérieure, cette exigence est « particulièrement forte »[63].

Les médias doivent également respecter les droits de la personnalité des personnes publiques[64]. En effet, l'Etat est obligé de tenir pour responsables les directeurs de publication et les journalistes qui commettent des atteintes à la vie privée par la publication d'attaques gratuites et offensantes[65]. Même si un haut fonctionnaire, en l'espèce un agent diplomatique ayant le rang d'ambassadeur, doit s'attendre à des critiques plus incisives qu'un simple particulier[66], les médias ne sauraient se livrer à un dénigrement inutile de la personnalité[67].

L'étendue de la liberté de la presse dépend aussi du procédé technique utilisé[68]. Or, ce sont les médias qui décident de la forme d'une publication. Par

---

58 Point a) de la Déclaration des droits du/de la journaliste (n. 9).

59 *Ibid*.

60 Cour EDH, *Stoll c. Suisse* (n. 1), § 53 *in fine ; Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* (n. 56), § 65 ; *Monnat c. Suisse* (n. 41), § 66.

61 Cour EDH, *Monnat c. Suisse* (n. 41), § 67.

62 Cour EDH, *Jersild c. Danemark*, arrêt de la Grande Chambre du 23 septembre 1994, série A, n° 298, § 31 ; Point 3 de la Déclaration des devoirs du/de la journaliste (n. 9) ; Prise de position du Conseil suisse de la presse (n. 8), III. § 5.

63 Prise de position du Conseil suisse de la presse (n. 8), II. § 5.

64 Cour EDH, *Von Hannover c. Allemagne*, req. n° 59320/00, arrêt du 24 juin 2004, Rec. 2004-VI, § 58 ; cf. à ce sujet : Barbara Wilson, « What right to privacy for politicians, princesses and other public figures ? A review of the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights », in : Denis Piotet / Denis Tappy (éds), L'arbre de la méthode et ses fruits civils. Recueil de travaux en l'honneur du Professeur Suzette Sandoz, Genève / Zurich / Bâle 2006, pp. 159-174.

65 Cf. à cet égard : Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Résolution 1165 (1998), *Droit au respect de la vie privée*, adoptée le 26 juin 1998 (24e séance), § 14, ii).

66 Cour EDH, *Stoll c. Suisse* (n. 1), § 47.

67 Cour EDH, *Editions Plon c. France*, req. n° 58148/00, arrêt du 18 mai 2004, Rec. 2004-IV, § 44 ; *Oberschlick c. Autriche (n° 2)*, arrêt du 1er juillet 1997, Rec. 1997-IV, § 29 ; *Krone Verlag GmbH et Co. KG c. Autriche*, req. n° 34315/96, arrêt du 26 février 2002, § 37 ; cf. *infra*, V. C.

68 Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni* (n. 41), § 49 *in fine ; Stoll c. Suisse* (n. 1), § 53 ; *Monnat c. Suisse* (n. 41), § 65.

la forme choisie, les médias informent, mais ils peuvent également suggérer la manière dont la publication doit être appréciée. Des considérations d'ordre commercial entrent inévitablement en ligne de compte, mais la crainte de la concurrence ne saurait justifier un manque de respect des règles déontologiques[69]. En l'espèce, le choix de la *Sonntags-Zeitung* d'une forme sévèrement abrégée du document confidentiel se focalisait sur le langage employé par l'ambassadeur et non sur les diverses solutions que l'on pouvait apporter au problème des fonds juifs en déshérence. Au mieux, la reproduction incomplète du texte n'a pas révélé de manière fidèle son contenu. Au pire, l'idée centrale de la publication était d'ancrer dans la tête des lecteurs que l'ambassadeur Jagmetti avait insulté les Juifs[70].

Selon le juge Wildhaber, la présentation réductrice du document diplomatique « ne pouvait contribuer de manière constructive à un débat parmi un public bien informé »[71]. Le Conseil suisse de la presse, pour sa part, a conclu que la *Sonntags-Zeitung* avait agi « de manière irresponsable »[72]. A notre sens, déjà en choisissant la publication du rapport sous une forme abrégée, la rédaction du journal n'a pas rempli sa mission principale, à savoir informer objectivement le public sur un sujet d'intérêt général en donnant une image complète de la situation. Il reste à voir s'il existait un besoin social impérieux de publier uniquement des extraits du document stratégique.

## V. Une pesée des intérêts difficile

La Cour européenne a démontré à maintes reprises l'importance de publier des faits qui sont susceptibles d'intéresser le grand public[73]. En effet, le droit de participer à un débat général et ouvert sur une question délicate et, par conséquent, celui de se forger une opinion à ce sujet sont au cœur même de la liberté de la presse. Toutefois, en l'espèce, y avait-il réellement un intérêt public prépondérant à divulguer à grande échelle des fragments d'un document, classé confidentiel et stratégique, de la diplomatie suisse ?

---

69 Prise de position du Conseil suisse de la presse (n. 8), II. § 7.

70 Cf. Prise de position du Conseil suisse de la presse qui donne les différents points de vue du milieu journalistique (n. 8), II. § 7.

71 Opinion dissidente de M. le Juge Wildhaber (n. 2).

72 Prise de position du Conseil suisse de la presse (n. 8), III. § 5.

73 Cf. notamment : Cour EDH, *Bladet Tromsø et Stensaas c. Norvège* (n. 56), § 59 ; *Krone Verlag GmbH et Co. KG c. Autriche* (n. 67), § 37 ; *Thorgeir Thorgeirson c. Islande* (n. 44), § 63 ; *Lingens c. Autriche* (n. 51), §§ 41-42 ; plus récemment, *Monnat c. Suisse* (n. 41), § 58.

## A. Le droit du public d'être informé sur une question d'intérêt général

Même si «la liberté de la presse est un droit trop fondamental pour devoir *a priori* s'effacer derrière les intérêts de l'Etat»[74], il faut bien nuancer cette affirmation en tenant compte des intérêts en jeu et, par conséquent, de la marge d'appréciation des Etats d'imposer des restrictions. Il est notoire que la latitude dont jouissent les Etats dans la décision de restreindre la liberté d'expression est à géométrie variable suivant les intérêts qui entrent en ligne de compte[75]. Vu que, dans cette affaire, la liberté de la presse était en cause, les autorités suisses ne jouissaient que d'une marge d'appréciation restreinte pour décider de l'existence d'un besoin social impérieux pouvant justifier une restriction à l'exercice de cette liberté[76]. En effet, les exceptions à la liberté de la presse demandent une interprétation étroite[77].

Selon le requérant, il y avait un intérêt général et actuel à recevoir des informations sur la manière dont les négociations seraient menées en vue de trouver un accord au sujet des plaintes contre les institutions bancaires et financières suisses. Dans ce contexte, il était important de démontrer le comportement agressif de l'ambassadeur de Suisse aux Etats-Unis par rapport au problème complexe et sensible de la gestion des avoirs des victimes de l'Holocauste[78].

La Cour a considéré qu'il convenait de tenir compte du contexte hautement médiatisé de la question en jeu : non seulement les informations avaient trait à un sujet qui avait fortement divisé l'opinion publique en Suisse, mais elles revêtaient aussi une dimension internationale. Entraînant forcément un débat animé sur le rôle de la Suisse pendant la Deuxième Guerre mondiale, la problématique portait sur un aspect important de la politique étrangère de l'époque. Reconnaissant ainsi l'importance d'un débat ouvert sur un sujet fort sensible, la Cour en a conclu que les informations contenues dans le

---

74 Prise de position du Conseil suisse de la presse (n. 8), III. § 1.

75 Au sujet de la marge d'appréciation des Etats dans le cadre de la Convention, cf. Françoise Tulkens/ Luc Donnay, «L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme. Paravent juridique superflu ou mécanisme indispensable par nature ?» in : *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé* 2006, pp. 3-23.

76 Cour EDH, *Stoll c. Suisse* (n. 1), § 45 ; cf. aussi : *Dammann c. Suisse* (n. 13), § 51 ; *Editions Plon c. France* (n. 67), § 44 *in fine*.

77 Cour EDH, *Radio France et autres c. France*, req. n° 53984/00, arrêt du 30 mars 2004, Rec. 2004-II, § 32 ; *Hertel c. Suisse* ( n. 41), § 46 ; *Stoll c. Suisse* (n. 1), § 52.

78 Cour EDH, *Stoll c. Suisse* (n. 1), §§ 33-36.

document stratégique étaient « susceptibles de soulever des questions d'intérêt général »[79].

S'il n'est pas douteux qu'il y avait un intérêt légitime du public à recevoir des informations sur les attitudes des agents de l'Etat chargés de la gestion de ce dossier délicat, on peut néanmoins se demander s'il y avait réellement un intérêt général à rendre public le rapport stratégique plus d'un mois après sa rédaction[80]. Plus particulièrement, les articles litigieux n'avaient pas suffisamment précisé les différentes options envisageables pour régler le problème[81]. En outre, la publication d'extraits du rapport n'avait pas pour but de critiquer une attitude répréhensible du gouvernement suisse[82]. Leur divulgation n'était donc pas indispensable pour contrôler le bon fonctionnement des autorités dans une société démocratique[83].

Même si la confidentialité des documents diplomatiques ne « saurait être protégée à n'importe quel prix »[84], le document stratégique n'avait pas fait l'objet d'une publication antérieure à celle de la *Sonntags-Zeitung*. Puisque son contenu ne pouvait pas être connu par d'autres moyens [85], on n'est pas ici en présence d'éléments appartenant au domaine public, mais de véritables informations confidentielles nécessitant une protection spécifique[86].

---

79 *Ibid.*, § 49 ; cf. à cet égard, *Monnat c. Suisse* (n. 41), § 58 *in fine* et 59 : le requérant, Daniel Monnat, ressortissant suisse résidant à Genève, était journaliste auprès de la SSR (la Société suisse de radiodiffusion et télévision). En mars 1997, dans le cadre de l'émission d'information « Temps présent » dont le requérant était alors responsable, la SSR diffusa sur sa chaîne TSR (télévision suisse romande) un reportage critique sur l'attitude de la Suisse pendant la deuxième guerre mondiale. L'émission télévisée intervint dans le cadre d'un débat public sur la position que les personnes responsables avaient adoptée à l'époque et au moment où la question relative aux fonds juifs en déshérence était à son apogée (début de l'année 1997). En 1999, l'Autorité indépendante d'examen des plaintes en matière de radiotélévision constata que l'émission avait violé le droit des programmes découlant de la loi fédérale sur la radio et la télévision et sanctionna la SSR en l'invitant à fournir les mesures propres à remédier à cette violation. Le requérant allégua que la surveillance des programmes instituée par la législation suisse ainsi que la décision de l'Autorité de plainte l'avaient restreint dans l'exercice de sa liberté d'expression. Compte tenu de l'intérêt général du sujet abordé dans l'émission ainsi que de la marge d'appréciation restreinte de l'Etat pour imposer des restrictions à la liberté d'expression du recourant, la Cour conclut à la violation de l'art. 10 (§ 71).

80 D'autant plus que, dans l'intervalle, l'instauration d'un fonds en faveur des victimes de l'Holocauste faisait déjà l'objet de pourparlers.

81 Prise de position du Conseil suisse de la presse (n. 8), II. § 7.

82 Comme c'était le cas, par exemple, aux Etats-Unis dans l'affaire du Watergate (1972-1974).

83 Cf. à cet égard les remarques de M. le Juge Wildhaber (n. 2).

84 Cour EDH, *Stoll c. Suisse* (n. 1), § 48.

85 Cf. *supra*, III. A.

86 A comparer avec l'affaire *Dammann c. Suisse* (n. 13), § 53 et les arrêts de la Cour cités à la n. 11.

## B. La protection des informations confidentielles

De manière générale, la correspondance diplomatique concerne les rapports entre les administrations de deux ou de plusieurs Etats. Le plus souvent, ce type de document contient un échange de vues entre diplomates et/ou responsables des diverses administrations impliquées. Pour assurer le bon déroulement des négociations entre Etats, un tel échange est utile pour la formation des opinions des ambassadeurs, à condition qu'il reste confidentiel. Puisque l'*ultima ratio* de la diplomatie est le processus de négociation[87], il est même impératif que les pourparlers diplomatiques puissent bénéficier de la discrétion de toutes les parties en cause[88]. Plus particulièrement, le Département fédéral des affaires étrangères et le Conseil fédéral doivent être en mesure de communiquer librement et confidentiellement avec leurs ambassadeurs en poste à l'étranger[89]. Ainsi, les diplomates doivent pouvoir s'exprimer « sans ambages » et de manière non officielle[90].

Si un compte rendu est néanmoins publié, le travail diplomatique peut être compromis. Une telle fuite d'informations risque non seulement de nuire aux relations cordiales entre Etats, mais aussi de porter une atteinte grave à l'image de la Suisse à l'extérieur. De plus, l'ambassadeur impliqué se rendrait presque automatiquement *persona non grata* dans le pays d'accueil[91]. Si tout devenait public, le gouvernement suisse « pourrait carrément rappeler ses diplomates et les remplacer par les médias »[92].

Vu la nature et l'importance du document diplomatique en cause, il existait un intérêt public indiscutable à ne pas divulguer son contenu. En effet, le rapport avait pour but « de contribuer à la formation d'une opinion consolidée quant à l'attitude et à la réaction que le gouvernement suisse devait adopter »[93] sur la question des prétentions de plusieurs organisations juives relatives aux fonds en déshérence. Le rendre public aurait pu compromettre sérieusement les négociations délicates entre la Suisse, les Etats-Unis et le Congrès juif mondial.

Même si la divulgation du document stratégique n'a pas ébranlé les fondements mêmes de l'Etat[94], nous sommes de l'avis qu'elle a fragilisé la position

---

87 Nicholson (n. 33), p. 43.

88 *Ibid*., p. 138.

89 Prise de position du Conseil suisse de la presse (n. 8), II. § 5.

90 *Ibid*.

91 Cf. les arguments du gouvernement suisse : Cour EDH, *Stoll c. Suisse* (n. 1), § 40.

92 Prise de position du Conseil suisse de la presse (n. 8), II. § 5.

93 Argument invoqué par le gouvernement suisse, Cour EDH, *Stoll c. Suisse* (n. 1), § 38.

94 Argument déjà relevé dans le jugement du Tribunal de district de Zurich, du 22 janvier 1999 ; à cet égard, la Cour n'a pas considéré que la divulgation des éléments de la stratégie diplomatique était « susceptible de porter atteinte à des intérêts tellement précieux qu'ils seraient de nature à primer sur la liberté d'expression » : *Stoll c. Suisse* (n. 1), § 52.

de la Suisse dans le cadre des négociations délicates de son ambassadeur[95]. En définitive, il n'était pas disproportionné de considérer que le rapport stratégique confidentiel de l'ambassadeur Jagmetti n'aurait pas dû être partiellement et partialement rendu public au moment choisi[96].

A part l'intérêt indiscutable à sauvegarder la confidentialité de la correspondance diplomatique, d'autres intérêts peuvent entrer en ligne de compte et notamment le droit de l'ambassadeur à la protection de la personnalité.

## C. Les droits de la personnalité

Si la liberté de la presse permet au public de connaître et de juger les comportements et les idéologies des dirigeants de l'Etat[97], les médias ne sauraient dépasser certaines bornes. Dans tous les cas, ils sont obligés de respecter les droits et la réputation d'autrui, qu'il s'agisse de personnes privées ou de hauts représentants de l'Etat[98]. De plus, le droit à la réputation est garanti par l'article 8 de la Convention, en tant qu'élément du droit au respect de la vie privée[99]. Pour évaluer la nécessité de sauvegarder ces droits, il faut tenir compte de l'ensemble des circonstances de l'affaire, y compris les propos reprochés au requérant et le contexte dans lequel ceux-ci ont été proférés[100].

Comme pour les hommes politiques, les critiques admissibles à l'égard des fonctionnaires, agissant dans le cadre de leurs fonctions, sont plus larges que pour un simple particulier[101]. En effet, « [c]elui qui monte volontairement sur la scène publique ne peut prétendre être une personne privée ayant droit à l'anonymat »[102]. L'homme politique est soumis inévitablement et consciemment à un examen plus attentif de ses faits et gestes, tant par les médias que par le public[103]. Par conséquent, il doit montrer une plus grande tolérance. Toutefois, l'affaire *Stoll* se distingue d'autres affaires jugées par la Cour du fait

95 ATF 126 IV 236, consid. 9, 254s.

96 Opinion dissidente de M. le Juge Wildhaber (n. 2), *in fine*.

97 Cour EDH, *Stoll c. Suisse* (n. 1), § 55 ; Opinion dissidente de M. le Juge Wildhaber (n. 2) ; cf. également : *Radio France et autres c. France* (n. 77), § 34 ; *Lingens c. Autriche* (n. 51), § 42.

98 Cour EDH, *Pedersen et Baardsgaard c. Danemark* (n. 43), § 71 ; cf. *supra*, Les devoirs et les responsabilités des journalistes, IV. B.

99 Cour EDH, *Radio France et autres c. France* (n. 77), § 31.

100 Cour EDH, *Pedersen et Baardsgaard c. Danemark* (n. 43), § 52 ; *News Verlags GmbH & Co. KG c. Autriche*, req. n° 31457/96, arrêt du 11 janvier 2000, Rec. 2000-I, § 52.

101 Cour EDH, *Stoll c. Suisse* (n. 1), § 47 ; *Krone Verlag GmbH et Co. KG c. Autriche* (n. 67), § 35 ; *Oberschlick c. Autriche (n° 2)* (n. 67), § 29 ; *Monnat c. Suisse* (n. 41), § 60.

102 Opinion concordante de M. le Juge Zupancic dans l'affaire *Von Hannover c. Allemagne* (n. 64).

103 Cour EDH, *Lopes Gomes da Silva c. Portugal* (n. 43), § 30 ii) ; *Oberschlick c. Autriche (n° 2)* (n. 67), § 29.

que l'ambassadeur Jagmetti ne s'est pas livré à des déclarations publiques, mais s'est exprimé dans une correspondance classée confidentielle. De plus, on ne saurait affirmer qu'un fonctionnaire doit être soumis à un contrôle de son comportement aussi rigoureux que celui auquel s'expose un homme politique. Dans ce sens, les fonctionnaires et les hommes politiques ne sont pas sur un pied d'égalité[104].

En l'espèce, la Cour n'a pas abordé la question du respect des droits de la personnalité de l'ambassadeur en tant que limite à la liberté d'expression. Cependant, nous estimons qu'il serait utile d'analyser brièvement cet aspect de la problématique. Même si M. Stoll n'a pas été condamné par les juridictions internes pour une infraction contre l'honneur[105], on ne saurait en déduire, comme l'a fait la Cour, une absence matérielle de l'infraction[106]. En l'occurrence, les délits contre l'honneur ne sont pas poursuivis d'office en droit suisse, mais sur plainte du lésé. Or, l'ambassadeur Jagmetti n'a tout simplement pas porté plainte.

Le requérant, pour sa part, soutenait que si les termes de ses articles apparaissaient choquants, ils n'avaient pour but que de mettre en relief le ton utilisé par l'ambassadeur et, par conséquent, de poser une question sur l'aptitude de celui-ci à exercer une fonction dirigeante dans la diplomatie suisse[107]. En effet, il faut reconnaître un intérêt public à recevoir des informations sur le style et les stratégies de négociation des hauts fonctionnaires de l'Etat, en l'espèce un ambassadeur de Suisse en poste à l'étranger[108]. Cependant, s'il est notoire que les idées et opinions qui heurtent ou choquent une partie de la population sont protégées par l'article 10[109], nous avons déjà relevé qu'un jugement de valeur ne devrait pas être excessif et doit se fonder sur des faits. Or, le ton employé par l'ambassadeur Jagmetti dans la correspondance

---

104 Cour EDH, *Stoll c. Suisse* (n. 1), § 47 ; *Pedersen et Baardsgaard c. Danemark* (n. 43), § 80 ; *Thoma c. Luxembourg* (n. 43), § 47 ; *Janowski c. Pologne*, req. n° 25716/94, arrêt de la Grande Chambre du 21 janvier 1999, Rec. 1999-I, § 33.

105 Pour diffamation (art. 173 CPS) ou pour injure (art. 177 CPS).

106 Cour EDH, *Stoll c. Suisse* (n. 1), § 56.

107 *Ibid*., § 36.

108 *Ibid*., § 49 ; Opinion dissidente de M. le Juge Wildhaber (n. 2) ; à ce sujet, cf. *Radio France et autres c. France* (n. 77), § 34. Dans cette affaire, il s'agissait de connaître l'attitude d'un haut fonctionnaire français durant l'Occupation. La société requérante ainsi que deux journalistes furent condamnés par les juridictions internes en raison de la diffusion sur les ondes de France Info, en janvier et février 1997, de plusieurs bulletins faisant état d'une information publiée par l'hebdomadaire *Le Point*, selon laquelle Michel Junot, sous-préfet de Pithiviers entre 1942 et 1943, aurait supervisé la déportation d'un millier de Juifs français et étrangers. Malgré l'intérêt indiscutable du public à connaître la vérité dans cette affaire, la Cour jugea que, vu l'extrême gravité des faits imputés à Michel Junot ainsi que la fréquence de la diffusion des informations, les mesures prises contre les journalistes n'étaient pas disproportionnées au but légitime poursuivi (§ 40).

109 Cf. *supra*, IV. A.

confidentielle ne pouvait, à notre sens, servir de base fiable à l'accusation lancée contre lui.

Vu la gravité de l'accusation et l'impact potentiel considérable du moyen de diffusion choisi, en l'occurrence un hebdomadaire alémanique du dimanche distribué à l'échelle nationale en Suisse, nous considérons que le journal a harcelé l'ambassadeur d'une manière insoutenable, au point que celui-ci a dû démissionner de son poste le lendemain des publications[110]. Selon le Conseil suisse de la presse, un titre tel que « L'ambassadeur Jagmetti insulte les Juifs » suggère des « implications fausses »[111]. En soulignant certains aspects du rapport confidentiel et en passant sous silence d'autres plus importants pour véritablement informer le public sur un sujet d'intérêt général, la *Sonntags-Zeitung* a fait du journalisme « sélectif ». Ce faisant, le journal a induit le lecteur en erreur, en violation de la Déclaration des droits et devoirs du/de la journaliste[112].

Pour conclure, en accusant M. Jagmetti d'antisémitisme et en soulignant, hors de son contexte, le vocabulaire utilisé dans le rapport confidentiel, les articles litigieux ont non seulement lancé une rumeur offensante à l'égard de l'ambassadeur, mais ils ont aussi soustrait aux lecteurs de la *Sonntags-Zeitung* des éléments essentiels de l'information communiquée. En agissant ainsi, le journal n'a pas reproduit de manière fidèle le contenu du rapport confidentiel, a dépassé les limites de la critique admissible et, partant, a porté atteinte du moins à la crédibilité de l'ambassadeur, sinon à son honneur.

## VI. Remarques finales

L'arrêt rendu par la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Stoll c. Suisse* a fortement déstabilisé le principe de la confidentialité des rapports diplomatiques. Il a fait passer à tout prix la liberté de la presse avant d'autres valeurs tout aussi importantes au bon fonctionnement d'une société démocratique : la confidentialité des négociations diplomatiques n'est-elle pas une condition indispensable à la bonne gestion des relations internationales, à la confiance mutuelle entre les différentes parties en cause, au règlement pacifique des différends entre les Etats et la société civile, voire au maintien de la paix entre les Etats ?

Selon l'avis d'une minorité des juges, cette affaire a démontré « de façon frappante la tendance croissante à banaliser des questions extrêmement

110 Fait admis par les parties, cf. Cour EDH, *Stoll c. Suisse* (n. 1), §§ 35 et 40.

111 Prise de position du Conseil suisse de la presse (n. 8), II. § 7.

112 *Idem.*, *in fine* ; cf. le point 3) de la Déclaration des devoirs (n. 9).

sérieuses »[113]. Si la Cour accorde, avec raison, une grande importance à la liberté de la presse principalement pour le rôle indispensable qu'elle joue en abordant, analysant et en rendant publiques des questions d'intérêt général, il est crucial que les médias n'oublient pas leurs devoirs et leurs responsabilités. La garantie offerte par l'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme sous-entend que les journalistes agissent de bonne foi, dans le but d'informer le public sur des questions d'intérêt général, selon les règles de l'éthique journalistique. En ne publiant que des extraits du document diplomatique et en accompagnant ceux-ci de remarques virulentes et dénigrantes sur la personne de l'ambassadeur suisse, l'auteur des articles ainsi que la *Sonntags-Zeitung* ont fait preuve d'un manque de professionnalisme et ont agi contrairement aux règles de la bonne foi.

Selon les trois voix dissidentes de la Cour, il n'était pas disproportionné de considérer que le rapport diplomatique confidentiel n'aurait pas dû être rendu public sous la forme choisie par le journaliste. Sur la base des réflexions qui précèdent, il nous paraît que, dans l'affaire *Stoll*, c'est la minorité qui avait raison.

*L'état de la question au 30 novembre 2006*

A la demande du Gouvernement suisse, le collège de cinq juges de la Grande Chambre a accepté le renvoi de l'affaire *Stoll c. Suisse* devant la Grande Chambre, en vertu de l'article 43 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt définitif sera probablement rendu dans le courant de l'année 2007.

[113] Opinion dissidente de M. le Juge Wildhaber, à laquelle se rallient MM. les Juges Borrego Borrego et Sikuta (n. 2).

# IV

# Droit humanitaire

# Quelles perspectives pour la responsabilité de protéger ?

Laurence Boisson de Chazournes

*Professeure à la Faculté de droit de l'Université de Genève*

Luigi Condorelli

*Professeur à l'Université de Florence*
*Professeur honoraire de l'Université de Genève*

Parmi les intérêts que notre collègue et cher ami Giorgio Malinverni a davantage cultivés avec un dévouement, une passion et une constance exemplaires, tant par la réflexion scientifique que par l'action, il y a indiscutablement les droits de l'homme et les organisations internationales. Pour lui témoigner notre admiration et notre gratitude, il nous a paru singulièrement approprié de participer à cet ouvrage en son honneur en présentant quelques remarques sur un thème qui se place au croisement de ces deux chapitres du droit international contemporain qui lui sont si chers, à savoir le thème de la « responsabilité de protéger ».

Le Sommet mondial des Nations Unies réuni en septembre 2005 à New York a fait une place de choix à la « responsabilité de protéger » dans son Document final, en soulignant les divers visages de cette notion. Les Etats ont l'obligation de « *protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité* », mais « *il incombe également à la communauté internationale, dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies, de mettre en œuvre les moyens diplomatiques, humanitaires et autres moyens pacifiques appropriés* »[1]. Les Etats membres des Nations Unies se sont ainsi déclarés « *prêts à mener en temps voulu une action collective résolue, par l'entremise du Conseil de sécurité, conformément à la Charte, notamment son Chapitre VII, au cas par cas et en coopération, le cas échéant, avec les organisations régionales compétentes, lorsque ces moyens pacifiques se révèlent inadéquats et que les autorités nationales n'assurent manifestement pas la protection de leurs populations contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité* »[2].

[1] Document final du Sommet mondial de 2005, Doc.ONU A/60/L.1, 20 septembre 2005.

[2] *Ibidem*.

La proclamation solennelle du principe de la responsabilité de protéger a été précédée par des négociations intenses et prolongées. Cela ne doit cependant pas faire oublier que la notion en question – connue aussi sous le couvert d'autres noms, comme ceux d'« obligation de respecter et faire respecter » ou de « devoir d'ingérence » – est loin d'être nouvelle : ses composantes juridiques s'étaient déjà largement consolidées à partir de 1945 au travers du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme[3].

Le Document final du Sommet mondial ne consacre donc pas d'innovation véritable, tout au moins pour ce qui est de la « responsabilité de protéger » (mais à vrai dire – que cela soit noté en passant – dans d'autres domaines non plus…) : il se borne à assembler une série d'acquis juridiques dans un cadre unitaire, au moyen duquel, d'une part, on rappelle à chaque Etat les obligations dont il doit s'acquitter dans sa propre sphère de compétence, en matière de prévention, de protection et de répression contre des crimes de génocide, des crimes de guerre, des pratiques de nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité ; il est d'autre part souligné que tous les autres Etats, le Conseil de sécurité, voire les diverses organisations internationales compétentes, ont leur part de « responsabilité de protéger » et sont appelés à ce titre à agir conformément à la Charte des Nations Unies et au droit international pour faire cesser ces violations, en faisant usage de toute la panoplie des moyens disponibles.

La responsabilité collective des Etats membres de la communauté internationale (ainsi que des diverses institutions au travers desquelles ils coopèrent) en matière de protection de tous les êtres humains contre les violations les plus graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire est donc confirmée. La communauté internationale reconnaît qu'une véritable obligation d'agir pèse sur elle lorsqu'un Etat ne protège pas sa population. Plus aucun Etat ne peut s'abriter derrière le bouclier de sa souveraineté pour commettre, voire laisser perpétrer de graves violations des droits des personnes placées sous sa juridiction. Et aucun Etat ne peut rester indifférent et inactif face à de tels crimes, où qu'ils soient perpétrés : les principes de droit international relatifs aux droits de l'homme et au *jus in bello* l'interdisent. Le fait de commettre ou laisser commettre des atteintes graves des droits de l'homme est une violation d'obligations *erga omnes* ; il s'ensuit que ces « *omnes* », à savoir tous les Etats[4] ainsi que toutes les organisations

[3] Sur cet aspect, voir L. Boisson de Chazournes et L. Condorelli, « De la ‹ responsabilité de protéger ›, ou d'une nouvelle parure pour une notion déjà bien établie », *Revue générale de droit international public*, 2006, pp. 11-18. En revanche, sur l'essor diplomatique récent de l'intitulé « responsabilité de protéger », voir *Rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des Etats*, « La responsabilité de protéger », Décembre 2001.

[4] Voir l'art. 48 du *Projet d'articles sur la responsabilité de l'Etat pour fait internationalement illicite*, adopté en 2001 par la Commission du droit international (disponible à l'adresse http ://untreaty.

internationales compétentes, sont non seulement habilités à agir pour protéger les victimes de ces exactions, mais ils en ont le devoir. La notion de responsabilité de protéger implique donc qu'il revient en premier lieu à chaque Etat d'assurer le respect des droits de l'homme à l'avantage de l'ensemble des individus soumis à son pouvoir souverain, alors que l'éventuelle défaillance de celui-ci met en branle l'obligation de la communauté internationale tout entière d'agir pour protéger les victimes.

Le Document final du Sommet mondial se borne en substance – il convient d'insister – à proclamer des notions qui sont loin d'être innovatrices. Une telle proclamation, faite de manière aussi solennelle, n'est certes pas inutile, puisqu'elle met en évidence l'ampleur du *consensus* acquis quant aux devoirs collectifs relatifs à la protection des victimes des violations les plus graves des droits de l'homme et du droit humanitaire. Il va de soi cependant que ce dont il y a surtout besoin à l'heure actuelle est d'aller au-delà des généralités en se souciant de la mise en œuvre effective des valeurs proclamées. Or, il est attristant de devoir constater combien le Document final apparaît singulièrement réticent pour ce qui est de cet aspect pourtant essentiel.

Certes, le fait de ne rien prévoir de nouveau quant aux moyens de mise en œuvre de la responsabilité de protéger implique en soi qu'il est fait renvoi à l'utilisation des méthodes que la pratique internationale connaît déjà. Autrement dit, il doit avant tout être fait recours aux moyens de nature pacifique, à caractère diplomatique, humanitaire ou encore économique. La panoplie de moyens pacifiques est large, ceux-ci pouvant trouver leur place dans des cadres bilatéraux, multilatéraux ainsi qu'institutionnels[5]. Le cas échéant, des mesures coercitives à caractère armé adoptées en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies pourront être exercées. La pratique a consacré

---

un.org/ilc/texts/9_6.htm). Cet article, intitulé « Invocation de la responsabilité par un Etat autre qu'un Etat lésé », se lit comme suit :

« *1. Conformément au paragraphe 2, tout Etat autre qu'un Etat lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre Etat, si :*

*a) L'obligation violée est due à un groupe d'Etats dont il fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe ; ou*

*b) L'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble.*

*2. Tout Etat en droit d'invoquer la responsabilité en vertu du paragraphe 1 peut exiger de l'Etat responsable :*

*a) La cessation du fait internationalement illicite et des assurances et garanties de non-répétition, conformément à l'article 30 ; et*

*b) L'exécution de l'obligation de réparation conformément aux articles précédents, dans l'intérêt de l'Etat lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.*

[...] . »

5 L. Boisson de Chazournes, « The Collective Responsibility of States to Ensure Respect for Humanitarian Principles » in A. Bloed *et al.* (éd.), *Monitoring Human Rights in Europe*, La Haye, Kluwer Academic Publishers, 1993, pp. 247-260.

cette possibilité depuis les années 1990, les violations massives et à large échelle des droits de l'homme et du droit humanitaire étant constitutives de menaces contre la paix et la sécurité internationales au sens du Chapitre VII de la Charte. Il s'ensuit logiquement qu'elles déclenchent ce que l'article 24 appelle la « responsabilité principale » (ou « primordiale », d'après son texte espagnol) du Conseil de sécurité, qui doit alors s'acquitter de ses « devoirs » (toujours d'après le langage de l'article en question) pour maintenir et rétablir la paix, en faisant donc cesser ce qui la met en péril[6].

Si les principes sont posés, et même acquis, encore faudrait-il que les mécanismes de mise en œuvre fonctionnent de manière efficace, et sur une base régulière et impartiale, toutes les fois que les évènements l'exigent, et ce sur la base d'une réglementation appropriée. C'est malheureusement loin d'être le cas pour l'heure : une telle réglementation fait cruellement défaut. De réels progrès sur ce plan sont donc indispensables pour éviter la répétition d'effroyables tragédies, comme celles du Rwanda ou de Srebrenica. Les impératifs juridiques principaux sont énoncés, les instruments d'action inventoriés, mais les faiblesses tiennent à leur application effective. Le Document final du Sommet mondial de 2005 s'est à cet égard limité à laisser la porte ouverte à d'éventuels progrès à venir. Il appelle ainsi l'Assemblée générale à « *poursuivre l'examen du devoir de protéger les populations du génocide, des crimes de guerre, du nettoyage ethnique et des crimes contre l'humanité et des conséquences qu'il implique, en ayant à l'esprit les principes de la Charte des Nations Unies et du droit international* »[7]. Il est bien entendu impossible de prévoir quels seront les résultats de ce processus de négociation. Certains des critères sur lesquels celui-ci devra se baser peuvent cependant être identifiés d'ores et déjà, grâce aux indications provenant de divers organes des Nations Unies quant aux principes devant présider à la mise en œuvre de la responsabilité de protéger.

Les yeux se tournent en premier lieu vers le Conseil de sécurité. La question est celle de savoir quel impact la responsabilité de protéger peut avoir à son égard ainsi qu'à l'égard de ses membres. Les travaux de la Commission du droit international (CDI) sur la responsabilité internationale des organisations internationales progressent et apportent des éclairages en ce domaine. La responsabilité de protéger implique l'affirmation de « devoirs » pesant, d'abord sur chaque Etat de protéger sa propre population, ensuite

---

6 Voir L. Condorelli et L. Boisson de Chazournes, « Quelques remarques à propos de l'obligation des Etats de ‹ respecter et faire respecter › le droit humanitaire ‹ en toutes circonstances › », in *Etudes et essais sur le droit humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge*, Genève / La Haye, CICR / Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 17-35. Voir aussi L. Boisson de Chazournes et L. Condorelli, « Common Article 1 to the Geneva Conventions Revisited : Protecting Collective Values », *International Review of the Red-Cross*, 2000, No. 837, pp. 67-87.

7 Document final du Sommet mondial de 2005, *op. cit.*

sur toute la communauté internationale, et elle se traduit en des devoirs de l'ONU dont l'« action collective » incombe au « *Conseil de sécurité, conformément à la Charte, notamment son Chapitre VII, au cas par cas* […] *lorsque ces moyens pacifiques se révèlent inadéquats et que les autorités nationales n'assurent manifestement pas la protection de leurs populations* »[8]. Il s'ensuit alors que l'inaction comme l'action inadéquate du Conseil de sécurité face au génocide, à des crimes de guerre, au nettoyage ethnique et aux crimes contre l'humanité devrait être analysée comme un fait internationalement illicite engageant la responsabilité internationale de l'organisation. Les articles 3[9] et 8[10] du projet de la CDI sont explicites sur le fait que l'omission d'une organisation internationale, lorsqu'il y a devoir d'agir, peut être qualifiée de fait internationalement illicite.

L'impossibilité de décider et de mener une action collective efficace pour s'acquitter d'un devoir, si elle découle du (mal)fonctionnement des mécanismes internes d'une organisation internationale, n'est pas une circonstance justificative : les organisations internationales, tout comme les Etats, ne peuvent invoquer leurs règles internes comme justification de l'inexécution de leurs obligations internationales[11]. Ainsi, l'absence de majorité parlementaire dans un Etat n'enlève pas l'illicéité découlant de la non adoption d'une loi nationale qui serait nécessaire pour que ledit Etat s'acquitte de ses

---

8 *Ibidem*.

9 Le texte de l'article 3, tel qu'adopté provisoirement par la Commission du droit international lors de sa 55e session (Doc. ONU A/58/10, 2003, pp. 19-20), se lit comme suit :
« *Article 3 – Principes généraux*
*1. Tout fait internationalement illicite d'une organisation internationale engage sa responsabilité internationale.*
*2. Il y a fait internationalement illicite d'une organisation internationale lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission :*
*a) Est attribuable à l'organisation internationale en vertu du droit international ; et*
*b) Constitue une violation d'une obligation internationale de cette organisation internationale*. »

10 Le texte de l'article 8, tel qu'adopté provisoirement par la Commission du droit international lors de sa 57e session (Doc. ONU A/60/10, 2005, p. 81), se lit comme suit :
« *Article 8 – Existence de la violation d'une obligation internationale*
*1. Il y a violation d'une obligation internationale par une organisation internationale lorsqu'un fait de ladite organisation n'est pas conforme à ce qui est requis d'elle en vertu de cette obligation, quelle que soir l'origine ou la nature de celle-ci.*
*2. Le paragraphe précédent s'applique également, en principe, à la violation d'une obligation énoncée par une règle de l'organisation.* »

11 A ce propos l'article 27 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre Etats et organisations internationales ou entre organisations internationales, intitulé « Droit interne des Etats, règles des organisations internationales et respect des traités » affirme :
« *1. Un Etat partie à un traité ne peut invoquer les dispositions de son droit interne comme justifiant la non-exécution du traité.*
*2. Une organisation internationale partie à un traité ne peut invoquer les règles de l'organisation comme justifiant la non-exécution du traité.*
[...]. »

obligations internationales ; de la même façon le blocage (par exemple par un véto) empêchant l'adoption d'une décision du Conseil de sécurité qui serait indispensable pour lancer une « action collective » nécessaire pour prévenir ou stopper un génocide laisserait entière la responsabilité internationale de l'Organisation pour violation du devoir de protéger.

Dans ce cas, cependant, on devrait envisager que la responsabilité de l'organisation internationale pour violation de sa responsabilité de protéger s'accompagne de la mise en cause de la responsabilité internationale pesant sur le ou les Etats empêchant l'action de l'organisation : par un tel comportement ces Etats auraient violé leur propre obligation au titre de la responsabilité de protéger.

Le *groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement*, mis en place en 2003, avait déjà établi dans son rapport le lien entre la responsabilité de protéger et la responsabilité du Conseil de sécurité. En termes diplomatiques le Rapport du groupe de personnalités de haut niveau[12], et dans une moindre mesure celui du Secrétaire général qui le suivit[13], voulaient donner à la responsabilité de protéger un caractère opératoire. Dans ce contexte, une acception armée de l'exercice de ladite responsabilité avait été mise en avant. Le groupe de hautes personnalités s'était toutefois limité à appeler le Conseil de sécurité à envisager et autoriser une action armée au cas où cela serait nécessaire pour mettre fin à une crise humanitaire. Il proposait des critères juridiques d'action, notamment celui d'une décision du dernier recours, et était allé jusqu'à suggérer, afin de faire obstacle au risque de paralysie du Conseil, de mettre au défi les membres permanents, lorsqu'ils auraient à assumer leur responsabilité de protéger, de s'abstenir d'user de leur droit de veto.

La Cour internationale de Justice dans son Avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans les territoires palestiniens* a tenu des propos fort évocateurs sur les obligations découlant de l'obligation de faire respecter le droit international humanitaire en toutes circonstances, découlant de l'Article 1er commun aux quatre Conventions de Genève de 1949. Il est à rappeler que cette obligation est l'une des manifestations juridiques de la responsabilité de protéger, même s'il est vrai que cette

---

12 *Rapport du groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement*, *op. cit.*, paragraphes 199 à 209.UN Doc. A/59/565, du 2 décembre 2004.
Voir L. Boisson de Chazournes, « Rien ne change, tout bouge, ou le dilemme des Nations Unies. Propos sur le Rapport du groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement », *Revue générale de droit international public*, 2005, vol. 109, n° 1, pp. 147-161.

13 *Rapport du Secrétaire général*, « Dans une liberté plus grande : développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous », Doc. A/59/2005, 24 mars 2005, paragraphe 126 et paragraphes 134 à 135.

dernière a des contours plus larges et ne présuppose pas l'existence d'un conflit international ou interne.

Dans son avis, la Cour a mis en pleine lumière toutes les implications de l'obligation solidaire pesant, en matière de droit international humanitaire, sur l'ensemble de la communauté internationale et sur tous les Etats : il ne s'agit pas seulement de ne pas reconnaître les situations illégales, mais il faut aussi que chacun agisse positivement pour les faire cesser, en utilisant dans ce but tous les moyens disponibles et juridiquement admissibles. La Cour a également traduit l'obligation pesant sur « tous les Etats » en une obligation de l'Organisation des Nations Unies, et spécialement de l'Assemblée générale et du Conseil de sécurité : ceux-ci « *… doivent, en tenant dûment compte de cet avis consultatif, examiner quelles nouvelles mesures doivent être prises afin de mettre un terme à la situation illicite…* »[14]. C'est là une manière éclatante de consacrer la valeur générale du principe (complémentaire par rapport à celui de l'Article 1er commun) proclamé à l'Article 89 du Premier Protocole de 1977 additionnel aux Conventions de Genève de 1949, d'après lequel « *Dans les cas de violations graves des Conventions et du présent Protocole, les Hautes Parties contractantes s'engagent à agir, tant conjointement que séparément, en coopération avec l'Organisation des Nations Unies et conformément à la Charte des Nations Unies* ».

Par l'Avis consultatif de 2004, la Cour a ainsi avalisé le bien-fondé de l'opinion doctrinale d'après laquelle l'ONU est appelée par le droit international humanitaire en vigueur à coopérer à la mise en œuvre de ses prescriptions, les violations graves de celles-ci déclenchant non seulement l'obligation de tous les Etats de « faire respecter », mais aussi la responsabilité de protéger qui repose sur l'Organisation en tant que telle. L'ONU n'est certes pas liée formellement par les Conventions de Genève ou par les instruments proscrivant le génocide et les autres crimes de droit international, dont elle n'est pas partie, mais est assurément liée par les « principes intransgressibles du droit international »[15] au nombre desquels il faut ranger sans aucun

---

[14] Cour internationale de Justice, *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le Territoire palestinien occupé*, Avis consultatif du 9 juillet 2004, *Recueil 2004*, paragraphe 160.

[15] Expression que la Cour reprend, au paragraphe 157 de l'Avis de 2004, du paragraphe 79 de son Avis consultatif de 1996 sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* (« C'est sans doute parce qu'un grand nombre de règles du droit humanitaire applicable dans les conflits armés sont si fondamentales pour le respect de la personne humaine et pour des « considérations élémentaires d'humanité », selon l'expression utilisée par la Cour dans son arrêt du 9 avril 1949 rendu en l'affaire du *Détroit de Corfou* (*Recueil 1949*, p. 22), que la Convention IV de La Haye et les conventions de Genève ont bénéficié d'une large adhésion des Etats. Ces règles fondamentales s'imposent d'ailleurs à tous les Etats, qu'ils aient ou non ratifié les instruments conventionnels qui les expriment, parce qu'elles constituent des principes intransgressibles du droit international coutumier »), Avis consultatif du 8 juillet 1996, *Recueil 1996*, p. 257.

doute ceux interdisant les crimes internationaux dont les populations civiles doivent être protégées[16].

Cette imbrication des responsabilités de protéger, en premier lieu de chaque Etat dans sa sphère de compétence, mais aussi des autres Etats et des diverses organisations internationales compétentes, se retrouve dans d'autres contextes. Ainsi la Ministre des affaires étrangères de la Suisse, Madame Calmy-Rey, avait précisé lors de l'ouverture de la première session du Conseil des droits de l'homme en juin 2006, à propos de la nouvelle procédure de l'examen périodique universel :

> « *Si je mets l'accent sur l'examen périodique universel, c'est que ce mécanisme me semble particulièrement représentatif du nouvel esprit que nous souhaitons donner au Conseil : renforcement du dialogue, des capacités, de l'objectivité, de la prévention et accent sur la responsabilisation des acteurs, tout en remplissant les trois mandats de base que sont la promotion, la protection et la prévention. En ce qui concerne le devoir de protection, la Suisse veillera à ce que le Conseil soit en mesure de traiter en tout temps de situations particulièrement graves de violation des droits humains, notamment lorsque des pays ne sont pas en mesure de faire face à leurs obligations de protéger les populations vivant sur leur territoire.* »[17]

Les sessions extraordinaires du Conseil des droits de l'homme pourraient également constituer des moyens pertinents de mise en œuvre de la responsabilité de protéger. Ainsi dénonçant la situation de violations des droits de l'homme au Darfour et invoquant à cet effet la responsabilité de protéger, le Secrétaire général des Nations Unies, Kofi Annan, peu avant la tenue le 12 décembre 2006 de la quatrième session extraordinaire du Conseil des droits de l'homme consacrée à la situation au Darfour, a rappelé « que l'ONU s'est réservée la possibilité d'intervenir lorsqu'un pays manque à son devoir de protéger ses populations menacées de génocide ou de crimes contre l'humanité »[18]. Encore faudra-t-il que chaque Etat ainsi que toute la communauté internationale assument réellement leur responsabilité de protéger en

---

[16] On n'oubliera pas de noter que l'obligation de respecter et faire respecter a été l'objet de réitérations récentes, ce qui en souligne toute l'actualité. Ainsi dans le cadre conventionnel, le Protocole additionnel III du 8 décembre 2005 aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à l'adoption d'un signe distinctif additionnel, rappelle ce principe en son article 1. La CIJ, dans son arrêt du 19 décembre 2005 relatif aux *Activités menées sur le territoire du Congo* (*République du Congo c. Ouganda*), a rappelé à l'Ouganda en tant que puissance occupante, son obligation de respecter et faire respecter les droits de l'homme et le droit international humanitaire (paragraphe 345). Voir également l'opinion séparée du Juge Simma jointe à cette décision qui rappelle dans des termes très précis les contours juridiques de l'obligation pour un Etat de faire respecter le droit international humanitaire par un autre Etat (paragraphes 33-34). Le texte de l'arrêt et de l'opinion du Juge Simma sont disponibles à l'adresse www.icj-cij.org/cijwww/cdocket/cco/ccoframe.htm.

[17] Le discours de M^me^ Calmy-Rey est disponible sur le site du Ministère des affaires étrangères de la Suisse, à l'adresse www.calmy-rey.admin.ch/f/multimedia/speeches.aspx.

[18] « Conseil des droits de l'homme : une session extraordinaire pour le Darfour », AFP, 10 décembre 2006, www.unog.ch.

agissant efficacement et de manière impartiale dans toute situation de génocide, de crimes de guerre ou de crime contre l'humanité et qu'ils permettent aux Nations Unies de remplir le rôle qui est sien pour lutter contre de telles violations du droit international.

Pour que les avancées souhaitées du droit international dans cette direction se réalisent, il est indispensable à notre sens que la responsabilité de protéger cesse d'être perçue comme une obligation revêtant essentiellement le caractère de norme primaire prescrivant un comportement décrit en termes très généraux. Cette contribution a tenté de mettre en exergue les principes devant présider à la mise en œuvre de la responsabilité de protéger dont la pratique de certains organes des Nations Unies a révélé certains contours. En outre, un ensemble approprié de règles secondaires en matière de responsabilité internationale pour fait internationalement illicite doit venir compléter le régime juridique de la responsabilité de protéger et mettre en évidence quels sont les conséquences juridiques – et notamment les coûts – découlant de la violation de l'obligation de protéger pour chacun et pour tous ceux sur qui elle pèse.

# Droit international humanitaire et droits de l'homme : mariage d'amour ou de raison ?

Yves Sandoz

*Membre du CICR*
*Chargé de cours aux Universités de Genève et de Fribourg*

## I. Introduction

La relation entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme a déjà fait couler beaucoup d'encre. Il nous paraît néanmoins utile de refaire le point sur la question en fonction de l'évolution constante aussi bien de ces domaines du droit international public que de leurs relations. Nous commencerons cet article par un bref rappel des caractéristiques respectives du droit international humanitaire et des droits de l'homme, avant d'examiner les facteurs de rapprochement qui se sont développés ces dernières années. Nous nous pencherons ensuite sur ce qui est le cœur de cet article, soit leur relation, « leur mariage », pour examiner comment ces deux branches doivent cohabiter harmonieusement pour se renforcer mutuellement. En conclusion nous réfléchirons à l'avenir du couple : faut-il viser à renforcer le *statu quo* ou faut-il avoir d'autres ambitions, l'élargir et repenser plus fondamentalement le système ?

Ce menu ambitieux pour un court article délimite son objectif, qui n'est pas d'approfondir ces différentes questions, mais de poser sur elles un regard critique, avec une certaine distance, voire, dans certains passage, sur un ton qui peut paraître léger eu égard à la gravité du sujet. Mais des Mélanges ne sont-ils pas aussi l'occasion de pratiquer le mélange des genres ?

## II. Identifier les partenaires

Pour prétendre marier deux personnes, il faut les connaître. De qui (ou quoi) parle-t-on ?

## A. Le droit international humanitaire

La violence entre les hommes est probablement aussi ancienne que l'humanité et quelques règles ont été observées de tout temps ou presque pour limiter celle-ci. Geoffrey Best, l'un des meilleurs historiens du droit humanitaire, a pu l'affirmer[1] et Konrad Lorenz a par ailleurs démontré que certaines règles de comportement existent même dans le monde animal[2].

Les règles limitant la violence, que l'on retrouve dans toutes les grandes civilisations, sont souvent d'origine religieuse. Des principes ont aussi été observés par des « castes », tel le principe de chevalerie, notamment, depuis l'apparition des Etats souverains, par les officiers des armées nationales, sans se généraliser au niveau des soldats[3]. Enfin, les Etats souverains se sont, à de nombreuses reprises, fixé par accord mutuel des règles qu'ils devaient observer dans leurs relations[4]. Mais le droit international humanitaire comme on l'entend aujourd'hui a vu le jour vers le milieu du XIX$^{e}$ siècle. Trois dates sont déterminantes.

Celle du 16 avril 1856 d'abord, date de la *Déclaration réglant divers points de droit maritime*[5] qui fut adoptée avec la Convention de Paris mettant fin à la guerre de Crimée. Cette Déclaration est en effet le premier traité multilatéral « ouvert », marquant la volonté des Etats de formuler des règles dont l'ambition est d'avoir une portée universelle[6], comme le furent tous les traités de droit international humanitaire adoptés ultérieurement.

La date du 22 août 1864, jour de l'adoption de la première Convention de Genève – la *Convention pour l'amélioration du sort des militaires blessés dans les armées en campagne* –, fondation sur laquelle reposent encore les quatre Conventions de Genève de 1949 en vigueur aujourd'hui avec leurs trois Pro-

---

1 « An inclination towards restraints and prohibitions in war is perceptible among enough of our species' earlier civilizations and/or cultures for the historian of humankind to regard it as essentially a normal aspiration, more or less as old as war itself » : *War and Law since 1945*, Clarendon Press, New York, 1994, p. 15.

2 Konrad Lorenz, *L'Agression, une histoire naturelle du mal*, traduction française de Vilma Fritsch, Flammarion, Paris, 1969.

3 Voir en ce sens Best, *op. cit.*, en particulier p. 20 ss.

4 Sur l'existence et l'évolution de normes humanitaires depuis le début de l'histoire jusqu'au milieu du XIX$^{e}$ siècle, cf. notamment, outre l'ouvrage de Geoffrey Best ci-dessus mentionné et parmi de nombreux autres, le résumé substantiel de Véronique Harouel-Bureloup, *Traité de droit humanitaire*, Presses Universitaires de France, Paris, 2005, pp. 23-100, qui contient également de très bonnes références bibliographiques.

5 Reproduite notamment dans : Dietrich Schindler et Jiri Toman, éd., *Droits des conflits armés, Recueil des conventions, résolutions et autres documents*, CICR / Institut Henry-Dunant, Genève, 1996, p. 1095 ss.

6 A ce sujet, cf. Adam Roberts / Richard Guelff, *Documents on the Law of War*, Oxford University Press, 3d. edition, Oxford, 2000, p. 5.

tocoles additionnels (de 1977 et 2005) et ancêtre en ligne directe de la première d'entre elles.

La date du 29 novembre 1868, enfin, à laquelle fut adoptée la *Déclaration de Saint-Pétersbourg à l'effet d'interdire l'usage de certains projectiles en temps de guerre*[7], qui pose notamment le principe que les combattants n'ont pas un droit illimité dans le choix des moyens qu'ils utilisent à la guerre. C'est sur ce principe que s'est construit le droit applicable dans la conduite des hostilités, longtemps qualifié de « droit de La Haye »[8].

A ces trois dates on peut en outre ajouter celle du 24 avril 1863, date à laquelle le président Lincoln a proclamé, en temps qu'Ordre général n° 100, les *Instructions pour le comportement des armées des Etats-Unis d'Amérique en campagne*, préparées par Francis Lieber[9]. Ce code nous donne une bonne vision des règles généralement reconnues à l'époque et nous fournit la clé de ce qui reste un fondement du droit international humanitaire, le principe de la nécessité militaire, soit de permettre ce qui est nécessaire pour gagner la guerre, mais *seulement* cela, toute violence gratuite ou inutile étant bannie. Principe qui se situe tout à fait dans la ligne de Montesquieu : « le droit des gens est naturellement fondé sur ce principe que les diverses nations doivent se faire dans la paix le plus de bien et dans la guerre le moins de mal qu'il n'est possible, sans nuire à leurs véritables intérêts »[10].

A partir de ces prémices, l'on peut déjà donner du droit international humanitaire, hormis la référence aux conflits armés non internationaux, qui n'était pas encore d'actualité, la définition formulée en 1986 dans le Commentaire édité par le CICR[11], qui reste d'actualité.

Ces dates ont par ailleurs d'autant plus d'importance que le droit international humanitaire est l'ancêtre du droit international moderne, qui va progressivement tenter de régler les relations entre Etats en vue d'améliorer leur coexistence, d'abord, de coopérer, ensuite[12].

---

7 Reproduite notamment dans Schindler / Toman, *op. cit.* note 5, p. 341 ss.

8 Du fait que ces règles ont été ensuite reprises et développées lors des Conférences organisées dans cette ville en 1899 et 1907, qui ont permis l'adoption de nombreuses conventions et, notamment, de la Convention et du Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre.

9 Reproduites notamment dans Schindler / Toman, *op. cit.* note 5, p. 3 ss.

10 Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Livre I, C.3, 1748, Edition de la Pléiade, 1974.

11 « Règles internationales, d'origine conventionnelle ou coutumière, qui sont spécifiquement destinées à régler les problèmes humanitaires découlant directement des conflits armés internationaux ou non-internationaux, et qui restreignent, pour des raisons humanitaires, le droit des parties au conflit d'utiliser les méthodes et moyens de guerre de leur choix ou protègent les personne et les biens affectés, ou pouvant être affectés, par le conflit » : Yves Sandoz, Christophe Swinarski et Bruno Zimmermann, éd., *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977*, CICR / Martinus Nijhoff, Genève, 1986, p. xxvii.

12 Sur ces domaines et cette évolution du droit international public, cf. notamment Georges Abi-Saab, *Cours général de droit international public*, Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1987, Vol. VII, Martinus Niijhof, La Haye, 1996, en particulier p. 319 ss.

Ce rappel sommaire nous permet de souligner l'identité du premier candidat au mariage, le droit international humanitaire, qui fait partie de ce « droit de la coexistence » visant à régler les relations de voisinage entre les Etats, mais qui n'a pas, au moins en apparence, l'ambition de s'occuper des relations du souverain avec son peuple.

### B. Les droits de l'homme

Les droits de l'homme, deuxième élément de notre futur couple, s'inscrivent en premier lieu à l'intérieur de la sphère étatique. Fruit de la confrontation entre des citoyens et leur souverain, ils ont l'ambition de définir et restreindre le pouvoir de celui-ci et ne font pas *a priori* partie des relations internationales : c'est dans les Constitutions nationales qu'ils font leur nid, avec l'évolution progressive des monarchies de droit divin vers des systèmes tirant leur légitimité du peuple : ils font alors partie du « contrat » qui lie le Gouvernement à son peuple.

Bref, nos deux candidats au mariage, s'ils avaient certes des préoccupations et certaines ambitions communes[13], vivaient dans des mondes différents et n'avaient donc, à première vue, aucune raison de se rencontrer ni, *a fortiori*, d'envisager une union.

## III. Les premiers facteurs de rapprochement

C'est la seconde guerre mondiale et le choc provoqué sur les consciences par les atrocités commises pendant cette guerre qui ont permis, en réaction, le passage des droits de l'homme dans la sphère internationale. En l'occurrence, le fait que les politiques d'extermination visaient aussi des citoyens allemands a développé le sentiment que la communauté internationale ne pouvait pas fermer les yeux sur de telles horreurs et qu'il fallait donc fixer de nouvelles limites à la souveraineté nationale.

### A. Les crimes contre l'humanité

Les Conventions de La Haye de 1899 et 1907 mentionnent déjà les « lois de l'humanité », mais sans donner un sens bien défini à cette expression, raison

[13] A ce sujet, cf. notamment Louise Doswald-Beck et Sylvain Vité, « Le droit international humanitaire et les droits de l'homme », *Revue internationale de la Croix-Rouge (ci-après : RICR)*, N. 800, mars-avril 1993, p. 99 ss.

pour laquelle les Etats-Unis ont refusé, à la fin de la première guerre mondiale, que l'on parle des violations des lois de l'humanité à côté des crimes de guerre. A juste titre, ils estimaient cette imprécision peu propre à une incrimination pénale, qui se doit d'être concrète et précise[14].

Un pas vers la notion de crimes contre l'humanité fut pourtant franchi dans le traité de paix avec la Turquie, le Traité de Sèvres de 1920, dans lequel fut insérée une clause autorisant la punition des auteurs du génocide arménien par des tribunaux alliés, indépendamment de leur poursuite par des tribunaux turcs[15]. Ce premier pas a cependant vite été effacé. Le Traité de Sèvres n'est en effet pas entré en vigueur, remplacé qu'il a été par le traité de Lausanne du 24 juillet 1923, qui, prévoyant l'amnistie pour les auteurs des crimes visés par le traité de Sèvres, ne contient plus une telle clause.

C'est donc seulement avec l'élaboration du statut du Tribunal de Nuremberg que la notion de crimes contre l'humanité fit son entrée dans le droit international. Certes, on ne vise encore que les crimes commis par les Puissances de l'Axe ou en leur nom, mais l'innovation est essentielle. Si les crimes de guerre sont des actes commis contre les nationaux d'un autre Etat, les crimes contre l'humanité – « l'assassinat, l'extermination, la réduction en esclavage, la déportation et tout autre acte inhumain »[16] le sont « contre toutes les populations civiles »[17] et couvrent donc aussi les crimes commis par des Etats contre leurs propres citoyens[18]. En faisant tomber le tabou de la souveraineté nationale, les crimes contre l'humanité jettent un premier pont entre le droit international humanitaire et les droits de l'homme.

## B. La Déclaration universelle des droits de l'homme

Il fallait toutefois encore que, sur le plan international, les droits de l'homme s'émancipent de la guerre, ce qu'ils ont fait avec l'adoption le 10 décembre 1948 de la Déclaration universelle des droits de l'homme. L'innovation n'est pas tellement dans les principes qui sont posés, mais dans le fait que l'on prétend leur donner une valeur universelle, puisque les Etats prennent les uns envers les autres l'engagement de respecter ces principes à l'égard de

---

14 A ce sujet, cf. Chérif Bassiouni, « Historical Legal Foundations : International Humanitarian Law and the Regulation of Armed Conflicts », in : *Crimes against Humanity*, Chérif Bassiouni, éd., Martinus Nihjhoff publ., Dordrecht, 1992, p. 174 ss.

15 Cf. art. 226 et 230 du Traité de Sèvres du 10 avril 1920.

16 Art. 6, lettre a, de l'Accord de Londres du 8 août 1945 portant sur le statut du Tribunal de Nuremberg.

17 *Ibidem*.

18 A ce sujet, cf. notamment Bassiouni, *op. cit*. note 14, p. 179.

tous ceux qui dépendent d'eux : les Etats acquièrent ainsi un certain droit de regard chez leur voisin et, du même coup, perdent une partie de leur propre souveraineté. Comme on l'a fait dès l'origine pour le droit international humanitaire, on a rédigé ensuite, notamment avec les Pactes du 16 décembre 1966, des traités ouverts, « à vocation universelle » : on peut alors parler du droit international des droits de l'homme.

## C. L'entrée du droit international humanitaire dans les conflits internes

Si le respect des droits de l'homme est entré dans la sphère internationale, se rapprochant par là du droit international humanitaire, on constatera que celui-ci a également fait un pas vers les droits de l'homme en entrant dans la sphère intérieure des Etats. Sous l'impulsion du mouvement en faveur des droits de l'homme et, aussi, en réaction à la cruauté particulière de certaines guerres civiles, comme la guerre d'Espagne, les Conventions de Genève de 1949 ont en effet introduit un article commun – le fameux article 3 – qui pose certaines règles et principes devant être appliqués lors des conflits armés non internationaux, principes et règles qui doivent donc être observés par un Etat à l'égard de sa propre population. On n'est toutefois pas allé dans la direction d'une redéfinition, en tenant compte des impératifs de sécurité, des droits de l'homme dont le respect s'impose à un Etat dans ces circonstances à l'égard de l'ensemble de la population. En fait, on a choisi d'élever – certes avec d'infinies précautions et exclusivement pour ce qui concerne les hostilités armées[19] – la partie dissidente de l'Etat au niveau d'un sujet de droit international, titulaire d'obligations et de droits.

En effet, il s'agit bien, pour le Gouvernement, d'obligations à l'égard de sa propre population, dans la mesure où il s'oppose à la volonté d'un certain nombre de ses citoyens qui se sont groupés soit pour le renverser, soit pour donner son indépendance ou plus d'autonomie à une partie du territoire. Mais cette obligation vise avant tout les membres ou la population de la partie adverse : on a conservé la logique du droit international humanitaire, celle d'une relation égalitaire des parties en conflit, titulaires des mêmes droits et devoirs.

[19] L'article 3 commun prend la précaution de préciser que l'application de ses dispositions « n'aura pas d'effet sur le statut juridique des Parties au conflit ».

## IV. Les crises d'identité

Nos candidats au mariage se mouvant désormais dans le même monde, leur union peut donc être envisagée. Mais la sagesse veut que l'on se connaisse bien soi-même avant de prendre un tel engagement, raison pour laquelle nous nous arrêterons brièvement sur les (petites) crises d'identité que l'un est l'autre ont traversées.

### A. L'expression « droit international humanitaire »

L'expression « droit international humanitaire », à laquelle on rattache parfois « applicable dans les conflits armés »[20], a été préférée à « droit de la guerre » que l'on utilisait auparavant. La guerre entre Etats ayant été abolie par la Charte de Nations Unies, la Convention de La Haye du 18 octobre 1907 relative à l'ouverture des hostilités devenait obsolète[21]. On ne voulait dès lors plus rattacher le droit international humanitaire au mot « guerre », d'autant plus que l'expression « droit de la guerre » est ambiguë, couvrant aussi bien le droit de faire la guerre (traduit par l'expression latine *jus ad bellum*) que le droit applicable lors des guerres (traduit par l'expression latine de *jus in bello*)[22]. De nombreux militaires restaient toutefois attachés à l'expression « droit de la guerre », plus simple et probablement aussi, au moins pour certains d'entre eux, plus « militaire ». Cette expression – comme l'expression « droit des conflits armés » – reste tolérée et elle est aussi usitée pour qualifier le « *jus in bello* ».

L'expression « droit international humanitaire » a par ailleurs dû également subir l'assaut des droits de l'homme, certains prétendant substituer à « droit international humanitaire » l'expression « droits de l'homme en temps de conflits armés ». Nous y revenons ci-dessous[23].

---

20 Le titre complet de la Conférence qui élabora les Protocoles additionnels de 1977 est en effet « Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire applicable dans les conflits armés ».

21 L'article 1 de cette Convention mentionne que les Etats ne doivent pas s'engager dans des hostilités « sans un avertissement préalable, qui aura, soit la forme d'une déclaration de guerre motivée, soit celle d'un ultimatum avec déclaration de guerre conditionnelle ». cf. Schindler / Toman, *op. cit.* note 8, p. 59 ss.

22 Sur ces questions terminologiques, cf. Robert Kolb : *Jus in bello, le droit international des conflits armés, Précis*, Helbing et Lichtenhahn / Bruylant, Collection droit international public, Bâle, Genève, Munich / Bruxelles, 2003, p. 9 ss ; et : « Sur l'origine du couple terminologique *jus ad bellum / jus in bello* » *RICR*, N. 827, 1997, p. 593 ss.

23 Cf. *infra*, V.C.

## B. L'expression « droits de l'homme »

L'expression « droits de l'homme », quant à elle, a été l'objet, dans le monde francophone – et surtout en Suisse romande ces derniers temps – d'un débat politique : peut-on (ose-t-on, diront les diplomates suisses) encore parler des « droits de l'homme » ou faut-il substituer à ceux-ci les « droits humains », au nom des femmes oubliées par les « droits de l'homme » ?

Avouons que cette querelle nous laisse songeur. « Humain » veut en effet dire « de l'homme, propre à l'homme » et ne résout donc en rien la question féministe. Les Alémaniques, grâce à leur « Mensch », sourient de cette querelle et les Anglo-Saxons sont probablement très heureux d'être considérés à bon compte comme des modèles de féminisme grâce à leur « human rights », d'autant plus que les « rights » dont parlaient les premières déclarations américaines ne concernaient certainement pas les femmes[24].

Loin de nous toutefois l'idée de traiter avec condescendance l'œuvre d'une Benoîte Groult, qui a porté avec de bonnes raisons le combat féministe dans le monde des mots. La manière dont les droits des femmes ont été bafoués tout au long de l'histoire et les violences que celles-ci ont subies et subissent encore nous l'interdisent. Mais doit-on abandonner une expression aussi chargée de sens, d'histoire et d'émotion que celle de « droits de l'homme », au profit d'une expression qui ne répond même pas à la revendication féministe ? Ce d'autant que l'adjectif « humains » accolé au mot « droits » donne le sentiment que l'on qualifie ceux-ci. Or il ne s'agit pas seulement de droits qui sont de « nature humaine » – lesquels ne le sont pas et, même, aurait-on l'idée de substituer l'expression « droits animaux » à l'expression « droits des animaux » ? – mais des droits qui appartiennent à l'individu et dont celui-ci peut revendiquer l'application contre un Gouvernement qui les viole ou les ignore.

Reste l'expression « droits de la personne », qui a le double avantage de maintenir le « de » revendicateur et d'utiliser un substantif féminin. Mais je dois avouer qu'un attachement sentimental aux « droits de l'homme » (dans le sens large – « homo » – du mot, est-il besoin de le préciser ?) ; la crainte de voir des dictateurs la comprendre comme les « droits de personne » ; et, peut-être, une certaine mauvaise foi m'empêchent d'y adhérer pleinement et me font pencher pour garder son nom de baptême à la Déclaration universelle.

---

[24] A ce sujet, notamment au sujet de la « Virginia Bill of Rights » de 1776, cf. Walter Kälin, Lars Müller et Judith Wy Henbach, éd., *The Face of Human Rights*, Lars Müller publ., Baden, 2004, p. 15. On relèvera par ailleurs que les Anglo-Saxons se sont aussi départis de l'expression « human rights » dans l'« American Declaration on the Rights and Duties of Man » de 1948.

## V. L'attirance mutuelle

Nos candidats au mariage se connaissent donc mieux eux-mêmes, vivent dans un même monde, ont des affinités communes. Encore faut-il qu'ils éprouvent une certaine attirance mutuelle pour justifier notre ambition nuptiale.

### A. L'attirance, dès son origine, du droit international humanitaire pour les droits de l'homme

La Convention de Genève de 1864, très courte – il y avait alors peu d'Etats et l'on savait s'en tenir à l'essentiel : il en va du droit international comme de la vie, plus on est de fous (d'Etats) pour rédiger une Convention, plus on s'amuse (avec les mots) – est bien une Convention entre Etats, qui réclame de chacun des concessions à l'égard des autres : il s'agit de permettre le transport et les soins des militaires tombés sur le champ de bataille. Rien n'indique une revendication du blessé face à son propre gouvernement. Et pourtant…

La révolte de Dunant et la revendication principale de son livre[25] ne vise-t-elle pas d'abord la relation des Gouvernements avec leurs propres soldats ? Le problème qu'il rencontre n'est pas tellement l'accès aux blessés mais le manque d'égard des dirigeants à l'égard de leurs propres soldats. Comment peut-on laisser mourir à petit feu les hommes qui ont défendu la nation quand, blessés, ils ne servent plus. Ne sont-ils donc rien d'autre que de la « chair à canons » ? Certes, le personnel sanitaire doit pouvoir exécuter ses tâches – c'est l'objectif de la Convention – mais il faut surtout que les Etats mobilisent et forment un tel personnel.

C'est pourquoi Dunant a également lancé une seconde idée pour répondre plus directement à cette préoccupation originaire, celle de créer dans chaque pays des Sociétés civiles de secours pour épauler les services sanitaires des forces armées. Or n'est-ce pas là une manière détournée de rappeler aux Etats leur responsabilité face à l'insuffisance de ces services et de revendiquer indirectement un droit du soldat face au Gouvernement qui l'emploie ? Par ailleurs, la manière de parvenir à cet objectif ne prépare-t-elle pas déjà l'utilisation, si importante aujourd'hui, de ce que l'on appelle la « société civile » pour parvenir à fléchir la volonté des Gouvernements[26] ?

---

[25] *Un Souvenir de Solférino*, Genève, Imprimerie Jules-Guillaume Fick, 1862, 115 p., plusieurs fois réédité.

[26] Quoique reconnues par leur Gouvernement, les Sociétés nationales de la Croix-Rouge ou du Croissant-Rouge ont fait un principe de leur indépendance et sont donc bien les précurseurs du noyau de cette « société civile », les Organisations non gouvernementales.

## B. La question des détenus politiques

Le CICR, « gardien du droit international humanitaire »[27], s'est vite senti à l'étroit dans son rôle quand il s'est trouvé en face de violences internes, y compris les conflits armés non internationaux, qui n'étaient pas couverts par le droit international humanitaire, on l'a vu, jusqu'en 1949. En fait, il a cherché de manière pragmatique à répondre à certains besoins sécrétés par ces violences internes et il a même développé une action très importante dans le domaine des détenus politiques. C'est par l'astuce de l'un de ses délégués qu'il a essayé de donner une première base logique à son action dans ce domaine. Etant en Hongrie au lendemain de la première guerre mondiale, ce délégué, constatant la situation précaire de nombreux détenus politiques hongrois, prit les dirigeants à leur propre langage. Puisque la lutte des classes avait remplacé la lutte entre Etats, ce n'était plus l'appartenance à l'Etat ennemi mais à la classe ennemie qui devait être déterminante. Les a-t-il convaincus ? Toujours est-il qu'il a effectivement été autorisé à visiter plus d'une centaine de détenus[28].

Cette action s'est ensuite considérablement développée, une base lui étant donnée dans les statuts de la Croix-Rouge internationale[29]. Le CICR a longtemps hésité à évoquer les droits de l'homme, même s'il le fait aujourd'hui avec un peu moins de retenue. Deux raisons expliquent cette timidité : d'une part si les statuts ci-dessus mentionnés donnent au CICR une base pour agir, ils ne lui confèrent en rien le rôle de « gardien des droits de l'homme » ; d'autre part, les droits de l'homme, contrairement au droit humanitaire, étaient considérés, notamment dans certaines dictatures latino-américaines, comme un cheval de Troie « gauchiste », propre à saper l'autorité et l'intégrité de l'Etat : il suffisait de prononcer l'expression « droits de l'homme » pour se voir fermer toutes les portes. Or l'ambition première du CICR n'était pas de défendre les droits de l'homme, mais d'accéder aux détenus. Il n'en reste pas moins que c'est bien dans le cadre de ceux-ci que cette activité se situe.

---

27 Sur cette notion, cf. Yves Sandoz, « Le CICR gardien du droit international humanitaire », tiré à part des *Mélanges Sahovic*, CICR,Genève, 1998.

28 Sur l'action du CICR dans ce domaine, cf. Jacques Moreillon, *Le Comité international de la Croix-Rouge et la protection des détenus politiques*, Institut Henry-Dunant / L'Age d'Homme, Genève, 1971; sur cet épisode, p. 50.

29 Les statuts de la Croix-Rouge internationale actuellement en vigueur donnent au CICR la compétence « de s'efforcer en tout temps, en sa qualité d'institution neutre dont l'activité humanitaire s'exerce spécialement en cas de conflits armés – internationaux ou autres – ou de troubles intérieurs, d'assurer protection et assistance aux victimes militaires et civiles desdits événements et de leurs suites directes ». Il peut en outre prendre « toute initiative qui rentre dans son rôle d'institution et d'intermédiaire spécifiquement neutre et indépendant ». Statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, art. 5, par. 2, lettre d et par. 3.

## C. L'amour cannibale des droits de l'homme pour le droit international humanitaire

La place très particulière du droit international humanitaire dans le système international s'est accompagnée d'un mode de fonctionnement également peu orthodoxe : les développements du droit international humanitaire ont été préparés, sur la base des expériences concrètes faites lors des conflits armés, par des travaux d'experts réunis par le Comité international de la Croix-Rouge – une institution privée, rappelons-le – et adoptés lors de Conférences diplomatiques réunies par le Gouvernement suisse. Certes, au bout du compte, ce sont bien aussi les Etats qui adoptent les textes, mais cette manière de procéder donne malgré tout au droit international humanitaire une indépendance dans le système qui favorise son développement et son application.

Lors de l'adoption de la Charte des Nations Unies, ce mode de fonctionnement n'a pas été remis en question, ni même évoqué, puisque l'on espérait révolu le temps des guerres, et donc celui du droit international humanitaire. L'idéal de la Charte veut en effet que l'agression d'un Etat par un autre soit abolie sous la supervision et avec la garantie du Conseil de Sécurité de l'ONU. La confiance en ce système a d'ailleurs entraîné logiquement la Commission du droit international qui venait d'être créée à refuser d'aborder le dossier de la révision du droit international humanitaire[30].

C'est parce qu'elle n'est pas parvenue à se donner les moyens de son ambition initiale que l'ONU, voyant le système de la Charte se gripper et la résurgence de conflits armés, a dû admettre la pertinence du droit international humanitaire, qui devenait, en tout cas pour les conflits internationaux, une sorte de bouée lancée à destination des victimes des naufrages du système international. Et c'est alors que son intérêt pour cette branche du droit international s'est réveillé. Le développement des droits de l'homme en son sein a engendré un doute sur la pertinence de maintenir la manière peu orthodoxe d'élaborer le droit international humanitaire. N'était-ce pas à l'ONU d'organiser les conférences de révision, le droit international humanitaire n'était-il pas qu'une branche des droits de l'homme ?

C'est bien dans cette direction que l'on est allé lors de la Conférence internationale des droits de l'homme de Téhéran, organisée par l'ONU en 1968, qui s'est penchée sur « le respect des droits de l'homme en période de conflits armés ». Ce faisant, la Conférence visait toutes les normes humanitaires applicables lors des conflits armés, y compris donc les conventions de

[30] Cf. Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa première session, 12 avril au 9 juin 1949, Doc. ONU A/925, par. 18.

droit international humanitaire. Et, s'adressant à l'Assemblée générale de l'ONU, elle lui a demandé « d'inviter *le Secrétaire général* – c'est nous qui soulignons – à envisager » : … « la nécessité d'élaborer des conventions humanitaires internationales supplémentaires ou de réviser éventuellement les conventions existantes pour mieux assurer la protection des civils, des prisonniers et des combattants dans tous les conflits armés… »[31].

L'ONU voulait marquer son territoire et sa prééminence dans le domaine du droit international. Elle souffrait mal l'exception que constituait le droit humanitaire et, comme on vient de le voir, son indifférence initiale se transformait en un amour cannibale : il s'agissait bien, sous le label de « droits de l'homme en période de conflits armés », d'une tentative d'engloutir le droit international humanitaire dans les droits de l'homme.

Si elle avait abouti, une telle tentative aurait évidemment fait échouer tout projet de mariage car il faut être deux pour former un couple, dont les membres, si uni soit celui-ci, se doivent de garder chacun une existence propre. Or l'absorption n'aurait pas été une heureuse solution. L'attirance de l'ONU pour le droit international humanitaire reste en effet un peu trouble. En interdisant l'utilisation de la force dans les relations internationales, sauf en légitime défense, la Charte a entraîné la culpabilisation de l'agresseur, qui n'est dès lors bien évidemment pas sur le même pied que l'agressé sur le plan du droit international. L'ONU peut être impartiale dans la solidarité qu'elle manifeste pour des victimes de conflits, mais elle n'est et ne doit pas être neutre à l'égard des parties à ceux-ci.

Le sous-système du droit international humanitaire doit donc conserver ses propres règles si l'on veut qu'il ait une chance de fonctionner et il est dès lors préférable qu'il se développe dans un cadre qui lui est propre, pour éviter la tentation de « pénaliser » également l'agresseur par le biais des normes de ce droit. Ce faisant, on enlèverait en effet toute motivation à l'agresseur de respecter ce droit et, de ce fait, toute chance à celui-ci d'être appliqué.

De fait, cette tentative n'a finalement pas abouti et, au contraire, a donné une impulsion décisive aux travaux entrepris par le CICR en vue de compléter les Conventions de Genève par l'élaboration de Protocoles additionnels, finalement adoptés en 1977. La Conférence diplomatique sur la réaffirmation et le développement du droit international humanitaire de 1974-1977 a d'ailleurs fait la démonstration de l'utilité de ce mode de faire. Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit international humanitaire a dû être âprement défendu face aux revendications des Etats nouvellement indépendants en ce qui concerne les guerres de libération et la guérilla. Le fait que le débat se soit

[31] Résolution XXIII de la Conférence de Téhéran, par. 1, lettre b. *Acte final de la Conférence internationale des droits de l'homme*, Téhéran, 22 avril-13 mai 1968. Nations Unies, New York, 1968 (Doc. A/Conf.32/41), p. 19.

tenu en dehors du cadre de l'ONU a certainement contribué au succès des négociations sur ces questions délicates[32].

## D. Le respect mutuel

Pour qu'un couple fonctionne bien, ses membres doivent se respecter et bien délimiter leurs zones d'activités respectives. En adoptant les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève (ci-dessous « les Protocoles »), les Etats ont tenu à préciser le seuil d'applicabilité des conflits armés non internationaux, excluant expressément « les situations de tensions internes, de troubles intérieurs, comme les émeutes, les actes isolés et sporadiques de violence et autres actes analogues, qui ne sont pas considérés comme des conflits armés »[33].

Cela démontre bien que tout le système du droit international humanitaire repose sur l'existence de deux parties à un conflit armé et c'est précisément cela qui différencie un conflit armé de troubles intérieurs et du système des droits de l'homme. La responsabilité bilatérale et mutuelle des parties en conflit à l'égard du droit international humanitaire, parties qui sont aussi encouragées à négocier sur sa base pour conclure des accords[34] ou, dans les conflits non internationaux, pour étendre l'application de ce droit[35], reste aussi une approche propre à celui-ci, dont il serait regrettable de se priver. Cela même si la ligne de démarcation entre un conflit armé non international et des troubles intérieurs n'est pas toujours facile à établir, d'autant plus que les situations évoluent[36], raison pour laquelle on s'est penché tout particulièrement sur ces situations de troubles ces dernières années[37].

---

32 A ce sujet cf. notamment Michel Veuthey, *Guérilla et droit humanitaire*, Institut Henry Dunant, Genève, 1976.

33 Art. 1, par. 2 du Protocole additionnel II du 8 juin 1977.

34 Voir l'article commun 6-6-6-7 des quatre Conventions de Genève de 1949.

35 L'article 3 commun demande aux parties à un conflit non international de s'efforcer « de mettre en vigueur, par voie d'accords spéciaux, tout ou partie des autres dispositions » des Conventions de Genève.

36 C'est pourquoi la couverture de ses activités dans les situations de troubles intérieurs par les statuts de la Croix-Rouge internationale mentionnés ci-dessus est si importantes pour le CICR car elle lui permet, dans les situations douteuses ou politiquement délicates, d'éviter l'écueil de lier automatiquement l'acceptation de ses activités par un Etat à la reconnaissance implicite, par celui-ci, d'une situation de conflit armé.

37 Notamment par l'adoption à Turku en 1990, par un groupe d'experts, d'une Déclaration de règles humanitaires minima, qui fut ensuite révisée et soumise à la Commission des droits de l'homme, mais sans être formellement adoptée par celle-ci. Pour le texte de cette Déclaration, cf. Schindler / Toman, *op. cit.* note 5, p. 1265 ss. A son sujet, cf. notamment Theodor Meron, *Human Rights in international strife: their international protection*, Grotius Publications, Cambridge, 1987 ; Hans-Peter Gasser, « Un minimum d'humanité dans les situations de troubles et tensions internes : proposition d'un Code de conduite », *RICR*, N. 769, janvier-février 1988, p. 45 ss et Djamchid Momtaz, « Les Règles humanitaires minimales applicables en période de troubles et de tensions internes », *RICR*, N. 831, Septembre 1998, p. 487 ss.

Le droit humanitaire ne saurait donc avoir un appétit cannibale à l'égard des droits de l'homme puisqu'il n'est applicable que dans certaines situations, mais il reste à déterminer s'il se substitue à ceux-ci *lors des conflits armés*, autrement dit s'il y a, dès que l'on a franchi son seuil d'applicabilité, remplacement total d'un système par un autre. Cette manière de voir, quoique encore récemment défendue par Israël à propos de l'applicabilité des droits de l'homme dans les territoires occupés[38], est aujourd'hui clairement rejetée, notamment par la Cour internationale de Justice[39]. Ce rejet est justifié par le fait que le droit international humanitaire ne couvre pas tous les individus qui se trouvent dans un pays engagé dans un conflit armé, qu'il soit international ou non, alors que le propre des droits de l'homme est de n'exclure personne. L'on doit donc constater sinon encore un mariage, du moins une cohabitation inévitable, qu'il s'agit de régler. Avant d'en parler, nous souhaitons toutefois relever quelques nouveaux facteurs de rapprochement survenus entre les deux corps de droit.

## VI. Les nouveaux facteurs de rapprochement

Le droit international humanitaire a fait un nouveau pas en direction des droits de l'homme en étendant le champ des personnes qu'il couvre lors des conflits armés et en tirant des droits de l'homme certains principes et règles applicables à celles-ci. Certes, certains principes fondamentaux du droit international humanitaire le poussent dès l'origine vers les droits de l'homme[40]. Mais c'est dans les Protocoles de 1977 que l'on voit apparaître, dans différents domaines, des obligations clairement ciblées sur la protection de leur propre population par les Parties en conflit, qui marquent un rapprochement indéniable vers les droits de l'homme.

---

38 Cf. notamment documents ONU CCPR/CO/78/ISR du 21 août 2003, E/C.12/1/Add.90, al. 15 et 31 du 23 mai 2003 ou Doc. ONU CERG/C/304/ADd.45, al. 12 du 30 mars 1998, la position israélienne étant par ailleurs rappelée par le Cour internationale de Justice dans son Avis consultatif du 7 juillet 2004 sur les conséquences de l'édification du mur dans le territoire palestinien occupé: cf. par. 102 ss.

39 Celle-ci s'est très clairement exprimée sur le fait que les Pactes des droits de l'homme continuaient à s'appliquer lors de conflits armés, comme sur le fait que, toutefois, le droit international humanitaire devait être considéré comme la *lex specialis* en cas de divergence: cf. Avis consultatif du 9 juillet 2004 mentionné *supra*, note 38 et Avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires, par. 24-25.

40 En ce qui concerne les blessés, par exemple, le principe de non discrimination implique que l'on traite le blessé ennemi aussi bien que ses propres blessés. Mais le bon traitement des ses propres blessés est un *a priori*, le but visé étant bien la protection des blessés ennemis. De même, si c'est essentiellement pour mettre à l'abri sa propre population que l'on peut prévoir la création de zones protégées, l'essentiel est bien l'accord que l'on doit obtenir de l'autre partie, soit l'engagement de celle-ci de ne pas attaquer ces zones.

## A. La détention

Pour les conflits armés internationaux, l'évolution la plus marquante concerne la détention. Des personnes dépendant exclusivement, sur le plan juridique, de la Partie concernée, notamment les propres citoyens d'un Etat, sont en effet couvertes par le Protocole I. Cet engagement n'est pas tellement pris à l'égard de la Partie adverse mais, comme pour les droits de l'homme fondamentaux, à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble. Les articles qui marquent cette évolution sont notamment les articles 11 et 75 du Protocole I.

L'article 11 vise la protection de la santé et de l'intégrité physiques ou mentales d'une part de toute personne au pouvoir de la partie adverse, d'autre part de toute personnes internée, détenue ou d'une autre manière privée de liberté en raison de la situation de conflit armé. Les propres citoyens de l'une des Parties au conflit qui font de la propagande contre l'engagement de l'Etat dans le conflit, qui espionnent au profit de l'ennemi ou commettent des actes de sabotage, voire qui refusent l'enrôlement alors qu'il est obligatoire[41] sont donc couverts par cette disposition. Quant à l'article 75, il est une sorte de filet de sécurité tendu pour éviter de laisser tomber en dehors de la protection du droit international humanitaire des personnes affectées par un conflit armé et non spécifiquement protégées, tels les mercenaires, mais aussi celles que l'on vient de mentionner : il énumère les garanties fondamentales de traitement et judiciaires dans une formulation reprise des instruments des droits de l'homme.

## B. La protection de la mission médicale

La mission médicale est protégée en tant que telle dans tous les conflits armés, internationaux et non internationaux, les deux Protocoles indiquant sans équivoque possible[42] que cette protection s'étend aussi au propre personnel médical d'une partie au conflit, qui ne saurait en aucun cas être puni pour des actes médicaux conformes à la déontologie médicale.

## C. Les disparitions

C'est une des pires souffrances que l'incertitude dans laquelle vivent les familles de disparus, qui passent des années entre l'angoisse et un espoir qui

41 Au moins si c'est en relation avec le conflit en question, la couverture d'un objecteur de conscience qui refuse par principe toute participation à des activités militaires étant discutable.

42 Cf. art. 16, al. 1 du Protocole I et 10, al. 1 du Protocole II.

s'amenuise au fil du temps et les empêche de faire leur deuil et de reconstruire leur vie. Il faut donc saluer le développement, ces dernières années surtout, d'actions visant à prévenir les disparitions[43], à rechercher les disparus et à s'occuper de leurs familles. Elles s'appuient sur plusieurs dispositions introduites à ce sujet dans les Protocoles, qui ont un parfum de droits de l'homme.

Par la force des choses, les mesures préventives, telles les médailles d'identification, visent d'abord les membres des propres forces armées des Parties en conflit. L'interdiction des exécutions sommaires ou des détentions secrètes couvre par ailleurs aussi les propres citoyens d'un Etat détenus pour des raisons liées au conflit armé. Enfin, le Protocole I mentionne le « droit des familles de connaître le sort de leurs membres »[44].

Lors des conflits armés en tout cas, ce principe s'impose[45] et les parties à ceux-ci doivent l'observer à l'égard des familles de la partie adverse comme des familles qui dépendent d'elles, notamment en ce qui concerne les enquêtes ou la transmission des informations.

## D. Les secours d'urgence

Les articles des Conventions de Genève concernant les actions de secours[46] sont encore marqués par l'attitude des belligérants lors de la seconde guerre mondiale, notamment celle du Royaume-Uni, qui considéraient le blocus comme un moyen de guerre essentiel et, de ce fait, marquaient de fortes réticences à toute velléité de l'alléger, de crainte d'affaiblir son efficacité. Ces articles sont, de ce fait, très restrictifs en ce qui concerne le passage des secours. Quant au devoir d'une Partie à l'égard de sa propre population, il n'est pas invoqué.

---

43 On relèvera en particulier la Conférence internationale d'experts gouvernementaux et non gouvernementaux organisée par le CICR en février 2003 et les nombreux travaux effectués en préparation et en suivi de cette Conférence, ayant donné lieu à une abondante documentation publiée par le CICR; et, tout récemment, l'adoption, par la résolution 61/77 de l'Assemblée générale du 20 décembre 2006, d'une Convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.

44 Ce droit s'applique en tout cas dans les conflits armés mais la formulation utilisée laisse entendre qu'il est universel et indépendant du Protocole. Cette interprétation large est toutefois aujourd'hui contestée. Les Etats-Unis, notamment, qui étaient pourtant à l'origine de ces dispositions, préoccupés à l'époque par le sort de leurs soldats détenus au Vietnam, considèrent la détention secrète comme un « impératif de la guerre au terrorisme » et sont, de ce fait, réticents à reconnaître aux familles ce droit universellement et sans restriction.

45 Jean-Marie Henckaerts et Louise Doswald-Beck, traduction française par Dominique Leveille, *Droit international coutumier, vol. I, Règles*, CICR / Bruylant, Bruxelles: cf. Règle 117, p. 555.

46 Cf. notamment l'article 23 de la IVe Convention.

Les Protocoles additionnels ont sur ce point fait davantage que compléter les Conventions de Genève : ils ont modifié le système. La tragédie du conflit du Nigeria (Biafra) et les images largement diffusées à la télévision, qui commençait de se répandre dans tous les foyers, d'enfants victimes de la famine, avaient marqué les esprits et modifié l'attitude des Gouvernements. Même si c'est encore avec quelques nuances, les Protocole de 1977 posent le principe que des actions de secours doivent être entreprises en faveur de l'ensemble de la population civile quand celles-ci manquent de biens essentiels à sa survie et doivent être acceptées par les Parties en conflit, le cas échéant y compris pour leur population[47]. Ils marquent ainsi un clair rapprochement avec les droits de l'homme.

## VII. La crise de pudeur

Ces grands pas du droit international humanitaire vers les droits de l'homme allaient-ils trop loin ? Le couple ne devait-il pas garder une certaine distance ? En fait, les Protocoles nous donnent bien la preuve d'une réaction « de pudeur », comme si législateur avait soudain pris peur de sa propre audace. En réalité il s'est agi surtout d'une réaction de défense de certains Etats contre ce qu'ils percevaient comme une atteinte à leur souveraineté nationale.

D'abord, les personnes visées par le Protocole doivent être détenues « en raison » du conflit (art. 11) ou si elles sont « affectées par » le conflit (art. 75), celles qui sont détenues pour des crimes de droit commun sans lien avec celui-ci n'étant pas couvertes par ce Protocole. Et, surtout, même les personnes couvertes ont un traitement différencié. Ainsi, les mauvais traitement mentionnés à l'article 11 sont qualifiés de violations graves du droit international humanitaire et, par là, de crimes de guerre, sauf s'ils sont commis par une Partie au conflit à l'encontre de personnes qui dépendent d'elle, soit, notamment, ses propres nationaux[48]. Or cette restriction diminue beaucoup la portée de la norme à l'égard de ces personnes, puisqu'il n'y a obligation de punir que les infractions graves et, surtout, que seuls les auteurs de celles-ci doivent être poursuivis sur le plan international, à travers la compétence de juridiction universelle dévolue à l'ensemble des Etats parties aux Conventions de Genève[49].

En ce qui concerne la mission médicale, tant l'article 16 du Protocole I que l'article 10 du Protocole II laissent ouverte la possibilité d'imposer au personnel médical de sa propre partie, contrairement à celui de la partie adverse

47 Cf. art. 70 du Protocole I.

48 Cf. article 11, par. 4, du Protocole I.

49 Cf. art. 49 (I^re^), 50 (II^e^), 129 (III^e^) et 146 (IV^e^) Convention de Genève.

qu'elle aurait capturé, l'obligation de donner des renseignements sur les malades soignés, au cas où la législation nationale le prescrit.

Enfin, si le principe d'actions de secours internationales est posé, celles-ci sont soumises à l'accord de l'Etat concerné, la partie gouvernementale pouvant même, dans les conflits internes, refuser des secours destinés aux territoires contrôlés par la partie dissidente[50].

## VIII. Le nouvel élan

Le refus de donner une dimension internationale aux exactions commises contre ses propres citoyens dans les conflits internationaux répondait à la logique suivie dans le cadre des conflits non internationaux : l'article 3 commun des Conventions de Genève ne connaît pas la notion d'infraction grave et on n'a pas non plus voulu l'introduire dans le Protocole additionnel II de 1977. Des considérations liées à la souveraineté nationale avaient prévalu.

On ne pouvait toutefois pas se satisfaire de cette solution boiteuse : comment admettre que l'on ne traite pas de la même manière les auteurs des mêmes crimes, surtout quand il s'agit d'actes tels que la torture. Les massacres et autres violations massives du droit international humanitaire et des droits de l'homme commises dans certaines situations, particulièrement lors des conflits de l'ex-Yougoslavie et du conflit rwandais, ont accentué ce malaise et développé le sentiment qu'il était inadmissible de laisser impunis de tels actes en quelques circonstances qu'ils aient été commis.

Sous cette pression et probablement aussi eu égard à un sentiment de culpabilité lié à son manque d'action directe et efficace pour protéger les victimes de ces conflits, le Conseil de sécurité a décidé de créer des tribunaux *ad hoc* pour punir les crimes commis lors de ceux-ci[51]. Et ces tribunaux ont eu un effet déterminant en ce qui concerne la criminalisation des crimes les plus graves commis également lors des conflits armés non internationaux. S'émancipant de ceux qui les avaient créés et allant probablement plus loin que certains d'entre eux, pour le moins, l'auraient souhaité, ces tribunaux ont progressivement développé une jurisprudence importante pour l'interprétation du droit international humanitaire[52].

---

50 Cela même si des controverses se sont ensuite développées sur les limites de ce droit, engendrant le débat sur ce que l'on a appelé le « droit d'ingérence », voire le « devoir d'ingérence ». A ce sujet cf. par exemple les articles de Mario Bettati et d'Yves Sandoz dans la *Revue de la Commission internationale de Justice*, Adama Dieng Réd., No. 49, décembre 1992.

51 Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie par la résolution 827 du 25 mai 1993 et le Tribunal pénal international pour le Rwanda par sa résolution 955 du 8 novembre 1994.

52 A ce sujet, cf. notamment Jean-François Quéguiner, « Dix ans après la création du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie : évaluation de l'apport de sa jurisprudence au droit interna-

## IX. Régler la cohabitation

Cette impulsion des tribunaux internationaux sur l'interprétation du droit international humanitaire a par ailleurs démontré l'importance de régler la cohabitation entre droits de l'homme et droit international humanitaire. Deux problèmes principaux se posent aux couples : les aléas de la vie communautaire et le rôle des parents et beaux-parents, soit, transcrits dans notre cadre, les principes de la cohabitation et le rôle respectif des gardiens des droits de l'homme et du droit humanitaire.

### A. Les principes

Sur le plan de la philosophie générale de cette cohabitation, il apparaît assez clairement que la paix étant à la fois une ambition des droits de l'homme et une condition de leur plein respect, alors que le droit international humanitaire est au contraire spécifiquement conçu pour s'appliquer lors des conflits armés, c'est bien ce dernier qui doit prévaloir lors de ceux-ci, en vertu du principe de la primauté de la *lex specialis*. La Cour internationale de Justice l'a reconnu, on l'a vu ci-dessus[53]. Cette primauté ne signifie bien sûr pas une exclusion des droits de l'homme – « … humanitarian law cannot be seen as the lex specialis that pushes aside Human Rights Law during armed conflicts »[54] – et cette prévalence ne s'applique concrètement que dans les situations où existe une véritable contradiction entre deux règles. L'exemple le plus flagrant à cet égard est celui du droit à la vie : si la privation arbitraire de la vie reste indérogeable – « arbitrary has to be interpreted according to IHL as « *lex specialis* »[55] –, le fait pour un combattant de tirer sur un combattant adverse n'est à l'évidence pas assimilable à une privation arbitraire de la vie. On verra toutefois que même cette interprétation restrictive de la primauté du droit humanitaire ne rencontre pas la pleine adhésion de certains « gardiens des droits l'homme » et d'une partie de la doctrine[56].

Pourtant, même les partisans de la primauté du droit international humanitaire en tant que *lex specialis* ne prétendent pas que la relation est unilatérale. Dans bien des domaines le droit international humanitaire est moins précis

---

tional humanitaire » et Nathalie Wagner, « The development of the grave breaches and of individual criminal responsiblity by the international Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia », *RICR*, N. 850, respectivement pp. 271 ss et 351 ss, de même que le Numéro spécial de l'*International Review of the Red Cross* consacré aux tribunaux internationaux, N. 861, Mars 2006.

53 Cf. *supra*, note 40.

54 Louise Doswald-Beck, « Humanitarian Law : Are some individuals bereft of all legal protection ? » *Proceedings of the 98th Annual meeting of the ASIL*, Washington, April 2004, p. 355.

55 Vera Gowland-Debas, *op. cit.*, p. 359.

56 Cf. *infra*, B.2.

que les droits de l'homme et ceux-ci apportent donc un éclairage bienvenu sur des dispositions de celui-là[57] : c'est notamment le cas en ce qui concerne les conditions de détention et les garanties judiciaires, même si certaines précisions ont été aujourd'hui intégrées dans le droit international humanitaire lui-même.

## B. Les querelles de famille

On sait bien que les parents (et beaux-parents) plus ou moins présents et actifs peuvent avoir une influence, positive ou négative, sur la vie d'un couple : l'application des principes de cohabitation peut donner lieu à certaines tensions, alimentées par la nombreuse famille qui entoure les droits de l'homme et le droit international humanitaire. Dans notre domaine, la question est d'autant plus délicate quand on se trouve en présence de textes conventionnels qui ne sont pas universellement adoptés. L'interprétation donnée sur la base de ceux-ci a-t-elle une portée qui dépasse le cas d'espèce ?

### *1. Les gardiens du droit international humanitaire*

Pour le droit international humanitaire, le problème de l'universalité ne se pose plus en ce qui concerne les Conventions de Genève, qui sont adoptées par tous les Etats. La question des Protocoles additionnels est plus délicate puisque ceux-ci avaient pour ambition d'une part de réaffirmer des normes coutumières, d'autre part de développer le droit. Il s'agit donc de trier les normes qui relèvent du droit international coutumier impératif, qui lient tous les Etats, de celles qui n'obligent que les parties à ces instruments. C'est une tâche d'autant plus ardue que ce partage n'est jamais définitif, certaines normes non reconnues comme coutumières à l'origine l'étant devenues du fait de l'évolution de la pratique et de *l'opinio juris* des Etats. En ce sens, le travail, effectué sous l'égide du CICR[58], d'identifier les normes coutumières, si utile soit-il, devra être régulièrement mis à jour pour garder sa pertinence.

Reste en outre, pour l'ensemble du droit humanitaire, la question de son interprétation dans des situations concrètes. Ce n'est pas une mince affaire, notamment pour la partie de ce droit concernant la conduite des hostilités, soit celle qui a été l'objet principal du Protocole I de 1977. L'exercice est particulièrement délicat pour ces normes car plusieurs d'entre elles se limitent à poser des principes et ne sont pas d'une parfaite clarté. Or, ce manque de clarté n'est pas toujours accidentel mais provient du fait que les négociations

[57] En ce sens, cf. notamment Jelena Pejic, *op. cit.* note 54, p. 334.

[58] Cf. *supra*, note 45.

ayant laissé subsister certaines divergences, le consensus n'a été obtenu que sur des normes escamotant celles-ci.

### *a) Le rôle du CICR*

Le CICR, auquel la communauté internationale a reconnu un rôle particulier dans ce domaine[59], a bien essayé de préciser le contenu de ces normes, d'abord par les Commentaires des Conventions et des Protocoles, puis par l'étude sur le droit international humanitaire coutumier[60], dont il a encouragé et permis la rédaction. Ces ouvrages n'apportent toutefois pas la réponse à tout. L'Etude sur le droit international coutumier, en particulier, clarifie le caractère coutumier ou non d'une norme, mais pas toujours l'interprétation de celle-ci.

Quand il est confronté à des problèmes sur le terrain dont l'analyse demande une interprétation du droit humanitaire, le CICR cherche d'abord à établir les faits, puis, s'il ne s'agit pas d'une violation incontestable, à dialoguer sur la portée de la norme. Mais il ne s'érige pas en juge et ce dialogue reste confidentiel, l'objectif étant avant tout d'améliorer concrètement la situation. Certes, ces expériences alimentent la réflexion sur le développement du droit humanitaire, mais elles n'ont pas une fonction jurisprudentielle.

### *b) Le rôle des Organisations non gouvernementales*

Les Organisations non gouvernementales dont l'objectif principal est précisément de dénoncer les violations des droits de l'homme se penchent aujourd'hui indifféremment sur les violations de celui-ci ou sur celles du droit international humanitaire et, n'ayant pas le souci de nuire à leur action sur le terrain, sont moins prudentes que le CICR[61] dans les rapports qu'elles font à ce sujet sur des situations concrètes[62]. Le premier obstacle de taille qui reste alors à surmonter est celui de l'établissement des faits. Il s'agit ensuite de déterminer si un fait avéré constitue, ou non, une violation d'une disposition de droit humanitaire ou des droits de l'homme. Et c'est là que l'interprétation de la norme prend toute son importance. Certes, l'interprétation donnée à une norme par ces Organisations ne lie pas les Etats, mais la publicité donnée à leurs rapports, largement relayés par les médias, pèse sur les Etats, en tout

---

59 Les statuts du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge donne en effet au CICR la compétence de « travailler à la compréhension et à la diffusion du droit international humanitaire et d'en préparer les développements » (art. 5,2,g de ces Statuts).

60 Cf. *supra*, note 45.

61 On pensera notamment à Amnesty international et à Human Rights Watch.

62 A ce sujet, cf. notamment Rachel Brett, « Les Organisations non gouvernementales de défense des droits de l'homme et le droit international humanitaire », *RICR*, N. 831, septembre 1998, p. 569 ss.

cas dans les démocraties, qui sont contraints de s'expliquer soit sur les faits soit sur le droit.

### *c) Le rôle des juges*

Le rôle des juges est également primordial, que ce soit sur le plan national ou sur le plan international. Sur ce dernier plan, les regards se tournent naturellement tout d'abord vers la Cour international de Justice (CIJ), qui s'est prononcée à plusieurs reprises sur divers aspects du droit international humanitaire[63]. Nous ne pouvons évidemment pas faire ici l'analyse de cet apport, qui est loin d'être négligeable[64]. Il convient toutefois de relever que la Cour ne peut pas jouer le rôle d'arbitre permanent et définitif de toutes les querelles d'interprétation du droit humanitaire, comme on pourrait le souhaiter, d'une part parce que son apport n'est qu'occasionnel, en fonction des cas qui lui sont soumis, d'autre part du fait que la reconnaissance par les Etats du caractère obligatoire des décisions prises par la Cour sur l'interprétation des traités ou sur tout autre point de droit international reste facultative[65]. De même, les positions de la Cour prises dans ses Avis consultatifs, même si elles ont une autorité morale indéniable, ne sont déterminantes que pour ceux qui veulent bien les reconnaître comme telles[66]. En outre, l'imposition de décisions exécutoires de la Cour aux Etats récalcitrants dépend du bon vouloir du Conseil de Sécurité, mettant *de facto*, du fait du droit de veto, les membres permanents de ce Conseil à l'abri de sanctions. Tout cela ne doit toutefois pas diminuer l'importance des interprétations faites par la Cour. L'ardeur mise par les Etats à défendre ce qu'ils estiment être leur intérêt, même quand il ne s'agit que d'Avis consultatifs, démontre que les prononcés de la Cour ont de l'impact et affaiblissent sur le plan international comme sur le plan interne les Gouvernements qui s'en démarquent.

Le caractère occasionnel des décisions de la CIJ sur des points de droit international humanitaire ouvre une place importante aux tribunaux internationaux pénaux, mentionnés ci-dessus, pour l'interprétation de ce droit. Le flou et l'approximation ne conviennent pas à la justice pénale : il faut bien dire

---

63 Notamment dans les arrêts : « Affaire du détroit de Corfou », du 9.4.1949 ; et « Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci » du 27.6.1986 ; et dans les Avis consultatifs : « sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires », du 8.7.1996 ; et « sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé », du 9.7.2003.

64 A ce sujet, cf. notamment Vincent Chétail, « The contribution of the International Court of Justice to international humanitarian law, *RICR*, N. 850, Juin 2003, p. 233 ss.

65 Cf. art. 36, par. 2 du statut de la CIJ.

66 Sur ces Avis, cf. notamment Georges Abi Saab, « On discretion, reflection on the nature of the consultative function of the International Court of Justice », *International Law, the International Court of Justice and Nuclear Weapons*, Laurence Boisson de Chazournes et Philippe Sands, éd., Cambridge University Press, 1999, p. 36 ss.

si une personne incriminée est ou n'est pas coupable. Mais le juge peut-il, sans outrepasser ses compétences ou troquer sa robe de juge pour le complet du politicien, suppléer aux carences du législateur quand celui-ci est resté trop vague pour des raisons politiques et que la CIJ ne lui donne pas des indications claires à cet égard ? Il est arrivé que les juridictions pénales aient eu des scrupules à cet égard[67]. Il faut dire d'ailleurs que la CIJ ne les a pas encouragées à aller trop loin puisque même elle s'est déclarée incapable de répondre à une question juridique qu'on lui posait « vu l'état actuel du droit international dans son ensemble »[68].

Cette timidité n'a toutefois pas été la règle dans les Tribunaux pénaux internationaux, bien au contraire. Ceux-ci ont en effet pris des positions audacieuses, allant même parfois clairement au-delà des textes conventionnels en s'appuyant sur ce qu'ils estimaient être une évolution coutumière de certaines normes. Ont-ils entériné cette évolution ou, certains pourraient le prétendre, largement contribué à la provoquer ?

Le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie (TPIY) a jugé l'interprétation d'une norme (celle du contrôle impliquant la responsabilité) totalement en harmonie avec « le but fondamental de la IVe Convention consistant à assurer la protection maximale possible aux civils … dans la mesure où elle permet une meilleure protection des victimes civiles des conflits armés »[69], s'ouvrant ainsi la voie pour trancher en faveur des victimes toute disposition dont l'interprétation n'est pas claire. On peut s'en réjouir mais sans oublier toutefois que le juge pénal « doit essayer de maintenir un équilibre délicat entre la nécessité d'interpréter la loi afin de la faire adapter à l'évolution de la société internationale, et le strict respect des règles et principes du droit international pénal, qui garantissent les droits de l'accusé et le caractère équitable du procès »[70].

---

67 On pensera notamment à la décision de non-lieu du Procureur du Tribunal pénal international sur l'ex-Yougoslavie en ce qui concerne d'éventuelles violations du droit humanitaire, prise sur la base d'un rapport estimant, notamment, que « le droit n'est pas suffisamment clair … pour étayer des accusations… » : cf. Final Report to the Prosecutor by the Committee Established to review the NATO Bombing Campaign Against the Federal Republic of Yugoslavia, La Haye, 13 juin 2000, traduction partielle dans Sassoli / Bouvier : *Un droit dans la guerre ?*, CICR, Genève, 2003, vol. II, p. 1634 ss.

68 Avis consultatif du 8.7.1996 cité *supra*, note 63, par. 97. La Cour a toutefois bien reconnu le danger pour le droit international et la stabilité de l'ordre international de cette zone d'incertitude, mais en renvoyant aux Etats la responsabilité de clarifier les choses (idem, par. 99).

69 Arrêt TPIY « Le Procureur contre Aleskovski », Chambre d'appel, 24.3.2000, Affaire N. IT-95-14/1A, par. 146.

70 Amna Gaillali, « La Convergence entre droits de l'homme et droit humanitaire dans la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie », *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques*, Lausanne, Vol. l83, No. 3, septembre-décembre 2005, p. 291.

La reconnaissance de l'existence de crimes de guerre dans les conflits non internationaux par la chambre d'appel du TPIY dans l'arrêt Tadic est certainement l'évolution la plus marquante due à la jurisprudence du TPIY. Un peu à l'instar de l'astuce sémantique utilisée en 1919 par le délégué du CICR en Hongrie pour revendiquer la visite de détenus politiques[71], la chambre d'appel « va considérer que le critère pour déterminer les personnes protégées n'est plus celui de la nationalité mais le lien d'allégeance entre ces personnes et l'autorité qui les détient »[72]. Elle ouvre ainsi à la répression internationale des crimes commis par un Etat contre ses propres nationaux, que ce soit dans un conflit international ou non international.

Or cette impulsion du TPIY a été déterminante, comme on a pu le constater lors de l'élaboration, puis de l'adoption du Statut de Rome établissant une Cour pénale internationale permanente. De nombreux crimes commis lors de conflits armés non internationaux sont bel et bien considérés comme des crimes de guerre et inclus dans le Statut[73], qui casse le tabou de l'internationalisation, sur le plan du droit international humanitaire, de crimes commis par un Etat contre ses propres nationaux[74] et investit ainsi un bastion de la souveraineté nationale.

On constate toutefois d'apparentes querelles de familles entre les instances judiciaires, la plus flagrante étant la contradiction manifeste entre l'interprétation donnée par la CIJ et le TPIY sur la notion de contrôle du territoire[75]. On peut le regretter et, dans la durée, souhaiter une hiérarchisation plus claire des instances judiciaires internationales pour renforcer la crédibilité globale, et donc l'efficacité de la justice internationale. Cette exigence butte toutefois sur le fait que la CIJ n'a que de rares occasions de se prononcer sur l'interprétation de certaines normes et que celles-ci évoluent. On ne doit par ailleurs pas exagérer la portée de la divergence mentionnée ci-dessus : vu le temps écoulé entre les deux décisions, on pourrait mettre la position du TPIY sur le contrôle du territoire sur le compte de l'évolution du droit international plutôt que de la considérer comme un acte de rébellion à l'égard de la CIJ[76].

---

71 Cf. *supra*, V.B.

72 Amna Gaillali, *op. cit.* note 70, p. 289.

73 Cf. art. 8,2,c et e.

74 Sans pour autant, ce que l'on doit regretter, introduire la notion pour les crimes commis contre ses propres nationaux lors des conflits armés internationaux : l'art. 8,2,b,x du Statut continue de faire référence aux personnes « d'une partie adverse ».

75 A ce sujet, cf. notamment Lara Olson et Marco Sassoli, « The Judgment of the ICTY Appeals Chamber on the merits in the Tadic Case : new horizons for international humanitarian law and criminal law ? », *RICR*, N. 839, septembre 2000, p. 733 ss.

76 Sur cette question de la relation entre les différentes juridictions internationales, universelles, régionales ou *ad hoc*, et sur une éventuelle hiérarchisation de celles-ci, cf. notamment : *Les Juridictions internationales : complémentarité ou concurrence ?*, sous la direction de Olivier Delas, René Côté, François Crépeau et Peter Leuprecht, Bruylant, 2005. Si certaines suggestions de

Le développement de la justice pénale internationale laisse par ailleurs encore une large place aux Organisations non gouvernementales mentionnées ci-dessus, car celles-ci peuvent réagir à toute situation de violation, sans besoin d'être sollicitées et sans connaître les entraves placées sur le chemin de la justice pénale internationale[77].

## 2. *Les gardiens des droits de l'homme*

Dans le domaine des droits de l'homme, le caractère impératif, sur le plan universel, de certaines dispositions ne fait guère de doute, en particulier celles pour lesquelles le Pacte sur les droits civils et politiques ne tolère aucune dérogation. Il n'en va toutefois pas de même pour toutes les règles et se pose donc la question du caractère coutumier, et donc de l'applicabilité à des situations concrètes, de certaines dispositions conventionnelles, étant entendu toutefois que l'on dispose à ce sujet d'une jurisprudence et d'une doctrine abondantes, que l'on ne saurait évoquer dans ce court article.

Il convient de distinguer différents cadres. Le cadre universel, d'abord, sans référence particulière à un instruments conventionnel, tel celui du Conseil des droits de l'homme (l'ancienne Commission des droits de l'homme) ; celui de la mise en œuvre d'obligations découlant d'un traité à vocation universelle, tel le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ; et, celui, enfin, dans lequel se meuvent les gardiens de Conventions régionales, telle la Convention européenne ou la Convention interaméricaine des droits de l'homme.

Dans le premier cadre, l'on a une tendance naturelle à examiner le contexte juridique général et l'on tient compte aussi bien des droits de l'homme que du droit humanitaire quand l'on est en présence d'une situation de conflit armé[78]. La Commission des droits de l'homme a fréquemment abordé des

développement formel du système sont faites, notamment celle de reconnaître à la CIJ la compétence d'appel ou de cassation des jugements de tribunaux internationaux (préface du Juge Gilbert Guillaume, pp. XI-XII), d'autres intervenants ont mis l'accent sur l'autonomie que devaient garder les juridictions internationales travaillant à différent aspects du droit international et sur le fait que « even diverging opinions may be an asset, rather than a problem in the effort to monitor the development of international law and its adapting to different circumstances » (Mauro Politi, p. 47). Mais l'accent a finalement surtout été mis sur la nécessité de renforcer encore le dialogue entre les différentes juridictions internationales pour éviter d'une part les incohérences jurisprudentielles, d'autre part le développement d'un véritable « forum shopping » (soit la possibilité pour le demandeur de choisir entre plusieurs la juridiction la mieux à même de lui donner satisfaction). Enfin la question a été posée de l'établissement plus clair d'une « hiérarchie de valeurs » en droit international, plaçant très haut les droits fondamentaux de la personne (cf. Peter Leuprecht, p. 184).

77 Notamment le possible blocage de la CPI par le Conseil de sécurité : cf. art. 16 du Statut de la CPI.

78 A ce sujet, cf. notamment Daniel O'Donnell, « Tendances dans l'application du droit international humanitaire par les mécanismes des droits de l'homme des Nations Unies », *RICR*, N. 831, Septembre 1998, p. 517 ss.

situations dans lesquelles le droit international humanitaire était applicable et elle a pris ce droit en compte dans ses analyses, à côté de celui des droits de l'homme. C'est aussi l'approche adoptée par le Haut Commissariat des droits de l'homme quand il examine une situation de sa propre initiative. Le droit humanitaire est alors examiné en tant que tel, et pas seulement pour l'éclairage qu'il peut donner aux droits de l'homme.

Les organes chargés de veiller à l'application d'un pacte ont évidemment une approche différente, liée à leur mandat. La question à laquelle ils doivent répondre est celle de savoir si des obligations conventionnelles spécifiques sont respectées. Dans ce cas, le droit humanitaire n'est pas traité en tant que tel, mais en ce qu'il donne un éclairage sur le contenu d'une disposition du Pacte quand celui-ci s'applique en temps de conflit armé. C'est essentiellement les dispositions de ce droit dont on estime qu'elles sont universellement applicables qui donnent cet éclairage et comme on se situe dans le cadre d'un système qui tend à l'universalité aussi bien dans le domaine des droits de l'homme que dans celui du droit international humanitaire, la prise en compte de celui-ci ne fait en principe pas problème[79].

La question est plus délicate en ce qui concerne les instruments régionaux. Les Etats liés par ces instruments s'engagent spécifiquement à des obligations qui vont au-delà de celles qui s'imposent sur le plan universel. Comme le droit international humanitaire ne connaît pratiquement pas l'approche régionale, au moins en ce qui concerne ses normes de fond, on pourra avoir tendance à se pencher avec moins d'attention sur l'influence que devrait avoir ce droit, dans les situations de conflit armé, sur l'interprétation des normes de l'instrument régional, voire de n'interpréter l'instrument régional qu'en fonction de ses dispositions et des dérogations qu'il permet. Cela sans ignorer toutefois que tant la Convention interaméricaine que la Convention européenne contiennent des clauses de sauvegarde en ce qui concerne le respect d'autres normes du droit international liant les Etats parties[80].

La Cour interaméricaine des droits de l'homme n'a pas suivi la voie de l'autonomie, se reconnaissant même une «compétence pour appliquer directement le droit international humanitaire»[81]. Si elle rejette «the lex spe-

[79] Sur la pratique du Comité des droits de l'homme, cf. notamment Markus Schmidt, «Vers une jurisprudence internationale en matière de droits de l'homme – L'expérience du Comité des droits de l'homme de l'ONU», *op. cit*. note 76, p. 163 ss.

[80] Cf. notamment art. 29b de la Convention américaine et art. 60 de la Convention européenne.

[81] Au sujet de cette approche, adoptée par la Commission dans son rapport du 30 octobre 1997 sur l'affaire de Tablada, cf. notamment l'analyse critique faite par Liesbeth Zegveld: «Commission interaméricaine des droits de l'homme et droit international humanitaire: commentaire de l'affaire de *Tablada*», *RICR*, N. 831, septembre 1998, p. 543 ss. Sur le travail de la Commission, cf. Christina M. Cerna, «How the interamerican system for the protection of Human Rights has contributed to the development of international law», *op. cit*. note 76, p. 127 ss.

cialis application of humanitarian law on jurisdictional grounds » la Cour interaméricaine « continues to refer to and consider humanitarian law provisions ». Quant à la Commission interaméricaine, elle applique « relevant rules of humanitarian law as sources of authoritative guidance in its resolutions » concernant des « claims alleging violations of the American Convention in combat situation »[82].

En revanche, la Cour européenne des droits de l'homme est beaucoup plus réticente à s'appuyer sur le droit international humanitaire. Comme il l'a été relevé, la Cour aurait pourtant bien la compétence de procéder à un examen à deux niveaux, en cas de dérogations à la Convention : « d'une part, le contrôle du respect des droits auxquels on peut déroger et de ceux auxquels on ne peut pas déroger dans une situation de conflit armé et, d'autre part, la mesure dans laquelle les restrictions aux droits faisant l'objet d'une dérogation sont limitées eu égard aux obligations découlant du droit humanitaire »[83]. Malgré cela, la Cour n'a pas fait directement référence au droit international humanitaire, se posant la question « de savoir si une mesure dérogatoire s'imposait *stricto sensu* au vu des exigences de la situation », sans s'occuper de qualifier la situation et laissant à l'Etat défendeur la compétence de déclarer que le seuil d'applicabilité de ce droit était franchi, ainsi qu'une « grande marge d'appréciation afin de déterminer si un danger public menace ou non la vie de la nation »[84]. Pour la Cour, l'existence d'un conflit armé est perçue avant tout comme une excuse à des dérogations à la Convention européenne, que le défendeur doit justifier. Le fait qu'elle ouvre par ailleurs le champ à l'application du droit international humanitaire n'est pas sa préoccupation directe.

Cette voie séparée semble se confirmer, sinon se renforcer, dans des arrêts récents de la Cour concernant les activités militaires russes en Tchétchénie[85]. Nous ne saurions pas non plus, dans le cadre limité de cet article, faire l'analyse approfondie de ces arrêts[86] mais nous relèverons néanmoins quelques éléments qui nous semblent utiles à notre réflexion[87]. Dans ces arrêts, la Cour se penche sur des problèmes relevant du droit international humanitaire sans s'appuyer directement sur ce droit et en interprétant des normes de celui-ci

---

82 Cf. William Abresh, « A Human Rights Law of Internal Armed Conflict : the European Court of Human Rights in Chechnya », *The European Journal of International Law*, Vol 16 (2005), N. 4, p. 741 ss (p. 743).

83 Aisling Reidy, « La pratique de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme en matière de droit international humanitaire », *RICR*, N. 831, septembre 1998, p. 551 ss.

84 *Op. cit.*, p. 556.

85 Case of Isayeva v. Russia ; of Yusupova v. Russia and Batayeva v. Russia ; of Khashiev and Adayeva v. Russia, ECHR 57947/00 ; 57948/00 ; 57949/00.

86 Au sujet desquels cf. notamment William Abresh, *op. cit.* note 82.

87 Tout en remerciant le professeur Xavier Philippe de nous avoir transmis ses propres réflexions sur le sujet, qui nous ont été très utiles.

sans s'estimer liée par l'interprétation qui en est faite dans d'autres fora. Par ailleurs, elle n'attache pas une grande importance à la qualification de la situation, partant de l'idée que certains standards minimaux sont applicables en toutes circonstances. Enfin, elle examine le bien-fondé des dérogations aux normes de la Convention européenne décidées pour des raisons de sécurité indépendamment de l'existence d'un conflit armé.

Or, dans le système du droit international humanitaire, on commence par qualifier la situation, l'existence d'un conflit armé, international ou non, déterminant l'applicabilité de ce droit qui, le cas échéant, lie également toutes les parties au conflit. On ne s'occupe alors plus, dans ce cadre, du problème de fond qui a provoqué le conflit ni des responsabilités des uns et des autres à cet égard. C'est le principe, essentiel pour que le droit international humanitaire puisse jouer son rôle et pour qu'un dialogue soit maintenu à son sujet entre toutes les parties au conflit, de la séparation du *jus ad bellum* et du *jus in bello*.

Dès lors, par l'approche qu'elle a choisie, la Cour européenne n'est d'aucun secours aux gardiens du droit humanitaire en ce qui concerne la question essentielle de l'applicabilité, pour les raisons données ci-dessus ; remet en question l'interprétation du *jus in bello* indépendamment du *jus ad bellum* ; et ne contribue pas à la cohérence de l'interprétation des normes substantielles du droit humanitaire. Elle tend ainsi à privilégier le développement de deux systèmes parallèles et indépendants.

Cela peut avoir des avantages. L'analyse critique de la raison d'être de la violence utilisée est évidemment un ajout[88], d'autant plus que, dans la perspective de la Convention européenne, la charge de la preuve incombe, dans le cas d'allégations de violations ayant une forte vraisemblance, à l'Etat défendeur, en l'occurrence la Russie.

Le revers de la médaille est que les messages passés seront alors brouillés. Les critiques et recommandations émises par le gardien des droits de l'homme (en l'occurrence la Cour européenne) ne seront – ne pourront – pas être les mêmes que celles émises par le gardien du droit international humanitaire. Pour celui-ci, en effet, l'existence du conflit est un point de départ et la légitimité de celui-ci n'entre pas en ligne de compte dans son évaluation du droit humanitaire, d'autant plus qu'il doit aussi s'adresser à la partie dissidente, ignorée par la Cour européenne du fait du mandat de celle-ci, auprès de laquelle la mise en question de la légitimité de son engagement dans un conflit

88 En ce sens, cf. notamment William Abresh, qui estime que la Cour a adopté une approche « that shows great promise ». Selon lui, … « with rules that treat armed conflicts as law enforcement operations against terrorists », cette approche « may prove both more protective of victims and more politically viable than that of humanitarian law ». *Op. cit.* note 82, p. 767.

armé ôterait à l'évidence toute chance à des démarches concernant le respect du droit international humanitaire.

La complémentarité de messages différents n'est pas nuisible, mais la contradiction engendre le risque que les Etats concernés se jettent dans la brèche ainsi ouverte pour discréditer ces « gardiens » peu cohérents, pour éluder leur responsabilité, voire pour échapper à leurs obligations. Bref, l'incohérence du couple droit international humanitaire et droits de l'homme risque de nuire à son efficacité. Certes, le cadre n'est en l'occurrence que régional et il ne s'agit pas de peindre le diable sur la muraille. Les Européens sont conscients de l'importance d'une harmonisation du droit communautaire avec le droit international[89]. Or la Convention européenne, même si l'Union européenne n'en est pas directement partie, est dans la pratique considérée « comme une véritable source directe de droit communautaire »[90].

## *3. Remarque finale*

Dans toute famille, nous concluerons par cela, il est préférable que les parents soient, dans toute la mesure du possible, unis et cohérents pour être respectés. Il en va de même avec les gardiens du droit humanitaire et des droits de l'homme. Certes, les coups de boutoir des cousins rebelles (les ONGs), comme l'émulation qui peut exister entre les juridictions internationales, peuvent créer une dynamique positive. Mais les querelles de juges ou d'autres serviteurs du droit international ne servent certainement pas, dans la durée, l'intérêt des droits dont ils défendent le respect. Le système encore fragile de la justice internationale a tout intérêt à démontrer sa cohérence et sa cohésion et l'on souhaitera que continue de se développer, au service d'un tel objectif, un dialogue soutenu entre tous ces acteurs[91].

---

89 Selon Denys Simon, parallèlement à l'affirmation de l'autonomie du droit communautaire par rapport au droit international général, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes révèle une volonté « d'assurer dans l'ordre communautaire le respect de la légalité internationale » : « Les Juridictions régionales concourent-elles au renforcement ou à l'émiettement du droit international ? », *op. cit*. note 76, p. 61 ss (p. 69).

90 *Op. cit*. p. 70 s. Cf. aussi, dans le même sens, Jean-Pierre Puissochet, « La CJCE et les principes généraux du droit » : *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 1997.

91 En ce sens et avec quelques suggestions plus précises, cf. notamment la préface de Gilbert Guillaume et le Rapport de synthèse de Peter Leuprecht de l'*op. cit*. note 76.

## X. Sanctionner

S'il est un domaine où il s'agit de rester uni, c'est bien celui de la sanction, qui est le complément indispensable de tout système de protection. Les deux membres de notre futur couple doivent être également protégés. Ils le sont par des voies différentes jusqu'à un certain stade, dont on a souvent cherché à comparer les mérites[92]. Les droits de l'homme visent plutôt la pression sur les Etats, par des rapports qui mettent à l'index ceux qui sont coupables de violations et leur font des recommandations. Ce système est considéré par certains comme un élément marquant la supériorité du système des droits de l'homme – même si les recommandations faites sur la base de ces rapports ne sont pas juridiquement contraignantes[93] – du fait de leur « strong moral and political authority »[94]. Mais outre le fait que le droit international humanitaire prévoit d'autres moyens qui ont aussi leurs mérites, comme on le verra ci-dessous, il convient de rappeler que ces rapports peuvent couvrir des violations du droit international humanitaire vu l'approche ouverte à cet égard, comme on l'a vu ci-dessus[95], adoptée par différentes instances veillant au respect des droits de l'homme quand elles examinent l'état de ceux-ci dans des situations de conflit armé. L'utilité d'introduire un système de rapports obligatoires dans le cadre du droit humanitaire – avec la lourde bureaucratie que cela impliquerait – apparaît dès lors douteuse.

Le droit international humanitaire, de son côté, prévoit un système de contrôle sur place qui permet d'agir plus efficacement en amont des violations, ce que les droits de l'homme ne prévoient que de manière *ad hoc* ou dans le cadre de Conventions spécifiques, notamment la Convention contre la torture. Il privilégie par ailleurs la traque individualisée et universelle des criminels de guerre, avec l'obligation pour l'Etat dont il dépend de punir tout auteur d'un crime de guerre et le système de la juridiction pénale universelle[96].

---

92 En ce sens, cf. notamment Marco Sassoli, « Mise en œuvre du droit international humanitaire et des droits de l'homme, une comparaison », *Annuaire suisse de droit international*, 1987, Bd. XLIII.

93 On regrettera d'ailleurs que même la Convention européenne des droits de l'homme n'impose pas encore vraiment aux Parties contractantes d'appliquer les arrêts de la Cour européenne : à ce sujet, cf. notamment David Krähenbühl, *L'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Mémoire de Master sous la direction du professeur Pascal Mahon (Prix UniNext), Faculté de droit, Université de Neuchâtel, octobre 2006.

94 Cf. Fiona Ang, *Article 38, Children in Armed Conflicts. A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haye, 2005, p. 11.

95 *Supra*, IX.B.2.

96 Cf. *supra*, VII et note 49.

Les juridictions pénales internationales ont elles aussi mis l'accent sur les crimes de guerre. Même si elles ne se limitent pas à ceux-ci, elles ne s'occupent pas systématiquement des violations, même graves, des droits de l'homme, mais seulement des crimes commis dans certaines situations[97]. Cette solution a un caractère boiteux, car le fait que deux individus ayant commis des crimes similaires puissent être arrêtés et jugés non pas seulement en fonction de cet acte, mais aussi de la situation dans laquelle il a été commis, blesse l'idée de justice. Cette individualisation sélective de la poursuite pénale internationale n'est donc pas très satisfaisante, même si on peut la comprendre. Qui trop embrasse mal étreint et il fallait bien fixer certaines priorités à la CPI.

Mais au-delà de la répression individuelle, reste le problème de faire cesser des violations massives des droits de l'homme ou du droit international humanitaire commises par des Etats ou par des parties dissidentes à des conflits armés non internationaux. La coexistence pacifique et la souveraineté des Etats sont des piliers de la Charte et excluent en principe toute initiative armée individuelle des Etats à l'encontre d'autres Etats. Et le Conseil de sécurité, qui a le monopole de l'usage des moyens coercitifs, ne peut utiliser de tels moyens qu'en cas de menaces à la paix et à la sécurité internationales. Comment donc prendre au sérieux l'obligation de respecter les droits de l'homme et le droit international humanitaire ? Allait-on faire passer de telles violations au compte « pertes et profits » ?

Pour l'éviter, il s'agissait d'établir une relation entre les droits de l'homme et la paix, ce qui fut fait : les Pactes des droits de l'homme furent bien considérés comme des contributions à la paix[98] et Perez de Cuellar put alors parler, dans un rapport de 1969, de « la relation étroite qui existe entre la conduite outrancière des Gouvernements et leurs propres citoyens, et l'agression d'autres nations, soit entre le respect des droits de l'homme et la paix »[99]. Des violations graves et étendues de ceux-ci constituaient une menace à la paix et à la sécurité internationales et pouvaient donc, de ce fait, légitimer une action du Conseil de sécurité. Ce n'est d'ailleurs pas là qu'une astuce sémantique : comme on a pu le constater à maintes reprises, de telles violations provoquent des exodes massifs, qui ont un effet déstabilisant sur toute la région touchée et menacent véritablement la paix et la sécurité internationales.

---

97 Même si la tendance est à un élargissement des situations dans lesquelles des violations des droits de l'homme sont poursuivies sur le plan international : à ce sujet, cf. notamment John Dugard, « Combler la lacune entre droits de l'homme et droit humanitaire : la punition des délinquants », *RICR*, N. 831, septembre 1998, p. 477 ss.

98 En ce sens, cf. Dietrich Schindler, « Human Rights and Humanitarian Law », in *The American University Law Review*, Washington College of Law, Vol. 31, Summer 1982, special issue, p. 936 (935 ss).

99 Respect des droits de l'homme en temps de conflits armés, Rapport du SG, 24 UN GAOR Annex (agenda Item 61) at 10, U.N. Doc. A/720 (1969).

Or, à l'instar de celles des droits de l'homme, les violations graves et étendues du droit international humanitaire peuvent être en elles-mêmes considérées comme des menaces à la paix internationale, justifiant une intervention de l'ONU. Les droits de l'homme et le droit international humanitaire se trouvent donc là réunis quand il ne reste plus que l'usage de la force pour faire cesser leurs violations massives. Le Protocole additionnel de 1977 mentionne d'ailleurs expressément que «dans les cas de violations graves» du droit international humanitaire, les Parties contractantes s'engagent à agir «en coopération avec l'Organisation des Nations Unies et conformément à la Charte des Nations Unies»[100].

Bref, quand l'un ou l'autre des membres du couple subit de graves maltraitances, il n'y a plus qu'un seul recours: qu'il s'agisse de violations graves et massives des droits de l'homme ou du droit international humanitaire, les gardiens de l'un et de l'autre de ces droits n'ont d'autres choix que de s'en référer au Conseil de sécurité[101].

Certes, on s'en réjouira pour la sécurité des relations internationales, tout en soulignant l'importance de trouver des solutions pour développer la cohérence de ce Conseil, qui a trop souvent manqué à ses devoirs. On ne peut toutefois pas ignorer qu'une intervention faite sous le chapeau de l'ONU ne saurait être envisagée sans que celle-ci prenne en compte la raison d'être du conflit, au vu de sa mission principale du maintien de la paix: quand l'ONU a décidé d'autoriser une intervention armée pour repousser l'Irak à la suite de l'invasion du Koweït, en 1991, elle n'a pas eu pour seule ambition de faire cesser les violations du droit international humanitaire commises par le premier lors de son occupation du second, la raison d'être de l'intervention étant bien avant tout de mettre un terme à cette occupation.

On n'évite pas, de ce fait, une certaine ambiguïté dans le rôle que peut jouer l'ONU en ce qui concerne le respect du droit international humanitaire. D'où l'importance de la neutralité et de l'indépendance du Mouvement international de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, qui permettent au CICR d'intervenir sans s'occuper des problèmes qui sont à l'origine du conflit et de continuer de jouer, en cas d'intervention entreprise par l'ONU ou sous l'égide de celle-ci, son rôle d'intermédiaire neutre pour l'application du droit international humanitaire.

Certes, la question est différente lors de conflits armés non internationaux dans la mesure où il n'y a pas au départ une rupture de la paix interna-

100 Cf. art. 89 du Protocole additionnel I.

101 Nous n'entrons pas ici dans la querelle, pourtant bien actuelle, sur la «paralysie» du Conseil qui justifierait dans certains cas une «intervention d'humanité»: sur cette notion, cf. notamment Francis Kofi Abiew, *The Evolution of the Doctrine and Practice of Humanitarian Intervention*, Kluwer Law International, La Haye, 1999.

tionale. Elle n'en est pas moins complexe. Dans le cadre de tels conflits, soit l'intervention est faite avec l'accord et en soutien à un Gouvernement et, dans ce cas, il n'y a pas de tension avec le principe de la souveraineté nationale : ce soutien armé peut d'ailleurs être octroyé par un autre Etat, dans le cadre de pactes de défense ou d'accords bilatéraux, sans violer la Charte ; soit il est fait contre l'accord d'un Gouvernement qui viole le droit international humanitaire de manière grave et étendue ou qui est incapable d'empêcher de telles violations, et le Gouvernement qui est fautif – certains de ses membres seront alors probablement accusés de crimes de guerre – ou qui est incapable de maîtriser la situation n'en sortira pas indemne. Il est illusoire de penser qu'il suffira d'une brève intervention pour faire cesser les abus et que tout rentrera ensuite rapidement dans l'ordre. La fameuse opération « restore hope » en Somalie en est un bon exemple. De telles interventions impliquent des moyens humains et financiers considérables, un savoir-faire et une compréhension profonde de la situation et des mentalités locales : elles ne peuvent éviter d'aborder les problèmes de fond qui sont à l'origine du conflit ; elles impliquent aussi un engagement dans la durée, le rétablissement d'autorités crédibles ne se faisant pas du jour au lendemain[102].

Bref, si le sous-système du droit international humanitaire ne parvient plus à fonctionner, notamment en cas de blocage des Institutions qui travaillent à sa mise en œuvre, c'est bien le Conseil de sécurité de l'ONU qui doit prendre le relais. Mais celui-ci ne saurait le faire sans implication politique, sans élargir son cadre de référence au droit international général. C'est la raison pour laquelle il reste important que le sous-système garde son autonomie et ses Institutions une indépendance qui facilitera la reprise de leurs activités humanitaires auprès de toutes les parties en conflit dès que la situation le permettra à nouveau.

## XI. L'élargissement du couple

Les valeurs communes défendues par le droit international humanitaire et les droits de l'homme sont-elles suffisantes ou le couple doit-il envisager d'agrandir la famille ? Je pense à ce sujet que le débat terminologique autour de l'expression « droits de l'homme », évoqué ci-dessus[103], est probablement déjà dépassé. Humain, humanité, tous ces mots restent centrés sur l'homme (homo), sur nous-mêmes, cela même si l'on a eu la bonne idée de choisir le

[102] D'où les réticences montrées par les Etats à s'engager dans certaines situations en dépit de besoins flagrants.

[103] Cf. *supra*, IV.B.

féminin pour « humanité », mieux à même de représenter le deuxième sens de ce terme qui signifie à la fois « le caractère de ce qui est humain », donc relève de l'homme, et un « sentiment de bienveillance envers son prochain, de la compassion pour autrui ». Mais dans un sens comme dans l'autre l'humanité reste liée à « l'homo » et la question que l'on doit aujourd'hui se poser est celle de savoir s'il ne faut pas ajouter la défense de la planète en tant que telle aux valeurs fondamentales des droits de l'homme et du droit international humanitaire.

Il ne s'agit plus seulement de garder un peu d'humanité (dans le second sens) au sein des conflits armés et de défendre les hommes contre les abus de ceux qui ont le pouvoir, mais de préserver une planète que l'homme, précisément, a réussi, dans les deux cents dernières années – soit pas même une seconde à l'échelle d'une année dans l'histoire de celle-ci –, à tant maltraiter que sa survie en est aujourd'hui menacée. Quand un navire coule, on ne peut pas se contenter d'harmoniser la vie à bord. Ne s'agit-il donc pas de protéger la planète *contre* l'humanité (au premier sens du terme) ?

Dürrenmatt avait affirmé, après avoir constaté que la fin de l'humanité n'était « pas seulement une simple hypothèse », mais « possible techniquement », qu'elle serait « pour nous la pire tournure, mais pour la vie de cette planète, la meilleure peut-être »[104]. Sans aller jusque là et en défendant l'humanité dans une vision écologique et donc élargie – l'homme ne saurait vivre sans faune et sans flore – ne faut-il pas dans l'urgence *ajouter* cette défense de la planète à celle des droits de l'homme ? Au risque, sinon, d'assister au XXI^e^ siècle à des scènes qui dépasseront encore celles qui, entre 1939 et 1945, nous ont amenés à ce qui fut et restera à jamais, nous l'espérons tous, le plus haut sommet de l'horreur jamais gravi dans toute l'histoire de l'humanité.

## XII. La fin du couple

S'il faut donc souhaiter l'élargissement de la famille, se pose enfin une dernière question : celle-ci est-elle amenée à vivre longtemps ? On peut en douter.

Les moyens de guerre actuels – classiques, nucléaires, biologiques, chimiques – permettent des destructions d'une telle ampleur qu'elles mettent en péril la planète. A la fin des années 60 déjà, des auteurs avaient écrit que « à moins de consentir à l'autodestruction de l'humanité, il est indispensable soit d'éliminer la science, soit d'éliminer la guerre »[105], ce qui n'est d'ailleurs pas

104 Citation inscrite sur un mur du Musée Dürrenmatt à Neuchâtel.

105 Marcel Fetizon et Michel Magat, « L'arsenal toxique », in : *Les armements modernes*, Nigel Calder, éd., traduit de l'anglais par Boris Villeneuve, Flammarion, 1970, p. 155.

véritablement une alternative. La paix tend à devenir non plus simplement une exigence morale et humanitaire, mais un impératif de survie. C'est une raison de plus pour regretter le funeste paragraphe de la CIJ dans son Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi des armes nucléaires, qui laisse une porte ouverte à cet emploi « si la survie de l'Etat est menacée », sans vouloir comprendre que c'est bien la survie de la planète et non pas celle d'un Etat qui est en cause : comme les médecins, les radiations n'ont pas de frontières.

C'est pourquoi l'on ne peut qu'espérer la mort du membre le plus âgé de la famille que nous avons envisagée. Cela non pas écrasé par des guerres et des violences sans freins ni limites – c'est hélas un scénario que l'on ne peut pas non plus totalement exclure – mais étouffé par les droits de l'homme et ceux de la planète, qui ne peuvent pleinement s'épanouir que dans la paix, donc en privant le droit humanitaire de son oxygène, la guerre. Musique d'avenir, bien sûr, utopie, peut-être, mais utopie indispensable, qui doit à tout prix inciter les nouvelles générations à repenser fondamentalement les relations internationales et le droit international pour y faire une place plus grande aux « droits de la planète », que l'on ne peut pas séparer des droits de l'homme. Cela, inévitablement, au détriment d'une partie de la souveraineté nationale mais pas, il faut le souligner, des Etats, plus indispensables que jamais : d'une part, la sphère de la souveraineté nationale qui subsistera en tout état de cause reste considérable, d'autre part nul autre qu'un Etat fort ne sera en mesure d'assurer la mise en œuvre du droit supranational qui doit se développer. Si on ne la prépare pas, cette réduction de la sphère réservée de la souveraineté nationale s'imposera d'elle-même à la suite de catastrophes mondiales sans précédents, mais alors, très vraisemblablement, au détriment des droits de l'homme, comme la dite « guerre au terrorisme » nous en donne l'avant-goût.

Mais en tout état de cause, cette évolution prendra du temps. Dans l'immédiat, il est donc indispensable que la famille reste unie et tire à la même corde car c'est bien en se fortifiant encore et en s'appuyant sur les droits de l'homme que le droit international humanitaire contribuera le mieux à se rendre inutile, tant les principes sur lesquels il s'est bâti – compassion, respect de la dignité de chacun, solidarité – sont non seulement propres à atténuer les souffrances des conflits, mais aussi porteurs de paix.

Souhaitons donc que le XXI$^{e}$ siècle permette au droit international humanitaire de contribuer à sa propre mort, avec le soutien des droits de l'homme, pour laisser la place à une relation durable et harmonieuse entre le nouveau couple que constitueront les droits de l'homme et les droits de la planète.

Jusque là, et comme l'avaient déjà très judicieusement relevé il y a déjà plus d'un quart de siècle deux grandes figures du droit international humanitaire, même si « un pont a été construit »[106] entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire, il est important « de rester conscients de leurs différences pour permettre à ces deux branches du droit international d'atteindre le plus haut degré d'efficacité »[107], d'exploiter la relation maintenant établie entre ces deux droits avec patience et habileté, « and to dispatch if man's confidence in man is to be made a living reality »[108]. Bref de consommer ce mariage du droit humanitaire et des droits de l'homme que nous appelons de nos vœux, dans le respect mutuel et avec l'amour que leur donne un idéal commun, la conscience d'être « par excellence le domaine d'élection de l'éthique dans le droit »[109].

Pour contribuer au succès de cette union, il est important que des postes aussi essentiels que celui de juge à la Cour européenne des droits de l'homme soient occupés par des personnalités qui aient, outre une connaissance approfondie de la Convention européenne, une expertise en droit international humanitaire et une approche constitutionnelle des fondements du droit international. N'est-ce pas là, précisément, le profil d'un certain Giorgio Malinverni ?

106 G.I.A.D. Draper, « The Relationship between the human rights regime and the law of armed conflicts », *Israël Yearbook on Human Rights*, Vol. 1, 1971, p. 196 (notre traduction).

107 Dietrich Schindler, *op. cit*. note 90, p. 943 (notre traduction).

108 G.I.A.D Draper, *op. cit.*, p. 197.

109 Amna Gaillali, *op. cit*. note 70, p. 285.

# Le droit international humanitaire, une *lex specialis* par rapport aux droits humains ?

Marco Sassòli*

*Professeur de droit international public à l'Université de Genève*

## I. Introduction

Giorgio Malinverni est un éminent expert des droits humains, aussi bien de leurs règles issues du droit international que de celles venant du droit interne. Au moment où ces lignes seront publiées, il siègera comme juge à la Cour européenne des droits de l'homme, l'organe phare de la mise en œuvre du droit international des droits humains. Certains lecteurs pourraient toutefois ignorer qu'il a également pratiqué, lorsqu'il était juriste auprès du Comité international de la Croix-Rouge (CICR), le droit international humanitaire (DIH), branche qui fait également l'objet de ses publications[1]. Il nous a donc paru approprié de consacrer cette contribution en son honneur à un aspect particulier de la relation entre ces deux branches, aspect fréquemment énoncé, mais très rarement précisé : le DIH en tant que *lex specialis* des droits humains.

## II. Le droit international humanitaire, une *lex specialis*

### A. L'applicabilité des droits humains dans les conflits armés

Les règles du droit international des droits humains ont été élaborées en vue des problèmes que rencontre l'individu en temps de paix, surtout face à son propre Etat. Formellement, elles ne connaissent toutefois aucune limitation de leur champ d'application matériel. Elles s'appliquent en temps de paix et

* J'aimerais remercier MM. Vasileios Pergantis et Zakaria Daboné, assistants à la Faculté de droit de l'Université de Genève, pour leurs recherches et pour avoir révisé ce texte.

1 Giorgio Malinverni, Armes conventionnelles modernes et droit international, in : Annuaire suisse de droit international, 1974, pp. 23-54 ; Droit des personnes privées de liberté au respect de leur correspondance, in : Le droit international humanitaire et les principes de la Croix-Rouge, Etudes et essais en l'honneur de Jean Pictet, Genève / La Haye, CICR / Martinus Nijhoff Publishers, 1984, pp. 77-101.

en temps de conflit armé. Leur applicabilité aux conflits armés a été maintes fois réaffirmée par le Conseil de sécurité, l'Assemblée générale des Nations Unies, la défunte Commission des droits de l'homme et ses Rapporteurs spéciaux, ainsi que par la Cour internationale de Justice (CIJ). La CIJ a affirmé que « la protection offerte par les conventions régissant les droits de l'homme ne cesse pas en cas de conflit armé, si ce n'est par l'effet de clauses dérogatoires […] »[2]. L'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme prévoit, par exemple, une telle clause permettant aux Etats, « [e]n cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation », de prendre des mesures dérogeant à certains des droits protégés, mais uniquement dans la mesure où une telle suspension est nécessaire pour faire face à la situation et si la mesure n'est pas incompatible avec les autres obligations internationales de l'Etat dérogeant. Ce dernier doit, en outre, informer le Conseil de l'Europe des mesures prises et de leur justification. Les droits dits non dérogeables ou qualifiés de « noyau dur » comprennent le droit à la vie, ainsi que la protection contre la torture, l'interdiction de l'esclavage et l'interdiction des lois pénales rétroactives. Les autres instruments internationaux de protection des droits humains contiennent des règles similaires, mais leur liste de droits indérogeables est plus fournie[3].

L'article 1 des Conventions européenne et américaine précise qu'elles ne couvrent pas uniquement les personnes qui se trouvent sur le territoire d'un Etat partie, mais toutes les personnes qui relèvent de la juridiction d'un tel Etat. Ce qui signifie qu'en cas de conflit armé, les habitants d'un territoire occupé sont couverts par lesdites Conventions si l'occupant est un Etat partie[4]. La Cour européenne a toutefois estimé qu'un individu soumis à un bombardement aérien ne se trouve pas de ce seul fait sous la juridiction de l'Etat bombardant. Par conséquent, elle n'est pas entrée en matière sur la question de savoir si un tel bombardement pouvait violer les droits protégés[5].

Le Pacte international des droits civils et politiques se réfère, en revanche, aux personnes qui se trouvent sur le territoire d'un Etat « et » relèvent de sa compétence[6]. Le Comité des droits de l'homme a toutefois soutenu que « les Etats parties sont tenus de respecter et garantir à tous les individus se trou-

---

2 CIJ, *Avis consultatif du 9 juillet 2004 sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, CIJ Recueil 2004, p. 136, §§ 102-106, et *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, CIJ Recueil 1996, p. 226, § 25.

3 Voir art. 4 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, RS 0.103.2, et art. 27 de la Convention américaine relative aux droits de l'homme, 1114 R.T.N.U. 143.

4 CourEDH, arrêt du 18 décembre 1996, *Loizidou c. Turquie (fond)*, Recueil 1996-VI, p. 2214, § 56 ; CourEDH, arrêt du 10 mai 2001 (Grande Chambre), *Chypre c. Turquie*, § 77.

5 CourEDH, *Décision sur la recevabilité de la requête du 12 décembre 2001*, *Bankovic et autres contre la Belgique et 16 autres Etats*.

6 Art. 2(1) du Pacte.

vant sur leur territoire et à tous ceux relevant de leur compétence les droits énoncés dans le Pacte. Cela signifie qu'un Etat partie doit respecter et garantir à quiconque se trouvant sous son pouvoir ou son contrôle effectif les droits reconnus dans le Pacte même s'il ne se trouve pas sur son territoire. […] Ce principe s'applique aussi à quiconque se trouve sous le pouvoir ou le contrôle effectif des forces d'un Etat partie opérant en dehors de son territoire, indépendamment des circonstances dans lesquelles ce pouvoir ou ce contrôle effectif a été établi, telles que les forces constituant un contingent national affecté à des opérations internationales de maintien ou de renforcement de la paix »[7]. Cette observation implique que le Pacte doit être respecté dans les situations d'occupation militaire. La CIJ est arrivée à la même conclusion[8]. Celle-ci est partagée par différents organes des Nations Unies[9], mais contestée par des puissances occupantes comme Israël en Palestine et les Etats-Unis en Irak[10].

## B. Le droit international humanitaire, branche du droit international couvrant spécifiquement les conflits armés

Dans les conflits armés l'individu est également et surtout protégé par le DIH, branche du droit international qui vise spécifiquement et uniquement ces situations. Le DIH ne peut évidemment pas faire l'objet de dérogations en raison de l'existence d'un conflit armé du moment où il a justement été élaboré pour des situations de conflit armé. Au départ, il vise à protéger l'individu qui se trouve au pouvoir de l'ennemi. L'existence objective d'une situation de conflit armé ou d'occupation entraîne l'applicabilité du DIH sans considération pour la question distincte de la légalité du conflit. C'est le principe de la

---

7 Voir Observation générale n° 31, 26 mai 2004, § 10.

8 Voir *Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur* [note 2], §§ 107-112.

9 Voir références dans W. Kälin, Report on the situation of human rights in Kuwait under Iraqi Occupation, UN Doc. E/CN.4/1992/26, 16 January 1992, §§ 50-59 ; Observations finales du Comité des droits de l'homme : Israël. 18/08/98, UN Doc. CCPR/C/79/Add.93, § 10, en ligne : www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/CCPR.C.79.Add.93.Fr?Opendocument

10 Voir, pour Israël, *Avis consultatif sur les conséquences juridiques de l'édification d'un mur* [note 2], §§ 102 et 110 ; Roberts, Prolonged Military Occupations : the Israeli-Occupied Territories since 1967, in : American Journal of International Law 84 (1990), pp. 71-72, et pour l'Irak une lettre de Paul Bremer (Coalition Provisional Authority Administrator) à Amnesty International selon laquelle « the only relevant standard applicable to the Coalition's detention practices is the Fourth Geneva Convention of 1949. » Voir Amnesty International, Irak : Communication concernant les inquiétudes d'Amnesty International relatives à la législation adoptée par l'Autorité provisoire de la coalition (A.P.C.), 4 décembre 2003, (MDE 14/176/2003), en ligne : http://web.amnesty.org/library/Index/FRAMDE141762003?open&of=FRA-IRQ

séparation absolue entre *jus ad bellum* et *jus in bello*[11]. Le DIH est principalement formulé comme ensemble – très détaillé – de règles de comportement pour les Etats et les individus impliqués dans des conflits armés, et non pas comme droits subjectifs des victimes de conflits armés. Un nombre croissant de règles du DIH est toutefois influencé par les droits humains, y compris par leur formulation comme droits subjectifs.

Le DIH est largement codifié dans les Conventions de Genève de 1949[12], qui lient tous les Etats de la planète, dans le Règlement de la Haye de 1907[13], qui a acquis une valeur coutumière, et dans les Protocoles additionnels de 1977 aux Conventions de Genève de 1949[14], qui ont quelque 160 Etats parties, parmi lesquels manquent toutefois des Etats importants comme les Etats-Unis, Israël, l'Irak ou la Turquie. Les traités du DIH font la distinction entre les conflits armés internationaux et les conflits armés non internationaux, ces derniers étant régis par des règles moins détaillées et moins protectrices. Certains traités récemment adoptés prévoient toutefois le même régime pour les deux situations. En outre, la séparation est en train de perdre de son importance, sous l'impulsion des droits de l'homme qui ne connaissent pas cette séparation et, surtout, grâce au développement fulgurant du droit international pénal. La jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux *ad hoc* dépasse largement la séparation et le Statut de la Cour pénale internationale (CPI) définit les incriminations applicables dans les deux situations de façon très similaire. Finalement, une étude très approfondie du DIH coutumier, récemment publiée par le CICR, a conclu que des règles coutumières seraient

---

11 Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I), 1125 R.T.N.U. 3, RS 0.518.521, 8 juin 1977, § 5 du préambule; US Military Tribunal at Nuremberg dans le procès contre *Wilhelm List et autres*, The United Nations War Crimes Commission, Law Reports of Trials of War Criminals, Vol. VIII, pp. 34-76 (voir pour ce cas et d'autres références, Marco Sassòli / Antoine Bouvier, Un droit dans la guerre?, Genève, CICR, 2003, pp. 107-113, 866, 868 et 882); Henri Meyrowitz, Le principe de l'égalité des belligérants devant le droit de la guerre, Paris, Pedone, 1970; François Bugnion, Guerre juste, guerre d'agression et droit international humanitaire, in: Revue internationale de la Croix-Rouge 2002, pp. 523-546.

12 Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 31, RS 0.518.12 (Convention I); Convention de Genève pour l'amélioration du sort des blessés, des malades et des naufragés des forces armées sur mer, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 85, RS 0.518.23 (Convention II); Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 135, RS 0.518.41 (Convention III); Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, 12 août 1949, 75 R.T.N.U. 287, RS 0.518.51 (Convention IV).

13 Règlement de La Haye concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre annexé à la Convention IV de 1907, RS 0.515.112.

14 Protocole I, et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II), 8 juin 1977, 1125 R.T.N.U. 609, RS 0.518.522.

les mêmes dans les deux types de conflits armés, et ce pour la presque totalité des problèmes[15].

## C. Solutions aux problèmes résultant du chevauchement des deux branches

Il est généralement admis que les problèmes d'application et d'interprétation provoqués par le chevauchement des deux domaines – DIH, droits humains – trouvent leur solution dans la maxime *lex specialis derogat legi generali*.

La Cour internationale de Justice a dit que c'est « à la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable dans les conflits armés, conçu pour régir la conduite des hostilités, qu'il appartient de déterminer ce qui constitue une privation arbitraire de la vie »[16].

Quant à la Commission interaméricaine des droits de l'homme, elle a affirmé que « in a situation of armed conflict, the test for assessing the observance of a particular right [protected by the American Declaration of the Rights and Duties of Man], may, under given circumstances, be distinct from that applicable in a time of peace. For that reason, the standard to be applied must be deduced by reference to the applicable *lex specialis* »[17].

En ce qui concerne la Cour européenne des droits de l'homme, elle ne s'est jamais prononcée sur la relation entre les deux branches. La raison est qu'elle applique uniquement la Convention européenne des droits de l'homme et ne se réfère jamais au DIH lorsqu'elle est appelée à appliquer les droits protégés par cette Convention dans un conflit armé, même si la question à laquelle elle doit répondre est également régie par le DIH[18].

Cependant, la signification concrète de la maxime donne lieu à des controverses. Certains voudraient faire prévaloir le DIH – toujours ou, tout au moins, par rapport à des problèmes sur lesquels ce dernier se prononce. D'autres voudraient faire prévaloir, conformément au principe de faveur qui régit les antinomies entre règles protégeant les droits humains, en toutes circonstances la règle qui est la plus protectrice. A notre avis, cette approche

---

15 Jean-Marie Henckaerts / Louise Doswald-Beck (dir.), Customary International Humanitarian Law, Cambridge, CUP, 2005.

16 CIJ, *Avis consultatif sur la licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* [note 2], § 25.

17 Commission interaméricaine des droits de l'homme (CIDH), *Coard c. Etats-Unis*, Rapport n° 109/99, Cas 10.951, 29 septembre 1999, §§ 38-44 ; voir aussi CIDH, *Détenus à Guantánamo Bay*, *Demande de mesures conservatoires*, 12 mars 2002, International Legal Materials, vol. 41, n° 3, mai 2002, p. 532.

18 Voir Marco Sassòli, La Cour européenne des droits de l'homme et les conflits armés, in : Breitenmoser / Ehrenzeller / Sassòli / Stoffel / Wagner Pfeiffer (éds.), *Liber Amicorum* Luzius Wildhaber, Human Rights, Democracy and the Rule of Law, Zürich, Dike, à publier en 2007.

néglige le fait que le DIH fait précisément un compromis entre exigences d'humanité et donc de protection de l'individu, d'une part, et nécessité militaire de l'autre. Il nous semble alors préférable de faire prévaloir les règles les plus détaillées, plus spécifiques par rapport à la situation et au problème à régir (sans oublier qu'une protection offerte par les droits humains peut disparaître en raison de dérogations, et dans ce cas celle qui est offerte par le DIH sera à nouveau plus spécifique). Avant que cette interprétation ne puisse être précisée et appliquée à un certain nombre de problèmes qui surgissent dans un conflit armé, il nous semble toutefois nécessaire de préciser ce que signifie la maxime *lex specialis derogat legi generali*.

## III. Nature, signification et validité de la maxiem *lex specialis derogat legi generali*

La maxime «*lex specialis derogat legi generali*» essaye d'établir, par un critère objectif se rapportant à la matière réglée, un ordre de préférence entre deux règles s'appliquant au même problème et réglant celui-ci de façon différente. Grotius écrivait déjà: «Parmi les conventions […] que l'on préfère ce qui est le plus particulier et ce qui approche le plus de la chose! Car ce qui est spécial est ordinairement plus efficace que ce qui est plus général»[19]. Emer de Vattel précisa que cela ne vaut que «toutes choses d'ailleurs égales» et explique: «Parce que ce qui est spécial souffre moins d'exceptions que ce qui est général; il est ordonné plus précisément, & il paraît qu'on l'a voulu plus fortement»[20]. Ces deux classiques du droit international indiquent déjà les raisons qui sont aujourd'hui données pour justifier cette préférence[21]. La règle spéciale se situe plus près du sujet, tient mieux compte du contexte, et des enjeux; elle est plus efficace. Pour les volontaristes elle représente mieux la façon dont les Etats veulent régler le problème donné[22]. Théoriquement il faudrait évidemment régler une telle situation en appliquant la règle la plus juste, mais pour éviter des évaluations personnelles, on préfère se référer à des critères qui semblent plus objectifs, mais reflètent tout de même

[19] Hugo Grotius, Le droit de la guerre et de la paix (D. Alland et S. Goyard-Fabre, éds.), Paris, PUF, 1999, p. 413.

[20] Emer de Vattel, Le droit des gens ou principes de la loi naturelle, Washington D.C., Carnegie Institution, réimpression, 1916, vol. I, p. 511.

[21] Martti Koskenniemi, Fragmentation du droit international: Difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, Rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, Commission du droit international, Doc. N.U. A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, § 60, Rapport de la Commission du droit international [CDI], Cinquante-sixième session, 2004, Doc. N.U. A/59/10, § 305; Jost Pauwelyn, Conflict of Norms in Public International Law, How the WTO Law Relates to other Rules of International Law, Cambridge, CUP, 2003, p. 387.

[22] Pauwelyn, *ibid*., p. 388.

la justice[23]. Selon la théorie du droit dont ils partent, certains estiment que la maxime établit la volonté existante du législateur[24], d'autres cherchent plutôt à travers elle, en droit international tout au moins, d'établir quelque chose de nouveau[25]. La nature de la maxime, considérée comme immanente à l'ordre juridique international, est également controversée[26]. Elle n'est ni une règle coutumière[27], ni un principe de la logique[28]. Elle est plutôt une maxime, une ligne directrice pour établir et vérifier la relation entre deux règles en tenant compte du système tout entier[29]. Elle sert à interpréter les deux règles applicables[30] et à résoudre des conflits. Il ne nous semble pas utile de distinguer entre ces deux fonctions ou entre l'application de la norme générale par la norme spéciale et la norme spéciale en tant qu'exception à la norme générale[31]. Le passage entre les deux extrêmes typiques de ces deux paires se fait graduellement et dans tous les cas d'application il existe un peu des deux[32].

Parmi les situations auxquelles la maxime peut s'appliquer, dans cette contribution, seule la relation entre des règles appartenant à différents domaines spécialisés, que sont le DIH et le droit international des droits humains, et contenues dans différents instruments nous intéresse[33]. Ainsi, la maxime s'applique si les deux règles portent sur la même matière. Ce qui est le cas dès lors que les deux règles mènent à des résultats incompatibles dans une certaine situation d'application, ou si elles suggèrent, sans qu'il y ait une véritable incompatibilité logique, de traiter un problème à l'aide de moyens

---

23 N. Bobbio, Des critères pour résoudre les antinomies, in : Ch. Perelman (éd.), Les antinomies en droit : études, Bruxelles, Bruylant, 1965, pp. 237-241.

24 Erich Vranes, *Lex superior, Lex specialis, lex posterior* – Zur Rechtsnatur der Konfliktlösungsregeln, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 65 (2005), pp. 398-403 ; Bruno Simma / Dirk Pulkowski, Of Planets and the Universe : Self-Contained Regimes in International Law, in : European Journal of International Law 17 (2006), p. 507.

25 Koskenniemi [note 21], § 60 ; Wilfred Jenks, The Conflict of Law-Making Treaties, in : British Yearbook of International Law 30 (1953), p. 446.

26 Vranes [note 24], pp. 392-395, énumère bien onze théories différentes.

27 Anja Lindroos, Addressing Norm Conflicts in a Fragmented System : The Doctrine of Lex Specialis, in : Nordic Journal of International Law 74 (2005), p. 36 ; Pauwelyn [note 21], p. 407 ; Georg Schwarzenberger, International Law as Applied by International Courts and Tribunals, vol. 1, London, Stevens, 1969, p. 472.

28 Vranes [note 24], p. 398 ; Simma / Pulkowski [note 24], p. 489.

29 Koskenniemi [note 21], § 36.

30 *Ibid*., §§ 56 et 57 ; Schwarzenberger [note 27], p. 473.

31 Comme le fait Heike Krieger, A Conflict of Norms : The Relationship between Humanitarian Law and Human Rights Law in the ICRC Customary Law Study, in : Journal of Conflict & Security Law 11 (2006), pp. 269-270.

32 Voir aussi Koskenniemi [note 21], §§ 88, 96, et 103-107 et Rapport de la CDI [note 21], §§ 304 et 308.

33 Rapport de la CDI [note 21], §§ 306 et 316.

différents[34]. La maxime n'indique pas une qualité inhérente d'une branche comme le DIH ou de l'une de ses règles. Elle fait plutôt prévaloir une règle en relation avec une autre par rapport à une question donnée[35]. S'il est vrai qu'il faut analyser la spécialité dans chaque cas d'application[36], cela ne signifie pas qu'il faut trancher *ex aequo et bono* par rapport aux faits de chaque cas, mais par rapport à chaque situation de conflit définie de façon générale et abstraite. Ainsi la réponse à la question de savoir si un interné civil dispose également, au-delà du droit d'appel à un organisme compétent prévu par le DIH, d'un recours à un organe judiciaire prévu par les droits humains[37] sera toujours la même et ne dépendra pas de la situation individuelle de l'interné.

Pour déterminer quelle règle, par rapport à un certain problème, est spéciale, plusieurs facteurs doivent être pesés. Lorsque les conséquences juridiques prévues par deux normes pour une même situation s'excluent mutuellement, la spécialité au sens de la logique implique que la norme dont l'application se rattache à certains faits doit céder devant la norme qui se rattache aux mêmes faits ainsi qu'à un fait supplémentaire. La norme dont le domaine d'application entre complètement dans celui d'une autre norme doit prévaloir, car autrement elle ne s'appliquerait jamais[38]. C'est la norme dont le domaine d'application matériel et/ou personnel est plus précis ou plus réduit qui prévaut[39]. Cette spécialité logique ne peut toutefois pas indiquer la solution lorsque les deux normes sont compatibles, l'une précisant ou modifiant simplement l'autre ou y rajoutant une conséquence supplémentaire[40]. Le critère de la précision fait également prévaloir la norme qui traite explicitement d'un problème sur celle qui le traite implicitement[41], celle qui donne davantage de détails sur celle qui en donne moins[42] ou celle qui est plus restric-

---

34 Koskenniemi [note 21], § 25.

35 *Ibid.*, § 112 ; Krieger [note 31], pp. 269 et 271 ; Rapport de la CDI [note 21], § 304. Contrairement à Lindroos [note 27], p. 42, qui écrit que la maxime ne permet pas de trancher entre deux règles spéciales, il nous semble qu'entre deux règles qui sont en soi spéciales, appartenant à différentes branches, la maxime permet de déterminer laquelle est spéciale par rapport à une question donnée.

36 Lindroos [note 27], p. 42.

37 Voir *infra* note 83 et 84 et texte accompagnant.

38 Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6e éd., Berlin, Springer Verlag, 1991, pp. 267-268.

39 Bobbio [note 23], p. 244.

40 Larenz [note 38], pp. 267-268.

41 C'est ainsi que la Cour permanente de justice internationale appliqua concernant sa compétence le Protocole qui mentionnait expressément les concessions plutôt que le traité qui les couvrait implicitement : C.P.J.I., *affaire des Concessions Mavrommatis en Palestine* (1924), série A, no 2, p. 31.

42 Voir pour des exemples Seyed Ali SADAT-AKHA, Methods of Resolving Conflicts Between Treaties, Leyden, Nijhoff, 2003, p. 124.

tive sur celle qui couvre entièrement le même problème, mais qui est moins exigeante[43].

Un facteur moins formel, mais également moins objectif, qui permet de déterminer laquelle de deux règles s'applique à une situation couverte par les deux, mais indiquant des solutions divergentes, est la conformité de la solution aux objectifs systémiques du droit[44]. Qualifier cette solution de « *lex specialis* » constitue peut-être un abus de langage. L'unité systémique du droit international est un postulat normatif qui ne peut pas être entièrement déduit de la logique, mais se fonde également sur des jugements de valeur[45]. Certains estiment qu'en réalité le décideur détermine d'abord la règle qui lui paraît plus juste et la qualifie ensuite de *lex specialis*[46]. Cette expression établit plutôt une présomption en faveur de la règle spéciale. Cette présomption indique que la règle spéciale mène à une solution plus juste[47]. Engisch se réfère à une « validité conditionnelle »[48]. En particulier lorsque les critères formels n'indiquent pas un résultat clair, ce critère téléologique doit faire partie de la pesée, bien qu'il donne plus facilement accès aux préférences personnelles[49].

Lorsque certaines branches spéciales du droit international poursuivent des objectifs différents – comme une règle du droit international de l'environnement et une règle des droits humains – et se contredisent par rapport à un certain problème, il est difficile de déterminer quelle solution est plus proche des buts systémiques du droit international du moment où les deux règles, qui représentent des valeurs importantes pour le droit international, sont cependant antinomiques en l'occurrence[50]. La relation entre DIH et droits humains est différente. Les deux visent la protection de l'individu. Dans les deux, cette protection peut être limitée en faveur d'intérêts d'autres individus, de la société ou de l'Etat. En DIH, l'un des facteurs à mettre dans la balance est toutefois mieux identifié et il est unique : la nécessité militaire, intérêt qui fait référence aux exceptions à l'interdiction de l'usage de la force, en particulier à la légitime défense et au maintien ou au rétablissement de la paix, qui constituent un autre but systémique important du droit international. Lorsqu'il s'agit de déterminer si un droit de l'individu doit être limité, même en

---

43 Voir p. ex. la Cour européenne des droits de l'homme concernant la relation entre les articles 13 et 5(4) de la Convention européenne, *Brannigan et McBride c. Royaume-Uni*, arrêt du 26 mai 1993, CEDH (série A) n° 258, p. 57, § 76.

44 Koskenniemi [note 21], § 107.

45 Krieger [note 31], p. 280.

46 Schwarzenberger [note 27], p. 474 ; Simma / Pulkowski [note 24], p. 490.

47 Bobbio [note 23], p. 244.

48 Karl Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg, C. Winter, 1935, p. 47.

49 Bobbio [note 23], pp. 240-241. Voir aussi Jenks [note 25], p. 450.

50 Bobbio [note 23], p. 240 ; Lindroos [note 27], p. 66.

temps de guerre, pour des motifs liés à la protection d'autres individus ou de la société, les droits humains indiquent les buts systémiques. Quand il s'agit, en revanche, de savoir comment les droits de l'individu doivent être pesés contre les exigences du *jus ad bellum*, de la légitime défense ou du maintien de la paix, le DIH indiquera les buts systémiques de l'ordre juridique international.

A notre avis, plus le critère formel mène à une conclusion claire par rapport à un certain problème, moins nécessaire devient le besoin de rechercher le but systémique. A l'inverse aussi, plus clairement apparaît ce but, plus facilement peut-on s'affranchir du résultat indiqué par le critère formel.

Une fois la *lex specialis* déterminée, encore faut-il savoir ce qu'elle implique. Bien qu'il soit souvent affirmé que la relation entre la maxime de la *lex specialis* et celle de la *lex posterior* soit controversée[51], il nous semble que la maxime de la *lex specialis* perdrait largement son sens en dehors d'une règle d'interprétation de dispositions contenues dans le même traité si la *lex specialis* clairement déterminée, compte tenu du critère formel et du critère systémique, ne prévalait pas sur une *lex generalis* postérieure. Quoi qu'il en soit, la *lex posterior* est difficile à déterminer dans le cas de traités multilatéraux « continus » ou « vivants », comme ceux du DIH et des droits humains, auxquels des Etats adhèrent continuellement, et qui sont régulièrement réaffirmés et développés[52]. La difficulté devient plus marquée avec les deux branches qui connaissent des règles coutumières se développant à la suite des règles conventionnelles. La *lex specialis* doit donc par définition prévaloir sur la *lex generalis* tout au moins lorsque celle-ci n'appartient pas au *jus cogens*. Dans ce dernier cas – en cas de *jus cogens* – le critère systémique serait si prépondérant que la règle impérative devrait être qualifiée de *lex specialis* même en l'absence d'une hiérarchie. La *lex generalis* reste toutefois à l'arrière-fond. Il faut en tenir compte pour interpréter la l*ex specialis*[53]*;* il faut dans toute la mesure du possible éviter une interprétation de la *lex specialis* qui crée un conflit avec la *lex generalis*, mais tâcher plutôt d'harmoniser les deux normes[54].

Dans notre exposé et dans la doctrine, la maxime semble implicitement se référer à des antinomies entre règles conventionnelles. A notre avis, les mêmes considérations doivent s'appliquer aux relations entre une règle coutumière et une règle conventionnelle – et par la nature des choses ce sera souvent cette dernière qui constituera la *lex specialis*. Se pose en revanche

---

51 Pauwelyn [note 21], p. 408 ; Lindroos [note 27], p. 41.

52 Pauwelyn [note 21], pp. 406-409.

53 La *lex generalis* fait partie des autres règles du droit international auxquelles se réfère l'art. 31(3)(c) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, RS 0.111.

54 Voir Koskenniemi [note 21], §§ 31 et 37 et Rapport de la CDI [note 21], §§ 308 et 311.

la question de savoir si la maxime s'applique aussi à la relation entre deux règles coutumières. Théoriquement ce n'est pas le cas, tout au moins si on adopte une conception traditionnelle de droit coutumier. La règle coutumière applicable à un certain problème découle de la pratique et de l'*opinio iuris* des Etats par rapport à ce problème. Par rapport au même problème, il ne peut pas y avoir une coutume « droits humains » et une coutume « droit humanitaire ». On s'oriente toujours vers la pratique et l'*opinio iuris* manifestées par rapport à des problèmes aussi similaires que possible à celui qu'on doit résoudre. Cela semble également être l'approche du CICR, qui se réfère dans son étude sur le DIH coutumier à un vaste éventail de pratique en matière de droits humains, y compris en dehors de conflits armés[55]. En pratique, toutefois, lorsque nous cherchons une règle coutumière, nous nous référons généralement à un texte, appartenant soit à un traité, soit à un autre instrument codifiant le droit coutumier ou qui a provoqué le développement d'une règle coutumière[56], ou alors à un texte de doctrine. Or, un problème déterminé peut être couvert par deux textes antinomiques, les deux déduits de la pratique des Etats, mais chacun de ces textes généralisant la pratique par rapport à un critère différent. Le choix entre ces deux règles est à notre avis gouverné par les mêmes maximes que le choix entre deux règles conventionnelles. Si la pratique des Etats sur la question précise de savoir laquelle des deux règles prévaut dans la situation donnée est suffisamment dense, la règle coutumière en résultant constitue évidemment la *lex specialis*. Sinon, on doit rechercher par les méthodes habituelles laquelle des deux règles découlant de la pratique analysée dans différentes perspectives constitue la *lex specialis*.

## IV. Interaction possible entre droit international humanitaire et droits humains

La CIJ distingue trois situations : « certains droits peuvent relever exclusivement du droit international humanitaire ; d'autres peuvent relever exclusivement des droits de l'homme ; d'autres enfin peuvent relever à la fois de ces deux branches du droit international »[57]. Nous proposons ci-après six relations possibles avec des exemples, tout en admettant que le passage entre deux catégories voisines se fait graduellement.

---

55 Henckaerts / Doswald-Beck [note 15], vol. I, pp. 299-383.

56 Marco Sassòli, Bedeutung einer Kodifikation für das allgemeine Völkerrecht – mit besonderer Betrachtung der Regeln zum Schutze der Zivilbevölkerung vor den Auswirkungen von Feindseligkeiten, Basel, Helbing & Lichtenhahn, 1990.

57 *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur* [note 2], § 106.

## A. Le droit international humanitaire régit une question non régie par les droits humains

Le DIH contient tout d'abord certaines règles vitales pour la protection des victimes des conflits armés qui ne peuvent pas, même implicitement, être déduites des droits humains. C'est ainsi lorsqu'il prévoit qui a le droit de participer directement aux hostilités[58] ou qui a le droit d'arborer l'emblème de la croix rouge ou du croissant rouge[59]. Il nous semble qu'il faudrait avoir beaucoup de fantaisie pour déduire du droit à la vie et à l'intégrité physique des civils ou des combattants un droit à ce que seules certaines personnes, qui se distinguent de la population civile, commettent des actes d'hostilité. De même, il serait très recherché de vouloir déduire du droit à l'intégrité physique et à la santé des blessés que seules certaines personnes s'identifient face à l'ennemi comme ayant pour tâche de soigner les blessés. Ces questions sont donc exclusivement régies par le DIH.

## B. Le droit international humanitaire prévaut sur une règle des droits humains

La Convention III implique que des membres des forces armées ennemies peuvent être internés en tant que prisonniers de guerre pour la simple raison qu'ils sont des combattants et sans aucune décision individuelle, judiciaire ou administrative. Cela justifie une privation de liberté prévalant sur la règle des droits humains et du droit national qui exige une décision judiciaire ou, de façon indérogeable, une possibilité de recours à un organe judiciaire contre toute détention[60]. Notons que même dans ce cas incontroversé, la *lex specialis* ne résulte pas d'une opération purement formelle. En effet, le texte de la Convention III n'exclut pas un recours judiciaire. Il prévoit simplement que les prisonniers de guerre peuvent être internés[61], sans rien préciser sur la procédure. En vertu du texte on pourrait donc également croire que les droits humains sont plus précis. Ce n'est que le contexte systémique qui mène clairement à la conclusion que le DIH prévaut. En effet, le prisonnier de guerre n'est pas interné en relation avec sa personne, mais simplement en raison de son appartenance aux forces armées ennemies, pour empêcher sa participation directe aux hostilités. Lorsqu'il n'est pas controversé que l'in-

58 Voir art. 44 (1)-(3) du Protocole I.

59 Voir art. 39-43 de la Convention I, art. 41-43 de la Convention II, art. 18 du Protocole I et art. 12 du Protocole II.

60 Voir Observation générale No. 29 du Comité des droits de l'homme, du 24 juillet 2001, concernant l'art. 4 du Pacte, § 16.

61 Convention III, art. 21.

dividu appartient aux forces armées, un recours n'aurait donc aucun sens, car aucun élément individuel n'y aurait une importance quelconque. C'est probablement parce qu'elle a donné la priorité à cette *lex specialis*, qui était respectée, que la Commission européenne des droits de l'homme n'a pas estimé nécessaire d'analyser si la détention de prisonniers de guerre chypriotes par la Turquie constituait une violation de l'art. 5 de la Convention européenne[62]. Cette disposition n'énumère pourtant aucune circonstance justifiant une détention, qui pourrait être interprétée comme renvoyant au DIH.

A notre avis, cette *lex specialis* justifiant une détention sans contrôle judiciaire ne peut toutefois pas être appliquée par analogie à d'autres cas de détention de personnes qui ne sont pas des prisonniers de guerre et qui ne bénéficient donc ni de mécanismes de supervision plus appropriés aux spécificités d'un conflit armé (p. ex. les visites du CICR), ni d'un statut entraînant un régime et un traitement détaillés. C'est ainsi que les « combattants ennemis » détenus par les Etats-Unis à Guantánamo devraient bénéficier d'un recours à un organe judiciaire, vu qu'ils ne sont pas des prisonniers de guerre. Contrairement à ce que soutient l'administration américaine, ils ne peuvent pas être détenus par analogie à ce qui est admissible pour les prisonniers de guerre (et sous réserve des règles sur les internés civils, au cas où ils tombent sous la Convention IV et bénéficient effectivement des garanties qui y sont prévues)[63]. En bonne logique, la même chose doit valoir pour des rebelles détenus dans le cadre d'un conflit armé non international. Vu qu'ils ne sont pas des prisonniers de guerre et que le DIH des conflits armés non internationaux ne règle pas les raisons admissibles d'une détention, ces rebelles doivent bénéficier d'un recours à un organe judiciaire, tel que prévu par les droits humains.

Un autre exemple de domaine dans lequel le DIH prévaut concerne les obligations d'une puissance occupante. L'un des rares exemples d'une véritable contradiction entre les droits humains, tels qu'interprétés par la Cour européenne des droits de l'homme et le DIH concerne la juridiction des tribunaux militaires dans un territoire occupé. La Cour a condamné la Turquie pour le fait que des Chypriotes turcs civils puissent être jugés, dans la partie Nord de Chypre occupée par la Turquie, devant des tribunaux *militaires* de la « République turque de Chypre du Nord » (RTCN)[64] (dont les pratiques étaient attribuables à la Turquie). Cela correspond à la pratique générale de la Cour[65]. Selon l'article 66 de la Convention IV, toutefois, un occupant peut

---

62 Rapport de la Commission dans l'affaire *Chypre c. Turquie* du 10 juillet 1976, in : European Human Rights Reports Vol. 4, pp. 532-533, § 313.

63 Voir Marco Sassòli, Use and Abuse of the Laws of War in the "War on Terrorism", in : Law and Inequality, A Journal of Theory and Practice 22 (2004), pp. 206-210 et pp. 217-219.

64 *Chypre c. Turquie* [note 4], §§ 354-359.

65 CourEDH, arrêt du 9 juin 1998, *Incal c. Turquie*, Recueil 1998-IV, p. 1572-1573, §§ 70-72.

juger des personnes protégées (catégorie qui couvre les Chypriotes turcs tout comme les Chypriotes grecs) pour des infractions à la législation en matière de sécurité, mais *uniquement* devant « ses tribunaux militaires, non politiques et régulièrement constitués ». Si la Cour avait appliqué le DIH, elle aurait dû autoriser le jugement de civils devant des tribunaux militaires de l'occupant en vertu de la *lex specialis* que constitue en l'occurrence le DIH. Ou devrait-on plutôt considérer que la règle du DIH datant de 1949 est dépassée, en Europe tout au moins, par le développement des droits humains depuis lors ? Une telle conclusion révolutionnerait toutefois le droit de l'occupation militaire, car celui-ci n'autorise qu'une présence *militaire* de l'occupant et désigne le commandant *militaire* comme législateur. L'établissement de tribunaux civils par l'occupant équivaudrait presque inévitablement à une annexion. Les buts systémiques du droit international mènent donc, à notre avis, à la conclusion que la règle du DIH prévaut sur ce point[66].

Un dernier exemple concerne les obligations positives découlant des droits humains, en matière de droits civils, mais encore davantage en matière de droits économiques, sociaux et culturels. Ces obligations sont limitées, pour une puissance occupante, en raison de son pouvoir de légiférer fortement réduit en vertu du DIH, droit qui doit être qualifié de *lex specialis* à cet égard[67]. La CIJ décide donc à juste titre qu'en tant que puissance occupante, « [*d*]*ans l'exercice des compétences dont il dispose à ce titre*, Israël est tenu par les dispositions du pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels »[68]. Tout cela ne signifie évidemment nullement que les droits humains ne s'appliquent pas dans un territoire occupé partout où la *lex specialis* que constitue le DIH ne les contredit pas.

## C. Le droit international humanitaire précise les droits humains

A de multiples égards, le DIH précise des droits humains. Il les traduit en règles de comportement pour les belligérants, tout en tenant compte de la

---

66 Notons que, si on s'en tient strictement aux faits de la cause, la conclusion de la Cour ne contredit pas nécessairement la réglementation du DIH. Il n'est pas certain qu'elle aurait également considéré des tribunaux militaires *turcs* jugeant des civils locaux comme violant par définition l'art. 6 de la Convention. En l'occurrence les tribunaux militaires étaient ceux de la RTCN. Même si on attribue à la Turquie le comportement de la RTCN à des fins de responsabilité, on ne peut pas considérer les tribunaux militaires de cette dernière comme des tribunaux militaires de l'occupant au sens de la règle du DIH. A notre avis, un occupant ne peut pas instituer des tribunaux militaires locaux.

67 Ainsi pour les droits civils, Krieger [note 31], p. 283, et pour les droits économiques, sociaux et culturels, Marco Sassòli, Legislation and Maintenance of Public Order and Civil Life by Occupying Powers, in : European Journal of International Law 16 (2005), pp. 676 et 677.

68 *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur* [note 2], § 112 (c'est nous qui soulignons).

spécificité des conflits armés et en y intégrant de manière détaillée les limitations. A certains égards il indique les dérogations admissibles en raison de la situation de conflit armé, qui seraient à préciser par la jurisprudence, si le DIH n'existait pas. Dans ce sens, la Convention III, par exemple, est une *lex specialis* par rapport aux droits humains en ce qui concerne la liberté personnelle des prisonniers de guerre, leur droit à être traités humainement, leur droit au respect de la vie familiale et privée, leur droit au travail ou leur droit à la santé.

Le Pacte international des droits civils et politiques et la Convention américaine interdisent une détention arbitraire et le Pacte une privation arbitraire de la vie. Le DIH précise de façon distincte, pour chaque catégorie de personnes, ce qui est arbitraire[69], mais uniquement lorsqu'il contient effectivement des règles sur la question déterminée. C'est le cas par rapport aux attaques contre des combattants, aux pertes civiles incidentes, à l'admissibilité de détenir un prisonnier de guerre ou un interné civil. Mais ce n'est pas le cas, nous le verrons, pour la privation de la vie dans une opération de police dirigée contre des civils (p. ex. dans un territoire occupé) ou, nous venons de le voir, pour les raisons justifiant la détention d'une personne dans un conflit armé non international.

En outre, en droits humains, la légitimité d'une attaque dépend également de la nécessité et de la proportionnalité de cette attaque par rapport au but légitime poursuivi. Rien n'indique que cette évaluation doive se faire seulement par rapport à l'objectif en *jus in bello* et non pas également par rapport à la légitimité d'avoir déclenché le conflit en *jus ad bellum.* Sur ce point, le DIH est toutefois explicite et incontroversé : le *jus in bello* doit être distingué et absolument séparé du *jus ad bellum* et aucun élément de *jus ad bellum* ne peut intervenir dans l'application ou l'interprétation du *jus in bello*[70]. Sur ce point, le DIH précise donc, en tant que *lex specialis* qui s'occupe des conflits armés, les droits humains.

## D. Le droit international humanitaire est précisé ou interprété par les droits humains

Nous avons vu qu'une *lex specialis* doit être interprétée à la lumière de la *lex generalis*. De même, la *lex specialis* peut préciser la *lex generalis.* La branche qui constitue généralement la *lex specialis* par rapport à une autre peut être la *lex generalis* par rapport à un certain problème, réglé plus spécifiquement par l'autre branche. Ainsi, le DIH prescrit, avec une densité normative variable,

---

[69] Voir *Coard* [note 17], § 42, Koskenniemi [note 21], §§ 96 et 104 ; Pauwelyn [note 21], p. 410.

[70] Voir note 11.

des garanties judiciaires au bénéfice des prisonniers de guerre, de civils protégés poursuivis par une puissance occupante et de toutes les personnes poursuivies pour des infractions pénales en relation avec un conflit armé non international. L'article 3 commun aux Conventions exige simplement un «jugement […] assorti des garanties judiciaires reconnues comme indispensables par les peuples civilisés». Les droits humains précisent, en tant que *lex specialis*, quelles sont ces garanties. Même le CICR donne cet exemple pour affirmer que: «international humanitarian law contains concepts the interpretation of which needs to include a reference to human rights law»[71]. Même là où les garanties judiciaires du DIH sont beaucoup plus précises, par exemple lorsque l'article 105 de la Convention III exige que «[l]e prisonnier de guerre prévenu recevra, assez tôt avant l'ouverture des débats, communication […] de l'acte d'accusation», il faut recourir à la jurisprudence des organes de protection des droits de l'homme pour savoir quels détails doivent être contenus dans cet acte et à quelles conditions il peut être modifié[72]. Vu qu'elles sont indérogeables en DIH, il faut à mon avis se référer non seulement au noyau indérogeable de ces garanties en droits humains mais à leur entièreté.

De manière similaire, les droits humains et la jurisprudence contiennent beaucoup d'éléments permettant de préciser la déontologie médicale à laquelle se réfère le DIH[73] ou la notion de traitement inhumain qui sont précisées par une riche jurisprudence des organes de mise en œuvre du droit international des droits humains[74]. Vu que l'interdiction d'un traitement inhumain est absolue dans les deux branches, rien ne s'oppose à appliquer cette jurisprudence aux deux. La notion de torture a dû, en revanche, être interprétée différemment en DIH qu'en droits humains, vu que ces derniers s'adressent traditionnellement uniquement à l'Etat, tandis que le DIH s'adresse également à des groupes armés et à des individus par rapport à des actes liés à un conflit armé. Il était logique de renoncer, pour le DIH, à la condition de la présence d'un agent de l'Etat ou d'une autre personne investie d'une autorité[75].

---

71 Henckaerts / Doswald-Beck [note 15], vol. I, p. xxxi.

72 Comité des droits de l'Homme, 25 mars 1983, *D. Monguya Mbengue c. Zaïre*, nº 16/1977, p. 80; Commission européenne des droits de l'homme, affaire *Chichlian et Ekindjian c. France* (rapport du 16 mars 1989) (affaire terminée par un règlement amiable et donc arrêt de radiation du rôle le 29 novembre 1989); Renée Koering-Joulin, La chambre criminelle et les droits reconnus par la Convention européenne des droits de l'homme à l' «accusé» avant le jugement, in: Mélanges offerts à Georges Lavasseur, Droit pénal, droit européen, Paris, Gazette du Palais, Litec, 1992, pp. 214-215; Dominique Poncet, La protection de l'accusé par la Convention européenne des droits de l'homme, Etudes de droit comparé, Mémoires publiés par la faculté de droit de Genève, Genève, Georg, Librairie de l'Université, 1977, pp. 136-137.

73 Voir, p. ex., art. 16 du Protocole I et 10 du Protocole II.

74 Krieger [note 31], p. 275.

75 TPIY, *Le Procureur c. Kunarac*, Affaire nº IT-96-23-T & IT-96-23/1-T, Jugement, 22 février 2001, § 496.

Il reste toutefois difficile à déterminer si l'on peut appliquer sans autres précautions la jurisprudence des organes de mise en œuvre des droits humains, même si celle-ci a été rendue en dehors de conflits armés. Pour identifier le contenu des garanties fondamentales en faveur de personnes qui se trouvent au pouvoir de l'ennemi, le CICR se réfère, dans son étude du DIH coutumier, très souvent à la jurisprudence des organes de mise en œuvre des droits humains. Il se justifie en expliquant : « this was done, not for the purpose of providing an assessment of customary human rights law but in order to support, strengthen and clarify analogous principles of humanitarian law »[76]. En particulier pour les conflits armés non internationaux, les règles conventionnelles ne sont souvent pas plus précises que les règles coutumières identifiées par le CICR. Dans ces cas, mais uniquement dans ces cas, un recours aux droits humains est donc justifié. Lorsqu'on se réfère à la jurisprudence en matière de droits humains, il faut toutefois tenir compte du fait que les limitations qu'ils prévoient permettent souvent d'adapter le contenu de l'obligation au contexte. Une jurisprudence déterminant la longueur maximale d'une détention avant d'avoir accès à un juge en temps de paix ne peut par exemple pas être appliquée à une situation chaotique de conflit armé. Les organes de mise en œuvre des droits humains adaptent eux-mêmes leurs exigences à la situation[77].

Une interprétation du DIH à la lumière des droits humains présuppose toujours de vérifier si la règle des droits humains est effectivement applicable dans la situation couverte par le DIH, compte tenu des limitations et des dérogations admissibles selon les droits humains[78]. A mon avis, il serait dans ce contexte trop formaliste de tenir compte uniquement des dérogations effectivement déclarées par l'Etat en question. Il faut plutôt analyser quelles dérogations auraient été proportionnelles et nécessaires. En effet, l'Etat concerné pourrait par hypothèse avoir renoncé à une dérogation parce qu'il ne la considérait pas comme nécessaire, la question étant régie par le DIH à titre de *lex specialis*.

Il faut en outre admettre un inconvénient lié à un tel recours, pour préciser ou interpréter le DIH, aux instruments des droits humains, inconvénient qui s'avère plus prononcé lorsqu'il s'agit de recourir à la jurisprudence de leurs organes de mise en œuvre. Les principes de l'universalité du DIH et de l'égalité des belligérants devant le DIH[79] sont abandonnés. Un Etat européen engagé dans un conflit armé contre un Etat asiatique devrait ainsi interpréter les garanties judiciaires prévues par le DIH dans le sens de la jurisprudence

[76] Henckaerts / Doswald-Beck [note 15], vol. I, p. 299.

[77] Krieger [note 31], p. 285.

[78] Krieger [note 31], pp. 279 et 281.

[79] Voir note 11.

sophistiquée de la Cour européenne des droits de l'homme, tandis que son ennemi ne serait pas lié par ces précisions.

## E. Le droit international humanitaire a été révisé par les droits humains

Le développement du droit international des droits humains est largement postérieur aux Conventions de Genève de 1949. On ne peut donc pas exclure que certains droits humains prévalent sur certaines règles de comportement interétatiques adoptées en 1949[80]. Ainsi l'art. 118 de la Convention III prescrit que les prisonniers de guerre doivent être rapatriés sans délai à la fin des hostilités actives. Les travaux préparatoires et une interprétation systématique indiquent que cette obligation ne peut pas dépendre de la volonté du prisonnier d'être rapatrié[81]. Entre-temps, le principe de non refoulement est toutefois reconnu comme règle du *jus cogens*[82], et doit prévaloir en tant que *lex superior* sur l'obligation de rapatrier du DIH, qui est interétatique et n'appartient pas, contrairement à bien d'autres règles du DIH, au *jus cogens*. Même au-delà de ce cas clair lié à la hiérarchie des normes, il est probable que certaines règles du DIH ne sont plus compatibles avec les conceptions actuelles en matière de droits humains, sans que les spécificités des conflits armés ne l'imposent. On peut ainsi se demander si l'exigence d'une révision semestrielle d'une décision d'interner un civil pour des impérieuses raisons de sécurité[83] n'est pas simplement dépassée en faveur d'une exigence de permettre une révision à des intervalles beaucoup plus courts, découlant de la liberté personnelle. Certains iraient même un pas plus loin et exigeraient, en conformité avec les droits humains, un contrôle judiciaire et non pas simplement, comme le prévoit le DIH, le contrôle d'un organisme administratif compétent[84].

---

80 Même le CICR admet que: "Since the adoption of the Geneva Convention there has been a significant development in international human rights law relating to the procedures required to prevent arbitrary deprivation of liberty" (Henckaerts / Doswald-Beck [note 15], vol. I, p. 349). L'une des auteurs de l'étude du CICR est plus claire en affirmant que: "international humanitarian law rules, although very advanced by 1949 standards, have now fallen behind the protections provided by HR treaties" (Louise Doswald-Beck, Human Rights and Humanitarian Law: Are there some Individuals Bereft of All Legal Protection?, in: American Society of International Law Proceedings 98 (2004), p. 356).

81 Voir Marco Sassòli, The Status, Treatment and Repatriation of Deserters under International Humanitarian Law, in: International Institute of Humanitarian Law Yearbook 1985, pp. 31-35.

82 Voir p. ex. ATF 108 Ib 411 et 109 Ib 72.

83 Voir art. 43 et 78 de la Convention IV.

84 *Id.* Voir aussi note 60.

## F. Les droits humains régissent, dans un conflit armé, des questions non régies par le droit international humanitaire

Là où la *lex specialis* ne contient pas de règle par rapport à un problème déterminé, il faut évidemment se référer à la *lex generalis*[85]. Le DIH ne contient, même pour des personnes qu'il protège contre l'ennemi – par exemple en cas d'occupation militaire ou de conflit armé non international – aucune règle protégeant certains droits de ces personnes. On citera, la liberté d'expression ou les droits politiques ou syndicaux. Nous ne croyons pas qu'il s'agit là d'un silence qualifié, de telle sorte que la *lex specialis* supprimerait dans de telles situations ces droits entièrement et automatiquement. Il s'agit plutôt de problèmes qui restent exclusivement régis par les droits humains. Les droits concernés ne peuvent être abrogés ou limités que selon les règles des droits humains sur la base des limites de chaque droit ou sur la base des dérogations en cas d'état d'exception. Ces dérogations doivent être nécessaires et proportionnelles. Cette applicabilité exclusive des droits humains, avec une possible limitation due aux dérogations, nous paraît encore plus évidente concernant les raisons pouvant justifier la privation de liberté à l'encontre de certaines catégories de victimes de la guerre, à propos desquelles le DIH ne contient pas de règles sur la justification de les priver de leur liberté et sur la procédure qui s'applique en la matière. Nous avons vu que de telles règles existent à propos des prisonniers de guerre, des internés civils et de tous les civils protégés dans un territoire occupé. En revanche, le DIH des conflits armés non internationaux contient des règles sur le traitement de toutes les personnes arrêtées en relation avec le conflit et sur les garanties judiciaires dont ces personnes doivent bénéficier en cas de poursuites pénales[86]. Il est cependant muet sur les raisons (autres qu'une poursuite pénale) qui justifient une privation de liberté et sur les recours qui existent contre une telle décision. Sur ces points, il faut appliquer les droits humains, dont certains peuvent certes faire l'objet de dérogations, mais d'autres, comme l'exigence d'une possibilité de recours à un organe judiciaire contre toute détention, sont indérogeables[87]. De même, la Convention IV ne contient aucune garantie judiciaire en faveur d'un civil ennemi poursuivi sur le territoire d'un belligérant selon la législation de ce dernier[88]. Ici aussi, les droits humains doivent combler la lacune.

---

85 Voir l'affaire Mavrommatis [note 41], p. 31; Lindroos [note 27], p.56; Charles Rousseau, De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l'ordre international, in: Revue générale de droit international public 39 (1932), p. 177.

86 Voir art. 5 et 6 du Protocole II.

87 Voir note 60.

88 Voir art. 37 et 38 de la Convention IV.

Un autre domaine sur lequel le DIH ne contient pas de règles est celui de l'usage de la force contre des civils qui ne participent pas directement aux hostilités. L'art. 27 de la Convention IV exige simplement qu'ils soient « respectés » et le DIH des conflits internationaux et non internationaux interdit de les « attaquer »[89]. Qu'est-ce que cela signifie par rapport à des civils qui commettent des crimes ou troublent l'ordre public ? Sur ce point, il est crucial de distinguer opérations militaires et opérations de police. La conduite des hostilités, dirigées contre des membres de groupes ou forces armés (ou contre des civils qui participent directement aux hostilités), est régie par le DIH.

En revanche, même dans un conflit armé, l'ordre public est rétabli par des opérations de police, dirigées contre des civils (suspects de crimes ou menaçant l'ordre public). Ces opérations sont régies par le droit interne et les droits humains. Tandis que des opérations militaires visent à affaiblir le potentiel militaire ennemi, des opérations de police, quant à elles, mettent en œuvre la loi ou rétablissent l'ordre public. Ces dernières sont soumises à davantage de restrictions. La force ne doit, par exemple, y être utilisée qu'en dernier ressort et uniquement lorsque des moyens non-violents n'ont pas abouti. L'usage des armes à feu y est une mesure extrême[90], tandis que dans la conduite des hostilités, cet usage est normal à l'égard des combattants. Dans les opérations de police, des mesures de précaution visant à éviter ou minimiser les risques pour la vie humaine ne doivent pas seulement être prises au bénéfice de tiers (« civils » dans la terminologie du DIH), mais également au bénéfice de la personne qui est la cible de l'attaque[91]. Le principe de la proportionnalité, applicable en DIH et en droits humains, a donc un contenu différent dans les deux branches[92]. Par rapport aux opérations militaires, c'est la compréhension du DIH qui constitue la *lex specialis*. Par rapport aux opérations de police c'est celle des droits humains qui l'est. Il est évident que cette distinction entre des opérations de police et des opérations militaires est particulièrement difficile à mettre en œuvre dans des conflits armés non internationaux (ou face à une résistance dans un territoire occupé[93]). Il est néanmoins essentiel d'appliquer à l'usage de la force dans des opérations de police uniquement la *lex specialis* des règles des droits humains – qui sont par ailleurs indérogeables parce qu'elles protègent le droit à la vie – et non pas le DIH qui ne contient pas de règles sur ce point, mais uniquement sur la question distincte de la conduite

89 Voir art. 51(2) du Protocole I et art. 13(2) du Protocole II.

90 Voir art. 9 des Principes de base sur le recours à la force et l'utilisation des armes à feu par les responsables de l'application des lois, adoptés par le huitième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et le traitement des délinquants qui s'est tenu à La Havane (Cuba) du 27 août au 7 septembre 1990, Doc. ONU A/CONF.144/28/Rev.1.

91 Voir *ibid*., art. 4 et 5.

92 Krieger [note 31], pp. 280-281.

93 Voir à cet égard Sassòli [note 67], pp. 665-666.

des hostilités. La même chose vaut pour l'usage d'armes à feu contre des internés civils qui essayeraient de s'échapper, question non réglée par le DIH – contrairement à la même question concernant les prisonniers de guerre qui, elle, est réglée par la Convention III en conformité avec la règle des droits humains[94].

## V. Conclusion

La maxime *lex specialis derogati legi generali* n'est pas une solution miracle, ni pour les antinomies en droit international en général, ni pour résoudre celles qui existent entre DIH et droits humains. Ces deux branches – DIH et droits humains – sont dans la plupart des cas compatibles. Là ou elles indiquent, par rapport à un problème qui se pose dans un conflit armé, des solutions allant dans des directions différentes, on ne peut pas affirmer que le DIH constitue toujours la *lex specialis*. Tout dépend non seulement des deux règles concurrentes, mais également du problème à résoudre. D'un point de vue purement formel déjà, c'est parfois la règle du DIH, des fois celle des droits humains qui est plus précise, plus détaillée par rapport à la situation donnée, qui se rattache à des faits supplémentaires qui y apparaissent. Mais ce critère formel ne peut malheureusement pas tout résoudre. Il est également nécessaire de tenir compte des buts systémiques du droit international dans son ensemble, ce qui ouvre la porte à des jugements de valeur, subjectifs. Pour déterminer véritablement quelle doit être l'influence de chaque branche dans la résolution des problèmes humanitaires qui se posent dans les conflits armés, des formules abstraites ne sont que d'une utilité limitée. Au-delà, il faudrait écrire un traité du DIH à la lumière des droits humains et un traité des droits humains applicables dans les conflits armés à la lumière du DIH, en espérant qu'ils mènent à des conclusions identiques. Mais l'exercice reste à faire. Pour l'Europe, nous espérons que le juge Malinverni n'aura pas trop d'occasions d'y contribuer en étant à la Cour européenne des droits de l'homme – car de telles occasions présupposent l'existence de conflits armés en Europe. Pour le bénéfice du droit et vu que sa compétence territoriale s'étend de Lisbonne à Vladivostok, on peut toutefois s'attendre à ce qu'il soit confronté à certains problèmes régis par les deux branches, pour voir comment il les harmonisera – explicitement ou, conformément à la pratique actuelle de la Cour, implicitement.

94 Convention III, art. 42.

# V

# Droits économiques et sociaux

# La notion de « marché public », une définition sans concession ?[1]

François Bellanger

*Avocat, Professeur à l'Université de Genève*

## I. Introduction

Le droit des marchés publics comprend de nombreuses définitions. Il précise notamment ce que sont les fournitures, services ou travaux de constructions[2] formant l'objet des marchés publics. Il donne également des indications précieuses sur la manière de calculer la valeur d'un marché[3]. En revanche, notre droit national est silencieux sur la notion même de « marché public ». Cette omission crée une certaine insécurité juridique. En effet, dès que l'on s'écarte des marchés classiques par lesquels l'Etat acquiert des fournitures ou des services en contrepartie du paiement d'un prix, l'on entre dans une zone grise à l'intérieur de laquelle le doute règne sur la qualification comme « marché public » de nombreuses opérations menées par l'Etat. La jurisprudence s'est exprimée sur ce point de manière contradictoire[4], en raison d'une divergence d'interprétation entre le Tribunal fédéral et la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics. La doctrine a également pris des positions souvent divergentes[5].

Face à cette situation, il nous semblait utile d'essayer de tracer les contours d'une définition des marchés publics permettant de traiter ces cas limites et de déterminer avec une certaine certitude s'ils constituent ou non des « marchés publics » au sens du droit éponyme. Dans ce but, nous allons commencer par rappeler l'état du droit et de la jurisprudence sur cette question (II.). Nous

1 Nous remercions Madame Roswytha Petry, assistante à la Faculté de droit, titulaire du brevet d'avocat qui a participé à la mise au point de l'appareil critique qui accompagne ce texte.

2 Article 5 de la loi fédérale du 16 décembre 1994 sur les marchés publics (RS 172.056.1; « LMP »); article 6 de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994 sur les marchés publics (RS/Ge L 6 05; « AIMP-1 ») et de l'Accord intercantonal du 25 novembre 1994, révisé le 15 mars 2001, sur les marchés publics (« AIMP-2 »).

3 Articles 6 et 7 LMP ainsi que 7 AIMP-1 et AIMP-2.

4 Voir, *infra*, le point II.B.

5 Voir, par exemple, J.-B. Zufferey, « Eléments choisis de droit interne », *in* J.-B. Zufferey, C. Maillard et N. Michel (éd.), *Droit des marchés publics – Présentation générale, éléments choisis et code annoté*, Fribourg 2002, p. 58 ss et les références citées.

poserons ensuite les éléments d'une définition des marchés publics (III.) avant de la tester sur certains cas limites et, en particulier les concessions (IV.), puis de conclure.

## II. L'état du droit et de la jurisprudence

### A. Le retour à l'AMP

En l'absence de définition légale du concept de « marché public » en droit interne, il faut se référer au fondement de nos textes légaux nationaux, l'Accord du 15 avril 1994 du GATT/OMC sur les marchés publics[6]. Ce traité conditionne l'application du droit national, qui doit être interprété de manière conforme à celui-ci[7].

L'article I, § 2, AMP déclare s'appliquer aux « *marchés passés par tout moyen contractuel, y compris sous forme d'achat ou sous forme de crédit-bail, location ou location-vente, avec ou sans option d'achat, comprenant toute combinaison, quelle qu'elle soit, de produit ou de service* ». Un tel marché est qualifié de « public » lorsque l'entité qui le passe est un pouvoir adjudicateur au sens du droit des marchés publics[8]. Cette définition comprend deux éléments.

Il faut en premier lieu l'existence d'un « moyen contractuel », soit un rapport bilatéral entre le pouvoir adjudicateur et le soumissionnaire. La qualification de ce rapport bilatéral importe peu comme l'illustrent les exemples insérés dans le texte de l'article I, § 2, AMP. En revanche, l'objet du rapport contractuel doit être un moyen pour le pouvoir adjudicateur de bénéficier d'une manière ou d'une autre d'une prestation. Il n'est pas nécessaire que le pouvoir adjudicateur procède à un achat ; l'article I, § 2, AMP mentionne expressément l'hypothèse d'un bail. L'élément déterminant est la maîtrise obtenue pour un temps donné par le pouvoir adjudicateur sur la prestation en raison du rapport contractuel.

En deuxième lieu, la prestation peut prendre la forme de fournitures ou de services. Les fournitures sont tout objet mobilier dont le pouvoir adjudicateur peut avoir besoin. Les services recouvrent à la fois les services au sens usuel du terme visés par l'annexe 4 de l'Appendice I de l'AMP[9] que les

---

6 RS 0.632.231.422 ; « AMP ».

7 O. Rodondi, « Le droit cantonal des marchés publics – Les premières expériences », RDAF 1999 I 265/269 ; C. Wilhelm, *Introduction et force obligatoire des traités internationaux dans l'ordre juridique suisse*, Thèse, Zurich 1993, p. 89 ss.

8 Voir les articles I § 1 AMP, complété par les annexes 1 à 3 de l'Appendice I de cet accord, 2 LMP et 2 à 2b OMP ainsi que 8 AIMP-1 et AIMP-2.

9 Nous les qualifierons par la suite de « services ordinaires » pour les distinguer des services de construction.

services de constructions selon l'annexe 5 de l'Appendice I de l'AMP, soit tous les travaux de construction, la location de machines ou encore la fourniture de services d'architecture ou d'ingénierie nécessaires pour l'exécution de tels travaux.

Ces deux composantes de la définition de la passation de marché ne se réfèrent pas expressément au prix dû pour les prestations acquises par le pouvoir adjudicateur. Ce silence ne signifie pas que le prix ne soit pas un élément important ou que ces prestations peuvent être fournies à titre gratuit. Bien au contraire, la mise en œuvre du droit des marchés publics dépend étroitement du prix du marché qui détermine non seulement l'applicabilité totale ou partielle des textes conventionnels[10] et légaux[11], mais encore le choix de la procédure en droit cantonal[12]. Dans ce sens, pour éviter que ces règles ne soient éludées, l'article II § 2 AMP impose d'évaluer la valeur du marché en tenant compte de « *toutes les formes de rémunération, y compris toute prime, rétribution ou commission et tous intérêts à recevoir* » et l'article II § 3 AMP interdit au pouvoir adjudicateur toute scission artificielle de l'objet du marché pour diminuer sa valeur. Le prix est ainsi un élément incontournable du droit des marchés publics, avec pour conséquence que la prestation fournie au pouvoir adjudicateur par un moyen contractuel doit avoir un caractère onéreux[13].

Partant, selon l'article I § 2 AMP, un marché public existe lorsque trois éléments sont réunis : un pouvoir adjudicateur (1.) acquiert la maîtrise par n'importe quel procédé contractuel d'un bien mobilier ou d'un service (2.) et le fournisseur de ce bien ou service reçoit d'une manière ou d'une autre une rémunération (3.) pour cette prestation.

Cette définition correspond à celle utilisée en droit communautaire. L'article premier § 2 a) de la Directive 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services[14] définit les marchés publics comme « *des contrats à titre onéreux conclus par écrit entre un ou plusieurs opérateurs économiques et un ou plusieurs pouvoirs adjudicateurs et ayant pour objet l'exécution de travaux, la fourniture de produits ou la prestation de services* ». Elle reprend ainsi les éléments que nous avons identifiés, l'existence d'un rapport contractuel, portant sur la fourniture de bien ou de services à un adjudicateur et ayant un caractère onéreux. Dans le même sens, l'article 2,

10 Articles I § 4 et II § 1 AMP.

11 Articles 6 LMP et 7 AIMP-1 ou AIMP-2.

12 Articles 12 AIMP-1 ou AIMP-2 et les règles cantonales d'exécution.

13 Dans ce sens, Décision de la commission de recours en matière de marchés publics du 29 février 2000, JAAC 64.60, c. 1b.

14 JO 30.04.2004 L 134/114 ; ci-après « Directive 2004/18/CE ».

litt. a de la Loi type sur la passation des marchés de biens, de travaux et de services, adoptée par la CNUDCI[15] le 15 juin 1994, définit les mots «*passation de marché*» comme désignant «*l'acquisition, par un moyen quelconque, de biens, de travaux ou de services*».

Face à ce concept, la jurisprudence des deux plus hautes autorités judiciaires helvétiques a été pour le moins divergente, le Tribunal fédéral optant pour une approche restrictive et la Commission fédérale de recours pour une définition alternative du concept de «marché public» lui permettant d'appréhender des opérations n'entrant *a priori* pas dans cette notion.

## B. La vision de la jurisprudence

Le Tribunal fédéral a jugé en 1999 dans le cadre du marché de l'affichage public à Genève que l'on «*se trouve en présence d'un marché public lorsque la collectivité publique, qui intervient sur le marché libre en tant que ‹ demandeur › (‹ Nachfrager ›), acquiert auprès d'une entreprise privée, moyennant le paiement d'un prix, les moyens nécessaires dont il a besoin pour exécuter ses tâches publiques. C'est la collectivité publique qui est ‹ consommatrice › (‹ Konsument ›) de la prestation et c'est l'entreprise privée qui en est le ‹ fournisseur › (‹ Produzent ›)* […]. *Le terme allemand ‹ öffentliches Beschaffungswesen › (‹ acquisitions publiques ›) utilisé pour désigner les marchés publics est plus parlant*»[16]. Cette approche reprend les trois éléments de la définition de la passation du marché et ajoute un quatrième facteur: l'Etat doit agir en qualité de «consommateur» face au fournisseur privé. Pour ce motif, le Tribunal fédéral a considéré que le marché de l'affichage n'était pas un marché public, car les collectivités publiques concernées «*n'entendaient pas acquérir des prestations de services, mais au contraire « vendre » le droit d'utiliser le domaine public à des fins commerciales moyennant une redevance et diverses prestations accessoires dues par l'entreprise concessionnaire*»[17]. Cette précision est importante, car elle établit une direction précise des flux des prestations qui doit pouvoir être identifiée. D'une part, l'Etat doit recevoir une prestation et d'autre part, il doit payer un prix. Cet élément rend la définition des «marchés publics» donnée par le Tribunal fédéral restrictive, car elle supprime la flexibilité souhaitée par l'AMP pour le paiement du prix de la prestation. L'ar-

[15] Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI).

[16] ATF 125/1999 I 209/212-213, *JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA et Decaux SA*. Cette définition a été reprise par la suite dans un arrêt non publié du 16 mai 2001, N° 2P.19/2001, c. 1bb. Pour une analyse critique de cet arrêt, voir F. Bellanger/C. Bovet, «Marché de l'affichage public ou marché public de l'affichage?», BR/DC 4/1999 pp. 164-165; E. Poltier, «Les marchés publics – premières expériences vaudoises», RDAF 2000 I 297/310; P. Richli, «Bemerkungen zu BGE 125 I 209, PJA 2000/4 490; J.-B. Zufferey, «Affichage sur le domaine public: monopole admissible», Medialex 03/99 169.

[17] ATF 125/1999 I 209/213, *JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA et Decaux SA*.

ticle II § 2 accepte que le paiement intervienne sous d'autres formes que le versement d'un prix. Le Tribunal fédéral exclut ces formes alternatives de règlement.

En dépit de sa conclusion quant à l'absence d'un « Etat consommateur » dans le cas particulier, le Tribunal fédéral a tenu à préciser que l'octroi de la concession d'affichage n'était pas lié à l'accomplissement des tâches publiques, considérant que « *l'affichage de placards publicitaires à des fins commerciales, qui est l'élément central de la concession en cause, ne constitue pas une tâche publique à proprement parler* »[18]. Cet élément a permis au Tribunal fédéral d'affirmer que la société concessionnaire n'exerçait pas « *un service public pour le compte des autorités concédantes* »[19]. Notre Haute Cour n'a toutefois pas explicité ce volet de son raisonnement. On peut uniquement déduire de celui-ci que sa conclusion aurait éventuellement pu être différente si le marché avait porté sur le transfert d'une tâche publique, mais sans que l'on sache pourquoi.

La Commission de recours a suivi cette voie alternative dans une affaire concernant la qualification juridique du choix par la Confédération d'un organisme privé qui serait chargé de tâches en relation avec l'élimination et la valorisation des piles et accumulateurs usagés[20].

Après avoir relevé que la Confédération ne pouvait être considérée comme un « consommateur » de prestations dans un tel cas, la Commission de recours a considéré qu'à la différence du marché de l'affichage, celui de la valorisation respectueuse de l'environnement de piles et d'accumulateurs usagés constituait une tâche étatique que l'organisme privé devait exercer sous la surveillance de la Confédération[21]. Toutefois, ce seul élément ne suffisait pas pour admettre la qualification du marché comme public. La Commission de recours a ensuite relevé les buts recherchés par le droit des marchés publics : la transparence des procédures pour renforcer la concurrence et optimiser l'utilisation des deniers publics en choisissant l'offre économiquement la plus avantageuse et la garantie de l'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires. Au regard de ces objectifs, la Commission de recours a jugé qu'il n'y avait pas de raison de sortir du champ d'application du droit des marchés publics le choix d'entreprises privées chargées d'exécuter des tâches publiques pour le compte de l'Etat[22]. Elle a de même écarté une exclusion de

---

18 *Ibid*.

19 *Ibid*.

20 Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 3 septembre 1999, RDAF 2000 I 181.

21 Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 3 septembre 1999, RDAF 2000 I 181/184.

22 Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 3 septembre 1999, RDAF 2000 I 181/185.

principe des concessions de service du champ d'application de la LMP, même si une telle exclusion peut exister en droit communautaire[23].

En conséquence, en l'état de la jurisprudence, il existe un marché public dans deux hypothèses contradictoires. D'une part, l'Etat acquiert en qualité de consommateur à titre onéreux des prestations d'une entreprise privée ; ce qui exclut qu'une concession de service public puisse être un marché public. D'autre part, l'Etat délègue l'exécution d'une tâche publique à une entreprise privée qui doit s'en charger à ses risques et périls sous surveillance étatique ; ce qui ne correspond pas à la notion « d'Etat consommateur » définie par le Tribunal fédéral. Ces contradictions rendent difficile l'identification des marchés publics et compliquent la mise en œuvre du droit. Pour tenter de les résoudre, il convient de reprendre la définition de l'article I § 2 AMP en l'affinant au regard de l'objectif poursuivi par le droit des marchés publics.

## III. Vers une nouvelle définition des « marchés publics »

Nous avons posé les trois éléments devant être réunis au regard de l'article I § 2 AMP pour qu'un marché public existe : un pouvoir adjudicateur acquiert la maîtrise par n'importe quel procédé contractuel d'un bien mobilier ou d'un service et le fournisseur de ce bien ou service reçoit d'une manière ou d'une autre une rémunération pour cette prestation. Cette définition est parfaitement adaptée aux marchés publics que l'on peut qualifier de « classiques », soit ceux qui existent lorsque l'administration acquiert les moyens dont elle a besoin pour fonctionner et reste seule responsable de l'exécution de ses tâches. C'est ce type d'opérations que la Suisse a entendu réglementer lorsqu'elle a accepté de signer l'AMP[24]. Sont clairement visés par cette définition les trois types de marché classiques visés par les articles 5 LMP ou 6 AIMP-1 et AIMP-2. Il ne fait aucun doute que des achats de biens ou de services couverts par les annexes 3 à 5 de l'Appendice I de l'AMP seraient des marchés publics au sens de l'article I § 2 AMP et seraient soumis à la LMP ou l'AIMP-1 ou l'AIMP-2 pour autant que les autres conditions d'application de ces textes légaux soient réunies. Les limites de la définition apparaissent face à des situations non clairement visées par ces dispositions, comme l'illustrent les

[23] Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 3 septembre 1999, RDAF 2000 I 181/186-187.

[24] Message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 relatif à l'approbation des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay), FF 1994 IV 1/347. Message du Conseil fédéral du 19 septembre 1994 relatif aux modifications à apporter au droit fédéral dans la perspective de la ratification des accords du GATT/OMC (Cycle d'Uruguay), FF 1994 IV 995/1216.

deux décisions judiciaires que nous avons commentées au point précédent. C'est pour résoudre ces cas particuliers qu'il est nécessaire de disposer de paramètres supplémentaires pour déterminer s'il s'agit ou non de marchés publics.

L'objet des marchés est l'acquisition de biens mobiliers, de prestations de services ordinaires ou des services de constructions au sens des articles 5 LMP et 6 AIMP-1 ou AIMP-2. Ce qui caractérise une telle opération est la nature bilatérale du contrat en cause : d'une part, un bien ou un service, et d'autre part, une rémunération versée par l'Etat. Ce dernier acquiert donc un certain résultat contre un certain prix. La définition de ce qui sera le prix le plus avantageux est l'objet de la procédure de marché public[25]. Certes, la conclusion du contrat implique un choix, celui de l'entreprise retenue pour fournir les services ou biens dont l'Etat a besoin. Ce choix comporte un danger de discrimination entre les entreprises en raison de leur origine géographique de même qu'un risque de violation de l'obligation de neutralité concurrentielle de l'Etat si l'égalité de traitement entre tous les soumissionnaires n'est pas strictement respectée. La procédure imposée par le droit des marchés publics a été conçue pour assurer le respect de ces règles pour autant que l'on ait affaire à un « marché public » au sens de celles-ci[26]. En revanche, le besoin ressenti d'appliquer ces règles ne peut justifier la qualification d'une opération comme « marché public », contrairement à ce qu'a jugé la commission de recours[27].

La prestation visée par le contrat bilatéral est la fourniture d'un bien mobilier ou d'un service permettant à l'Etat d'accomplir ses tâches. Cette définition signifie que l'Etat conserve la responsabilité de la tâche publique et qu'il l'exerce en utilisant les ressources acquises auprès des entreprises privées. Autrement dit, l'Etat assume les risques d'exécution de la tâche publique, dont il est directement responsable. C'est le modèle classique de la sous-traitance ; par exemple, lorsqu'un service de transport public charge par un contrat une entreprise privée d'exploiter en son nom une ligne de bus ou lorsqu'une administration publique confie le nettoyage de ses locaux à une entreprise privée.

---

25 L'article 21, alinéa 1, LMP précise que le « *Le marché est adjugé au soumissionnaire ayant présenté l'offre la plus avantageuse économiquement. Celle-ci est évaluée en fonction de différents critères, notamment le délai de livraison, la qualité, le prix, la rentabilité, les coûts d'exploitation, le service après-vente, l'adéquation de la prestation, le caractère esthétique, le caractère écologique et la valeur technique* ».

26 Dans ce sens, l'article 1 LMP affirme que le but de la législation est d'assurer la transparence des procédures de passation des marchés, de garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires ainsi qu'une concurrence efficace entre eux et de permettre une utilisation économique des deniers publics.

27 Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 3 septembre 1999, RDAF 2000 I 181/184-185.

La situation est différente si le risque est transféré intégralement au fournisseur privé, car il se substitue alors à l'Etat en vertu d'un transfert de compétences et agit à ses risques et périls[28]. Dans ce cas, l'Etat n'acquiert plus les ressources nécessaires à la réalisation de ses tâches, mais bénéficie indirectement des prestations que le tiers auquel la tâche a été transférée fournit aux usagers du service en son nom et sous sa responsabilité. On peut imaginer, par exemple, le transfert de la gestion d'une infrastructure publique, comme une gare ou un aéroport, à une entreprise privée qui l'exploiterait entièrement à ses risques. Un tel transfert de compétences ne constitue pas une prestation visée par le droit des marchés publics[29].

En se fondant sur cette distinction, on peut qualifier comme « marché public » le contrat de sous-traitance par lequel l'entreprise privée exécute une tâche au nom et pour le compte de l'Etat et exclure de qualifier comme un tel marché l'accord contractuel par lequel l'Etat transfère la responsabilité d'exécuter une tâche publique à une entreprise privée qui s'engage à l'accomplir en son nom et pour son compte en en assumant les risques.

De plus, dans le cas des contrats comprenant un ensemble de prestations, il est possible d'avoir une combinaison de prestations susceptibles de constituer un marché public et de prestations n'ayant pas cette qualité. Ce mélange n'exclut pas l'existence d'un marché public. Il faut, dans un tel cas, appliquer un double critère d'analyse portant, en premier lieu, sur le caractère dissociable ou non des prestations et, en second lieu, sur la valeur respective des prestations lorsqu'elles ne sont pas dissociables[30].

Lorsque les prestations sont dissociables, chaque type de prestation doit être traité de manière indépendante et est susceptible de faire l'objet d'un marché public[31].

Lorsque les prestations sont indissociables, il faut déterminer si la prestation susceptible de faire l'objet d'un marché public est prépondérante ou pas. Le critère à utiliser est celui du poids financier respectif des deux types

---

28 Le critère du risque d'exploitation a été retenu par l'Union européenne pour établir une distinction entre les marchés publics et les concessions de service public ou de travaux publics (Communication interprétative de la Commission du 12 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire, JO 29.04.2000 C 121/2ss ; CJCE, aff. C-272/91, Commission des Communautés européennes c. République italienne, Rec. 1994, I-1409).

29 L'absence d'application du droit des marchés publics ne signifie pas que ce transfert puisse intervenir librement. D'une part, si ce transfert implique la délégation d'une compétence du pouvoir de décider ou de réglementer à l'organisme privé, une base légale est nécessaire. D'autre part, le choix de l'organisme chargé de la tâche doit respecter des règles garantissant la neutralité de l'Etat du point de vue de la concurrence.

30 E. Clerc, « Art. 5 LMI », *in* P. Tercier & C. Bovet (éd.), *Droit de la concurrence*, Bâle 2002, N° 47.

31 Dans ce sens, Décision de la commission de recours en matière de marchés publics du 29 juin 1998, RDAF 1999 I 37/41.

de prestations. La valeur la plus élevée détermine, d'une manière globale, si le contrat peut ou non faire l'objet d'un marché public[32]. Par exemple, lorsque des services ne sont que partiellement assujettis au droit des marchés publics (mandat de direction de travaux, soumis au droit des marchés publics, prestations juridiques, non soumises), le marché sera globalement soumis au droit des marchés publics si les honoraires d'architectes correspondant à la direction des travaux sont plus élevés que ceux relatifs aux prestations juridiques ; à l'inverse, le marché sera totalement soustrait aux règles sur les marchés publics[33].

Enfin, par ce contrat, l'Etat adjudicateur peut acquérir des biens ou des services qui sont offerts sur le marché de manière indistincte aussi bien à l'Etat qu'à des entreprises privées. L'Etat peut aussi souhaiter acquérir des biens ou des services particuliers, conçus spécifiquement pour ses besoins et qui ne pourraient être utilisés par des entreprises du secteur privé. Tel sera le cas, par exemple, d'une caserne de pompiers qui serait construite en fonction des spécifications données par l'Etat. Dans un tel cas, la spécificité du bien en cause, conçu pour l'Etat, donne clairement un caractère « public » au marché.

Compte tenu de ces éléments, il est possible d'affirmer que l'on sera en présence d'un marché public lorsque les trois conditions cumulatives suivantes sont remplies :

1) Un pouvoir adjudicateur entend conclure un accord contractuel à caractère bilatéral avec un soumissionnaire.

2) Ce contrat concerne la fourniture d'un bien mobilier ou d'un service, qui permet à l'Etat d'accomplir ses tâches, sous réserve des trois précisions ci-après :

– Lorsque le contrat comporte plusieurs prestations, chaque prestation constitue un marché distinct lorsqu'elles sont dissociables. Si elles ne le sont pas, il s'agit d'un contrat unique, avec un objet principal et un ou plusieurs objets accessoires ; l'objet principal correspond à la prestation ayant une valeur économique prépondérante.

– Cette condition doit être interprétée de manière large en cas de prestations conçues spécifiquement en fonction des demandes formulées par le pouvoir adjudicateur et utilisables sans des frais importants de modification ou transformation uniquement par celui-ci de manière à appréhender des prestations qui ne correspondraient pas exactement à la notion de bien mobilier ou de service.

---

[32] Décision de la commission de recours en matière de marchés publics du 29 juin 1998, RDAF 1999 I 37/39-40.

[33] D. Esseiva, « Droit applicable à un marché comportant des services en partie assujettis au droit des marchés publics », BR/DC 2/2000 p. 53.

– En cas de contrat portant sur un service, il doit s'agir d'un véritable contrat de prestation de service en faveur de l'Etat, soit un contrat n'ayant pas pour objet de transférer l'exécution de la tâche publique à ce soumissionnaire. Il est donc nécessaire pour qu'il y ait un marché public que l'Etat conserve la charge pleine et entière du risque d'exploitation de la tâche en se limitant à acquérir tout ou partie des ressources requises pour la tâche en cause, y compris en la sous-traitant.

3) Ce contrat a un caractère onéreux prenant la forme d'un prix payé, directement ou indirectement, par l'Etat, quelle que soit la forme de ce paiement[34].

# IV. Les cas limites

## C. L'achat de terrains ou d'immeubles

L'achat d'un terrain en vue de réaliser une construction ou d'un bâtiment existant par un pouvoir adjudicateur n'est, en principe, pas une opération assujettie au droit des marchés publics, car il ne s'agit ni de fournitures mobilières au sens de l'article 5 litt. a LMP, ni de travaux selon l'article 5 litt. c LMP[35]. Toutefois, l'opération d'achat peut être qualifiée comme marché public de services de construction si elle présente les mêmes caractéristiques. Notre définition des « marchés publics » permet d'identifier ces transactions immobilières.

Une opération d'acquisition d'un immeuble peut être qualifiée comme un contrat à caractère bilatéral avec un soumissionnaire permettant à l'adjudicateur d'obtenir un service de construction contre le paiement d'un prix dans trois hypothèses :

– la transaction immobilière est couplée avec un contrat de services de construction, comme un contrat d'architecte ou un contrat d'entreprise générale, et porte sur un bâtiment sans spécifications particulières ;

– la transaction immobilière est couplée avec un contrat de services de construction, et porte sur un bâtiment réalisé en fonction des besoins du pouvoir adjudicateur, mais utilisable néanmoins conformément à sa destination sans grands travaux de transformation par une personne privée ;

---

[34] Dans ce sens, D. Kunz, *Verfahren und Rechtsschutz bei der Vergabe von Konzessionen*, Berne 2004, p. 169.

[35] Au surplus, il convient de préciser que la note 3 de l'annexe 4 de l'Appendice I de l'AMP précise expressément que cet accord ne s'applique pas « aux marchés de services qui ont pour objet l'acquisition ou la location, qu'elles qu'en soit les modalités financières, de terrains, de bâtiments existants ou d'autres biens immeubles ou qui concerne des droits sur ces biens ».

– la transaction immobilière porte sur l'acquisition d'un bâtiment clef en mains construit exclusivement en fonction des besoins de l'adjudicateur de telle sorte qu'il ne soit pas utilisable par des tiers de manière conforme à sa destination ou sans subir des transformations importantes.

*Dans le premier cas*, le caractère couplé de la transaction permet de distinguer l'opération d'achat en cause d'une opération immobilière ordinaire qui n'est manifestement pas soumise au droit des marchés publics : l'Etat est libre d'acquérir un immeuble de bureaux mis en vente sur le marché par un opérateur immobilier ; il se comporte alors comme n'importe quel acheteur en concurrence avec les autres acquéreurs potentiels. En revanche, si l'Etat acquiert un terrain vierge et signe simultanément avec le vendeur ou une société proche de celui-ci un contrat d'entreprise générale en vue de la réalisation d'un immeuble, il se place dans la position de l'adjudicateur maître d'ouvrage, qui doit veiller au respect du droit des marchés publics. La situation serait similaire face à une opération plus complexe comme un échange de terrain aux termes de laquelle l'Etat recevrait un immeuble et le terrain où il est construit en échange d'un terrain lui appartenant et, éventuellement, le paiement d'une soulte. En conséquence, toute transaction couplée ou mixte remplirait la première condition d'existence d'un marché public.

Le contrat entre les parties porterait dans un tel cas sur la réalisation d'un immeuble. Il serait donc susceptible de remplir la deuxième condition. Toutefois, admettre cette réalisation sans autre analyse serait prématuré, car il est concevable que l'achat d'un terrain avec un contrat d'entreprise générale prévoyant la livraison clef en main d'un immeuble sans spécification particulière puisse correspondre à une transaction immobilière ordinaire. Il est donc nécessaire d'appliquer le paramètre du risque d'exploitation à ce type d'opération. Si le pouvoir adjudicateur acquiert le terrain et, au terme de la construction, le bâtiment terminé, sans qu'il supporte le moindre risque financier, la situation est analogue à l'achat d'un bâtiment construit, étant rappelé qu'il s'agit d'un bâtiment utilisable par toute personne privée. Le pouvoir adjudicateur ne court dans cette hypothèse aucun risque lié à la construction et n'est pas dans une position correspondant à celle visée par l'article 5, alinéa 1, litt. c LMP. En revanche, si le risque financier de la construction est supporté par le pouvoir adjudicateur, il n'y a plus de différence entre l'opération immobilière et un marché de services de construction ; partant, il faut admettre que l'opération remplirait alors la deuxième condition d'existence d'un marché public.

Enfin, l'opération que nous avons décrite a clairement un caractère onéreux. A moins d'être dans l'hypothèse irréaliste d'une véritable donation du bâtiment par le constructeur, le pouvoir adjudicateur supportera d'une manière ou d'une autre, selon les termes prévus par les contrats en cause, le prix de la construction.

*Dans le deuxième cas*, la différence est que le bien immobilier en cause est réalisé en fonction des besoins du pouvoir adjudicateur. L'immeuble reste une construction ordinaire, comme un immeuble de bureaux ou de logements, mais est construit et aménagé en fonction des besoins spécifiques de l'Etat. Un tiers pourrait néanmoins également utiliser le bâtiment conformément à sa destination moyennant probablement des travaux de modification de faible ou moyenne importance. La situation n'est, dans ce cas, pas différente de celle de l'immeuble de bureaux ou un nouveau propriétaire effectue des travaux de transformation avant d'entrer dans les locaux pour que ces derniers correspondent parfaitement à ses besoins. Le fait que l'Etat ait spécifié de telles exigences particulières pour la réalisation du bâtiment ne suffit pas pour remplir la deuxième condition d'existence d'un marché public, dès lors que ces exigences n'excluent pas l'utilisation conforme à sa destination de l'immeuble par un tiers. Il est donc nécessaire de vérifier également le paramètre du risque comme dans l'hypothèse précédente[36]. En effet, si l'Etat n'a aucun risque financier lié à la construction et que l'immeuble pourrait aisément être offert sur le marché par l'entrepreneur, la situation est toujours similaire à celle de l'achat d'un immeuble terminé, moyennant quelques travaux de transformation, ou d'un immeuble en voie d'achèvement pour lequel la fin des travaux seraient menée de manière à répondre aux exigences de l'acquéreur. La situation serait différente si le risque financier de la construction était supporté par le pouvoir adjudicateur, l'opération remplirait alors la deuxième condition d'existence d'un marché public. Au surplus, la troisième condition serait également remplie en raison du caractère onéreux de la transaction.

*Dans le troisième cas*, la différence est que le bien immobilier en cause n'est pas un bien substituable : il ne s'agit pas d'un immeuble de bureaux pouvant être occupé par toute entreprise intéressée ou de logements pouvant être mis en location ; au contraire, l'objet du contrat est la réalisation d'un immeuble répondant aux besoins spécifiques du pouvoir adjudicateur, comme une caserne de pompier ou un abri de protection civile. Cette caractéristique de l'immeuble a pour effet qu'il ne pourrait pas être utilisé par un tiers de manière conforme à sa destination, dès lors que seul l'Etat assume la tâche pour laquelle le bâtiment a été construit. Cela n'exclut pas toute autre utilisation, mais la rend très difficile ; elle impliquerait des adaptations ou des transformations importantes du bâtiment en cause pour lui permettre de répondre aux besoins de la personne privée qui souhaiterait en faire usage. Dans cette hypothèse très particulière, même si les conditions contractuelles prévoyaient

[36] Dans ce sens, voir D. Esseiva, « Achat d'un bâtiment », BR/DC 4/1999 137 et J.-B. Zufferey, précité note 5, p. 61.

que le risque de construction soit entièrement assumé par l'entrepreneur, il conviendrait de considérer que l'opération est un marché public en raison de la spécificité du bien à construire. Il ne s'agirait pas d'un immeuble qu'une entreprise privée pendrait le risque de construire sans une commande de l'Etat, car il n'y a, par définition, pas de marché pour ce genre de bâtiment. Il n'existe qu'un client. La situation est donc parfaitement analogue à un marché de services de construction visant la construction d'un tel immeuble. Au surplus, les réflexions faites pour la première hypothèse concernant le caractère onéreux s'appliquent par analogie. Il s'agirait donc également d'un marché public[37].

## D. La concession de travaux publics

La concession de travaux public est définie en droit communautaire comme un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de travaux, à l'exception du fait que la contrepartie des travaux consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter l'ouvrage, soit dans ce droit assorti d'un prix[38]. Ce type de concession est un moyen de réaliser des infrastructures et de les faire financer par leurs utilisateurs. Ce procédé est peu utilisé en Suisse[39], mais pourrait se développer à l'avenir compte tenu du souci des collectivités publiques de limiter leurs dépenses[40].

La concession est un acte mixte, composé de clauses bilatérales et de clauses unilatérales ou décisionnelles. Ces dernières clauses résultent directement ou impérativement de la loi, tandis que le contenu des clauses bilatérales est négocié par les parties[41]. La concession a généralement une durée déterminée fixée qui est fonction de l'intérêt du concédant à exercer lui-même l'activité confiée et de la nécessité pour le concessionnaire de disposer d'un

---

37 *Contra* D. Esseiva qui estime nécessaire en tout hypothèse la réalisation de deux conditions cumulatives, les risques à charge de l'adjudicateur et la définition des besoins par le futur utilisateur, pour qu'une telle opération immobilière soit considérée comme un marché public (BR/DC 4/1999 137). Dans ce sens, également, J.-B. Zufferey, précité note 5, p. 61. A notre avis, en raison du caractère non commercialisable du bâtiment, la condition du risque ne devrait pas être appliquée.

38 Article premier § 3 de la Directive 2004/18/CE. L'article premier § 3 a) de la Directive 2004/17/CE du 31 mars 2004 du Parlement européen et du conseil portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JO 30.04.2004 L 134/1) contient la même définition.

39 Voir l'exemple du tunnel du Grand St-Bernard, dont l'historique est retracé dans un avis de droit de la Direction du droit international public du 15 mars 2005, JAAC 70.67.

40 En matière routière, l'usage de ce type de concession est entravé par l'article 82, alinéa 1, Cst. qui garantit une utilisation des routes publiques exempte de taxes, sous réserve d'exceptions décidées par l'Assemblée fédérale.

41 ATF 130/2004 II 18/21.

temps suffisant pour amortir les investissements consentis. Au terme de la concession, en principe, l'autorité concédante acquiert les installations sans devoir indemniser le concessionnaire qui est censé avoir amorti ses frais. La concession définit aussi généralement les contraintes imposées dans l'intérêt public au concessionnaire.

En principe, le concessionnaire prend en charge l'activité concédée de manière indépendante et s'engage à la remplir en son propre nom et à ses risques et périls[42]. Il poursuit normalement un intérêt lucratif : il estime que l'exercice de l'activité concédée lui procurera un profit et est censé, en sa qualité d'entreprise privée, rechercher un tel profit. Dans le cas d'une concession de travaux publics, le concessionnaire sera intéressé à construire une infrastructure correspondant aux besoins spécifiques de la collectivité publique et à l'exploiter pour en retirer les fruits pendant une certaine durée, de manière à générer un revenu suffisant pour amortir les frais de construction, assurer la couverture des frais d'entretien et produire un bénéfice.

La caractéristique de la concession de travaux publics est le devoir du concessionnaire de construire l'ouvrage et son droit de l'exploiter pendant une certaine durée contre rémunération de ses usagers sous forme de péage ou de redevance. Le concessionnaire peut parfois recevoir une partie du prix de construction ou d'exploitation de l'Etat de manière à ce que le coût final déterminant le montant du péage ou de la redevance soit réduit. L'octroi du droit d'exploitation s'accompagne normalement de la responsabilité d'une bonne exploitation ; le concessionnaire assume ainsi les risques liés à la construction elle-même, mais aussi son entretien, voir les travaux d'amélioration imposés par les besoins de l'exploitation comme l'accroissement des exigences de sécurité[43].

L'objet de la concession et, partant, des dispositions contractuelles, qui la composent[44], est double : il consiste, d'une part, dans la construction d'un ouvrage et, d'autre part, dans l'exploitation de cet ouvrage dans l'intérêt public. Le premier élément permet de créer l'infrastructure qui sera ensuite utilisée pour accomplir la tâche publique dont l'exercice est confié au conces-

---

42 A. Grisel, *Traité de droit administratif*, Neuchâtel 1984, vol. I p. 282 ss ; B. Knapp, P*récis de droit administratif*, 4e éd., Bâle et Francfort-sur-le-Main 1991, p. 294 ss ; P. Moor, Droit administratif, vol. III, Berne 1992, p. 119 ss ; U. Häfelin, G. Müller, F. Uhlmann, Allgemeines Verwaltungsrecht, 5e éd., Zürich 2006, No 2591 ss.

43 Voir sur ce point l'analyse détaillée de la concession de travaux publics et de sa délimitation par rapport aux marchés publics de travaux dans la Communication interprétative de la Commission du 12 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire, JO 29.04.2000 C 121 2/3-4.

44 Dans ce sens, voir la Décision de la Commission fédérale de recours en matière de marchés publics du 3 septembre 1999, RDAF 2000 I 181/186, où la Commission de recours a insisté sur le fait que le droit attribué à l'organisme privé de prendre des décisions ne supprimait ni la nature contractuelle des rapports entre l'Etat et l'organisme ni la qualification des services.

sionnaire. Ce double objet différencie la concession de travaux publics de la concession de service public qui ne porte que sur l'exécution d'une tâche publique[45]. L'analyse de la concession doit être effectuée en fonction de cette dualité.

Le premier volet de la concession, la construction de l'ouvrage, doit être traité de manière analogue à celle de l'achat d'un terrain ou d'un bâtiment[46]. En effet, on est confronté à un ouvrage construit, sur la base d'un accord contractuel, en fonction des contraintes spécifiques de l'Etat, qui est destiné à l'exécution d'une tâche publique et pour lequel le prix est payé de manière différée au moyen du revenu de l'exploitation intégralement ou partiellement selon qu'il y ait participation de l'Etat au coût de construction. En conséquence, ce volet constitue potentiellement un marché public.

Le second volet de la concession concerne l'octroi au concessionnaire du droit d'exploiter l'ouvrage qui a été construit. Ce volet a également une nature contractuelle, ce qui remplit la première condition d'existence d'un marché public. L'exploitation de l'ouvrage est considérée comme un service public dès lors que l'ouvrage répond à un intérêt public. En conséquence, l'élément crucial pour déterminer si ce volet de la concession constitue ou non un marché est le critère du risque d'exploitation. Si le concessionnaire exploite l'ouvrage en son nom et à ses risques et périls, il est pleinement responsable de l'exécution de cette tâche publique et l'Etat en est libéré, ce qui exclut d'admettre la qualification de marché public.

En revanche, si l'Etat supporte tout ou partie des risques, il n'y a plus de véritable transfert de tâche. Dans ce cas, la deuxième condition que nous avons posée pour qualifier une opération de marché public serait remplie. Il en va de même, dans cette hypothèse, de la troisième condition, à savoir l'existence d'un prix payé par les utilisateurs au concessionnaire avec l'accord du concédant qui renonce à le percevoir permettant d'affirmer le caractère onéreux de l'opération.

Si les deux volets du marché constituent un marché public, l'ensemble de la concession est soumise potentiellement au droit des marchés publics. En revanche, la situation est plus compliquée si seule la construction de l'ouvrage peut constituer un tel marché en raison du caractère indissociable des deux volets de la concession, dès lors que la rémunération perçue dans le cadre de l'exploitation doit également couvrir les frais de construction de l'ouvrage. Dans ce cas, la qualification de l'ensemble de la concession comme marché public dépend du caractère principal ou accessoire du volet « exploitation ». Si celui a un poids économique prépondérant par rapport à la construction,

45 Voir, *infra*, le point IV.C.

46 Voir, *supra*, le point IV.A.

notamment en raison de la durée de la concession, il constituera l'objet principal du rapport contractuel et cela exclura une éventuelle application du droit des marchés publics à celui-ci. A l'inverse, si le volet « construction » constitue l'objet principal de la concession, la qualification de marché public de ce volet entraînera l'assujettissement potentiel de l'ensemble de la concession au droit des marchés publics.

## E. La concession de service public

La concession portant sur l'exécution d'une tâche publique est l'acte par lequel une collectivité publique accorde le droit à une personne privée, le concessionnaire, d'exercer tout ou partie d'une tâche publique ou des droits qu'elle détient en vertu d'un monopole de droit, de fait ou virtuel pour accomplir une telle tâche publique. Le concessionnaire prend en charge l'activité concédée de manière indépendante et s'engage à la remplir en son propre nom et à ses risques et périls. Il poursuit normalement un intérêt lucratif. Il estime que l'exercice de l'activité concédée lui procurera un profit et est censé, en sa qualité d'entreprise privée, rechercher un tel profit.

Une telle concession est qualifiée de concession de service public[47]. Elle peut parfois se combiner avec une concession de domaine public lorsqu'elle autorise l'usage de ce dernier[48]. Elle est différente des concessions régaliennes, comme les concessions de radiocommunication, qui visent un objectif fiscal et tirent leur principale justification du fait que les biens concédés sont en quantité limitée[49].

Lorsque l'Etat transfère l'exécution de tâches publiques à une entreprise privée au moyen d'une concession, il externalise l'exécution même de la tâche publique. L'entreprise privée, tout en poursuivant un intérêt lucratif, va exécuter la tâche publique pour le compte de l'Etat et agir dans le cadre de sa mission publique comme une autorité administrative soumise à l'ensemble du droit public en vigueur, notamment les principes constitutionnels et de procédure régissant l'activité de l'administration. Les autres activités de l'entité, qui revêtent un caractère commercial restent naturellement dans le champ du droit privé.

L'objet de l'accord contractuel intégré à la concession est le choix de l'organisme privé auquel l'Etat va transférer la compétence d'exercer le service public. Si l'Etat transfère au concessionnaire la responsabilité complète de

47 Voir, par exemple, RVJ 2002 239/241.

48 Y. Felley, « Ouverture du marché de l'électricité – Quelques considérations juridiques », RDAF 2002 I 65/74.

49 JdT 2005 III 16/18.

l'exécution de la tâche publique, de telle sorte que le concessionnaire exerce l'activité en en assumant tous les risques, la deuxième condition requise pour admettre la qualification de marché public n'est pas réalisée. Il n'y a pas de marché public même si le pouvoir adjudicateur doit opérer un choix pour sélectionner le concessionnaire et que celui-ci perçoit une rémunération indirecte de la part de l'Etat en ayant le droit de conserver le produit du prix de ses prestations. Dans ce cas, l'Etat n'achète pas une prestation au sens du droit des marchés publics mais transfère une compétence d'exercer une tâche publique. La solution serait identique en cas de versement d'une subvention à l'organisme privé, dans la mesure où cette subvention ne serait pas le prix d'achat d'une prestation mais un moyen de diminuer le coût du service public à charge des usagers.

En conséquence, l'octroi d'une concession de service public n'est pas un marché public[50]. Cette solution est conforme au droit communautaire, qui définit la « concession de services » comme un contrat présentant les mêmes caractéristiques qu'un marché public de services, à l'exception du fait que la contrepartie de la prestation des services consiste soit uniquement dans le droit d'exploiter le service, soit dans ce droit assorti d'un prix[51]. Ce droit exclut l'application des procédures de marché publics à de telles concessions[52], sauf si un pouvoir adjudicateur octroie à une entité autre qu'un tel pouvoir adjudicateur des droits spéciaux ou exclusifs d'exercer une activité de service public[53-54]. Elle correspond également à une récente recommandation de la Commission des achats de la Confédération[55].

Cette analyse peut être transposée aux deux décisions judiciaires que nous avons évoquées, *supra*, au point II.B.

---

50 Dans ce sens, E. Clerc, précité note 30, N° 52 ; P. Galli, A. Moser & E. Lang, *Praxis des öffentlichen Beschaffungsrechts*, Zurich 2003, N° 97 ; E. Poltier, précité note 16, pp. 311-312 ; J.-B. Zufferey, précité note 5, p. 63.

51 Article premier § 4 de la Directive 2004/18/CE et article premier § 3b) de la Directive 2004/17/CE.

52 Article 17 de la Directive 2004/18/CE. Une exclusion est également prévue dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux par l'article 18 de la Directive 2004/17/CE. Voir sur ce point H.-J. Priess, *Handbuch des europäischen Vergaberechts*, 3e éd., Cologne 2005, pp. 145-147.

53 Pour une analyse détaillée du régime juridique des concessions de service public en droit communautaire, voir T. Gachet, « Les principaux développements du droit européen des marchés publics en 2004 », *in* A. Epiney, F. Rivière, S. Theuerkauf, M. Wyssling (éd.), *Annuaire suisse de droit européen*, Zurich 2005, p. 141 ss.

54 Dans un tel cas, la seule exigence est que l'acte par lequel ce droit est octroyé prévoit que l'entité concernée respecte le principe de non-discrimination en raison de la nationalité (Article 3 de la Directive 2004/18/CE).

55 Secrétariat de la Commission des achats de la Confédération, *Ziele und Inhalte der Revision des Bundesgesetzes über das Öffentliche Beschaffungswesen (BoeB)*, Berne, 7 avril 2005, p. 30.

En premier lieu, dans l'affaire de l'affichage, il convient de distinguer les différentes prestations fournies. La SGA fournissait les prestations suivantes[56] :

1) la gestion de l'affichage sur le domaine public pour le compte de l'Etat et de la Ville de Genève mais aux frais et risques de la SGA ;
2) l'élaboration d'un concept d'affichage et de mobilier ;
3) l'nstallation et l'entretien d'un nouveau mobilier urbain ;
4) l'exécution à titre gratuit, sous la forme de la mise à disposition d'emplacement et de la pose des affiches, pour la Ville et l'Etat de Genève d'affichage de campagnes à des fins prophylactiques ou à des fins de prévention routière, ainsi que de l'affichage officiel et militaire.

Il ne fait aucun doute que les clauses contractuelles contenues dans la concession constituaient un contrat bilatéral entre l'Etat et la Ville, d'une part, et la SGA, d'autre part. La première condition que nous avons posée[57] était donc réalisée.

Pour les prestations visées sous 1), dès lorsque le Tribunal fédéral admettait la validité du monopole d'affichage et conférait ainsi à sa gestion le caractère de tâche publique, le contrat avait pour objet de transférer à la SGA cette tâche qui s'engageait à l'exercer en son nom et à ses risques[58]. L'objet principal du marché était ainsi de choisir l'entreprise à qui l'Etat et la Ville allait transférer la compétence de gérer l'affichage sur le domaine public et les risques liés à l'exploitation de cette mission. Ce volet de la concession ne pouvait constituer un marché public vu le contenu que nous avons donné à la deuxième condition d'existence d'un marché public[59].

En revanche, la situation était différente pour les prestations visées sous 2) à 4). Le contrat portait sur la prestation de services et la fourniture de biens mobiliers à l'Etat et à la Ville. Le fait que ces prestations aient été prévues en annexe de la concession de gestion de l'affichage sur le domaine public n'était pas déterminant. Il fallait déterminer si ces prestations pouvaient ou non être dissociées de la concession de gestion de l'affichage. Dans l'affirmative, l'Etat et la Ville auraient pu passer un marché séparé.

La partie de l'accord concernant la conception et l'installation du mobilier urbain étaient dissociables. En effet, l'Etat et la Ville auraient pu parfaitement obtenir le mobilier d'une autre entreprise tout en garantissant la compatibi-

56 ATF 125/1999 I 209/212-215, *JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA et Decaux SA*.

57 Voir, *supra*, le point III.

58 ATF 125/1999 I 209/222 ss, *JC Decaux Mobilier Urbain Genève SA et Decaux SA*.

59 Voir, *supra*, le point III.

lité de ce mobilier avec son concept d'affichage. En revanche, il était inconcevable de confier le monopole de l'affichage à une entreprise et de mettre au concours la gestion des prestations d'affichage requises par la Ville et l'Etat. De plus, il ne fait guère de doute, si l'on suit l'analyse effectuée par le Tribunal fédéral, que la valeur des prestations d'affichage étaient nettement inférieure à celle de la concession. En conséquence, cette dernière était prépondérante[60]. Seuls remplissaient donc la deuxième condition d'existence d'un marché les volets 2) et 3) concernant le mobilier urbain.

Enfin, pour ces volets, le contrat avait clairement un caractère onéreux dès lors que la conception, l'installation et l'entretien du mobilier avait un coût financier. Ce coût a été payé par l'Etat et la Ville sous la forme d'un abandon d'une partie de la redevance pour la concession de gestion de l'affichage. En effet, le montant de la redevance aurait été supérieur sans les obligations liées au mobilier urbain. En conséquence, même en l'absence d'un flux financier apparent, ces prestations avaient un coût assumé par l'Etat et la Ville. Ce volet des prestations remplissait ainsi la troisième condition requise pour l'existence d'un marché public.

En second lieu, dans le cas du « marché » de la valorisation des piles et accumulateurs, l'existence d'un accord contractuel est établie. En revanche, comme pour la concession de l'affichage, le transfert de la tâche publique à un organisme privé qui l'exerce à ses risques et périls excluait la réalisation de la deuxième condition. Partant, contrairement à ce qu'a décidé la Commission de recours, il ne s'agissait pas d'un marché public dans ce cas particulier. Les arguments retenus par la Commission de recours gardent toutefois toute leur validité quant au régime juridique applicable à ce type de situation[61].

## F. La concession d'usage du domaine public ou du patrimoine administratif

La concession d'usage du domaine public est similaire à la concession de service public quant à son régime juridique, mais différente quant à son objet : il concerne le droit octroyé à une personne privée d'utiliser une partie du domaine public ou du patrimoine administratif à des fins commerciales en contrepartie du paiement d'une redevance, généralement fixée en pourcentage du chiffre d'affaire, au concédant. Ce type de concession est courant dans les infrastructures de transport, comme les gares ou les aéroports où se trouvent de nombreux magasins au bénéfice de telles concessions. Il se

[60] Dans ce sens, P. Zen-Ruffinen, « Affichage sur les domaines public et privé : la fin du monopole ? », Medialex 1/03 34/41.

[61] Voir, *supra*, le point II.B.

développe également dans d'autres bâtiments administratifs, comme les hôpitaux, en raison de la volonté des collectivités publiques ou entités de droit public concernées de bénéficier de sources de revenus supplémentaires.

Une telle concession présente un caractère contractuel suffisant pour permettre sa qualification éventuelle comme marché public. En revanche, elle ne permet pas à l'Etat d'obtenir directement une prestation. Son objet est de fixer les conditions auxquelles une personne privée pourra exploiter une activité commerciale. En octroyant une telle concession, l'Etat ne cherche pas principalement à obtenir un service ; son intérêt premier est d'obtenir un revenu aussi important que possible. Le choix de l'activité ou de l'opérateur est lié à cet intérêt lucratif : les services ou produits pouvant être fournis dans les espaces concédés sont ceux que l'Etat estime correspondre aux besoins des clients et qui rapporteront donc un profit maximal.

En conséquence, ce type de concession ne remplit pas la seconde condition requise pour permettre la qualification de la procédure de marché public au sens de la LPM ou de l'AIMP-1 ou 2[62].

## G. Les partenariats publics-privés

Le partenariat entre un pouvoir adjudicateur et une ou plusieurs entreprises privées a pour objet la réalisation d'un objectif commun à ces partenaires. Les formes qu'ils peuvent revêtir sont multiples. L'analyse de ces partenariats devra être effectuée de cas en cas, en fonction des éléments de la définition que nous avons posés et des analogies éventuelles avec les autres cas limites[63].

A notre avis, dans la majorité des cas, l'élément déterminant sera la réalité économique des rapports contractuels pour l'Etat. Si les relations qu'il noue pour réaliser un projet commun visent à lui permettre de se procurer les moyens d'accomplir une tâche en bénéficiant des prestations des partenaires privés qui sont rémunérés en nature ou au moyen des profits générés par le partenariat, la situation sera semblable à celle des marchés publics ordinaires. Le paramètre qui permettra de distinguer cette situation d'un véritable marché public sera le critère du risque : si les partenaires privés assument à un niveau correspondant à celui de leur apport de prestations, le

---

62 Dans ce sens, M. Heer, *die ausserordentliche Nutzung des Verwaltungsvermögens durch Private*, Zurich 2006, pp. 72-74.

63 Sur cette question, voir U. Bolz, *Public Private Partnership in der Schweiz – Grundlagenstudie – Ergebnis einer gemeinsamen Initiative von Wirtschaft und Verwaltung*, Zurich 2005, notamment p. 253 ss ; W. Straub, « Beschaffung komplexer Leistungen zwischen Vertragsfreiheit und Beschaffungsrecht », PJA 2005 1330/1336 ss ; J.-B. Zufferey, précité note 5, p. 65 ss. Voir également J.-B. Zufferey, J. Le Fort, « L'assujettissement des PPP au droit des marchés publics », BR/DC 2/2006 pp. 99-102.

risque d'échec du partenariat et de perte de leur investissement, il n'y a pas d'achat de prestations de la part de l'Etat et, par voie de conséquence, pas de marchés publics.

## V. Esquisse des règles applicables pour les concessions qui ne sont pas des marchés publics

L'exclusion de certaines concessions de travaux publics, des concessions de service public et des concessions d'usage du domaine des marchés publics peut laisser craindre une absence de protection des candidats à l'obtention d'une éventuelle concession. La plupart des auteurs émettent le souhait d'une certaine réglementation de l'octroi de ces concessions afin de garantir la neutralité concurrentielle de l'Etat[64].

De la même manière, le droit communautaire des marchés publics ne s'applique pas aux concessions de services et prévoit uniquement un régime allégé pour les concessions de travaux publics. Toutefois, dans sa Communication interprétative du 12 avril 2000 sur les concessions en droit communautaire, la Commission a souligné que l'octroi d'une concession est un acte étatique devant notamment respecter des règles fondamentales comme les principes de non-discrimination, d'égalité de traitement, de transparence, de reconnaissance mutuelle et de proportionnalité[65].

A l'instar du droit communautaire, notre droit contient des principes fondamentaux devant être respectés par les autorités étatiques. Ils découlent tant de la liberté économique que de la loi fédérale sur le marché intérieur.

Selon l'article 27, alinéa 1, Cst., la liberté économique est garantie. Cette liberté protège toutes les autres formes d'activités économiques privées exercées à des fins lucratives[66]. La liberté économique impose le respect du principe de la neutralité concurrentielle de l'activité étatique et de celui de l'égalité de traitement des concurrents[67]. Selon ce dernier, les mesures étatiques qui faussent les rapports de concurrence entre concurrents directs[68],

---

64 P. Galli, A. Moser & E. Lang, précité note 50, N° 97 et en particulier la note 211 ; P. Zen-Ruffinen, précité note 60, p. 40 ; J.-B. Zufferey, précité note 5, pp. 59 & 63-64.

65 JO 29.04.2000 C 121 2/6.

66 ATF 128/2002 I 19/29, *Associazione L.U.de.S. Libera Università degli Studi di Scienze Umane ;* A. Auer, M. Hottelier & G. Malinverni, *Droit constitutionnel suisse*, vol. II, N° 876 ss.

67 ATF 119/1993 Ia 59, 67-68, *Verband Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungs-institute* ; 119/1993 Ia 445, *Circus Gasser Olympia AG I* ; 121/1995 I 129, 135, *Margot Knecht.*

68 ATF 119/1993 Ia 433, *S. B. und Mitbeteiligte* ; 120/1994 Ia 236, *S.*

ou dont les effets sur les rapports de concurrence ne sont pas neutres[69], sont prohibées. Sont des concurrents directs les entreprises de la même branche économique, qui s'adressent à la même clientèle en présentant une offre identique, en vue de satisfaire les mêmes besoins[70]. Comme toutes les libertés, la liberté économique peut faire l'objet de restrictions[71], aux conditions fixées par l'article 36 Cst. et par les exigences propres à la liberté en cause, qui sont la qualification particulière de l'intérêt public prépondérant[72] et le respect de l'égalité de traitement entre les concurrents[73]. Cette exigence est essentielle, car elle interdit les différences de traitement qui favorisent ou désavantagent certains acteurs économiques par rapport à leurs concurrents, notamment dans les réglementations étatiques de l'accès au marché, quand bien même les distinctions seraient fondées sur des motifs sérieux et objectifs[74].

La liberté économique comporte également un volet institutionnel en garantissant un ordre économique fondé sur l'idée de l'autonomie privée et s'appuyant sur les principes de l'économie de marché[75-76]. L'article 94, alinéa 4, Cst. n'autorise des dérogations au principe de la liberté économique, que si elles sont prévues, implicitement ou expressément[77], par la Constitution fédérale ou fondées sur les droits régaliens des cantons. Les dérogations impli-

---

69 ATF 119/1993 Ia 445, 450-451, *Circus Gasser Olympia AG I*.

70 ATF 119/1993 Ia 433, 436, *S. B. und Mitbeteilitgte*.

71 En général, voir U. Häfelin & W. Haller, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht : die neue Bundesverfassung*, 6e éd., Zurich 2005, No 302 ss.

72 De telles limitations peuvent exister dans l'intérêt de la protection de l'ordre public, de la santé, de la moralité et de la sécurité ou de la bonne foi dans les affaires. Sont également admissibles les restrictions fondées sur des mesures de politique sociale, qui tendent à accroître le bien-être de l'ensemble ou d'une grande partie de la population par l'amélioration des conditions de vie, de la santé ou des loisirs, pourvu que ces mesures n'interviennent pas dans la libre concurrence.

73 ATF 119/1993 Ia 59/67-68, *Verband Schweizerischer Kreditbanken und Finanzierungs-institute* ; 119/1993 Ia 445, *Circus Gasser Olympia AG I* ; 121/1995 Ia 129/135, *Margot Knecht*.

74 A. Auer, M. Hottelier & G. Malinverni, précité note 66, No 986 ss ; G. Biaggini, « Wirtschaftsfreiheit », *in* D. Thürer, J.-F. Aubert, J. P. Müller, *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, p. 779, Nos 12-13 ; E. Grisel, *Liberté économique*, Berne 2006, p. 228 ss ; U. Häfelin & W. Haller, précité note 71, No 676 ss ; J. P. Müller, *Grundrechte in der Schweiz*, 3e éd., Berne 1999, pp. 649-650.

75 J. P. Müller, précité note 74, pp. 647-648 ; R. Rhinow, G. Schmid & G. Biaggini, *Öffentliches Wirtschaftsrecht*, Bâle 1998, p. 93 ; L. Schürmann, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, 3e éd., Berne 1994, p. 17 ss ; Klaus A. Vallender, P. Hettich & J. Lehne, *Wirtschaftsfreiheit und begrenzte Staatsverantwortung*, 4e éd., Berne 2006, p. 188 ss.

76 L'article 94, alinéa 1, Cst. complète l'article 27 Cst. en exprimant la dimension institutionnelle de la liberté économique, soit le choix fondamental du droit constitutionnel en faveur d'un ordre économique basé sur les principes de l'économie de marché.

77 Les dérogations explicites figurent aux articles 100, alinéa 3, 101, alinéa 2, 102, alinéa 2, 103 et 104, alinéa 2 Cst.

cites doivent reposer sur une clause constitutionnelle attribuant une compétence à la Confédération.

En conséquence, à l'aune de la liberté économique, l'attribution d'une concession, pour laquelle une dérogation à cette liberté n'est pas prévue, devra impérativement respecter l'égalité de traitement entre les concurrents. Cette obligation impose au concédant de choisir un mode d'attribution de la concession qui assure une stricte égalité entre toutes les entreprises aptes à exercer la tâche concédée. Partant, le concédant n'a pas d'autre choix que d'organiser une procédure d'appel d'offre, analogue à une procédure de marché public, permettant à toutes les entreprises concernées de déposer une offre et de la voir évaluée en toute transparence et impartialité[78].

De plus, sauf si les droits régaliens historiques des cantons sont concernés, le choix du concessionnaire éventuel doit respecter le principe de non discrimination découlant de la Loi fédérale sur le marché intérieur[79]. Les règles appliquées par le concédant assureront la liberté d'accès au marché conformément aux articles 2 et 3 LMI. Dans ce sens, l'article 2, alinéa 7, LMI, entré en vigueur le 1er juillet 2006 prévoit expressément que la transmission de l'exploitation d'un monopole cantonal ou communal à des entreprises privées doit faire l'objet d'un appel d'offres et ne peut discriminer des personnes ayant leur établissement ou leur siège en Suisse[80]. Dans ce cas, les règles d'attribution des marchés publics devraient être appliquées par analogie pour garantir les droits des soumissionnaires[81]. En revanche, contrairement à l'avis exprimé par E. Clerc[82], nous ne pensons pas que l'article 5 LMI puisse être applicable dès lors que la notion de « marché public » contenue dans cette disposition n'est pas différente de celle découlant de l'AMP et concrétisée dans la LMP, l'AIMP-1 et l'AIMP-2.

Enfin, l'octroi de la concession devrait être susceptible de recours afin de permettre un contrôle des principes que nous avons mentionnés. La voie de recours dépendra du domaine en cause. En toute hypothèse, au niveau cantonal, l'article 9, alinéas 1 & 2, LMI impose l'existence d'une voie de droit cantonale indépendante de l'administration permettant de contester les décisions restreignant l'accès au marché.

---

78 Dans ce sens, voir M. Heer, précité note 62, p. 74 ; D. Kunz, précité note 34, p. 210 ss.

79 RS 943.02 ; « LMI ».

80 Sur la portée de cette nouvelle disposition, voir D. Esseiva, « Mise en concurrence de l'octroi de concessions cantonales et communales selon l'article 2 al. 7 LMI », BR/DC 4/2006 p. 203 ss.

81 Voir sur ce point le Message du Conseil fédéral du 24 novembre 2004 relatif à la révision de la loi sur le marché intérieur, FF 2005 421/441.

82 E. Clerc, précité note 30, N° 53.

## VI. Conclusion

Les débats doctrinaux ou jurisprudentiels sur la qualification des procédures d'octroi des concessions comme des « marchés publics » peut donner l'impression d'une querelle sur le sexe des anges. Pourtant l'enjeu est de taille, compte tenu de l'importance économique de certaines de ces concessions.

En 1999, à l'époque de l'arrêt *Decaux*, les décisions judiciaires étaient encore rares et il était possible de parler de premières expériences dans le domaine des marchés publics. De la même manière, la LMI venait d'entrer en vigueur et sa portée effective restait encore incertaine. Dans ces conditions, la tentation était grande d'essayer d'assujettir au droit des marchés publics les procédures d'octroi des concessions. C'était un moyen de rompre avec les pratiques ancestrales des autorités administratives et de créer non seulement une transparence des procédures d'attribution mais aussi d'établir une égalité de traitement entre les candidats potentiels. Le Tribunal fédéral n'a pas saisi cette opportunité dans l'arrêt *Decaux*. Il a, au contraire, fermé cette porte et ouvert celle de la controverse doctrinale.

Huit ans après, la situation est différente. De nombreux arrêts et décisions judiciaires ont permis de développer et d'affiner la matière des marchés publics. De plus, la LMI a fait ses preuves et a fêté ses dix ans d'existence avec un lifting qui a renforcé ses moyens. Le résultat est qu'il n'est plus réellement nécessaire de se battre au sujet des concessions. En effet, quelle que soit la qualification des procédures relatives à leur octroi, les autorités administratives ne peuvent plus choisir leur candidat dans le secret et en toute liberté. Elles sont forcées de suivre des procédures équitables, transparentes et non discriminatoires.

Il est ainsi possible de revenir à une lecture sans concession de la notion de « marché public », tout en garantissant que les concessions soient octroyées dans des conditions similaires à celle d'un marché public.

# Justice sociale par l'efficacité économique ?

Beat Bürgenmeier

*Professeur à l'Université de Genève*

La thèse selon laquelle le renforcement de l'efficacité économique amène une plus grande justice sociale fait partie des croyances les plus ancrées dans notre société, qui a érigé la performance économique au statut d'étalon pour mesurer tout progrès. En effet, le lien entre l'équité sociale et l'efficacité économique est étroit. Notre réponse à la vieille question du « juste prix » est aujourd'hui unique. Il est le prix d'équilibre entre l'offre et la demande, établi sur un marché concurrentiel.

Cette contribution montre que la théorie économique, en s'isolant de son contexte juridique et social a, au lieu de mieux comprendre le lien entre la justice sociale et l'efficacité économique, fourni des arguments pour soutenir un courant politique néo-conservateur.

Elle est divisée en six parties. La première montre que la recherche du « juste de prix » n'a jamais cessé, malgré l'isolement de la théorie économique dans sa propre logique. La deuxième rappelle l'héritage keynésien, qui réclamait un rôle plus actif de l'Etat. Initialement limité à la politique conjoncturelle, ce rôle allait influencer les réflexions futures sur l'Etat et sur son lien avec le social. La troisième se réfère au monétarisme, un courant de pensée anti-keynésien, qui contesta ce rôle actif. La quatrième montre que ce courant se poursuivit par la théorie des anticipations qui renforçait l'exigence d'un Etat passif. La cinquième résume les thèses de la théorie appelée « économie de l'offre » qui exige surtout un abaissement de la fiscalité pour relancer l'économie. Enfin, en guise de conclusion nous rappelons que la recherche du « juste prix » se poursuit maintenant en tenant compte de l'influence des activités humaines sur la nature. Malgré la tendance vers un désengagement de l'Etat soutenue par l'évolution récente de la pensée économique, une politique plus active de l'Etat est nécessaire pour rendre le concept de développement durable opérationnel.

## 1. A la recherche du « juste prix »

Le prix d'équilibre sur un marché signale un accord qui, en termes juridiques, est scellé par un contrat entre un acheteur et un vendeur lesquels, en

le signant, escomptent chacun un bénéfice de cette transaction, sans lequel ils ne la concluraient pas. La liberté contractuelle est donc à la base de cette définition du « juste prix ». Des définitions plus anciennes, tout en misant sur cette liberté, ont fourni d'autres réponses. Rappelons la définition chrétienne du « juste prix » qui inclut une prime pour la reconnaissance divine. Tout objet ne devait pas seulement être échangé à un prix assurant au producteur la couverture de ses besoins d'existence, mais devait également témoigner de l'existence de Dieu par le soin et la qualité de sa production. Dans cette optique, un travail bien fait méritait certes une rémunération pécuniaire, mais trouvait également une récompense spirituelle. Le « juste prix » incluait donc une dimension morale.

Dans une société largement sécularisée, cette référence s'est estompée. Elle a été remplacée, dans le courant marxiste, par la définition de la « valeur travail », et dans le libéralisme éclairé du XIX$^{e}$ siècle par l'éthique individuelle, appelée à concilier l'efficacité économique avec la justice sociale. Dans cette optique, la justice sociale est devenue distributive. La mise en place de nombreux transferts de redistribution de revenus et de fortunes en témoigne. Ces transferts, taux fiscaux progressifs, subventions ou formes de cotisations partagées entre les partenaires sociaux, assurent le financement de la sécurité sociale

L'importance de ces transferts a été mise en question par un courant conservateur, qui a pris récemment une nouvelle ampleur dans les pays occidentaux après l'effondrement des systèmes politiques dans les pays de l'Est. Une nouvelle orthodoxie économique non seulement insiste sur le marché concurrentiel seul garant de l'efficacité économique, mais promeut également la maximisation de la valeur des actions comme objectif prioritaire des entreprises. Le lien entre l'efficacité économique et l'équité sociale est devenu plus conflictuel.

Cette évolution exprime un malaise de la science économique, tiraillée entre l'histoire d'un progrès et celle d'une restauration. Elle souligne la difficulté de choisir une ligne directrice dans la synthèse de l'évolution de la pensée économique après guerre. Cette synthèse montre que la théorie macroéconomique s'est successivement éloignée d'une préoccupation économique et sociale, pour ne s'occuper de plus en plus que des thèmes économiques. Cette tendance caractérise la période suivant la Seconde Guerre mondiale durant laquelle le courant principal de la théorie économique s'est orienté de la « gestion de la demande » vers « l'économie de l'offre » ; mais elle débouche aussi sur une interrogation plus profonde dans le domaine du développement durable, qui cherche à concilier l'efficacité économique non seulement avec l'équité sociale mais également avec la protection de l'environnement.

Ce débat de fond amène à penser à nouveau que « des structures socio-économiques devraient jouer plus généralement un rôle dans des phénomènes macroéconomiques » (Malinvaud, 1989, p. 218, notre traduction). Or, la théorie économique dominante a pris un autre chemin et s'est orientée vers une ingénierie sociale qui accorde au mécanisme marchand autorégulateur une place prépondérante. Elle s'est ainsi coupée de son contexte social, politique et juridique pour affirmer son autonomie par rapport aux autres sciences sociales et humaines avec lesquelles elle est pourtant en interaction étroite.

Cette contribution montre que l'évolution récente de la pensée économique n'est pas qu'une illustration du progrès de la science économique, mais qu'elle reflète aussi un dogmatisme en train d'étouffer le débat d'idées.

On peut en effet considérer la science économique comme la plus scientifique des sciences sociales, imposant partout ses lois indépendantes de l'espace et du temps. Cette interprétation voit, dans les développements théoriques des modèles du marché durant les cinquante dernières années, un progrès sans précédent. De nombreuses indications pourraient effectivement venir à l'appui d'une telle position. Tout d'abord, on assiste à un essor de la macroéconomie. Dans un article récent sur le développement actuel en macroéconomie, de Stanley Fischer (1989), plus de 25 sujets sont abordés avec des instruments très variables allant de la théorie monétaire jusqu'à la théorie pure de la politique proprement dite. On ne trouve que 7 sujets qualifiés de keynésiens, ce qui suffirait à signaler que ce courant de pensée est devenu moins important.

L'essor des méthodes quantitatives durant cette période soutient cette tendance. La Comptabilité nationale, introduite par la Commission statistique de l'ONU en 1952, a conduit à une véritable explosion des méthodes quantitatives et statistiques pour analyser les données disponibles sur l'économie. L'essor théorique dans les domaines les plus variés a également étoffé le débat méthodologique, en cherchant à reconnaître les démarches déductives et inductives.

Mais on peut aussi s'étonner de la place marginale que la théorie économique accorde aux problèmes environnementaux et sociaux et rester sceptique face à cet essor sans précédent des sciences économiques (cf. Burgenmeier, 2000). Ce regard plus critique penche pour une interprétation normative, selon laquelle nous assisterions à une restauration, à un retour à de vieilles idées du XIX$^{e}$ siècle. Ce retour révélerait le manque d'idées fondamentalement nouvelles qui caractérise les sciences économiques à l'heure actuelle. Si nous comparons la formidable batterie d'instruments mise en place par le travail théorique avec les problèmes actuels de politique économique, nous constatons que le fossé entre théorie et pratique s'est creusé, malgré le fait

que le jargon économique s'est généralisé et s'impose de plus en plus dans d'autres domaines des sciences humaines.

Cette omniprésence de l'économie dans les usages linguistiques ne doit pas nous faire perdre de vue qu'en fin de compte elle masque des questions sociales. Roland Barthes l'a observé avec finesse : « … la linguistique elle-même, un peu comme l'économie (et la comparaison n'est peut-être pas insignifiante), est en train, me semble-t-il, d'éclater par déchirement : d'une part, elle est attirée vers un pôle formel et suivant cette pente, comme l'économétrie, elle se formalise de plus en plus ; d'autre part, elle se saisit de contenus de plus en plus nombreux et de plus en plus éloignés de son champ originel ; de même que l'objet de l'économie est aujourd'hui partout, dans la politique, le social, le culturel, de même l'objet de la linguistique est sans limites : la langue, selon une intuition de Benveniste, c'est le social même » (Barthes, 1977, p. 29).

## 2. L'héritage keynésien

A l'époque de Keynes, en 1936, le problème social le plus grave était le chômage, qui ne disparut qu'avec la Seconde Guerre mondiale. Cette disparition ne fut pas le résultat d'une politique économique délibérée. La période d'après la Seconde Guerre mondiale, caractérisée par le plan Marshall et le « miracle économique allemand », donna lieu à l'économie sociale de marché qui devait assurer le plein emploi pendant plusieurs décennies. Or, malgré la formidable croissance économique qui s'en est suivie, le chômage est revenu en Europe environ 50 ans plus tard, mais cette fois-ci assorti d'une interrogation plus fondamentale sur les objectifs de l'économie.

Dès les années soixante-dix, l'accroissement du chômage s'exprime par un taux de chômage de plus de 10% en moyenne européenne. Pour l'ensemble des pays de l'OCDE, la moyenne est plus basse, à cause du Japon et de la baisse récente du chômage aux Etats-Unis. Lorsqu'elle cherche à expliquer cette montée du chômage, la théorie économique ne parvient plus à en proposer une seule explication comme cela fut encore le cas de Keynes. A son époque, l'accroissement du chômage s'expliquait par l'affaiblissement de la demande globale, et la stimulation de celle-ci par l'accroissement des dépenses publiques était l'instrument de relance préconisé. La vision keynésienne débouchait donc sur une intervention de l'Etat dans l'économie, limitée dans le temps et supplantant une demande privée déficiente. L'Etat était censé organiser de grands travaux pour donner du travail aux chômeurs. Aujourd'hui, cette explication est jugée trop triviale par la majorité des économistes. Que le phénomène de chômage relève de plusieurs approches et de plusieurs disciplines n'est guère contesté, mais ce constat n'est pas exprimé

dans le courant théorique dominant, qui réclame plus de flexibilité sur un marché du travail soumis également à plus de concurrence.

Le chômage actuel ne peut s'expliquer exclusivement macroéconomiquement, mais d'une manière pluridisciplinaire, faisant intervenir des théories de motivation, de qualifications professionnelles et plus généralement, le contexte social. Un des problèmes économiques essentiels à l'heure actuelle ne peut donc plus être abordé par une seule discipline, mais nécessite le concours de plusieurs.

Or, au lieu d'assister à ce décloisonnement disciplinaire, nous assistons à une spécialisation accrue, notamment par un retour à la microéconomie qui dominait les débats théoriques avant Keynes. En effet, ce sont les économistes classiques qui cherchaient à expliquer le fonctionnement du marché et de la formation des prix d'un point de vue partiel, notamment pour le marché du travail, dont le taux de salaire était la variable expliquée. Cependant, cette simplification, centrée sur un marché particulier, n'est pas suffisante. Des distinctions entre les différents types de travail montrent que les problèmes du chômage sont aussi dus à des segmentations très marquées de ce marché, provenant des degrés de formation et des évolutions technologiques. Bref, ni l'explication macroéconomique du chômage ni son traitement microéconomique ne se sont avérés satisfaisants. C'est une analyse socio-économique qui pourra fournir un complément d'explication en rappelant l'importance des facteurs institutionnels dans l'analyse économique théorique.

En effet, les institutions mises en place après la Seconde Guerre mondiale, résultat de négociation entre Etats souverains, illustrent d'une manière éloquente au niveau international la nécessité de cette analyse. L'ordre économique international concrétise donc cette exigence d'un aménagement institutionnel fort des pratiques économiques. Les trois piliers de cet ordre, l'Organisation mondiale de commerce, le Fonds monétaire international et la Banque mondiale, devaient garantir par des accords multilatéraux des relations internationales non discriminatoires.

Cet ordre, s'inspirant du libre-échange, est resté en place de 1944 à 1971. La suppression de la convertibilité du dollar en or, décidée unilatéralement par le gouvernement américain, l'a modifié profondément. A la place d'un régime de changes fixes à taux ajustable, les changes flexibles ont surtout donné lieu à des incertitudes nouvelles, générant une forte croissance des marchés financiers internationaux et une vénération devenue mythique des forces autorégulatrices du marché. Le régime des changes flexibles est devenu, faute de mieux, le nouvel ordre économique dès les années soixante-dix. Ce « laisser-faire » n'est pas l'expression d'un libéralisme au service d'un accroissement du bien-être mondial, mais d'un manque de réformes institutionnelles.

Ainsi, depuis la guerre du Vietnam, les Etats-Unis connaissent un déficit extérieur important. Leur capacité de financement avant cette guerre s'est transformée en besoin de financement. La symétrie entre pays riches à capacité de financement d'une part, et pays pauvres à besoin de financement d'aute part, n'est donc plus respectée. Le déficit d'un des pays les plus riches du monde dépasse aujourd'hui le total des déficits extérieurs des pays en voie de développement.

L'économiste devrait être déconcerté face à la persistance du chômage et à ce renversement de déficits extérieurs, car ses théories ne parviennent pas à remédier à ces déséquilibres macroéconomiques et l'objet même de ses études est en train de lui échapper.

Cette impression se renforce lorsqu'on s'approche des problèmes environnementaux, pour lesquels le besoin d'une analyse globale et multidisciplinaire est le plus pressant. Au lieu d'une ouverture interdisciplinaire, nous assistons également dans ce domaine à une restauration des idées anciennes.

Cette restauration théorique se réfère au libéralisme économique du XIX$^{e}$ siècle. C'est au fond la question de l'intervention ou de la non-intervention de l'Etat dans l'économie. Sommes-nous en présence de mécanismes autorégulateurs ? Une réponse négative invite l'Etat à exercer un rôle actif dans le fonctionnement du marché.

Une réponse affirmative, par contre, conduit l'Etat à ne garantir d'une manière passive que les conditions-cadres. Le fonctionnement économique se tranforme alors en idéologie du « moins d'Etat », prônant non seulement l'autonomie des marchés, mais également des entreprises par rapport à la Société. Ce n'est pas le hasard qui a conduit à thématiser récemment la responsabilité sociale de ces dernières, mais la prise de conscience que ce retour à l'idée des marché auto-régulateurs ne répond pas d'une manière satisfaisante à la question du « juste prix ».

Selon la réponse choisie, les mécanismes de décision collective dans le domaine de la politique environnementale se trouvent également plus ou moins régulés. Le degré d'intervention de l'Etat dans l'économie dépend donc moins d'un raisonnement scientifique, que d'appréciations normatives. A la fin du XIX$^{e}$ siècle, la recommandation de la plupart des économistes était claire : l'Etat n'avait qu'à s'abstenir d'intervenir activement dans le fonctionnement de l'économie. Or, par la suite, on a thématisé l'existence de failles dans le système autorégulateur du marché et donné à l'Etat un rôle actif à plus long terme pour corriger des défaillances de marchés.

La théorie des échecs du marché étudie des situations sous-optimales. Une autre critique met en doute l'indépendance entre l'offre et la demande, suggérant un comportement réciproque des offreurs et des demandeurs. Cette critique a donné lieu à des modèles de concurrence imparfaite, de

rendements d'échelle et de comportements stratégiques dans le cadre de la théorie de la « nouvelle » organisation industrielle (Jacquemin, 1987). Cependant cet effort de modélisation n'a pas réussi à empêcher le retour au dogme d'autorégulation.

En effet, le modèle de marché autorégulateur a connu une application au niveau macroéconomique. Le prix d'un marché particulier y est exprimé par le niveau général des prix fixés par tous les marchés. Un problème d'agrégation redoutable se pose, car le niveau général des prix est difficilement mesurable. L'indice le plus utilisé à cette fin est celui des prix à la consommation. Il soulève des problèmes relevant de la théorie des indices, de l'agrégation et de la pondération. Ces problèmes n'ayant pas trouvé une solution, ils ont favorisé une approche simplificatrice se référant à un seul prix représentatif du niveau général des prix. Ce fondement microéconomique de la macroéconomie met également en exergue un individu représentatif de la grande diversité du comportement des consommateurs. Le modèle du marché efficace au niveau global sert au mouvement conservateur à nouveau de support théorique. En effet, en considérant l'économie globale comme un seul marché, ce mouvement insiste sur le retrait de l'Etat pour augmenter son efficacité.

Un instrument issu d'une observation empirique portant sur le niveau général des prix a donc fini par justifier le prix d'équilibre formé sur un marché global comme unique réponse à la question du juste de prix ».

Au lieu de déboucher sur plus de certitude dans la conduite des politiques économiques, cette réduction a contribué à des tensions sociales nouvelles. Parallèlement, une pollution accrue n'a toujours pas trouvé de réponse adéquate.

Cette impasse analytique se trouve, en outre, escamotée par d'innombrables études par pays. En effet, si nous tenons compte d'explications variables d'un pays à l'autre, le chômage ne s'explique pas seulement par l'insuffisance de la demande dans l'optique keynésienne, mais connaît également des interprétations structurelles. Or, si la politique monétaire est tenue responsable de l'inflation et que celle-ci est censée n'avoir aucun impact réel sur l'activité économique, la monnaie n'a pas d'impact sur l'emploi. La discussion théorique réaffirme ici encore l'inefficacité de l'action de l'Etat. Elle ne se soucie pas non plus du débat sur les objectifs économiques pourtant contenus dans la quête du « juste prix » et, plus récemment, dans la dégradation de l'environnement.

## 3. Le monétarisme

La neutralité de la monnaie a une longue histoire et nous renvoie à David Ricardo (Ricardo, 1817). Depuis, elle a été reformulée à plusieurs reprises (cf. Irwin Fischer, 1920, Milton Friedmann, 1956). Le lien entre l'inflation et la monnaie a été empiriquement mis en évidence.

Dans les deux interprétations, classique et keynésienne, du marché, un seul prix et une seule quantité assurent l'équilibre du marché. Il suffit de multiplier le prix du marché par la quantité pour déterminer la valeur échangée. A l'équilibre, cette valeur est égale à la dépense totale des consommateurs. Elle correspond donc forcément à des moyens de paiement.

Le lien entre prix et monnaie est formalisé par la théorie quantitative de la monnaie. Cette théorie est basée sur deux hypothèses. Premièrement, elle admet qu'à court terme, la production est constante, assurant le plein emploi des facteurs de production. Deuxièmement, elle suppose que la vitesse de circulation de la monnaie est constante. En effet, les habitudes de paiement fortement marquées par la périodicité des versements des salaires changent lentement.

Ces deux hypothèses permettent d'établir un lien direct entre la variation de la masse monétaire et celle du niveau général des prix. La causalité va effectivement dans ce sens et permet également de prédire des événements en économie : une augmentation de la masse monétaire entraîne celle du niveau général des prix. Un des indicateurs qui prédit l'évolution inflationniste future est à nouveau le niveau général des prix.

Cette école dite monétariste s'appuie donc sur la théorie quantitative de la monnaie pour justifier à sa manière le retour à la microéconomie classique. Elle offre ainsi à son tour un fondement théorique au mouvement conservateur, car elle conclut :

- Que la monnaie n'a pas d'impact sur la production et l'emploi, mais seulement sur l'inflation.
- Que l'émission monétaire doit être fondée sur un raisonnement strictement scientifique.
- Que l'évolution de la masse monétaire représente un bon indicateur pour mesurer l'inflation.

En fait, l'émission monétaire est aussi l'expression des forces politiques en présence, comme la dernière révision de la loi sur la Banque nationale suisse l'a montré, alors même que l'indépendance de la Banque centrale est érigée en dogme.

Par conséquent, l'émission de monnaie ne peut être mise à contribution pour servir l'équité sociale. La loi précise avant tout que la Banque centrale doit harmoniser l'émission monétaire en fonction des besoins de l'économie. Cependant, cette exigence laisse place à différentes interprétations, ce que le récent débat en Suisse sur le financement de l'AVS a bien montré. De surcroît, l'émission de monnaie est contrainte par les relations économiques internationales.

L'évolution du taux de change signale des déséquilibres macroéconomiques externes. Un besoin de financement entraîne une baisse, et une capacité de financement une hausse de ce taux. La banque centrale n'est donc pas indépendante dans la conduite de sa politique monétaire. Elle doit compter sur une concertation avec des institutions étrangères pour assurer que l'évolution du taux de change reflète celle du financement international. Des institutions comme la Banque des règlements internationaux et le Fonds monétaire international tendent aujourd'hui à assurer cette concertation. Cependant, ces tentatives restent inabouties. Elles font notamment abstraction des besoins nouveaux de coordination des politiques sociales et environnementales avec les politiques macroéconomiques traditionnelles.

Enfin, des études empiriques montrent que l'évolution du taux de change reste pour une bonne partie inexpliquée (cf. Société de Banque Suisse, 1985). Les écarts dans les taux d'intérêt et les taux d'inflation entre pays durant 9 mois n'expliquent à peine que la moitié des fluctuations de change, qui reflètent plus des comportements spéculatifs des marchés de capitaux internationaux que les différences, pourtant importantes, de pouvoir d'achat entre les différentes monnaies nationales.

Du point de vue économique c'est cette différence qui est cruciale pour mesurer le degré de justice sociale et pour exprimer les différents degrés de développement, notamment entre le Nord et le Sud. Or, aussi longtemps que les efforts de coordination des politiques monétaires restent prioritairement axés sur la lutte contre l'inflation, les banques centrales restent en dehors du débat sur la détermination du «juste prix» qui se trouve ainsi délégué à d'autres institutions internationales ayant un fondement théorique plus en sciences sociales et en droit qu'en sciences économiques.

## 4. Les anticipations ou la restauration classique

Le modèle de base expliquant le fonctionnement du marché est statique. Il fait abstraction de l'horizon prévisionnel des agents économiques. Or, si tous les participants à un marché ajustent leurs prévisions chaque fois qu'ils disposent d'une nouvelle information, ils spéculent sur l'évolution future du

marché. L'explication de son fonctionnement inclut donc des anticipations dont la théorie économique distingue plusieurs formes :

– Les anticipations exogènes au modèle économique, qui expriment un certain doute sur sa capacité de modéliser le comportement futur des agents économiques.
– Les anticipations statiques, qui expriment l'idée d'immuabilité. Le comportement des agents économiques est supposé constant dans le temps. Il s'oriente immuablement selon les critères du profit et de la satisfaction les plus élevés possibles.
– Une prévision adaptative, impliquant que les anticipations sont endogènes au modèle. Le marché s'oriente selon sa performance antérieure. L'analyse de séries statistiques essaie d'extrapoler une tendance du passé pour la projeter dans l'avenir.
– Enfin, les anticipations sont supposées rationnelles lorsque trois conditions sont remplies : tout d'abord l'information disponible est censée être utilisée ; ensuite, cette information est supposée être mise au profit d'une explication économique qui a obtenu un certain consensus. L'information est utilisée efficacement dans le sens où elle se réfère à des théories du fonctionnement de l'économie qui, dans leur ensemble, font l'unanimité et sont censées prévoir le comportement du marché. Enfin, toute déviation par rapport à la prévision n'est qu'aléatoire en ce sens que les agents économiques peuvent certes se tromper, mais apprennent à corriger leurs erreurs. Il n'y a donc que des déviations aléatoires. Grâce à l'information disponible, les acteurs apprennent à prévoir correctement l'évolution du comportement économique.

L'hypothèse des anticipations rationnelles modifie donc l'analyse traditionnelle du marché. Cependant, elle ne s'est pas orientée vers la recherche du « juste prix », car elle ne se réfère pas aux problèmes environnementaux qui exigent un horizon temporel large. Elle s'applique plutôt à la discussion sur l'efficacité des politiques économiques à court terme. Si dans cette perspective, une banque centrale annonce un objectif de croissance de l'offre de monnaie, les acteurs prévoient que cette politique conduit à une augmentation du pouvoir d'achat. La demande de biens et services futurs augmente.

Pour une production donnée initialement, cette demande supplémentaire provoque l'inflation. Les prix anticipés sont plus élevés si tous les agents ont agi rationnellement. L'anticipation est parfaite lorsque les prévisions se réalisent effectivement. Du côté de l'offre, les entreprises ayant appris que la masse monétaire augmente, vont utiliser également cette information. Si les employés réclament la compensation de la perte de pouvoir d'achat, les coûts de fabrication vont augmenter. Si l'anticipation était parfaite, l'offre anticipée prévoyait le même taux d'inflation que la demande. La quantité produite et

consommée ne change pas, seul le niveau général des prix augmente. Il n'y a pas d'effet sur la production et sur l'emploi. Toute politique volontariste de relancer l'économie serait donc sans effets réels. La théorie des anticipations rationnelles sert donc également un dessin conservateur : la non-intervention et le retrait de l'Etat de la régulation des pratiques économiques actuelles.

Or, il est peu probable que les anticipations soient rationnelles et parfaites. Le fonctionnement des marchés, qui en pratique est toujours imparfait, conduit les agents économiques à ne pas utiliser l'information disponible de la même manière. Il y a de fortes chances que les anticipations soient tout sauf rationnelles. De plus, le mauvais fonctionnement des marchés est notamment dû à des rigidités de prix. De même, de nombreux prix sont des tarifs ; bon nombre des postes du budget des ménages sont régis par des prix fixes et non par des prix concurrentiels.

Les producteurs se laissent donc le plus souvent guider par la fluctuation prévue des prix qu'ils peuvent effectivement observer. Les consommateurs ne sont pas forcément intéressés par la hausse du prix du produit qui est fabriqué dans l'entreprise où ils travaillent, mais plutôt par le coût de la vie mesuré par la hausse de l'indice de prix à la consommation. Même en utilisant rationnellement l'information disponible, chaque acteur économique peut en faire un usage différent.

Selon les différentes anticipations, l'impact sur la production et sur l'emploi peut être important. Si toute l'information disponible n'est pas utilisée dans les décisions économiques les plus courantes, c'est-à-dire acheter et vendre, les prévisions sont également mauvaises.

Les tentatives d'inclure la dimension temporelle dans le marché ont donc stimulé un domaine de recherche certes intéressant, mais ont servi à soutenir à leur tour la révolution conservatrice. Pourtant, elles pourraient s'avérer fertiles pour explorer l'attitude des acteurs face à de nouvelles incertitudes dans une dimension temporelle beaucoup plus étendue. Il faudrait dès lors se débarrasser de leur utilisation idéologique.

En effet, de même que la théorie des anticipations rationnelles montre que l'action de l'Etat peut être contredite par la prévision des agents économiques, de même elle révèle un processus d'apprentissage dans l'économie. Tôt ou tard, les agents ajustent leur comportement aux mesures prises par l'Etat. Si cet ajustement permanent est supposé condamner toute politique économique active, cela signifie à nouveau dans l'optique néo-conservatrice que le rôle de l'Etat ne doit être que passif. Il n'a qu'à assurer les conditions institutionnelles indispensables au bon fonctionnement de l'économie largement laissé à l'initiative privée. Le rôle passif de l'Etat exige donc en contrepartie une éthique individuelle accrue pour mener le débat sur le « juste

prix». La justice sociale se trouverait ainsi privatisée et le rôle actif de l'Etat condamné.

Cette discussion théorique à la fin des années soixante-dix a donc débouché sur le constat que la politique économique de l'Etat doit être prévisible et se concentrer à assurer les conditions-cadre de l'économie. Elle fait complètement l'impasse sur des problèmes de pollution et d'épuisement des ressources naturelles. Or, ces problèmes nous interpellent d'une manière plus fondamentale quant au sens que nous voulons donner à la justice sociale. Non seulement notre responsabilité est maintenant engagée envers des générations futures, mais la justice sociale devient également procédurale. Il ne s'agit plus seulement de distribuer équitablement le résultat économique, mais c'est également la manière dont il a été obtenu, qui compte. Les processus de production, de distribution et de consommation sont évalués maintenant de plus en plus dans l'optique de la justice sociale par de nombreuses organisations non gouvernementales actives dans la protection de l'environnement.

## 5. L'économie de l'offre

Les observations empiriques disponibles depuis les années soixante-dix montrent un écart grandissant entre l'évolution des salaires réels et la productivité. Parmi les hypothèses émises pour expliquer cet écart, la législation sociale est à nouveau mise en question. C'est comme si la sécurité sociale confisquait une partie croissante des gains de productivité, ce qui ne permettrait plus une hausse des salaires réels.

L'explication de cet écart, qui a trouvé un soutien politique surtout aux Etats-Unis, était la rigidité des salaires réels. Afin de les rendre plus flexibles, la rémunération du travail a été décomposée en un salaire de base et un bonus en fonction du bénéfice de l'entreprise (Weitzmann, 1986). La composante de base reflète la couverture des besoins minimaux et le bonus une participation à la bonne marche des affaires de l'entreprise. S'il y a haute conjoncture, les bénéfices sont élevés, permettant le financement de salaires élevés. En période de récession par contre, le salaire se contracte si le bénéfice de l'entreprise diminue. Par conséquent, une flexibilité automatique permet de revenir aux mécanismes d'ajustement d'une économie de marché. Cette idée, initialement connue sous le nom «d'économie du partage» a surtout servi à justifier de verser une partie des salaires des dirigeants sous forme d'options sur la valeur des actions, ce qui permet d'échapper ainsi aux impôts prélevés sur les salaires. Pourtant, au début, elle a suscité beaucoup d'intérêt, car elle semble promouvoir la participation dans l'économie. Or, en définitive elle n'a inauguré qu'un autre chemin de retour au modèle classique, selon lequel

l'économie s'ajuste par la flexibilité des prix dont les salaires ne sont qu'un élément parmi d'autres. Le marché du travail est devenu donc un marché quelconque. Son aspect social se trouvait ainsi banalisé.

L'économie du partage peut se comprendre dans l'optique de l'économie de l'offre cherchant à stimuler l'économie par une baisse des coûts, notamment des impôts et des salaires. L'économie de l'offre montre, si cela est encore nécessaire, qu'elle n'est pas si nouvelle que cela, et qu'elle a un fondement néo-libéral. En effet, elle recommande une politique stimulant les facteurs de production à court terme, comme la flexibilité des salaires et la baisse de la fiscalité.

Or, plus abstraitement, les facteurs qui déterminent l'offre globale sont le travail et le capital. L'influence de l'Etat s'y exerce de la manière suivante :

– *Le travail* est déterminé par la population active, qui est influencée par les forces démographiques, l'immigration et tous les facteurs socio-culturels tels que l'éducation qui modifie les qualifications professionnelles. L'action de l'Etat sur l'offre du travail n'est pas négligeable. Elle porte sur la politique de naissance, notamment en France et plus récemment en Suisse, où certains cercles réclament également une telle politique, tant la crainte est forte qu'avec le vieillissement de la population, il n'y ait plus assez de jeunes pour payer les retraites de l'assurance vieillesse. Des conditions générales sous-jacentes aux politiques sociales, dont le coût économique devient un des problèmes majeurs de nos sociétés, ont contribué au vieillissement tout en en étant également la conséquence. Elles modifient très lentement le travail. L'action dans ce domaine ne peut donc être comparée à une régulation conjoncturelle, qui consiste à corriger les fluctuations autour d'une tendance. Ces mesures font partie de la tendance elle-même.

– Les problèmes d'immigration ont un impact considérable, non seulement sur le marché du travail, mais également sur la législation. Enfin, des facteurs socioculturels comme l'âge d'entrée et de sortie dans la vie active, qu'influence l'évolution de la population active, sont également sensibles à l'action de l'Etat.

– L'âge d'entrée augmente à cause des exigences accrues de formation. L'âge de sortie, par contre, baisse à cause de l'augmentation des retraites anticipées. L'impact le plus considérable que l'action de l'Etat exerce sur l'offre de travail vient sans aucun doute de l'éducation. Or, dans le passé, ce rôle n'a pas été compris comme une contribution de l'Etat à la formation du capital humain. L'éducation était considérée comme un bien noble pour développer des sentiments altruistes, ce que John Stuart Mill a cherché à mettre au centre de ses principes d'économie politique au milieu du

siècle dernier déjà (Mill, 1848). Toute la discussion sur la nature privée ou publique de l'éducation en témoigne

– *Le capital* fait l'objet de mesures gouvernementales moins nombreuses. L'offre de capital est liée à l'épargne. L'action de l'Etat s'exprime par la fiscalité, notamment celle qui porte sur les bénéfices des entreprises et l'impôt sur la valeur ajoutée des biens d'équipement. L'intervention de l'Etat est donc ici aussi active et permanente.
– L'épargne nationale est la principale source de formation du capital. Elle s'est modifiée dans sa composition à cause de la généralisation de la sécurité sociale, réduisant ainsi l'épargne volontaire. L'épargne forcée s'exprime donc par la contribution obligatoire à une caisse de retraite. Le lien entre épargne et investissement a été intermédiatisé par les caisses de retraite qui génèrent une politique de placement.

L'action de l'Etat sur les facteurs de production est donc bien partie intégrante du fonctionnement de l'économie. S'y ajoute un domaine particulièrement important, celui du progrès technique, interprété comme combinaison des facteurs de production. La connaissance technologique est un des éléments essentiels de la croissance. Dans ce domaine, le rôle de l'Etat s'exerce par l'information, des subventions, des programmes de recherche et finalement par des infrastructures.

La régulation de ces facteurs montre donc un accroissement de l'importance de l'Etat. Cette tendance est notamment illustrée par l'accroissement des déficits publics, l'Etat devant assumer de plus en plus de tâches. Or cette importance est systématiquement mal interprétée par le courant néo-conservateur. Tantôt ce courant stigmatise cette influence, tantôt il en fait abstraction.

Lorsque l'inflation était très élevée, avant la crise pétrolière au début des années soixante-dix, les déficits budgétaires de la plupart des pays occidentaux se sont accrus malgré le fait que les recettes fiscales ont également augmenté par la progression à froid. Lors de la récession de 1973, la politique keynésienne d'accroissement des dépenses publiques était limitée à cause de ces déficits élevés. Comme la politique monétaire était tenue responsable de la stabilité des prix, elle n'était pas non plus disponible pour relancer l'économie. Le temps était propice pour un remède miracle : l'économie de l'offre. Le programme électoral de Reagan s'en inspira dès le début des années quatre-vingt.

L'économie de l'offre cherche à stimuler l'offre globale à court terme par une baisse de la fiscalité. Elle vise deux objectifs à la fois. Elle cherche non seulement à relancer l'économie, mais en même temps à lutter contre l'inflation, puisque la baisse des impôts est supposée se répercuter sur le niveau général des prix.

Le programme économique de la campagne électorale américaine de 1980 s'articulait autour des quatre instruments suivants :

– Premièrement, il était envisagé de diminuer les dépenses publiques, dans la logique keynésienne de la gestion de la demande globale, de l'ordre de 50 milliards de dollars. Les prévisions budgétaires pour 1982 portaient sur 750 milliards. Les intérêts de la dette publique étaient déjà à l'époque très importants. Ils s'élevaient à 100 milliards de dollars. En outre, la défense nationale avait augmenté de 20 milliards. Il en a résulté un solde négatif de 240 milliards de dollars qui aurait dû subir une réduction de 50 milliards de dollars. Compte tenu des rigidités qui existent dans l'élaboration d'un budget, cet objectif de réduction des dépenses publiques ne put être atteint.

– Deuxièmement, la diminution fiscale de 10% pour les entreprises fut prévue chaque année durant 3 ans. Une diminution d'environ un tiers de la fiscalité n'est rien d'autre qu'un transfert du secteur public vers le secteur privé. L'Etat stimulait l'initiative privée par ce transfert, estimé à environ 56 milliards dont 44 milliards devaient échoir aux ménages privés et 12 milliards aux entreprises. Cette stimulation de l'activité économique aurait dû entraîner une augmentation de la demande globale. Or, l'évaluation du programme gouvernemental de Reagan, huit ans plus tard, a montré que cette stimulation n'a pas conduit à augmenter les investissements, générateurs de croissance, mais l'achat de biens de consommation (Modigliani, 1988). La diminution fiscale avait un objectif secondaire : à part une stimulation immédiate des dépenses, il s'agissait de libérer les forces de croissance qui – à leur tour – stimulent les recettes fiscales.

– Cette stimulation des recettes fiscales ressort de « la courbe de Laffer » appelée ainsi selon un professeur qui soutenait que le taux d'imposition aux USA se trouvait au-delà du taux qui procurait les recettes fiscales les plus élevées possibles. Si ce taux connaissait un allégement de 30% sur 3 ans, l'économie se trouverait stimulée. Le déficit budgétaire devrait disparaître parce que la stimulation de l'activité économique générerait des recettes fiscales plus importantes. Or, le taux pratiqué étant en réalité endeçà du taux maximal, la baisse des impôts conduisit à une diminution des recettes fiscales.

– Le troisième élément de la politique de Reagan était la politique monétaire restrictive. L'essence même de la théorie quantitative de la monnaie établit un lien direct entre la variation de l'offre de monnaie et la variation du niveau général des prix. Or, comme la demande de monnaie dépend aussi du taux d'intérêt, une politique monétaire restrictive a finalement augmenté les taux d'intérêt, freinant les investissements et les dépenses privées.

– Le quatrième point de ce programme était une réforme des interventions étatiques. Cet outil est peut-être le plus difficile à évaluer. Il s'agissait de promouvoir un nouvel esprit d'entreprise et de stimuler les forces du marché. La libération du prix du pétrole annoncée par Reagan en 1981 en est un exemple. Les autres mesures visaient la réduction de la dépendance de l'économie américaine de l'étranger. Ces mesures témoignaient d'une volonté politique de reconduire l'économie américaine sur le chemin d'un libéralisme économique conservateur, mais impliquaient en fait un protectionnisme accru.

## 6. En guise de conclusion : le retour au « juste prix »

L'évolution récente de la pensée économique montre donc que le courant conservateur récent a été accompagné par des théories économiques qui souffrent d'un biais idéologique. Le retrait des idées keynésiennes, le monétarisme, les anticipations rationnelles et finalement l'économie de l'offre, prônant une diminution de la fiscalité pour stimuler la croissance, ont préparé le terrain sur lequel la promotion du marché efficace est devenu le fer de lance contre l'Etat providence. Ce ne serait plus à celui-ci d'apaiser la tension entre l'efficacité et l'équité, mais aux acteurs économiques eux-mêmes. Le marché serait devenu le mécanisme de décision collectif le plus efficace. En même temps, la réponse à la question du « juste prix » est devenue unique. Elle ne peut être fournie que par le prix d'équilibre formé sur un marché concurrentiel.

Or, les politiques économiques depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale se sont d'abord concentrées sur la gestion de la demande et ensuite sur celle de l'offre globale. Derrière ces approches se cachent deux interprétations du fonctionnement de l'économie. Des instruments comme l'augmentation des dépenses publiques et la baisse des coûts de production par la fiscalité ont été explorés successivement et parfois simultanément. La politique monétaire a été mise à contribution pour montrer surtout que le lien entre l'inflation et la monnaie est important. L'économie de l'offre, pourtant présentée initialement comme une révolution théorique, a servi le discours du « moins d'Etat ». Or, comme nous l'avons montré, l'action de l'Etat se manifeste d'une manière permanente, influençant non seulement l'offre et la demande à court terme, mais également à long terme les facteurs de production et le progrès technique. Par conséquent, l'Etat tient une place plus importante dans l'économie que le néo-libéralisme ne veut bien l'admettre.

L'aménagement d'un Etat capable de remplir ces fonctions n'est certes pas aisé. L'interaction entre l'Etat et l'économie privée est le résultat des institutions juridiques que notre société a mises en place, car en réalité, chaque

marché se trouve fortement régulé par un dispositif légal étendu. Le changement de ces institutions est obtenu par une politique active et volontariste. De nombreuses analyses portent notamment sur des conditions de concurrence imparfaite, sur des biens publics et sur l'inégalité dans la distribution des revenus et des fortunes. Dans ces domaines, il existe une régulation étatique, illustrant le fait que le fonctionnement du marché ne peut répondre à lui seul à des questions relevant de la justice sociale. Une vision économique libérale se réfère donc à un aménagement institutionnel fort de notre ordre économique.

La recherche du « juste prix » n'a jamais cessé. Aujourd'hui, la question ne se pose pas seulement dans le domaine social, mais également dans celui de l'environnement. Quel est le « juste de prix » de la nature ? On ne peut répondre à cette question que par la reconnaissance de valeurs non monétaires. Ce n'est pas par une monétarisation et un marchandisage croissants de la nature que la pollution se réduit, mais par un débat portant sur la finalité et sur le sens de nos actes. L'environnement a des caractéristiques d'un bien public. Une réforme institutionnelle peut notamment prendre la forme d'une révision des subventions en fonction de critères environnementaux. Le rôle actif de l'Etat porte également sur la réforme des règles de fonctionnement du marché. L'internalisation des coûts sociaux et environnementaux est une exigence qui n'est de loin pas réalisée (Bafu, 2005). Elle rend plus urgente la question de l'intervention publique. Aux coûts comptables traditionnels s'ajoutent de plus en plus des coûts sociaux liés à la fois au fonctionnement propre de l'économie et à la dégradation de l'environnement. Le « juste prix » ne peut être formé par le seul marché. Il doit être le résultat combiné de l'efficacité économique, de l'équité sociale et du respect environnemental.

## Références bibliographiques

Bafu (2005), BUWAL, éditeur : « Wirtschaftliche Dimensionen der Umweltpolitik, Synthese von Forschungsprojekten zu den Wechselwirkungen zwischen Wirtschaft und Umwelt », *Schriftenreihe Umwelt* Nr. 385.

Barthes R. (1977), *Leçon*, Collection « Points », Paris : Editions du Seuil (Leçon inaugurale le 7.1.77 au Collège de France).

Burgenmeier, B. (2005), *Economie du développement durable*, Bruxelles : de Boeck, deuxième édition.

Burgenmeier B. (2000), *Principes écologiques et sociaux du marché*, Paris : Economica.

Fischer, I. (1920) *Stabilizing the Dollar : A Plan to Stabilize the General Price Level without Fixing Individual Prices*, New York : MacMillan.

Fischer, S. (1989) « Recent Developments in Macroeconomics », *The Economic Journal*, Vol. 98, June.

Friedmann, M. (1956) « The Quantity Theory of Money – A Restatement », *Studies in the Quantity Theory of Money*, édité par M. Friedmann, Chicago : The University of Chicago Press.

Hamada, K. (1974) « Alternative Exchange Rate Systems and the Interdependance of Monetary Policies », *National Monetary Policies and the International Financial System*, Chicago : Aliber R., éditeur.

Jacquemin, A. (1987) *The New Industrial Organization, Market Forces and Strategic Behavior*, Oxford : Clarendon Press.

Malinvaud, L. (1989) « Observation in Macroeconomic Theory Building », *European Economic Review*, Vol. 33, No. 2/3.

Mill, J.S. (1848) *Principles of Political Economy* (2 vol.), Londres : Parker, réimpression en 1965, Toronto : Toronto University Press. Egalement (1872) Londres : Longmans, Green, (première édition 1838).

Modigliani, F. (1988) « Reagan's Economic Policies : A Critique », *Oxford Economic Papers*, Vol. 40, No. 3.

Mucchielli, J.L. (1991) « Strategic Advantage for European Firms » dans Bürgenmeier, B. et J.L. Mucchielli, éditeurs, *Multinationals and Europe 1992, Strategies for the Future*, London : Routledge.

Ricardo, D. (1817) 1951, *On the Principles of Political Economy and Taxation*, Vol. 1., *Works and Correspondence of David Ricardo*, édité par Piero Sraffa, Cambridge : Cambridge University Press.

Société de Banque Suisse (1985) « Hohe Schule der Wechselkurse », E.W. Heri, Der Monat, décembre.

Weitzman, M. (1986) *L'économie de partage : vaincre la stagflation*, Paris : L'Expansion / Hachette / J.C. Lattès.

# Le Conseil de L'Europe et la sécurité sociale : réalisations et perspectives

Pierre-Yves Greber

*Professeur à l'Université de Genève*

## I. Introduction

1. Le Conseil de l'Europe est immédiatement associé aux droits humains, à la démocratie, à l'état de droit ; depuis la fin du XX^e^ siècle, à la Grande Europe. Hors du cercle des spécialistes, son activité en matière de sécurité sociale est indéniablement moins connue. Pourtant, le Conseil de l'Europe, dès son origine, s'est profilé de manière très intéressante dans le domaine de la sécurité sociale. Et cela particulièrement pour les secteurs dans lesquelles l'Union européenne est peu avancée.

2. Cette contribution, écrite en hommage au Professeur Giorgio Malinverni, va aborder les points suivants :

– que peut faire le Conseil de l'Europe en matière de sécurité sociale (en d'autres termes, c'est la question des compétences) ?
– des grands principes ont-ils été posés ?
– l'Europe de Strasbourg est-elle présente dans les grands débats actuels ?

## II. Les compétences du Conseil de l'Europe dans le domaine de la sécurité sociale

3. L'acte juridique qui a créé le Conseil de l'Europe est le Statut du Conseil de l'Europe. Il a été adopté le 5 mai 1949 à Londres. La Suisse a adhéré en 1963[1]. Longtemps cette Organisation internationale a représenté l'Europe de l'Ouest. Mais, depuis la fin de la coupure en deux du continent, elle a accueilli les Etats de l'Europe centrale et de l'est lors de leur transition vers la démocratie.

[1] Arrêté fédéral du 19 mars 1963. Feuille fédérale 1963, p. 767 sv. – Recueil systématique du droit fédéral : 0.192.030.

4. Les Etats membres du Conseil de l'Europe sont actuellement les suivants : Albanie, Allemagne, Andorre, Arménie, Autriche, Azerbaïdjan, Belgique, Bosnie-Herzégovine, Bulgarie, Croatie, Chypre, Danemark, Espagne, Estonie, Finlande, France, Géorgie, Grèce, Hongrie, Irlande, Islande, Italie, Lettonie, Liechtenstein, Lituanie, Luxembourg, Macédoine, Malte, Moldova, Monaco, Norvège, Pays-Bas, Pologne, Portugal, République tchèque, Roumanie, Russie, Saint-Marin, Serbie-Montenegro, Slovaquie, Slovénie, Suède, Suisse, Turquie, Ukraine, Royaume-Uni[2]. C'est donc devenu la « Grande Europe ».

5. Le Conseil de l'Europe, dont le siège est à Strasbourg, est une organisation internationale classique[3]. Ainsi, les conventions internationales qu'il adopte[4] doivent être ratifiées par les Etats pour que ceux-ci soient juridiquement engagés et nul ne peut les obliger à les ratifier. En d'autres termes, l'Europe de Strasbourg ne dispose pas d'instruments juridiques du type du règlement ou de la directive, qui font la force de la Communauté européenne. En dehors du domaine de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH), il n'y a d'ailleurs pas de Cour qui peut dire le droit comme l'est habilitée à le faire la Cour de justice de Luxembourg ; cela ne veut pas dire que la « Grande Europe » ignore la création jurisprudentielle, mais le résultat des procédures de contrôle instituées par certains instruments n'ont pas l'autorité (force obligatoire et exécutoire) des arrêts de Luxembourg. C'est dire que le Conseil de l'Europe doit être particulièrement bon sur le contenu de ses interventions, qu'il doit s'efforcer d'être utile aux Etats, de répondre notamment à leurs préoccupations en matière de sécurité sociale. A défaut de pouvoir s'imposer, il doit être « convivial », il doit savoir se rendre incontournable.

6. C'est ainsi que Jean-Louis Burban souligne que « Ce qui frappe dans le Conseil de l'Europe, c'est qu'il dispose à la fois de compétences et d'objectifs très vastes et de moyens relativement faibles pour les réaliser. C'est le fruit du compromis de 1949 : objectifs généraux et généreux pour complaire aux continentaux, moyens de coopération internationale classique pour complaire aux Britanniques. (…) le compromis initial reste la loi fondamentale du Conseil de l'Europe, lui interdisant une évolution de type supranational comme celui des Communautés européennes. »[5]

---

[2] Situation au 20 novembre 2006. Mise à jour, voir le site Internet du Conseil de l'Europe : www.coe.int

[3] Elle est indépendante de la Communauté européenne, d'ailleurs plus ancienne que celle-ci (1949 versus 1957). Il convient donc d'éviter de confondre le Conseil de l'Europe (objet du présent article) avec le Conseil européen (art. 14 du Traité sur l'Union européenne) ou avec le Conseil (art. 202 du Traité instituant la Communauté européenne).

[4] Et qui sont appelées parfois convention, charte, code, accord, protocole ; termes tous utilisés en ce qui concerne la sécurité sociale.

[5] Burban (1996), p. 18.

7. Le Conseil de l'Europe peut agir et conclure des conventions « dans les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif » (art. 1 lettre b, du Statut). Et effectivement il a de longue date des activités dans ces domaines. Mais ses interventions les plus renommées se situent dans les droits humains (CEDH) et la promotion et la sauvegarde de la démocratie (cf. le préambule du Statut et l'art. 1, lettre a). Il n'y a pas besoin de rappeler le contexte dans lequel le Conseil de l'Europe a été créé, celui de la fin de la Seconde guerre mondiale ; c'est pourquoi le Statut insiste sur la paix et les valeurs communes qui doivent réunir les Européens (préambule et art. 1).

8. Venons-en plus précisément à la discipline pratiquée par l'auteur de ces lignes : que peut faire le Conseil de l'Europe dans le domaine de la sécurité sociale ? Le préambule du Statut place au rang des finalités de l'Organisation le progrès social et économique. L'art. 1 prolonge en disposant que : « Le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses Membres afin de (…) favoriser leur progrès économique et social. » (lettre a). Même si la promotion des droits humains est la grande « carte de visite » de l'Europe de Strasbourg, le progrès social figure donc également dans ses finalités. D'ailleurs les deux peuvent être liés, comme on le verra plus tard.

9. Mais le Statut ne définit pas ce qu'il faut entendre par « favoriser le progrès social ». Pourquoi ? Pierre Duclos relève que cela est très probablement dû à l'absence de consensus politique au moment de l'adoption du texte[6]. On souhaiterait d'ailleurs bonne chance à ceux qui, de nos jours, voudraient définir ici un concept commun ! Cette absence de définition n'a pas eu d'effets négatifs dans le domaine étudié ; Guy Perrin relève que le Conseil de l'Europe a développé, dès ses débuts, une activité importante dans le domaine de la sécurité sociale, tant pour rapprocher et améliorer (harmonisation) que pour coordonner[7] les systèmes[8].

10. Ainsi, le Conseil de l'Europe dispose d'une compétence dans le domaine social, lequel inclut la sécurité sociale, qui lui a permis dès l'origine de se profiler dans cette matière, avec un impact certain. L'Europe de Strasbourg a pu adopter des instruments de type conventionnel, des textes sans effets obligatoires (recommandations, résolutions) ; elle a joué le rôle de forum (conférences, réunions d'experts), elle a lancé et publié des études, diffusé de l'information. Tout ceci continue d'être pratiqué. Un point doit encore être relevé, celui d'une coopération régulière et étroite avec l'Organisation internationale du Travail, qui permet judicieusement à l'Europe de Strasbourg de s'inspirer

---

6 Duclos (1970), pp. 25-26.

7 En cas de présence d'éléments excédant une situation purement nationale (questions de l'égalité entre nationaux et étrangers, des situations transfrontières).

8 Perrin (1974), p. 488.

de ce qui est produit à Genève : cela facilite la lecture des textes et participe du même grand projet de guider les Etats vers une meilleure sécurité sociale[9].

## III. La formulation de grands principes

11. Une Organisation internationale, qui bénéficie de compétences en matière de sécurité sociale, peut adopter ce que Guy Perrin nommait des textes de principes[10]. Une formulation judicieuse, montrant leur valeur avant tout symbolique et destinée à guider, inspirer les Etats comme les Organisations internationales[11]. On verra que le Conseil de l'Europe apporte sa contribution.

### A. La promotion d'un modèle de sécurité sociale

12. Mais avant de traiter de grands principes, l'on peut évoquer une question qui en est très proche, soit la défense d'un modèle. On peut créditer le Conseil de l'Europe d'une contribution importante à la défense et à la promotion d'un modèle européen de sécurité sociale.

13. Certes, si l'on compare les systèmes nationaux, c'est la diversité qui frappe. Chaque sécurité sociale est marquée par l'Histoire, une culture, un cadre constitutionnel et législatif, le rôle des partenaires sociaux, le soutien plus ou moins marqué des populations. Pourtant, si l'on prend du recul, si la situation en Europe est comparée avec celle valant dans d'autres régions ou pays[12] du monde, alors un ensemble apparaît. Pendant ce recul, Dupeyroux / Borgetto / Lafore / Ruellan mettent en évidence un modèle européen de sécurité sociale. Ces auteurs éminents le caractérisent par les éléments communs suivants : la nature universelle de la protection (ensemble de la population couvert), un champ d'application matériel (éventualités protégées) plus élevé, des taux de prestations plus élevés, davantage de transferts sociaux dans le revenu des ménages, une lutte plus efficace contre la pauvreté, un attachement profond des populations à leurs systèmes, un coût élevé nécessitant des prélèvements importants sur le produit intérieur brut[13].

---

9 Burban (1996), Duclos (1970), Kahil-Wolff / Greber (2006), Nagel / Thalamy (1994), Perrin (1993), Villars (1979).

10 Perrin (1974).

11 Kahil-Wolff / Greber (2006), p. 112 sv.

12 Notamment une comparaison Europe-USA.

13 Dupeyroux / Borgetto / Lafore / Ruellan (2001), pp. 54-55.

14. Quel est ici l'apport du Conseil de l'Europe ? Il ne peut pas imposer un modèle : comme cela a été rappelé, il s'agit d'une Organisation internationale classique[14]. En revanche, il peut proposer un modèle, qui met en évidence des buts, des principes, des règles communes. Et c'est ce qui a été fait. Le Conseil de l'Europe a adopté en 1964 un Code européen de sécurité sociale, accompagné d'un Protocole[15]. Reprenant les normes de la Convention OIT N° 102, le Code couvre les neuf éventualités classiques de la sécurité sociale (soins médicaux, indemnités de maladie, maternité, accident du travail et maladies professionnelles, vieillesse, survivants, invalidité, chômage, charges familiales), il définit les éventualités, le champ d'application personnel, les prestations en nature et en espèces. Le Protocole élève certains standards. Les normes sont des minima (que les Etats peuvent améliorer). Les règles sont souples et peuvent s'adapter à des protections réalisées sous forme d'assurances sociales, de services publics, de prestations ciblées (ou sous conditions de ressources). Le Code s'adapte aux régimes de salariés (assurances sociales classiques), de population économiquement active (salariés et indépendants) ou de résidents. Il prévoit, pour les prestations en espèces (à court comme à long terme) des pourcentages à atteindre, par référence aux gains antérieurs ou à des gains standards (il s'agit d'éviter les formules vagues), pourcentages à justifier lors des procédures de contrôles[16].

15. L'on peut ainsi dire que le Code et le Protocole européens de sécurité sociale, ainsi que les instruments qui peuvent les compléter, représentent une sorte de modèle : celui-ci sert aux Etats pour l'introduction et le développement d'un système de sécurité sociale. En effet, ces instruments traitent des questions essentielles : qui doit être protégé, quelles éventualités (quels risques) couvrir, quel doit être le niveau de protection ? Par contre ils sont très limités en matière d'organisation administrative (pas de lignes directrices pour une « bonne gouvernance ») et financière (très peu de règles sur un financement efficace et équitable). Ce sont en effet des domaines réglés de façon très diversifiée par les Etats. Comme déjà relevé, ce modèle est proposé et non imposé : les Etats sont libres de s'engager (ratifications). Le Code européen de sécurité sociale révisé (1990) va dans le même sens[17]. Comme il n'est pas encore entré en vigueur[18], il sera laissé de côté dans cette brève étude. Mais ce qui est important de retenir, c'est la vision globale de la sécurité sociale adoptée par le Conseil de l'Europe, dans la même perspective que celle choisie par l'Organisation internationale du Travail (OIT).

---

14 Voir ci-dessus § 5 sv.

15 Kahil-Wolff / Greber (2006), p. 170 sv. – Villars (1979a).

16 Kahil-Wolff / Greber (2006), pp. 151-153, 170-173.

17 Berenstein (1991).

18 Kahil-Wolff / Greber (2006), p. 176 sv.

## B. Le droit à la sécurité sociale

16. Un grand principe formulé par le Conseil de l'Europe est celui du droit à la sécurité sociale. La perspective est bien sûr essentiellement symbolique ; elle tend à inciter les Etats à développer leur législation afin de garantir effectivement le bénéfice d'une protection sociale. En effet, le domaine est complexe (il y a plusieurs manières de le traiter), il implique un corpus développé de règles juridiques, des institutions compétentes, des flux financiers importants. Une Organisation internationale peut essayer d'enclencher une dynamique, montrer la voie à parcourir, mais ce seront les Etats qui construiront celle-ci.

17. Ainsi, la Charte sociale européenne (1961) consacre deux dispositions centrales à la sécurité sociale :

– le § 12 de la Partie I dispose que : « Tous les travailleurs et leurs ayants droit ont droit à la sécurité sociale » ;
– l'art. 12 de la Partie II donne de la substance à la première disposition : les Etats doivent établir ou maintenir un système de sécurité sociale, dont le niveau doit être au moins égal à celui nécessaire pour la ratification de la Convention OIT N° 102 concernant la norme minimum de sécurité sociale ; ils doivent s'efforcer d'améliorer progressivement la protection ; ils doivent réaliser l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers, le maintien des droits en cas de départ de l'Etat compétent.

18. Comparée aux grands textes de principes des Nations Unies[19], la Charte sociale européenne est manifestement « en retrait, en retard ». En effet, la Déclaration universelle des droits de l'homme, depuis 1948, est fondée sur le grand principe de l'universalité, soit la reconnaissance du droit de toute personne à la sécurité sociale (quel que soit son statut, son sexe, sa nationalité). Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966) confirme l'universalité, dans un instrument de type conventionnel, soumis à un contrôle et donnant lieu à une jurisprudence[20]. A son tour, la Convention internationale relative aux droits de l'enfant est fondée sur l'universalité. La Charte sociale européenne est en revanche restée à un stade intermédiaire : elle demande aux Etats de garantir le droit à la sécurité sociale aux travailleurs et travailleuses salariés, indépendants[21], ainsi qu'à leurs ayants droit. Pourquoi une telle restriction, étrange pour la région européenne qui occupe une place de *leader* dans le domaine de la sécurité sociale ? Elle est due à la pression des Etats qui ont retenu une conception professionnelle de la

19 Perrin (1993), Perrin (1974), Kahil-Wolff / Greber (2006).

20 Malinverni (2006).

21 Nagel / Thalamy (1994), p. 22.

sécurité sociale. Or cette conception est celle choisie par des « poids lourds » européens, tels l'Allemagne, la France et l'Italie. La situation n'a pas été améliorée par la Charte sociale européenne révisée, adoptée en 1996 : celle-ci reprend la teneur des § 12 / art. 12 cités ci-dessus[22].

19. Heureusement, le Conseil de l'Europe a corrigé sur certains points cette restriction regrettable (car toute personne peut tomber malade, fonder une famille, devenir handicapée, âgée). Le couple § 12 de la Partie I / art. 12 de la Partie II est, en effet, entouré d'autres droits sociaux qui concernent, au moins partiellement, la sécurité sociale. Il s'agit du droit à la protection de la santé (§ 11 / art. 11), du droit à l'assistance sociale et médicale (§ 13 / art. 13), du droit au bénéfice des services sociaux (§ 14 / art. 14), du droit des personnes handicapées à la réadaptation professionnelle et sociale (§ 15 / art. 15), du droit de la famille à une protection sociale (§ 16 / art. 16). Or, toutes ces dispositions qui entourent le droit *stricto sensu* à la sécurité sociale sont fondées sur l'universalité. Il y a dès lors une sorte d'auto-correction : le point qui devrait être retenu pour un texte de principes, à valeur symbolique et qui doit inciter à un développement, ne peut pas être atteint pour des raisons politiques ; une position intermédiaire est alors retenue et elle est simultanément corrigée là où le consensus le permet. Quel intérêt, en effet, de prévoir p. ex. des mesures de protection de la santé – établissement d'un dispositif sanitaire (services de santé, hôpitaux), de service de consultation et d'éducation, des mesures de prévention – qui excluraient certaines catégories de la population ? Ou, au regard des § 13 / art. 13, pourquoi assister celui qui a un travail rémunéré ou qui a eu un tel travail et écarter la personne dans le besoin qui n'a pas un tel statut ?

20. Un point mérite encore d'être mentionné. La jurisprudence du Comité européen des droits sociaux relative aux § 13 / art. 13 a reconnu aux individus un droit subjectif à l'assistance sociale et médicale. Elle reconnaît donc un droit, invocable par les personnes dans le besoin à l'égard d'une administration comme d'un tribunal, ceci tant pour les nationaux que pour les étrangers, ressortissants des Etats contractants, en situation légale[23]. C'est un élément qui a son importance : les assurés sociaux peuvent généralement bien faire valoir leurs droits ; en revanche la situation des assistés sociaux peut être plus précaire, selon les droits nationaux. S'il est vrai qu'ils ne peuvent pas invoquer une carrière d'assurance, il n'en demeure pas moins que les seconds sont dans une grande précarité. La position adoptée par le Conseil de l'Europe se révèle ainsi aussi claire que justifiée.

---

22 Voir ci-dessus § 17.

23 Vandamme (2001), p. 145.

## C. L'égalité de traitement entre nationaux et étrangers

21. Les droits nationaux prévoient parfois des distinctions selon la nationalité. Vu du pays compétent, celles-ci seront envisagées comme une protection plus favorable à l'égard des nationaux ; mais l'étranger les verra plutôt comme des discriminations ! Faut-il différencier l'octroi des soins de santé, les prestations liées à la maternité, la protection relative à l'invalidité, la pension de retraite, etc., selon la nationalité de l'intéressé ? Sur le plan des besoins, il n'y a pas de raisons objectives de procéder ainsi. Mais sur le plan financier, il y a matière à économies (p. ex. non-exportation des pensions pour les étrangers). Sur le plan politique, il y a possession de cartes à jouer dans une négociation internationale (« réalisons ensemble l'égalité entre nos ressortissants ») ou alors volonté d'écarter certains étrangers du territoire. C'est une question qui a accompagné le développement des systèmes de sécurité sociale[24] ; elle reste très actuelle (en Suisse comme ailleurs en Europe, l'on peut dire que c'est un thème « politiquement sensible »).

22. Même si c'est de manière nettement moins développée que dans l'Union européenne[25], le Conseil de l'Europe apporte une certaine contribution à l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers dans le domaine de la sécurité sociale.

23. L'art. 12 § 4 (Partie II) de la Charte sociale européenne[26] demande aux Etats de prendre des mesures (bilatérales ou multilatérales) pour réaliser l'égalité de traitement entre les nationaux de chacune des Parties contractantes et pour conserver les droits acquis quels que soient les déplacements des personnes protégées entre les territoires des Parties contractantes. L'égalité entre nationaux et étrangers est soumise ainsi à une condition de réciprocité (elle ne vaut que pour les ressortissants des Etats ayant ratifié l'instrument) : c'est courant en matière de coordination, mais évidemment trop limité par rapport aux grands textes de principes[27], lesquels excluent toutes les discriminations. La conservation des droits acquis contribue à une égalité réelle : en effet, il y a plus de chances qu'un étranger quitte l'Etat compétent (p. ex. pour sa retraite) qu'un national ; toute restriction à l'exportation des prestations le toucherait plus durement.

---

24 BIT (1974).

25 Le contexte dans l'Union européenne est différent (libre circulation des travailleurs, des personnes) et les instruments juridiques à sa disposition beaucoup plus forts (ici, essentiellement le règlement européen). Voir Kahil-Wolff / Greber (2006), p. 280 sv.

26 Voir ci-dessus § 17.

27 Voir ci-dessus § 18.

24. Le Conseil de l'Europe a adopté d'autres instruments, juste mentionnés ici, qui sont fondés sur le principe de l'égalité entre nationaux et étrangers. Il s'agit des Accords intérimaires européens concernant la sécurité sociale (1953), de la Convention européenne d'assistance sociale et médicale (1953) et de la Convention européenne de sécurité sociale (1972)[28]. Ici aussi l'égalité de traitement est soumise à une condition de réciprocité. La Convention de 1972 s'ouvre aussi aux autres principes de la coordination, qui prolongent très utilement celui de l'égalité de traitement : maintien des droits en cours d'acquisition, maintien des droits acquis, détermination de la législation (système) applicable, coopération administrative. Evidemment tous les instruments cités sont de type conventionnel et nécessitent des ratifications par les Etats pour que ceux-ci soient juridiquement liés[29]. Mais, dans le domaine de la coordination, qui est notamment fondé sur cette égalité de traitement entre nationaux et étrangers, il faut bien dire que le Conseil de l'Europe vit dans l'ombre de l'Union européenne. En effet, la coordination de loin la plus développée et la plus importante dans la pratique est celle réalisée par les règlements communautaires, de véritables lois européennes, applicables directement, réglant toute la matière et reliant non seulement les vingt-cinq Etats de l'Union, mais aussi la Suisse, la Norvège, l'Islande et le Lichtenstein[30].

## IV. Questions et débats actuels : la présence du Conseil de l'Europe

### A. Un environnement « agité »

25. Les systèmes de sécurité sociale en Europe et dans le Monde font l'objet de questions et de grands débats. Ces questions et débats ne sont pas confinés au monde des spécialistes : ils sont à l'agenda politique, parmi les priorités, souvent à la une des journaux. En effet, l'environnement des systèmes de sécurité sociale est, depuis plusieurs années, plutôt « agité ». Dans le monde de l'aviation, le capitaine aurait annoncé une zone de turbulence et demandé aux passagers d'attacher leurs ceintures ! En effet, il y a une pression importante du côté des besoins de protection : les familles et les emplois se sont précarisés, la médecine se développe, la vie s'allonge, certaines personnes âgées perdent leur autonomie, le chômage reste constant, il devient difficile pour les jeunes d'accéder à un emploi et pour les seniors de le garder. En d'autres

[28] Nagel / Thalamy (1994), p. 90 sv., Perrin (1993), p. 414 sv., Greber (1982), p. 101 sv.

[29] Voir ci-dessus § 5.

[30] Kahil-Wolff / Greber (2006), p. 280 sv.

termes, les besoins de protection, donc les demandes adressées aux systèmes de sécurité sociale, ont tendance à augmenter[31].

26. Les valeurs qui fondent et soutiennent la protection sociale font l'objet de débats : quelle importance accorder à la sécurité d'existence, aux risques ? quelle place pour la solidarité (entre revenus, entre générations notamment) et est-elle compatible avec la montée de l'individualisme ? quelle place pour l'égalité (entre femmes et hommes, entre nationaux et étrangers, entre catégories professionnelles) ?[32]

27. Quid des mutations économiques ? Le climat est à la privatisation, à la dérégulation, la concurrence la plus libre possible semble, pour certains, le remède à tous les maux. Or, la sécurité sociale est d'abord publique, elle fait l'objet de grandes régulations et la concurrence y occupe une place secondaire. D'ailleurs l'économie saute les frontières alors que les systèmes sociaux sont nationaux (y compris dans l'Union européenne). Les entreprises modifient leurs structures, recherchent la flexibilité, externalisent, rationalisent au maximum, œuvrent sur le court terme. Alors que la sécurité sociale entretient de longue date des relations étroites avec les employeurs, a besoin d'une certaine stabilité, vise (aussi) le long terme. Des travailleurs flexibles ou « atypiques » contribuent moins au financement des systèmes, alors qu'ils sont susceptibles d'avoir davantage besoin de protection[33]. On a souvent parlé du couple économie-social ; actuellement les deux ont de la peine à danser ensemble…

28. Quid de l'évolution démographique ? Nous allons, au cours de ce XXIe siècle, vers des sociétés de longue vie. Et le phénomène devient mondial. La natalité recule, l'espérance de vie s'allonge. A cela s'ajoutent les migrations, dont les plus difficiles, les illégales ou clandestines, interpellent la protection sociale. Les autorités veulent augmenter l'âge de la retraite, ce qui est justifié sur le plan démographique, mais beaucoup de travailleurs et travailleuses ont déjà de la peine (santé, licenciement) à atteindre les âges légaux actuels[34]. Ajoutez, pour le bouquet final, des critiques, très vives dans certains milieux politiques, à l'égard de la sécurité sociale, parfois des contestations radicales. Un environnement « agité ». Nettement plus le « Sacre du printemps » de I. Stravinsky que les « Concertos Brandebourgeois » de J.S. Bach !

31 Idem, p. 63 sv.

32 Idem, p. 72 sv.

33 Idem, p. 79 sv.

34 Idem, pp. 65-67, 87 sv.

## B. La recherche de pistes, de solutions par le Conseil de l'Europe

29. Face à cet environnement difficile, le Conseil de l'Europe essaie de défendre et d'adapter la sécurité sociale. Il propose régulièrement des pistes, des débuts de solutions aux Etats. Il le fait dans une optique positive, influencé par son engagement de longue date en faveur des droits humains. Ses interventions sont nombreuses ; seuls quelques exemples très résumés peuvent être mentionnés ici.

### *1. Soins de santé : questions actuelles*[35]

30. Dans sa Résolution sur le développement des soins en dehors de l'hôpital, du 18 février 1976, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a recommandé une meilleure répartition des soins donnés dans et hors des hôpitaux, cela tant pour le bien-être psychologique et social du malade que pour des raisons de coûts. C'est une orientation qui a été suivie. La Recommandation N° R(80) concernant la participation active du malade à son traitement, du 30 avril 1980, souligne l'importance d'une collaboration patient-soignants, le développement des associations de malades, l'amélioration de l'éducation et de la communication. La Recommandation N° R(97)4 sur les moyens d'assurer et de promouvoir la santé de la famille monoparentale, du 13 février 1997, relève que ce type de famille s'accroît en Europe et souffre souvent de stress. Il s'agit de promouvoir leur santé, leur épanouissement et leur intégration sociale. Cela pose des questions d'accès équitable aux services de santé notamment pour les plus vulnérables, de formation au rôle de parent, de participation aux décisions d'accueil en périodes de crises, d'adaptation des crèches, des horaires de travail.

31. La Recommandation N° R(97)5 relative à la protection des données médicales, du 13 février 1997, met l'accent sur la sauvegarde du caractère confidentiel dans le traitement automatisé des données, l'information de la personne concernée, les conditions de communication de données, le contrôle à l'entrée des installations. La Recommandation N° R(97)17 sur le développement et la mise en œuvre des systèmes d'amélioration de la qualité dans les soins de santé, du 30 septembre 1997, souligne l'importance de cette qualité dans les périodes de restrictions budgétaires, propose un système englobant tous les prestataires de soins, publics comme privés, l'adoption de bonnes pratiques, l'implication des patients, un contrôle public externe dont les conclusions sont rendues publiques.

---

[35] Rilliet Howald (2004), p. 175 sv., Kahil-Wolff / Greber (2006), p. 182 sv.

32. La Recommandation Rec(2001) sur l'adaptation des services de soins de santé à la demande de soins et de services des personnes en situation marginale, du 10 octobre 2001, relève l'augmentation des populations marginales en Europe et le problème croissant de santé publique en résultant. Il faut protéger sans discriminer, avec respect de la dignité, attribuer un revenu minimum régulier, donner la priorité aux soins primaires, octroyer les soins indépendamment de la capacité financière des intéressés, observer la situation dans la durée, collaborer avec les ONG. L'Assemblée parlementaire[36] a adopté une Résolution 1460 (2005) sur une meilleure réponse aux besoins de santé mentale en Europe, le 24 juin 2005. Elle constate l'absence d'une législation sur la santé mentale, qui soit conforme à la CEDH (et à sa jurisprudence), dans de nombreux Etats de l'Europe centrale et orientale. Il y a besoin de politiques, budgets et formations. Le point de vue des usagers et de leurs proches doit être considéré. Une collaboration des médecins généralistes et des services spécifiques devrait améliorer l'accès et la rapidité des soins ; c'est un domaine qui appelle un travail en réseau. La Recommandation Rec(2006)7 du Comité des Ministres sur la gestion de la sécurité des patients et de la prévention des événements indésirables dans les soins de santé, du 24 mai 2006, demande aux Etats de s'assurer que la sécurité des patients soit au centre des politiques de santé : culture de la sécurité à tous les niveaux, approche proactive et préventive, développement d'indicateurs, échanges sur le plan international, rapports réguliers sur les mesures prises. Les textes mentionnés contiennent souvent des éléments techniques, parfois sous forme d'annexes, à l'intention des professionnels concernés.

## 2. *Prise en charge de l'extrême précarité*

33. Le Conseil de l'Europe est confronté à la grande pauvreté, surtout depuis son élargissement[37] : la transition a été très dure dans certains pays de l'Europe centrale et de l'est. Ainsi, le Comité des Ministres a adopté la Recommandation N° R(2000)3 sur le droit à la satisfaction des besoins matériels élémentaires des personnes en situation d'extrême précarité, le 19 janvier 2000. Il s'agit de reconnaître un droit comprenant au moins la nourriture, l'habillement, l'hébergement et les soins médicaux de base. Ce droit devrait pouvoir être invoqué directement devant les autorités et, le cas échéant, devant les tribunaux[38] ; ceci par les nationaux, comme par les étrangers, en situation régulière ou irrégulière.

---

36 Tous les textes précédents ont été adoptés par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe.

37 Voir ci-dessus §§ 3-4.

38 Cf. ci-dessus § 20.

### *3. Amélioration de la qualité de vie des personnes vivant avec un handicap*

34. C'est une préoccupation de longue date du Conseil de l'Europe[39]. Le Code européen de sécurité sociale[40] est axé, dans ce domaine, sur le paiement de pensions (sécurité du revenu) ; le Protocole, qui l'améliore sur certains points, demande aux Etats l'adoption de mesures de réadaptation fonctionnelle et professionnelle, y compris une aide pour retrouver un emploi convenable. Le Code européen de sécurité sociale révisé, qui pour l'instant est à considérer comme une recommandation[41], contient des améliorations : la définition de l'invalidité, en plus de la composante classique de l'incapacité de gain, s'ouvre à l'incapacité d'accomplir leurs occupations pour les personnes sans activité rémunérée (art. 58) ; il élève les pourcentages de personnes à protéger et de prestations en espèces par rapport au Code de 1964. La Charte sociale européenne révisée prévoit « le droit des personnes handicapées à l'autonomie et à l'intégration sociale ainsi qu'à la participation à la vie de la communauté » (art. 1).

35. La Recommandation Rec(2006)5 du Comité des Ministres sur le Plan d'action 2006-2015 du Conseil de l'Europe pour la promotion des droits et de la pleine participation des personnes handicapées à la société, du 5 avril 2006 relève notamment que : « assurer l'égalité des chances aux membres de tous les groupes de la société contribue à garantir la démocratie et la cohésion sociale » ; l'approche doit être fondée sur les droits humains ; le but est l'intégration et la participation entière des personnes vivant avec un handicap à la société ; le partenariat avec les ONG de ces personnes doit être établi ; il convient d'organiser des campagnes de sensibilisation, de coopérer avec la société civile, avec le secteur privé.

### *4. Autres questions*

36. La place manque pour continuer. En effet, le Conseil de l'Europe se positionne encore sur d'autres questions actuelles, comme la famille, les personnes âgées, celles qui sont à la recherche d'un emploi. Il développe des réflexions sur la cohésion sociale dans une société en mutations, face aux défis démographiques[42].

---

39 Pour l'ONU, voir : Katarzyna Michalak : La protection des handicapés en droit international de la sécurité sociale : l'approche des Nations Unies. Cahiers genevois et romands de sécurité sociale, N° 35-2005, p. 9 sv.

40 Voir ci-dessus §§ 14-15.

41 Faute de ratifications, il n'est pas entré en vigueur. Cf. Kahil-Wolff / Greber (2006), p. 176 sv.

42 Le site Internet du Conseil de l'Europe est : www.coe.int .

## V. Brève conclusion

37. Le Conseil de l'Europe est une Organisation internationale très importante pour celui qui travaille dans le domaine de la sécurité sociale. C'est une Organisation certes classique, mais qui a su développer depuis son origine jusqu'à nos jours, une activité normative tendant à promouvoir la sécurité sociale en Europe, à reconnaître progressivement un droit à la protection (même si le parcours est inachevé), à encourager l'égalité entre nationaux et étrangers.

38. Dans un environnement en mutations rapides et profondes, souvent peu favorable au social, le Conseil de l'Europe parvient à se positionner, régulièrement et utilement, sur des problématiques qui intéressent tous les Européens. Sa contribution de longue date à l'amélioration de la qualité de vie sur notre Continent mérite d'être soulignée et gagnerait à être davantage connue.

## Bibliographie sélectionnée


Berenstein, Alexandre : La révision du Code européen de sécurité sociale. Aspects de la sécurité sociale, FEAS, 2/1991, p. 36 sv.

Burban, Jean-Louis : Le Conseil de l'Europe. 3e éd. Presses universitaires de France. Paris 1996.

Bureau international du travail : La sécurité sociale des travailleurs migrants. BIT. Genève 1974.

Conseil de l'Europe : Code européen de sécurité sociale, vade-mecum. Préparé par Jason Nickless. Conseil de l'Europe. Strasbourg 2002.

Conseil de l'Europe : Rapport explicatif à la Charte sociale européenne révisée. In : La Charte sociale européenne. Recueil de textes. Editions du Conseil de l'Europe. Strasbourg 1997.

Duclos, Pierre : Le Conseil de l'Europe. Presses universitaires de France. Paris 1970.

Dupeyroux, Jean-Jacques / Borgetto, Michel / Lafore, Robert / Ruellan, Rolande : Droit de la sécurité sociale. 14e éd. Dalloz. Paris 2001.

Greber, Pierre-Yves : Droit suisse de la sécurité sociale. Avec un aperçu de théorie générale et de droit international. Réalités sociales. Lausanne 1982.

Kahil-Wolff, Bettina / Greber, Pierre-Yves : Sécurité sociale : aspects de droit national, international et européen. Dossiers de droit européen, No 14. Helbing & Lichtenhahn, Basel / Bruylant, Bruxelles / L.G.D.J, Paris 2006.

Malinverni, Giorgio : Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels. Cahiers genevois et romands de sécurité sociale, No 36-2006, p. 87 sv.

Nagel, S. Günter : Social Security Law. Supplement 1 : Council of Europe. Kluwer Law and Taxation Publishers. Deventer / Boston 1994, p. 41 sv.

Nagel, S. Günter / Thalamy, Christian : Le droit international de la sécurité sociale. Presses universitaires de France. Paris 1994.

Perrin, Guy : Histoire du droit international de la sécurité sociale. Tome V de La sécurité sociale. Son histoire à travers les textes. Association pour l'étude de l'histoire de la sécurité sociale. Paris 1993.

Perrin, Guy : Les fondements du droit international de la sécurité sociale. Droit social 1974, p. 479 sv.

Rilliet Howald, Anne: La réforme des régimes de soins de santé: cadre international et communautaire, thématiques actuelles. Presses universitaires d'Aix-Marseille. Aix-en-Provence 2004.

Vandamme, François: Les droits protégés par la Charte sociale, contenu et portée. In: La Charte sociale européenne. J.-F. Akandji-Kombé / S. Leclerc (éditeurs). Bruylant. Bruxelles 2001, p. 143 sv.

Villars, Charles: Le Code européen de sécurité sociale et le Protocole additionnel. Georg. Genève 1979 (1979a).

Villars, Charles: L'influence des normes de l'OIT sur l'harmonisation de la sécurité sociale au sein du Conseil de l'Europe. Revue internationale du travail 1979, vol. 118, p. 367 sv.

# VI

# Liste des publications de Giorgio Malinverni

## 1. Ouvrages

*Le règlement des différends dans les organisations internationales économiques*, Leiden / Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 1974.

*La liberté de réunion*, Genève 1981.

*La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme* (en collaboration avec Walter Kälin et Manfred Nowak), Bâle 1991.

*La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme* (en collaboration avec Walter Kälin et Manfred Nowak), 2e éd., Bâle 1997.

*L'indépendance de la Suisse dans un monde interdépendant*, Rapport présenté à la Société suisse des juristes, Revue de droit suisse, Rapports et communications, Bâle 1998.

*Droit constitutionnel suisse* (en collaboration avec Andreas Auer et Michel Hottelier), vol. 1 : L'Etat ; vol. 2 : Les droits fondamentaux, Berne 2000.

*Droit constitutionnel suisse* (en collaboration avec Andreas Auer et Michel Hottelier), vol. 1 : L'Etat ; vol. 2 : Les droits fondamentaux, 2e éd., Berne 2006.

## 2. Articles et participation à des ouvrages

« Armes conventionnelles modernes et droit international », *Annuaire suisse de droit international* 1974, pp. 23-54.

« L'application de la Convention européenne des droits de l'homme en Suisse », *Quinzième journée juridique*, Genève 1976, pp. 1-51.

« Aspects juridiques de la politique suisse de l'énergie », *Revue de droit suisse* 1977, pp. 233-264.

« Remarques sur la qualité pour recourir dans le recours de droit public pour violation de concordats », *Revue suisse de jurisprudence* 1978, pp. 233-240.

« Appel concernant la compétence du Conseil de l'OACI », in : K. Marek (éd.), *Précis de la jurisprudence de la Cour internationale*, La Haye / Genève, Institut universitaire de hautes études internationales, 1978, vol. II, pp. 3-17, 18-61, 62-69, 1101-1133.

« Democracy and Foreign Policy : the Referendum on Treaties in Switzerland », *British Yearbook of International Law* 1979, pp. 207-219.

« Centrales nucléaires et droit international du voisinage », in : *Problèmes juridiques de l'énergie*, Fribourg 1982, pp. 173-204.

« Freedom of Information in the European Convention on Human Rights and in the International Covenant on Civil and Political Rights », *Human Rights Law Journal* 1983, pp. 443-460.

« L'exercice des libertés sur le domaine public », in : *Mélanges André Grisel*, Neuchâtel 1983, pp. 145-159.

« Surgénérateurs, démocratie et rapports de voisinage entre Etats », in : *Energie et société, Les surgénérateurs, vrai ou faux problème ?*, Actes de l'Institut national genevois, Genève 1984, pp. 212-216.

« Le pouvoir d'examen de la Cour européenne des droits de l'homme », in : *Mélanges Georges Perrin*, Lausanne 1984, pp. 199-211.

« Le droit des personnes privées de liberté au respect de leur correspondance », in : *Etudes et essais en l'honneur de Jean Pictet*, La Haye 1984, pp. 77-101.

« La nature juridique de la redevance sur le trafic des poids lourds », *Revue de droit administratif et de droit fiscal* 1985, pp. 273-280 (en collaboration avec Michel Hottelier).

« La Convention européenne des droits de l'homme », in : *Fiches juridiques suisses* :

- « Le droit à la vie (art. 2) », *FJS* n° 1370, Genève 1983.
- « L'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (art. 3) », *FJS* n° 1371, Genève 1983.
- « L'interdiction de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé ou obligatoire (art. 4) », *FJS* n° 1372, Genève 1983.
- « Le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5) », *FJS* n° 1373, Genève 1983.
- « Le droit à un procès équitable (art. 6 par. 1) », *FJS* n° 1374, Genève 1983.
- « La présomption d'innocence (art. 6 par. 2) », *FJS* n° 1375, Genève 1983.
- « Les droits de la défense (art. 6 par. 3) », *FJS* n° 1376, Genève 1984.
- « Le principe de la légalité des délits et des peines et de la non-rétroactivité (art. 7) », *FJS* n° 1377, Genève 1984.

- « Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (art. 8) », *FJS* n° 1378, Genève 1984.
- « La liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9) », *FJS* n° 1379, Genève 1984.
- « La liberté d'expression (art. 10) », *FJS* n° 1380, Genève 1984.
- « La liberté de réunion, la liberté d'association et la liberté syndicale (art. 11) », *FJS* n° 1381, Genève 1988.
- « Le droit de se marier et de fonder une famille (art. 12) », *FJS* n° 1382, Genève 1989.
- « Le droit à un recours effectif devant une instance nationale (art. 13) », *FJS* n° 1383, Genève 1989.
- « L'interdiction de la discrimination (art. 14) », *FJS* n° 1384, Genève 1991.

« Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874 » :

- « Article 22 bis », Bâle / Berne / Zurich 1986.
- « Article 41 », Bâle / Berne / Zurich 1987.
- « Article 56 », Bâle / Berne / Zurich 1986.
- « La liberté de réunion », Bâle / Berne / Zurich 1986.
- « Article 69 », Bâle / Berne / Zurich 1991.
- « Article 69 bis », Bâle / Berne / Zurich 1991.
- « Article 69 ter », Bâle / Berne / Zurich 1995.
- « Article 70 », Bâle / Berne / Zurich 1987.
- « Article 115 », Bâle / Berne / Zurich 1987.
- « Article 116 », Bâle / Berne / Zurich 1995.
- « La liberté de la langue », Bâle / Berne / Zurich 1987.

« Gli istituti di democrazia diretta in Svizzera », in : *Annali dell'Istituto di studi europei A. De Gasperi*, 1986, pp. 71-85.

« Parts respectives du règlement judiciaire et du règlement non judiciaire dans la perspective de la fusion », in : O. Jacot-Guillarmod (éd.), *La fusion de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme*, Kehl am Rhein 1987, pp. 107-113.

« Il federalismo in Svizzera », in : *Le Regioni* 1988, pp. 121-135.

« Le principe de l'égalité des sexes en droit international et en droit européen », in : C.-A. Morand (éd.), *L'égalité entre hommes et femmes*, Lausanne 1988, pp. 11-40.

« Le droit comparé dans le contexte fédéral suisse », *Revue internationale de droit comparé* 1988, pp. 583-607.

« L'art. 113 al. 3 de la Constitution fédérale et le contrôle de conformité des lois fédérales à la Convention européenne des droits de l'homme », in : *Mélanges O. K. Kaufmann*, Berne 1989, pp. 381-397.

« La Suisse et les droits de l'homme », *Annuaire suisse de droit international* 1989 (vol. XLV), pp. 153-192.

« Les mécanismes de contrôle international du respect des droits de l'homme », in : *Contributions à l'année internationale de la paix, Les cahiers du droit public*, Bordeaux 1988, pp. 157-167.

« La fonction des droits fondamentaux dans la jurisprudence de la Commission et de la Cour européennes des droits de l'homme », in : *Mélanges Dietrich Schindler*, Bâle 1989, pp. 539-560.

« L'indemnité pour cause d'expropriation selon la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in : *Problemi giuridici dell'ordinamento economico attuale, Quaderni della Banca del Gottardo*, Bellinzone 1989, pp. 113-123.

« Il diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale : osservazioni sull'art. 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo », *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo* 1989, pp. 396-405.

« La réserve de la loi dans les conventions internationales de sauvegarde des droits de l'homme », *Revue universelle des droits de l'homme* 1990, pp. 401-409.

« I Patti delle Nazioni Unite e la protezione dei diritti dell'uomo in Europa : un confronto », *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo* 1990, pp. 189-205.

« Le règlement des différends dans le cadre des organisations internationales », in : M. Bedjaoui (éd.), *Droit international. Bilan et perspectives*, Paris 1991, Tome 1, pp. 571-630.

« Le projet de Convention pour la protection des minorités élaboré par la Commission européenne pour la démocratie par le droit », *Revue universelle des droits de l'homme* 1991, pp. 157-165.

«Gli strumenti governativi di indirizzo della pubblica amministrazione: l'esperienza svizzera», in: *Potere regolamentare e strumenti di direzione dell'amministrazione, profili comparatistici* (a cura di Paolo Caretti e Ugo De Siervo), Bologne 1991, pp. 141-161.

«Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et le principe de l'égalité des sexes en droit suisse», in: *Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique, Mélanges offerts par la Faculté de droit de Genève à la Société suisse des juristes*, Bâle 1991, pp. 153-166.

«Le autonomie territoriali in Svizzera», in: *Giurisprudenza costituzionale* 1991, pp. 2538-2550.

«L'influenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo sulla legislazione e la giurisprudenza svizzere», *Rivista di diritto amministrativo e tributario ticinese* 1992, pp. 453-469.

«L'approche juridique du concept de minorité: l'expérience suisse», in: *Actes du symposium sur la francophonie et les minorités francophones dans le monde*, Bruxelles 1993, pp. 67-84.

«La liberté de conscience», in: *L'effectivité des droits fondamentaux dans les pays de la communauté francophone*, Montréal 1994, pp. 145-153.

«La cámara alta del Parlamento federal suizo», in: *La Reforma del Senado, Cuadernos y debates, Centro de estudios constitucionales*, Madrid 1994, pp. 449-456.

«Droit à un procès équitable et cours constitutionnelles», *Revue universelle des droits de l'homme* 1994, pp. 389-395.

«Commentaire de l'art. 4 de la Convention européenne des droits de l'homme», in: Pettiti / Decaux / Imbert (éd.), *Commentaire de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris 1995, pp. 177-188.

«L'expérience de la Commission européenne pour la démocratie par le droit», in: Vers un droit constitutionnel européen; quel droit constitutionnel européen?, *Revue universelle des droits de l'homme* 1995, pp. 386-394.

«Il ruolo della Corte di Strasburgo nell'evoluzione della Convenzione europea dei diritti dell'uomo», in: *Il ruolo del giudice internazionale nell'evoluzione del diritto internazionale e comunitario* (a cura di Francesco Salerno), Padoue 1995, pp. 125-141.

«Les notions classiques de Confédération et d'Etat fédéral», in: *Le Concept contemporain de Confédération*, Strasbourg 1995, pp. 40-53.

« La Convention-cadre du Conseil de l'Europe pour la protection des minorités nationales », *Revue suisse de droit international et de droit européen* 1995, pp. 521-546.

« Ipotesi di revisione costituzionale : la forma federale dello Stato », *Diritto e società* 1996, pp. 43-65.

« La conformità del progetto di revisione totale della costituzione ticinese con le Convenzioni internazionali di tutela dei diritti dell'uomo », in : *La revisione totale della costituzione ticinese*, Commissione ticinese per la formazione permanente dei giuristi, Lugano 1996, pp. 29-39.

« Il caso della Svizzera », in : *La volontà degli Stati membri e delle regioni nelle vicende del federalismo* (a cura di S. Bartole), Turin 1996, pp. 87-99.

« La réforme du mécanisme du contrôle institué par la Convention européenne des droits de l'homme (Protocole additionnel n° 11) », *Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Verwaltungsrecht* 1996, pp. 289-320.

« Rapport final », in : *Autonomies locales, intégrité territoriale et protection des minorités*, Actes du colloque des 25-27 avril 1996, Zurich 1996, pp. 279-293.

« La Convention européenne des droits de l'homme et son interprète principal », in : *De la Constitution, Etudes en l'honneur de Jean-François Aubert*, Bâle 1996, pp. 405-417.

« L'Union européenne et l'action des Nations Unies dans le domaine des droits de l'homme », in : *L'Union européenne et les organisations internationales*, Bruxelles 1997, pp. 296-299.

« Il federalismo svizzero », in : A. Pace (éd.), *Quale, dei tanti federalismi ?*, Padoue 1997, pp. 113-142.

« Nuove competenze per il Tribunale federale in materia costituzionale ? », in : *Il Ticino e il diritto*, Lugano 1997, pp. 435-451.

« La protection des minorités en Suisse », in : *Minorités et organisation de l'Etat*, Bruxelles 1998, pp. 359-386.

« La flexibilité du fédéralisme », in : G.-A. Beaudoin et al. (éd.), *Le fédéralisme de demain : réformes essentielles*, Montréal 1998, pp. 119-125.

« Variations sur un thème encore méconnu : l'art. 13 CEDH », *Revue trimestrielle des droits de l'homme* 1998, pp. 647-657.

« Territorial Autonomies in Switzerland », in : A. D'Atena (éd.), *Federalism and Regionalism in Europe*, Naples 1998, pp. 287-303.

« Avis sur les problèmes juridiques découlant de la coexistence de la Convention des droits de l'homme et de la Communauté des Etats indépendants et de la CEDH », *Revue universelle des droits de l'homme* 1998, pp. 469-474.

« Rule of Law and the Protection of Human Rights in Switzerland », in : L. Hainen / L. Lin / T. Fleiner (éd.), *Human Rights and Constitutionalism* (édition en chinois et en anglais), Pékin 1999, pp. 547-560.

« Propos introductifs », in : J.-F. Flauss (éd.), *L'enseignement du droit constitutionnel*, Bruxelles 2000, pp. 7-13.

« Le régime linguistique de la procédure devant la nouvelle Cour européenne des droits de l'homme », in : *Mélanges Pierre Lambert*, Bruxelles 2000, pp. 541-548.

« La Suisse et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques », in : *La France et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, Les Petites affiches, 25 mai 2000, pp. 55-59.

« I Patti ONU, i loro rapporti con la CEDU e la loro portata propria in Svizzera », in : *La tutela giudiziaria dei diritti dell'uomo : CEDU, Patti ONU e Convenzione delle Nazioni Unite relativa ai diritti del fanciullo*, Lugano 2000, pp. 9-31.

« Le projet de loi fédérale sur les étrangers », *La Semaine judiciaire* 2000, pp. 409-428.

« The Contribution of the European Commission for Democracy through Law (Venice Commission) » in : *The Prevention of Human Rights Violations*, La Haye 2001, pp. 123-137.

« Le droit des étrangers », in : D. Thürer / J.-F. Aubert / J.-P. Müller (éd.), *Droit constitutionnel suisse*, Zurich 2001, pp. 979-991.

« Le droit communautaire devant la Cour de Strasbourg », in : *Aux confins du droit, Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand*, Bâle 2001, pp. 265-291.

« Souveraineté nationale et droit international », in : *Rencontres suisses, Annuaire* 2001, pp. 17-20.

« I poteri cantonali nella Confederazione elvetica », in : *La potestà statutaria regionale nella riforma della Costituzione*, Milan 2001, pp. 165-173.

« The International Influences on National Constitutional Law in States in Transition », in : *American Society of International Law*, Proceedings of the 96th Annual Meeting, Washington 2002, pp. 390-393.

« Federalism and Foreign Relations » (en collaboration avec B. Ehrenzeller, R. Hrbek et D. Thürer), in : *Federalism in a Changing World – Learning from Each Other*, Saint-Gall 2002, pp. 47-84.

« The Contribution of the European Court of Human Rights to the Development of the International Law on Asylum », in : V. Chetail / V. Gowlland (éd.), *La Suisse et la protection internationale des réfugiés*, La Haye / Londres / New York 2002, pp. 228-231.

« Introduction et Conclusions », in : *La Protection des minorités nationales par leur Etat-parent*, Strasbourg 2002, pp. 79-83 et 313-317.

« I limiti all'espulsione secondo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo », in : *Diritti dell'uomo, estradizione ed espulsione*, Padoue 2003, pp. 165-182.

« Remarques sur le fédéralisme suisse », in : W. Graf Vitzthum / I. Winkelmann (éd.), *Bosnien-Herzegowina im Horizont Europas*, Berlin 2003, pp. 151-156.

« Le projet de protocole additionnel au Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels », in : *Les droits sociaux ou la démolition de quelques poncifs*, Strasbourg 2003, pp. 95-115.

« Die Sozialrechte in der Schweiz », in : *Erweitertes Grundrechtsverständnis*, Kehl am Rhein 2003, pp. 289-314.

« Doping and Fundamental Rights of Athletes : Comments in the Wake of the Adoption of the world Anti-Doping Code » (en collaboration avec Antonio Rigozzi et Gabrielle Kaufmann-Kohler), *International Sports Law Review* 2003, pp. 39-52.

« L'exercice des libertés idéales sur le domaine public », in : F. Bellanger / T. Tanquerel (éd.), *Le domaine public*, Zurich 2004, pp. 25-41.

« La réconciliation à travers l'assistance constitutionnelle aux pays d'Europe de l'Est : le rôle de la Commission de Venise », in : *Fin des conflits et réconciliation : conditions pour une paix durable*, Les cahiers de la paix, n° 10-2004, pp. 207-226.

« L'indépendance de la Cour européenne des droits de l'homme », in : *Libertés, Justice, Tolérance, Mélanges Gérard Cohen-Jonathan*, Bruxelles 2004, pp. 1169-1178.

« La réglementation des décisions de non-entrée en matière dans le domaine du droit d'asile – Aspects constitutionnels » (en collaboration avec Michel Hottelier), *Pratique juridique actuelle* 2004, pp. 1348-1354.

« La pratique des comités conventionnels des Nations Unies en matière de mesures conservatoires », in : G. Cohen-Jonathan / J.-F. Flauss (éd.), *Mesures conservatoires et droits fondamentaux*, Bruxelles 2005, pp. 63-75.

« Le droit de l'immigration en Suisse », in : Eliseo Aja y Laura Diez (éd.), *La regulación de la immigración en Europa*, Barcelone 2005, pp. 216-241.

« Le fédéralisme asymétrique », Revue de droit suisse 2005, pp. 97-114.

## 3. Chroniques régulières

« Chronique relative au droit public en Suisse », *Annuaire de législation française et étrangère* (en collaboration avec Michel Hottelier et Blaise Matthey), chaque année, de 1981 à 1986.

« La pratique suisse relative à la Convention européenne des droits de l'homme », *Annuaire suisse de droit international*, chaque année de 1978 (en collaboration avec Luzius Wildhaber, de l'Université de Bâle ; dès 1991, avec Michel Hottelier, *Revue suisse de droit international européen* ; à partir de 1993 : « La pratique suisse relative aux droits de l'homme ») à 2006.

# Liste des ouvrages

Collection Genevoise

*Baddeley, Margareta* *1994*
**L'association sportive face au droit**
Les limites de son autonomie

*Baddeley, Margareta (éd.)* *1999*
**La forme sociale de l'organisation sportive**
Questions de responsabilité
Actes de la Journée de Droit du sport de la Faculté de droit de l'Université de Genève 25 mars 1999

*Bellanger, François (éd.)* *2000*
**L'Etat face aux dérives sectaires**
Actes du colloque du 25 novembre 1999

*Bino, Maria-Antonella* *2006*
**Hospitalisation forcée et droits du malade mental**
Etude de droit international et de droit comparé

*Cattaneo, Daniele* *1992*
**Les mesures préventives et de réadaptation de l'assurance-chômage**
Prévention du chômage et aide à la formation en droit suisse, droit international et droit européen

*Chaix, François* *1995*
**Le contrat de sous-traitance en droit suisse**
Limites du principe de la relativité des conventions

*Chappuis, Christine* *1991*
**La restitution des profits illégitimes**
Le rôle privilégié de la gestion d'affaires sans mandat en droit privé suisse

*Chatton, Gregor T.* *2005*
**Die Verknüpfung von Handel und Arbeitsmenschenrechten innerhalb der WTO**
Politisches Scheitern und rechtliche Perspektiven

*Chavanne, Sylvie* *1993*
**Le retard dans l'exécution des travaux de construction**
Selon le Code des obligations et la norme SIA 118

*Currat, Philippe* *2006*
**Les crimes contre l'humanité dans le Statut de la Cour pénale internationale**

*Défago Gaudin, Valérie* *2006*
**L'immeuble dans la LP: Indisponibilité et gérance légale**

*Ducrot, Michel* *2005*
**La procédure d'expulsion du locataire ou du fermier non agricole: quelques législations cantonales au regard du droit fédéral**

*Dunand, Jean-Philippe* *2000*
**Le transfert fiduciaire: «Donner pour reprendre»**
*Mancipio dare ut remancipetur*
Analyse historique et comparatiste de la fiducie-gestion

*Dupont, Anne-Sylvie* *2005*
**Le dommage écologique**
Le rôle de la responsabilité civile en cas d'atteinte au milieu naturel

*Elangi Botoy, Ituku* *2007*
**Propriété intellectuelle et droits de l'homme**
L'impact des brevets pharmaceutiques sur le droit à la santé dans le contexte du VIH / SIDA en Afrique

*Favre-Bulle, Xavier* *1998*
**Les paiements transfrontières dans un espace financier européen**

*Foëx, Bénédict* *1997*
**Le contrat de gage mobilier**

*Gafner d'Aumeries, Sonja* *1992*
**Le principe de la double incrimination**
En particulier dans les rapports d'entraide judiciaire internationale en matière pénale entre la Suisse et les Etats-Unis

*Garrone, Pierre* *1991*
**L'élection populaire en Suisse**
Etude des systèmes électoraux et de leur mise en œuvre sur le plan fédéral et dans les cantons

*Gerber, Philippe* *1997*
**La nature cassatoire du recours de droit public**
Mythe et réalité

*de Gottrau, Nicolas* *1999*
**Le crédit documentaire et la fraude**
La fraude du bénéficiaire, ses conséquences et les moyens de protection du donneur d'ordre

*Grant, Philip* *2000*
**La protection de la vie familiale et de la vie privée en droit des étrangers**

*Guibentif, Pierre* *1997*
**La pratique du droit international et communautaire de la sécurité sociale**
Etude de sociologie du droit de la coordination, à l'exemple du Portugal

*Hack, Pierre* *2003*
**La philosophie de Kelsen**
Epistémologie de la *Théorie pure du droit*

*Henzelin, Marc* *2000*
**Le principe de l'universalité en droit pénal international**
Droit et obligation pour les Etats de poursuivre et juger selon le principe de l'universalité

*Hottelier, Michel* *1990*
**L'article 26 CEDH et l'épuisement des voies de recours en droit fédéral suisse**

*Hottelier, Michel* *1995*
**Le Bill of Rights et son application aux Etats américains**
Etude de droit constitutionnel des Etats-Unis avec des éléments comparatifs de droit suisse

*Jeanneret, Yvan* *2002*
**La violation des devoirs en cas d'accident**
Analyse critique de l'article 92 LCR

*Jeandin, Nicolas* *1994*
**Le chèque de voyage**

*Junod Moser, Dominique* *2001*
**Les conditions générales à la croisée du droit de la concurrence et du droit de la consommation**
Etude de droit suisse et de droit européen

*Junod, Valérie* *2005*
**Clinical drug trials**
Studying the safety and efficacy of new pharmaceuticals

*Kastanas, Elias* *1993*
**Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce**

*Lampert, Frank* *2000*
**Die Verlustverrechnung von juristischen Personen im Schweizer Steuerrecht unter besonderer Berücksichtigung des DBG und StHG**

*Languin, Noëlle/ Liniger, Miranda/Monti, Brigitte/ Roth, Robert/Sardi, Massimo/ Strasser, François Roger* *1994*
**La libération conditionnelle: risque ou chance?**
La pratique en 1990 dans les cantons romands

*Languin, Noëlle/Kellerhals, Jean/ Robert, Christian-Nils* *2006*
**L'art de punir**
Les représentations sociales d'une ‹juste› peine

*Lempen, Karine* *2006*
**Le harcèlement sexuel sur le lieu de travail et la responsabilité civile de l'employeur**
Le droit suisse à la lumière de la critique juridique féministe et de l'experience états-unienne

*Manaï, Dominique* *1999*
**Les droits du patient face à la médecine contemporaine**

*Mandofia Berney, Marina* *1993*
**Vérités de la filiation et procréation assistée**
Etude des droits suisse et français

*Marchand, Sylvain* *1994*
**Les limites de l'uniformisation matérielle du droit de la vente internationale**
Mise en œuvre de la Convention des Nations Unies du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises dans le contexte juridique suisse

*Martenet, Vincent* *1999*
**L'autonomie constitutionnelle des cantons**

*Morand, Charles-Albert (éd.)* *1991*
**Les instruments d'action de l'Etat**

*Morand, Charles-Albert (éd.)* *1992*
**Droit de l'environnement: mise en œuvre et coordination**

*Morand, Charles-Albert (éd.)* *1992*
**La légalité: un principe à géométrie variable**

*Morand, Charles-Albert (éd.)* *1995*
**Aménagement du territoire et protection de l'environnement: la simplification des procédures**

*Morand, Charles-Albert (éd.)* *1996*
**La pesée globale des intérêts**
Droit de l'environnement et de l'aménagement du territoire

*Moreno, Carlos* *2002*
**Legal Nature and Functions of the Multimodal Transport Document**

*Morin, Ariane* *2002*
**La responsabilité fondée sur la confiance**
Etude critique des fondements d'une innovation controversée

*Oberson, Xavier* *1991*
**Les taxes d'orientation**
Nature juridique et constitutionnalité

*Papaux van Delden, Marie-Laure* *2002*
**L'influence des droits de l'homme sur l'osmose des modèles familiaux**

*Peter, Henry* *1990*
**L'action révocatoire dans les groupes de sociétés**

*Pont Veuthey, Marie-Claire* *1992*
**Le pouvoir législatif dans le canton du Valais**

*Rohmer, Sandrine* *2006*
**Spécificité des données génétiques et protection de la sphère privée**
Les exemples des profils d'ADN dans la procédure pénale et du diagnostic génétique

*Sambuc Bloise, Joëlle* *2007*
**La situation juridique des Tziganes en Suisse**
Analyse du droit suisse au regard du droit international des minorités et des droits l'homme

*Scartazzini, Gustavo* *1991*
**Les rapports de causalité dans le droit suisse de la sécurité sociale**
Avec un aperçu des différentes théories de la causalité

*Schneider, Jacques-André* *1994*
**Les régimes complémentaires de retraite en Europe: Libre circulation et participation**
Etude de droit suisse et comparé

*Schröter, François* *2007*
**Les frontières de la Suisse : questions choisies**

*Stieger-Chopard, Arlette* *1997*
**L'exclusion du droit préférentiel de souscription dans le cadre du capital autorisé de la société anonyme**
Etude de droit allemand et de droit suisse

*Tanquerel, Thierry* *1996*
**Les voies de droit des organisations écologistes en Suisse et aux Etats-Unis**

*Tevini Du Pasquier, Silvia* *1990*
**Le crédit documentaire en droit suisse**
Droits et obligations de la banque mandataire et assignée

*Trigo Trindade, Rita* *1996*
**Le conseil d'administration de la société anonyme**
Composition, organisation et responsabilité en cas de pluralité d'administrateurs

*Voïnov Kohler, Juliette* *2006*
**Le mécanisme de contrôle du respect du Protocole de Kyoto sur les changements climatiques: entre diplomatie et droit**

*Vulliéty, Jean-Paul* *1998*
**Le transfert des risques dans la vente internationale**
Comparaison entre le Code suisse des Obligations et la Convention de Vienne des Nations Unies du 11 avril 1980

*Werly, Stéphane* *2005*
**La protection du secret rédactionnel**

*Wisard, Nicolas* *1997*
**Les renvois et leur exécution en droit des étrangers et en droit d'asile**

# Recueils de textes

(anciennement «Série rouge»)

*Auer, Andreas/ Delley, Jean-Daniel/Hottelier, Michel/Malinverni, Giorgio (éd.)* *2001*
**Aux confins du droit**
Essais en l'honneur du Professeur Charles-Albert Morand

*Auer, Andreas/ Flückiger, Alexandre/Hottelier, Michel (éd.)* *2007*
**Les droits de l'homme et la constitution**
Etudes en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni

*Chappuis, Christine/ Foëx, Bénédict/Thévenoz, Luc (éd.)* *2006*
**Le législateur et le droit privé**
Colloque en l'honneur du professeur Gilles Petitpierre

*Dufour, Alfred/Rens, Ivo/ Meyer-Pritzl, Rudolf/ Winiger, Bénédict (éd.)* *1998*
**Pacte, convention, contrat**
Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin

*Foëx, Bénédict/Hottelier, Michel/Jeandin, Nicolas (éd.)* *2007*
**Les recours au Tribunal fédéral**

*Foëx, Bénédict/Thévenoz, Luc (éd.)* *2000*
**Insolvence, désendettement et redressement**
Etudes réunies en l'honneur de Louis Dallèves, Professeur à l'Université de Genève

*Kellerhals, Jean/ Manaï, Dominique/Roth, Robert (éd.)* *2002*
**Pour un droit pluriel**
Etudes offertes au Professeur Jean-François Perrin

*Knapp, Blaise/Oberson, Xavier (éd.)* *1997*
**Problèmes actuels de droit économique**
Mélanges en l'honneur du Professeur Charles-André Junod

*Reymond, Jacques-André* *1998*
**De l'autre côté du miroir**
Etudes récentes

*Schönle, Herbert* *1995*
**Droit des obligations et droit bancaire**
Etudes

*Thévenoz, Luc/Reich, Norbert (éd.)* *2006*
**Droit de la consommation/ Konsumentenrecht/Consumer Law**
Liber amicorum Bernd Stauder

*Ouvrages collectifs*
**Présence et actualité de la constitution dans l'ordre juridique**
Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son congrès 1991 à Genève. *1991*

**Problèmes actuels de droit fiscal**
Mélanges en l'honneur du Professeur Raoul Oberson *1995*

# Démocratie directe

*Arx, Nicolas von* *2002*
**Ähnlich, aber anders**
Die Volksinitiative in Kalifornien und in der Schweiz

*Auer, Andreas (éd.)* *1996*
**Les origines de la démocratie directe en Suisse / Die Ursprünge der schweizerischen direkten Demokratie**

*Auer, Andreas (éd.) 2001*
**Sans délais et sans limites?**
L'initiative populaire à la croisée des chemins
**Ohne Fristen und Grenzen?**
Die Volksinitiative am Scheideweg

*Auer, Andreas/ Trechsel, Alexander H.* *2001*
**Voter par Internet**
Le projet e-voting dans le canton de Genève dans une perspective socio-politique et juridique

*Delley, Jean-Daniel (éd.)* *1999*
**Démocratie directe et politique étrangère en Suisse/ Direkte Demokratie und schweizerische Aussenpolitik**

*Schuler, Frank* *2001*
**Das Referendum in Graubünden**
Entwicklung, Ausgestaltung, Perspektiven

*Trechsel, Alexander/*Serdült, Uwe *1999*
**Kaleidoskop Volksrechte**
Die Institutionen der direkten Demokratie in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

*Trechsel, Alexander* *2000*
**Feuerwerk Volksrechte**
Die Volksabstimmungen in den schweizerischen Kantonen 1970–1996

# Droit et Histoire

(anciennement «Droit et Histoire», «Les grands jurisconsultes» et «Grands textes»)

*Dufour, Alfred/Roth, Robert/ Walter, François (éd.)* *1994*
**Le libéralisme genevois, du Code civil aux constitutions (1804–1842)**

*Dufour, Alfred (éd.)* *1998*
**Hommage à Pellegrino Rossi (1787–1848)**
Genevois et Suisse à vocation européenne

*Dufour, Alfred (éd.) Rossi, Pellegrino* *2001*
**Cours d'histoire suisse**

*Dufour, Alfred* *2003*
**L'histoire du droit entre philosophie et histoire des idées**

*Dunand, Jean-Philippe Keller, Alexis (éd.) Stein, Peter* *2004*
**Le droit romain et l'Europe**
Essai d'interprétation historique, 2ème éd.

*Manaï, Dominique* *1990*
**Eugen Huber**
**Jurisconsulte charismatique**

*Monnier, Victor (éd.)* *2002*
**Bonaparte et la Suisse**
Travaux préparatoires de l'Acte de Médiation (1803)
(Préfacé par Alfred Kölz)

*Monnier, Victor* *2003*
**Bonaparte, la Suisse et l'Europe**
Colloque européen d'histoire constitutionnelle pour le bicentenaire de l'Acte de médiation (1803–2003)

*Reiser, Christian M.* *1998*
**Autonomie et démocratie dans les communes genevoises**

*Schmidlin, Bruno/ Dufour, Alfred (éd.)* *1991*
**Jacques Godefroy (1587–1652) et l'Humanisme juridique à Genève**
Actes du colloque Jacques Godefroy

*Winiger, Bénédict* *1997*
**La responsabilité aquilienne romaine**
*Damnum Iniuria Datum*

*Winiger, Bénédict* *2002*
**La responsabilité aquilienne en droit commun**
*Damnum Culpa Datum*

# Droit de la propriété

*Hottelier, Michel/ Foëx, Bénédict (éd.)* *1999*
**Les gages immobiliers**
Constitution volontaire et réalisation forcée

*Hottelier, Michel/ Foëx, Bénédict (éd.)* *2001*
**L'aménagement du territoire**
Planification et enjeux

*Hottelier, Michel/ Foëx, Bénédict (éd.)* *2003*
**La propriété par étages**
Fondements théoriques et questions pratiques

*Hottelier, Michel/ Foëx, Bénédict (éd.)* *2005*
**Protection de l'environnement et immobilier**
Principes normatifs et pratique jurisprudentielle

# Droit administratif

*Bellanger, François/ Tanquerel, Thierry (éd.)* *2002*
**Les contrats de prestations**

*Tanquerel, Thierry / Bellanger, François (éd.)* *2002*
**L'administration transparente**

# Droit de la responsabilité

*Chappuis, Christine/ Winiger, Bénédict (éd.)* *2005*
**Le préjudice**
Une notion en devenir
(Journée de la responsabilité civile 2004)

*Etier, Guillaume* *2006*
**Du risque à la faute**
Evolution de la responsabilité civile pour le risque du droit romain au droit commun

L'année 2007 a marqué l'achèvement de la carrière académique du Professeur Giorgio Malinverni, commencée en 1973 à la Faculté de droit de l'Université de Genève, et l'aube d'une carrière nouvelle, celle de juge élu au titre de la Suisse à la Cour européenne des droits de l'homme.

Rassemblées sous le titre «Les droits de l'homme et la constitution», les Etudes rédigées en l'honneur du Professeur Giorgio Malinverni s'articulent autour des thèmes qui sont chers au jubilaire et dans lesquels il s'est, plus de trente ans durant, investi et illustré tout à la fois par ses activités d'enseignant, de chercheur et d'expert: les institutions européennes, la démocratie, les droits de l'homme, le droit humanitaire et les droits économiques et sociaux.