

L'application des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966

**par les Cours constitutionnelles ou par les Cours suprêmes
en Suisse, en Allemagne et au Canada**

Présentation des systèmes et comparaison

THÈSE

présentée à la Faculté de droit et des sciences économiques pour obtenir
le grade de docteur en droit

par

Jeanine de Vries Reilingh

1998
Helbing & Lichtenhahn
Bâle · Genève · Munich

Jeanine de Vries Reilingh

L'application des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966

**par les Cours constitutionnelles ou par les Cours suprêmes
en Suisse, en Allemagne et au Canada**

Présentation des systèmes et comparaison



**Helbing & Lichtenhahn
Bâle · Genève · Munich**

Madame Jeanine de Vries Reilingh est autorisée à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée: «L'application des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966 par les Cours constitutionnelles ou par les Cours suprêmes en Suisse, en Allemagne et au Canada – Présentation des systèmes et comparaison».

Elle assume seule la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, le 25 juin 1998

Le Doyen
de la Faculté de droit
et des sciences économiques
François Hainard

Tous droits réservés. L'œuvre et ses parties sont protégées par la loi. Toute utilisation en dehors des limites de la loi demande l'accord préalable de l'éditeur.

ISBN 3-7190-1760-5
Numéro de commande 21 01760

© 1998 by Helbing & Lichtenhahn, Bâle · Genève · Munich

Printed in Switzerland
Imprimerie Schüler, Bienne

Catalogage en publication de la Deutsche Bibliothek

Vries Reiling, Jeanine de:

L'application des Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme de 1966 :
par les Cours constitutionnelles ou par les Cours suprêmes en Suisse, en Allemagne
et au Canada : Présentation des systèmes et comparaison /

Jeanine de Vries Reilingh. – Bâle ; Genève ; Munich : Helbing et Lichtenhahn, 1998

Zugl.: Neuenburg, Univ., Diss., 1998

ISBN 3-7190-1760-5

Remerciements

Au moment de clore ce long travail, je tiens à remercier toutes les personnes qui ont d'une façon ou d'une autre aidé à son élaboration. Je pense tout spécialement au Professeur Jean-François Aubert pour avoir assumé avec une bienveillante rigueur le rôle de directeur de thèse. La grande liberté qu'il m'a laissée dans la conception de mon ouvrage ainsi que les nombreuses heures qu'il a consacrées à la relecture des ébauches puis du texte final ont eu un effet des plus stimulants. J'exprime aussi toute ma gratitude aux Professeurs Pascal Mahon et Giorgio Malinverni pour avoir relu ce travail en tant que rapporteurs. La partie canadienne de cette thèse n'aurait jamais vu le jour sans l'aide précieuse du Professeur Daniel Turp et de ses collaborateurs de l'Université de Montréal qui ont rendu mon séjour de recherche si enrichissant.

Les années qui ont mené à ce résultat furent très agréables et j'en suis en grande partie redevable à la confiance que m'a témoignée le Professeur Pierre Wessner. Par sa flexibilité et sa générosité, il m'a permis de disposer de précieuses heures pour les consacrer à cette recherche. Qu'il m'excuse de n'avoir pas choisi un thème de droit privé lui tenant à cœur !

Si l'attention du lecteur n'est pas constamment perturbée par des fautes d'orthographe ou de mise en page, cela tient à la relecture qu'ont bien voulu faire - chacun partiellement - Bruno Rudolf von Rohr, Nadine et Olivier Babaïantz, Valentine de Reynier et Emmanuelle Rognon et à celle - minutieuse et compétente - de ma mère.

S'agissant justement de mes parents, je souhaite qu'ils voient dans cet ouvrage la concrétisation de ma reconnaissance envers eux. La diversité culturelle dont ils m'ont fait bénéficier a certainement influencé l'approche tolérante que j'ai essayé d'adopter.

Finalement, c'est à Daniel que vont mes pensées émues : par ses connaissances, sa patience et sa tendresse, il m'a apporté un soutien qu'il ne soupçonne sans doute pas. Véritable artisan de l'ombre de cette thèse, il contribue aujourd'hui aussi à l'immense bonheur de l'achever.

Sommaire

Table des matières	p. 9
Abréviations	p. 21
I. Bibliographie	p. 23
1.1. Ouvrages généraux	p. 23
1.2. Ouvrages par Etat	p. 34
2. Introduction générale sur les Pactes	§ 1-94
2.1. Avant-propos	§ 1-4
2.2. Aspect historique	§ 5-41
2.3. Description des Pactes	§ 42-68
2.4. Les instruments de mise en oeuvre et de contrôle	§ 69-94
3. Les Pactes en Suisse	§ 95-267
3.1. Données relatives aux Pactes	§ 95-103
3.2. La place des textes internationaux dans l'ordre interne (en termes généraux)	§ 104-176
3.3. Voies nationales pour faire valoir les textes internationaux (en termes généraux)	§ 177-195
3.4. Casuistique sélective de l'application des Pactes	§ 196-214
3.5. Analyse de la jurisprudence relative aux Pactes	§ 215-267
4. Les Pactes en Allemagne	§ 268-464
4.1. Données relatives aux Pactes	§ 268-271
4.2. La place des textes internationaux dans l'ordre interne (en termes généraux)	§ 272-352

4.3.	Voies nationales pour faire valoir les textes internationaux (en termes généraux)	§ 353-396
4.4.	Casuistique sélective de l'application des Pactes	§ 397-406
4.5.	Analyse de la jurisprudence relative aux Pactes	§ 407-464
5.	Les Pactes au Canada	§ 465-606
5.1.	Données relatives aux Pactes	§ 465-473
5.2.	La place des textes internationaux dans l'ordre interne (en termes généraux)	§ 474-517
5.3.	Voies nationales pour faire valoir les textes internationaux (en termes généraux)	§ 518-541
5.4.	Analyse de la jurisprudence relative aux Pactes	§ 542-606
6.	Comparaison des mises en oeuvre des Pactes en Suisse, en Allemagne et au Canada	§ 607-962
6.1.	Données relatives aux Pactes	§ 607-639
6.2.	La place des textes internationaux dans l'ordre interne (en termes généraux)	§ 640-793
6.3.	Voies nationales pour faire valoir les textes internationaux (en termes généraux)	§ 794-847
6.4.	Analyse de la jurisprudence relative aux Pactes	§ 848-949
6.5.	Conclusion	§ 950-962

Table des matières

	Abréviations	p. 21
1.	Bibliographie	p. 23
1.1.	Ouvrages généraux	p. 23
1.2.	Ouvrages par Etat	p. 34
1.2.1.	La Suisse	p. 34
1.2.2.	L'Allemagne	p. 44
1.2.3.	Le Canada	p. 49
2.	Intrnduction générale sur les Pactes	§ 1-94
2.1.	Avant-propos	§ 1-4
2.2.	Aspect historique	§ 5-41
2.2.1.	Sous la Société des Nations	§ 5-13
2.2.2.	Dans le système onusien	§ 14-41
2.2.2.1.	Généralités	§ 14-24
2.2.2.2.	La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme	§ 25-32
2.2.2.3.	De la DUDH aux Pactes de 1966	§ 33-41
2.3.	Description des Pactes	§ 42-68
2.3.1.	Généralités	§ 42-43
2.3.2.	Les Préambules	§ 44-49
2.3.3.	Le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I)	§ 50-55
2.3.4.	Le Pacte relatif aux droits civils et politiques (Pacte II) et ses Protocoles facultatifs	§ 56-62

2.3.5.	Tableau synoptique des droits garantis	§ 63-64
2.3.6.	Etat des ratifications (au 1.6.1997)	§ 65-68
2.3.6.1.	Pacte I	§ 65
2.3.6.2.	Pacte II et art. 41 al. 2	§ 66
2.3.6.3.	Premier Protocole facultatif	§ 67
2.3.6.4.	Deuxième Protocole facultatif	§ 68
2.4.	Les instruments de mise en oeuvre et de contrôle	§ 69-94
2.4.1.	Généralités	§ 69-71
2.4.2.	Le contrôle dans le Pacte II	§ 72-83
2.4.3.	Le contrôle dans le Pacte I	§ 84-88
2.4.4.	Le contrôle dans les Pactes en relation avec le contrôle dans la CEDH	§ 89-94
3.	Les Pactes en Suisse	§ 95 -267
3.1.	Données relatives aux Pactes	§ 95-103
3.2.	La place des textes internationaux dans l'ordre interne (en termes généraux)	§ 104 -176
3.2.1.	Intégration des textes internationaux dans l'ordre interne	§ 104-128
3.2.2.	Rapport aux autres normes de protection des droits fondamentaux	§ 129-159
3.2.3.	Valeur et effets juridiques des décisions et arrêts internationaux	§ 160-170
3.2.4.	Valeur et effets des décisions et arrêts nationaux	§ 171-176
3.3.	Voies nationales pour faire valoir les textes internationaux (en termes généraux)	§ 177-195
3.3.1.	Procédure et autorités compétentes	§ 177-189

3.3.2.	Accessibilité: chances d'invoquer les traités internationaux et chances d'obtenir gain de cause	§ 190-195
3.4.	Casuistique sélective de l'application des Pactes	§ 196-214
3.5.	Analyse de la jurisprudence relative aux Pactes	§ 215-267
3.5.1.	Le Pacte est-il invoqué par le particulier ou examiné d'office ?	§ 215-222
3.5.2.	Applicabilité directe des Pactes	§ 223-232
3.5.3.	Examen autonome des Pactes ou en liaison avec d'autres droits	§ 233-241
3.5.4.	Portée autonome de certains droits ou seulement en relation avec d'autres droits	§ 242-245
3.5.5.	Les réserves	§ 246-247
3.5.6.	Extension par rapport au droit suisse	§ 248-254
3.5.7.	Utilisation des sources secondaires	§ 255-259
3.5.8.	Extension du contrôle par le TF: vers une fin progressive de l'immunité des lois fédérales ?	§ 260-264
3.5.9.	Quelques aspects du projet de réforme de la Constitution fédérale de 1996	§ 265-267
4.	Les Pactes en Allemagne	§ 268-464
4.1.	Données relatives aux Pactes	§ 268-271
4.2.	La place des textes internationaux dans l'ordre interne (en termes généraux)	§ 272-352
4.2.1.	Intégration des textes internationaux dans l'ordre interne	§ 272-288
4.2.2.	Rapport aux autres normes de protection des droits fondamentaux	§ 289-317
4.2.3.	Valeur et effets juridiques des décisions et arrêts internationaux	§ 318-328

4.2.4.	Valeur et effets des décisions et arrêts nationaux	§ 329-352
4.3.	Voies nationales pour faire valoir les textes internationaux (en termes généraux)	§ 353-396
4.3.1.	Procédure et autorités compétentes	§ 353-386
4.3.2.	Accessibilité: chances d'invoquer les traités internationaux et chances d'obtenir gain de cause	§ 387-396
4.4.	Casuistique sélective de l'application des Pactes	§ 397-406
4.5.	Analyse de la jurisprudence relative aux Pactes	§ 407-464
4.5.1.	Généralités	§ 407-413
4.5.2.	Le Pacte est-il invoqué par le particulier ou examiné d'office ?	§ 414-419
4.5.3.	Applicabilité directe des Pactes	§ 420-435
4.5.4.	Examen autonome des Pactes ou en liaison avec d'autres droits	§ 436-446
4.5.5.	Niveau hiérarchique dans l'ordre interne	§ 447-448
4.5.6.	Extension par rapport au droit allemand	§ 449-455
4.5.7.	Utilisation des sources secondaires	§ 456-457
4.5.8.	Brèves remarques sur un arrêt atypique	§ 458-460
4.5.9.	Les Pactes dans la jurisprudence des cours allemandes ordinaires	§ 461-464
5.	Les Pactes au Canada	§ 465-606
5.1.	Données relatives aux Pactes	§ 465-473
5.2.	La place des textes internationaux dans l'ordre interne (en termes généraux)	§ 474-517
5.2.1.	Intégration des textes internationaux dans l'ordre interne	§ 474-493

5.2.2.	Rapport aux autres normes de protection des droits fondamentaux	§ 494-508
5.2.3.	Valeur et effets juridiques des décisions et arrêts internationaux	§ 509-513
5.2.4.	Valeur et effets des décisions et arrêts nationaux	§ 514-517
5.3.	Voies nationales pour faire valoir les textes internationaux (en termes généraux)	§ 518-541
5.3.1.	Procédure et autorités compétentes	§ 518-529
5.3.2.	Accessibilité: chances d'invoquer les traités internationaux et chances d'obtenir gain de cause	§ 530-541
5.4.	Analyse de la jurisprudence relative aux Pactes	§ 542-606
5.4.1.	Remarques préliminaires	§ 542-543
5.4.2.	Transformation en droit interne et applicabilité directe des Pactes	§ 544-552
5.4.3.	Le droit international utilisé aux fins d'interprétation du droit interne	§ 553-560
5.4.4.	La présomption de conformité des lois avec le droit international	§ 561-565
5.4.5.	La nécessité d'une ambiguïté pour appliquer la présomption	§ 566-569
5.4.6.	Le recours au droit comparé pour interpréter la Charte	§ 570-577
5.4.7.	Les effets du recours au droit international	§ 578-593
5.4.7.1.	Les règles d'interprétation	§ 579-585
5.4.7.2.	La délimitation du contenu des droits	§ 586-593
5.4.8.	Solutions de la doctrine	§ 594-598
5.4.9.	Jurisprudence récente confirmant le mouvement des années 80	§ 599-606

6.	Comparaison des mises en oeuvre des Pactes en Suisse, en Allemagne et au Canada	§ 607-962
6.1.	Données relatives aux Pactes	§ 607-639
6.1.1.	Rappel	§ 607-609
6.1.1.1.	En Suisse	§ 607
6.1.1.2.	En Allemagne	§ 608
6.1.1.3.	Au Canada	§ 609
6.1.2.	Comparaison	§ 610-639
6.2.	La place des textes internationaux dans l'ordre interne (en termes généraux)	§ 640-793
6.2.1a.	Intégration des textes internationaux dans l'ordre interne: rappel	§ 640-642
6.2.1a.1.	En Suisse	§ 640
6.2.1a.2.	En Allemagne	§ 641
6.2.1a.3.	Au Canada	§ 642
6.2.1b.	Intégration des textes internationaux dans l'ordre interne: comparaison	§ 643-687
6.2.1b.1.	Monisme-dualisme	§ 643-652
6.2.1b.2.	Mode d'incorporation du texte international dans le droit national	§ 653-665
6.2.1b.3.	Evolution divergente ou convergente des normes internationale ou nationale	§ 666-670
6.2.1b.4.	Primauté de la norme internationale ou nationale	§ 671-677
6.2.1b.5.	Dissociation des compétences de conclusion et d'application (mise en oeuvre) législative des traités	§ 678-687
6.2.2a.	Rapport aux autres normes de protection des droits fondamentaux: rappel	§ 688-690

6.2.2a.1.	En Suisse	§ 688
6.2.2a.2.	En Allemagne	§ 689
6.2.2a.3.	Au Canada	§ 690
6.2.2b.	Rapport aux autres normes de protection des droits fondamentaux: comparaison	§ 691-752
6.2.2b.1.	Applicabilité directe des normes internationales	§ 691-702
6.2.2b.2.	Types et niveaux des conflits entre les normes internationales et les normes nationales	§ 703-706
6.2.2b.3.	Modes de règlement de ces conflits	§ 707-719
6.2.2b.4.	Interprétation du droit interne en conformité avec le droit international et présomption que le législateur a légiféré en accord avec le droit international	§ 720-726
6.2.2b.5.	Suprématie du Parlement	§ 727-739
6.2.2b.6.	Liberté de déroger au droit fédéral dans les Constitutions et plus largement dans le droit des entités fédérées	§ 740-743
6.2.2b.7.	Importance pratique des Pactes, attitude face aux condamnations de Strasbourg et harmonisation des droits formellement identiques inclus dans des textes de niveaux différents	§ 744-752
6.2.3a.	Valeur et effets juridiques des décisions et arrêts internationaux: rappel	§ 753-755
6.2.3a.1.	En Suisse	§ 753
6.2.3a.2.	En Allemagne	§ 754
6.2.3a.3.	Au Canada	§ 755
6.2.3b.	Valeur et effets juridiques des décisions et arrêts internationaux: comparaison	§ 756-774
6.2.3b.1.	Types de décisions et d'arrêts internationaux	§ 756-759

6.2.3b.2.	Le point de vue européen	§ 760-766
6.2.3b.3.	Le point de vue de l'ONU	§ 767-774
6.2.4a.	Valeur et effets des décisions et arrêts nationaux: rappel	§ 775-777
6.2.4a.1.	En Suisse	§ 775
6.2.4a.2.	En Allemagne	§ 776
6.2.4a.3.	Au Canada	§ 777
6.2.4b.	Valeur et effets des décisions et arrêts nationaux: comparaison	§ 778-793
6.2.4b.1.	Généralités	§ 778-780
6.2.4b.2.	Contrôle abstrait	§ 781-783
6.2.4b.3.	Contrôle concret	§ 784-790
6.2.4b.4.	Effets généraux de tous les arrêts	§ 791-793
6.3.	Voies nationales pour faire valoir les textes internationaux (en termes généraux)	§ 794-847
6.3.1a.	Procédure et autorités compétentes: rappel	§ 794-796
6.3.1a.1.	En Suisse	§ 794
6.3.1a.2.	En Allemagne	§ 795
6.3.1a.3.	Au Canada	§ 796
6.3.1b.	Procédure et autorités compétentes: comparaison	§ 797-837
6.3.1b.1.	La diversité des procédures	§ 797-808
6.3.1b.2.	Le problème de la référence du contrôle	§ 809-820
6.3.1b.3.	Les critères du recours principal ouvert au particulier	§ 821-837
6.3.2a.	Accessibilité: chances d'invoquer les textes internationaux et chances d'obtenir gain de cause: rappel	§ 838-840

6.3.2a.1.	En Suisse	§ 838
6.3.2a.2.	En Allemagne	§ 839
6.3.2a.3.	Au Canada	§ 840
6.3.2b.	Accessibilité: chances d'invoquer les textes internationaux et chances d'obtenir gain de cause: comparaison	§ 841-847
6.4.	Analyse de la jurisprudence relative aux Pactes	§ 848-949
6.4.1a.	Nombre et variété des arrêts: rappel	§ 848-850
6.4.1a.1.	En Suisse	§ 848
6.4.1a.2.	En Allemagne	§ 849
6.4.1a.3.	Au Canada	§ 850
6.4.1b.	Nombre et variété des arrêts: comparaison	§ 851-855
6.4.2a.	Y a-t-il un mouvement structuré et organisé en faveur des Pactes ou leur invocation est-elle aléatoire?: rappel	§ 856-858
6.4.2a.1.	En Suisse	§ 856
6.4.2a.2.	En Allemagne	§ 857
6.4.2a.3.	Au Canada	§ 858
6.4.2b.	Y a-t-il un mouvement structuré et organisé en faveur des Pactes ou leur invocation est-elle aléatoire?: comparaison	§ 859-865
6.4.3a.	Le Pacte est-il invoqué par le particulier ou examiné d'office?: rappel	§ 866-868
6.4.3a.1.	En Suisse	§ 866
6.4.3a.2.	En Allemagne	§ 867
6.4.3a.3.	Au Canada	§ 868

6.4.3b.	Le Pacte est-il invoqué par le particulier ou examiné d'office?: comparaison	§ 869-874
6.4.4a.	Applicabilité directe des Pactes: rappel	§ 875-877
6.4.4a.1.	En Suisse	§ 875
6.4.4a.2.	En Allemagne	§ 876
6.4.4a.3.	Au Canada	§ 877
6.4.4b.	Applicabilité directe des Pactes: comparaison	§ 878-887
6.4.5a.	Examen autonome des Pactes ou en liaison avec d'autres droits, les Pactes comme aide à l'interprétation: rappel	§ 888-890
6.4.5a.1.	En Suisse	§ 888
6.4.5a.2.	En Allemagne	§ 889
6.4.5a.3.	Au Canada	§ 890
6.4.5b.	Examen autonome des Pactes ou en liaison avec d'autres droits, les Pactes comme aide à l'interprétation: comparaison	§ 891-902
6.4.6a.	Niveau hiérarchique des Pactes dans l'ordre interne: rappel	§ 903-905
6.4.6a.1.	En Suisse	§ 903
6.4.6a.2.	En Allemagne	§ 904
6.4.6a.3.	Au Canada	§ 905
6.4.6b.	Niveau hiérarchique des Pactes dans l'ordre interne: comparaison	§ 906-909
6.4.7a.	Quels sont les droits des Pactes concernés?: rappel	§ 910-912
6.4.7a.1.	En Suisse	§ 910
6.4.7a.2.	En Allemagne	§ 911
6.4.7a.3.	Au Canada	§ 912

6.4.7b.	Quels sont les droits des Pactes concernés?: comparaison	§ 913-924
6.4.8a.	Utilisation des sources secondaires et du droit comparé: rappel	§ 925-927
6.4.8a.1.	En Suisse	§ 925
6.4.8a.2.	En Allemagne	§ 926
6.4.8a.3.	Au Canada	§ 927
6.4.8b.	Utilisation des sources secondaires et du droit comparé: comparaison	§ 928-935
6.4.9a.	Extension du droit national grâce aux Pactes et place réelle des Pactes dans chaque système national: rappel	§ 936-938
6.4.9a.1.	En Suisse	§ 936
6.4.9a.2.	En Allemagne	§ 937
6.4.9a.3.	Au Canada	§ 938
6.4.9b.	Extension du droit national grâce aux Pactes et place réelle des Pactes dans chaque système national: comparaison	§ 939-949
6.5.	Conclusion	§ 950-962

Liste des principales abréviations

N.B. Les autres abréviations sont soit usuelles, soit seront mentionnées dans les notes. Les arrêts seront cités selon la manière habituelle et convenue dans chaque Etat. Il en va de même des revues et périodiques.

Al.	alinéa
Art.	article
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Bundesverfassungsgerichtentscheide
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
Charte	Charte canadienne des droits et libertés de 1982
C.S.C.	Cour suprême du Canada
Cst. féd.	Constitution fédérale suisse
Cst. + « Abréviation d'un canton »	Constitution cantonale du canton d'un désigné par son abréviation usuelle
CEDH	Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, du 4 novembre 1950
DIPU	Droit international public
Disp. trans. Cst. féd.	Dispositions transitoires de la Constitution fédérale
D.L.R.	Dominion Law Review
DUDH	Déclaration universelle des Droits de l'Homme, du 10 décembre 1948
ECOSOC	Conseil économique et social
FF	Feuille fédérale
GG	Grundgesetz
n.	note
§	paragraphe
JAAC	Jurisprudence des autorités administratives de la Confédération
OIT (ILO)	Organisation internationale du travail

OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire, du 16 décembre 1943, RS 173.110
ONU	Organisation des Nations Unies
Pacte I	Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, du 16 décembre 1966
Pacte II	Pacte international relatif aux droits civils et politiques, du 16 décembre 1966
PJA (AJP)	Pratique juridique actuelle
par ex.	par exemple
PF ; Prot. add.	Protocole facultatif/additionnel se rapportant au Pacte II, du 16 décembre 1966
RDA	Recours de droit administratif
RDP	Recours de droit public
RDS (ZSR)	Revue de droit suisse
RS ...	Recueil systématique suisse, suivi de la référence
SDN	Société des Nations
TF	Tribunal fédéral
ZBl.	Zentralblatt

1. Bibliographie

1.1. Ouvrages généraux

- * Philip ALSTON, *The UN and Human Rights - A Critical Appraisal*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- * Baard-Anders ANDREASSEN - Alan G. SMITH - Hugo STOKKE, *Compliance with Economic and Social Human Rights : Realistic Evaluation and Monitoring in the Light of Immediate Obligations*, in: *Human Rights in Perspective*, edited by A. Eide and B. Hagtvet, 1992, p. 252-267.
- * Jean-François AUBERT, *La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux et le législateur*, in: *Staatsorganisation und Staatsfunktionen im Wandel - Festschrift für Kurt Eichenberger zum 60. Geburtstag*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1982, p. 161-167.
- * Jean-François AUBERT, *Limitation des droits de l'homme: le rôle respectif du législateur et des tribunaux*, in: *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Les Editions Yvon Blais, Cowansville, 1986, p. 185.
- * Jean-François AUBERT, *Observations d'un constitutionnaliste sur l'évolution des sources du droit international*, ASDI/SJIR, 1989, p. 13-38.
- * Jean-François AUBERT, *Droits et devoirs de l'homme et du citoyen. Une symétrie ?*, *Revue genevoise de droit public*, 53 I p. 1 ss., janvier-février 1997 ; cité : SYMETRIE.
- * Ralph BEDDARD - Dilys M. HILL, *Economic, Social and Cultural Rights: Progress and Achievement*, Houndmills - MacMillan, Southampton, 1992.
- * Ineke BOEREFIJN, *Rechtstreekse werking van art. 26 IVPBPR*, in: *Nemesis*, vol. 7 (1991), afl. 6, p. 24-31.

- * Marc J. BOSSUYT, *Guide to the "travaux préparatoires" of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Nijhoff, Dordrecht, 1987.
- * Ian BROWNLIE, *Basic Documents in International Law*, 4th Edition, Clarendon Press, Oxford, 1995.
- * John CAREY, *UN Protection of Civil and Political Rights*, Syracuse University Press, New York, 1970.
- * Antonio CASSESE, *UN Law - Fundamental Rights: Two Topics in International Law*, Sijthoff & Noordhoff, Alphen aan den Rijn, 1979.
- * René CASSIN, *La Déclaration Universelle de l'Homme et la mise en oeuvre des droits de l'homme*, in: *Recueil de cours de l'Académie de droit international de La Haye*, p. 240-362, 1951.
- * Andrew CLAPHAM, *Human Rights in the Private Sphere*, Clarendon Press, Oxford, 1996.
- * Gérard COHEN-JONATHAN, *Les rapports entre la CEDH et le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques*, in: *Régionalisme et universalisme dans le droit international contemporain*, Paris, 1977, p. 313-337 ; cité : RAPPORTS.
- * Dominique COLAS, *Textes constitutionnels français et étrangers - Textes essentiels*, Larousse, Paris, 1994.
- * Fons COOMANS - Fried VAN HOOFF, *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights*, Studie- en Informatiecentrum Mensenrechten - Netherlands Institute of Human Rights, Special n°18, Utrecht, 1995.
- * A.P.M. COOMANS - A.W. HERINGA - I. WESTENDORP, *De toenemende betekenis van economische, sociale en culturele mensenrechten*, Stichting NJCM-Boekerij, Leiden, 1994.
- * Matthew CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights - A Perspective on its Development*, Clarendon Press, Oxford, 1995 ; cité : ICESCR.

- * E.V.O. DANKWA, *Working Paper on Article 2(3) of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in: *Human Rights Quarterly*, vol. 9 (1987), p. 230-249.
- * J.S. DAVIDSON, *The Procedure and Practice of the Human Rights Committee under the First Optional Protocol to the International Covenant on Civil and Political Rights*, in: *The Canterbury Law Review*, vol. 4 (1991), afl. 3, p. 337-355.
- * D.M. DAVIS, *The Case Against the Inclusion of Socio-Economic Demands in a Bill of Rights Except as Directive Principles*, in: *South African Journal on Human Rights*, vol.8 (1992), afl. 4, p. 475-490.
- * Emmanuel DECAUX, *La mise en vigueur du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, in: *Revue générale de droit international public*, 84/1980, n° 2, p. 487-534 ; cité : PACTE II.
- * A. DORMENVAL, *Procédures onusiennes de mise en oeuvre des droits de l'homme: limites ou défauts ?*, Publications de l'IUHEI, PUF, Paris - Genève, 1991.
- * Andrew DRZEMCZEWSKI, *European Human Rights Convention in Domestic Law - A Comparative Study*, Oxford, 1983.
- * Asbjørn EIDE, *Future Protection of Economic and Social Rights in Europe*, in: *Monitoring Human Rights in Europe*, edited by Arie Bloed, 1993, p. 187-219.
- * Marc-André EISSEN, *CEDH et Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques: problèmes de "coexistence"*, in: *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 30/1970, p. 237-262 ; cité : CEDH-PACTE II.
- * Marc-André EISSEN, *L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in : *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, Engel, Strasbourg-Kehl, 1990.
- * Felix ERMACORA, *Ueber das Kumulationsverbot in Menschenrechtsverfahren*, in : *Festschrift für Stephan Verosta*, Vienne, 1983, p. 187.

- * Jochen FROWEIN - Wolfgang PEUKERT, *Europäische MenschenRechtsKonvention - EMRK-Kommentar*, 2. Auflage, N.P. Engel Verlag, Kehl - Strassburg - Arlington, 1996 ; cité : EMRK.
- * P.R. GANDHI, *The Human Rights Committee in 1990: The International Covenant on Civil and Political Rights (1966)*, in: *International Law in Transition*, ed. by R.S. Pathak and R.P. Dhokalia, 1992, p. 117-136.
- * M. GAVOUNELI, *The Protection of Human Rights through the Universal Declaration of Human Rights and the 1966 Covenants on Civil and Political Rights and on Economic, Social and Cultural Rights*, in: *Thesaurus acroasium*, vol. 16 (1990), p. 655-676 ; cité : UDHR & COVENANTS.
- * Pius GEBERT, *Das Recht auf Bildung nach Art. 13 des UNO-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte*, thèse Fribourg, 1996.
- * Habib GHERARI, *Le Comité des droits économiques, sociaux et culturels*, in: *Revue générale de droit international public*, vol. 96 (1992), afl. 1, p. 75-102.
- * Heribert GOLSONG (éd.), *Internationaler Kommentar zur europäischen Menschenrechtskonvention*, Carl Heymanns Verlag, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, 1992.
- * Nicholas HAYSOM, *Constitutionalism, Majoritarian Democracy and Socio-Economic Rights*, in: *South African Journal on Human Rights*, vol. 8 (1992), afl. 4, p. 451-474.
- * Liz HEFFERNAN, *A comparative View of Individual Petition Procedures under the European Convention on Human Rights and the International Covenant on Civil and Political Rights*, *Human Rights Quarterly*, 1997, p. 78.
- * Louis HENKIN, *The International Bill of Rights - The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, New York, 1981.

1. Bibliographie

- * Francis JACOBS, *Is the Court of Justice of the European Communities a constitutional Court ?*, Mélanges O'Higgins, Butterworth, Dublin, 1992, p. 25-32.
- * Francis JACOBS, *The protection of human rights in the member states of the European Community : the impact of the case law of the Court of justice*, Mélanges Walsh, The Round Hall Press, Dublin, 1992, p. 243-250.
- * Michèle JACQUART, *Droits économiques, sociaux et culturels*, in: *Droit international: bilan et perspectives*, réd. gén. M. Bedjaoui, 1991, p. 1153-1171.
- * Robert JENNINGS, *Human rights and domestic law and courts*, Mélanges Wiarda, Heymanns, Cologne, 1988, p. 295-300.
- * Sarah JOSEPH, *New Procedures concerning the Human Rights Committee's Examination of State Reports*, Netherlands Quarterly of Human Rights, 1995, p. 5.
- * Walter KÄELIN, *Menschenrechte in der kulturellen Vielfalt*, in: *Menschenbilder, Menschenrechte: Islam und Okzident*, Schweizerische Akademie für Entwicklung, Zürich, 1994, p. 17-22.
- * Elias KASTANAS, *Unité et diversité - Notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, thèse Genève, Bruylant, Bruxelles, 1996.
- * Yvonne DE KLERK, *Working Paper on Article 2(2) and Article 3 of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in: *Human Rights Quarterly*, vol. 9 (1987), p. 250-267.
- * Fatma Zohra KSENTINI-OUHACHI, *Les procédures onusiennes de protection des droits de l'homme, recours et détours*, Publisud, Paris, 1994.
- * Jean-Pierre LAVIEC, *La protection des droits économiques et sociaux de l'homme par l'OIT*, in: *Revue universelle des droits de l'homme*, vol.3 (1991), afl. 3, p. 61-69.
- * Edward LAWSON, *Encyclopedia of Human Rights*, 2^{ème} éd., Taylor & Francis, Washington, 1996 ; cité : *ENCYCLOPEDIA*.

- * Scott LECKIE, *The UN Committee on Economic, Social and Cultural Rights and the Right to Adequate Housing: Towards an Appropriate Approach*, in: *Human Rights Quarterly*, vol. 11 (1989), p. 522-560.
- * Anthony LESTER, *Preparing and Presenting a Human Right Brief*, in: *Commonwealth Law Bulletin*, vol. 17 (1991), afl. 3, p. 1055-1071.
- * Evan LUARD, *The International Protection of Human Rights*, Thames and Hudson, London, 1967.
- * Evan LUARD, *A History of the UN, Volume 1: The Years of Western Domination, 1945-1955*, St. Martin's Press Inc., New York, 1982; *Volume 2: The Age of Decolonization, 1955-1965*, MacMillan Press, London, 1989.
- * Michael LUCAS, *The International Monetary Fund's Conditionality and the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: an Attempt to Define the Relation*, in: *Revue belge de droit international*, vol. 25 (1992), afl. 1, p.104-135.
- * H.J.L.M. VAN DE LUYTGAARDEN, *The Relational-Theory in Human Rights Law: Contemporary Reflections on the Difference between Social and Civil Rights*, Rijksuniversiteit Utrecht, 1991.
- * Dominic MAC GOLDRICK, *The Human Rights Committee - Its role in the development of the International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Press, Oxford, 1991.
- * Kathleen & Paul MAHONEY, *Human Rights in the 21st Century: A Global Challenge*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht - Boston - London, 1993.
- * Giorgio MALINVERNI, *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, p. 443.
- * Giorgio MALINVERNI, *I Patti delle Nazioni Unite e la protezione dei diritti dell'uomo in Europa: un confronto*, in: *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, Milano, 3 (1990) II p. 189-205.

- * Giorgio MALINVERNI, *Droit à un procès équitable et cours constitutionnelles*, Revue universelle des droits de l'homme, 1994, p. 389-395.
- * Jean-Baptiste MARIE, *La pratique de la commission des droits de l'homme de l'ONU en matière de violation des droits de l'homme*, in: Revue belge de droit international, n° 2, 1980, p. 355-380.
- * Franz MATSCHER, *Wirtschaftliche und soziale Grundrechte*, Schriften des Oesterreichisches Instituts für Menschenrechte, vol. 3, N.P. Engel Verlag, Kehl am Rhein - Strasbourg - Arlington, 1991.
- * Franz MATSCHER (éd.), *Die Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte: eine rechtsvergleichende Bestandsaufnahme - The Implementation of Economic and Social Rights: National, International and Comparative Aspects - La mise en oeuvre des droits économiques et sociaux: aspects nationaux, internationaux et droit comparé*, collectif, Kehl am Rhein, Engel, 1991.
- * Kumiko MATSUURA - Joachim W. MULLER - Karl P. SAUVANT, *Chronology and Fact Book of the UN - 1941-1991*, Oceana Publications Inc. Dobbs Ferry, New York, 1992.
- * Friedrich MEISSNER, *Die Menschenrechtsbeschwerde vor der VN*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1976.
- * Theodor MERON, *Human Rights Law-Making in the UN - A Critique of Instruments and Process*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- * Theodor MERON, *Human Rights in International Law - Legal and Policy Issues*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- * Theodor MERON, *Extraterritoriality of Human Rights Treaties*, in: American Journal of International Law, vol.89 (1995), afl. 1, p. 78-82.
- * Jacques-Yvan MORIN - Daniel TURP - Francis RIGALDIES, *Droit international public: notes et documents*, Les éditions Thémis, Montréal, 1987.
- * J. MOURGEON, *Les Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme*, in: Annuaire français de droit international, p. 326-363, 1967.

- * Etienne MUREINIK, *Beyond a Charter of Luxuries: Economic Rights in the Constitution*, South African Journal on Human Rights, 1993, p. 464.
- * Publication des NATIONS UNIES, World Campaign for Human Rights - Study series n° 4 - Status of the Individual and Contemporary International Law: *Promotion, Protection and Restoration of Human Rights at National, Regional and International Levels* - Study by Erica-Irene DAES (Special Rapporteur), New York, 1992.
- * Publication des NATIONS UNIES, *Mise en oeuvre des droits économiques, sociaux et culturels: problèmes, politiques, progrès* - par Manouchehr GANJI (rapporteur spécial de la Commission des Droits de l'Homme), New York, 1975.
- * Manfred NOWAK, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights - CCPR Commentary*, N.P. Engel Publisher, Kehl - Strasbourg - Arlington, 1993 ; cité : CCPR.
- * Manfred NOWAK, *The Interrelationship between the Covenant on Civil and Political Rights and the European Convention on Human Rights*, in : Stavroula Vassilouni, *Aspects of the Protection of Individual and Social Rights*, Athen, 1995, p. 131 ss.
- * Torkel OPSAHL, *The Human Rights Committee*, in : Philip Alston, *The United Nations and Human Rights : A Critical Appraisal*, Oxford, 1992, p. 369 ss.
- * Jaime ORAA, *Human Rights in States of Emergency in International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1992.
- * Nani PALKHIVALA, *Economic, Social and Cultural Rights*, in: *Human Rights in the 21st Century*, edited by K. & P. Mahoney, 1993, p. 441-449.
- * Christoph PAPPA, *Das Individualbeschwerdeverfahren des Fakultativprotokolls zum internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte*, thèse Berne, 1995.

1. Bibliographie

- * Karl Joseph PARTSCH, *The Contribution of Universal Instruments on Human Rights*, in: La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé, Les Editions Yvon Blais, Cowansville, 1986.
- * Vratislav PECHOTA, *The development of the Covenant on Civil and Political Rights*, in : Louis Henkin, *The International Bill of Rights - The Covenant on Civil and Political Rights*, Columbia University Press, New York, 1981 ; cité : COVENANT.
- * Matti PELLONPAAE, *Economic, Social and Cultural Rights*, in: *The European System for the Protection of Human Rights*, edited by R.S.J. MacDonald, F. Matscher, H. Petzold, 1993, p. 855-874.
- * Pierre PESCATORE, *Aspects judiciaires de l'<acquis communautaire>*, Revue trimestrielle de droit européen, 1981, p. 617 ss. ; cité : ACQUIS COMMUNAUTAIRE.
- * Pierre PESCATORE, *La constitution, son contenu, son utilité (La constitution nationale et les exigences découlant du droit international et du droit de l'intégration européenne ; essai sur la légitimité des structures super-étatiques)*, RDS/ZSR 1992 I, p. 41-72.
- * Louis-Edmond PETTITI - Emmanuel DECAUX - Pierre-Henri IMBERT (éd.), *La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, Economica, Paris, 1995.
- * A. H. ROBERTSON, *Human Rights in the World*, Manchester University Press, 1982.
- * Patrice ROLLAND - Paul TAVERNIER, *Textes sur la protection internationale des droits de l'homme*, Que sais-je ?, n° 2461, PUF, Paris, 1994.
- * Secretariat of the League of Nations, *The Aims, Methods and Activity of the League of Nations*, Geneva, 1938.
- * Section d'information de la SDN, *Petit manuel de la Société des Nations*, 9ème édition, Genève 1939.
- * Markus SCHMIDT, *The Complementarity of the Covenant and the European Convention on Human Rights - Recent Developments*, in :

David Harris-Sarah Joseph, *The International Covenant on Civil and Political Rights and the United Kingdom Law*, Oxford, 1995, p. 629 ss.

- * Bruno SIMMA, *Fragen der zwischenstaatlichen Durchsetzung vertraglich vereinbarter Menschenrechte*, in: Staatsrecht, Völkerrecht, Europarecht - Festschrift für Hans-Jürgen Schlochauer, W. de Gruijter, Berlin - New York, 1981, p. 635-648.
- * Bruno SIMMA, *Der internationale Schutz der Menschenrechte: Möglichkeiten und Grenzen*, Institut für Völkerrecht und ausländisches öffentliches Recht, Salzburg, 1989.
- * Bruno SIMMA, *The Implementation of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights*, in: Franz Matscher, *Die Durchsetzung wirtschaftlicher und sozialer Grundrechte*, Kehl-Strasbourg-Arlington, 1991, p. 75 ss.
- * Bruno SIMMA, *Die internationale Kontrolle des VN-Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte: neue Entwicklungen*, in: *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung*, hrsg. von Ulrich Beyerlin, 1995, p. 579-593.
- * Bruno SIMMA, *Der Schutz wirtschaftlicher und sozialer Rechte durch die Vereinten Nationen*, in: *Verfassung und Recht in Uebersee*, vol. 25 (1992), afl. 4, p. 382-406 ; cité : SCHUTZ W. & S. RECHTE.
- * Bruno SIMMA - Sabine BENNIGSEN, *Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im Völkerrecht: der internationale Pakt von 1966 und sein Kontrollverfahren*, in: *Festschrift für Ernst Steindorff*, W. de Gruijter, Berlin - New York, 1990, p. 1477-1502.
- * Nagendra SINGH, *Enforcement of Human Rights*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht - Boston - Lancaster, 1986.
- * Frédéric SUDRE, *Droit international et européen des droits de l'homme*, PUF - Collection droit fondamental / droit international, Paris, 1989.
- * Frédéric SUDRE, *La protection des droits de l'homme par le Comité des droits de l'homme des Nations Unies: les communications*

1. Bibliographie

individuelles, Institut de droit européen des droits de l'homme, Montpellier, 1995.

- * Frédéric SUDRE, *Les obligations positives dans la jurisprudence européenne des droits de l'homme*, Revue trimestrielle des droits de l'homme, 1995, p. 363-384.
- * Lyal S. SUNGA, *Individual Responsibility in International Law for Serious Human Rights Violations*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht - Boston - London, 1992.
- * H. THIERRY, *La protection internationale des droits de l'homme*, in: H. Thierry, J. Combacau, S. Sur, C. Vallée - Droit international public, Montchrestien, Paris, 1986.
- * Daniel TURP, *Le contrôle du respect du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels*, in: Le droit international au service de la paix, de la justice et du développement: mélanges Michel Virally, 1991, p. 465-481.
- * Karel VASAK, *Was bedeutet die Aussage, ein Staatsvertrag sei « self-executing »*, in: Juristische Blätter, Wien, 1968, p. 621 ss.
- * Karel VASAK, *A 30-year Struggle - The sustained efforts to give force to law of the Universal Declaration of Human rights*, UNESCO-Courrier, Novembre 1977 ; cité : UDHR.
- * Karel VASAK - Philip ALSTON, *Les dimensions internationales des droits de l'homme - Manuel destiné à l'enseignement des droits de l'homme dans les universités*, UNESCO, Paris.
- * Alfred VERDROSS - Bruno SIMMA, *Universelles Völkerrecht: Theorie und Praxis*, 3. Aufl., Duncker und Humboldt, Berlin, 1984.
- * Wolfgang WAGNER, *Die Verwirklichung der Menschenrechte im Pakt der Vereinte Nationen über bürgerliche und politische Rechte vom 16.12.66., im Grundvertrag und den ihn begleitenden Nebeninstrumenten*, Augsburger Schriften zum Staats- und Völkerrecht, Peter Lang - Herbert Lang, Frankfurt am Main - Bern, 1977.

- * Aleidus WOLTJER, *Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR): individuele klachten*, in: NJCM-Bulletin, vol.17 (1992), afl. 4, p. 385-399 et afl. 6, p.684-695.
- * Alfred ZIMMERN, *The League of Nations and the Rule of Law - 1918-1935*, MacMillan and co., St. Martin's street, London, 1939.
- * Tom J.M. ZUIJDWIJK, *The Right to Petition the UN because of Alleged Violations of Human Rights*, (1981) 59 Revue du Barreau Canadien 103.
- * Tom J.M. ZUIJDWIJK, *Petitioning the UN - A Study in Human Rights*, Gower - St. Martin's Press, New York, 1982.
- * Tom ZWART, *The Admissibility of Human Rights Petitions*, Martinus Nijhoff Publishers, Dordrecht - Boston - London, 1994.

1.2. Ouvrages par Etat

1.2.1. La Suisse

- * MESSAGE sur l'adhésion de la Suisse aux deux Pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits de l'homme et une modification de la loi fédérale d'organisation judiciaire, FF 1991 I 1129 ss. ; cité : Message relatif aux Pactes.
- * Claudius ALDER, *Zum Vorrang von EG- und EWR-Recht vor schweizerischem Recht*, EuR 1992, p. 345-368.
- * Jean-François AUBERT, *Le contrôle judiciaire de la constitutionnalité des lois fédérales : méthodes, organisation, procédure*, in : Schweizerischer Anwaltsverband, *Constitutionnalité et contrôle judiciaire*, Zurich, 1988, p. 13-33.
- * Jean-François AUBERT, *Bundesstaatsrecht der Schweiz*, 2 volumes, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort, 1990 et 1995 ; cité : TRAITE.

1. Bibliographie

- * Jean-François AUBERT-Kurt EICHENBERGER et al., *Commentaire de la Constitution fédérale de la Confédération suisse du 29 mai 1874*, Bâle-Zurich-Berne, Helbing & Lichtenhahn-Schulthess-Stämpfli, depuis 1987.
- * Andreas AUER, *La juridiction constitutionnelle en Suisse*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort, 1983.
- * Andreas AUER, *Rückwirkungen der europäischen Integration auf die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit*, RSDIE/SZIER, 1991, p. 203-221.
- * Andreas AUER, *L'Espace économique européen et le contrôle des lois fédérales*, in : Accord EEE - Commentaires et réflexions, Schulthess, Zurich, 1992, p. 639-652.
- * Andreas AUER, *Les effets des décisions d'inconstitutionnalité du Tribunal fédéral*, PJA/AJP, 1992, p. 559-566.
- * Alexandre BERENSTEIN, *Le droit international de la sécurité sociale dans la jurisprudence du Tribunal fédéral des assurances*, in : Le droit des assurances sociales en mutation, Stämpfli, Berne, 1992.
- * Giovanni BIAGGINI, *Verfassung und Richterrecht – Verfassungsrechtliche Grenzen der Rechtsfortbildung im Wege der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1991.
- * Guido CORTI, *I limiti della cognizione del tribunale federale in tema di legislazione sociale cantonale*, in: Costituzione e diritti sociali: per un approccio interdisciplinare, Institut du fédéralisme, Fribourg, 1990, p. 143-150.
- * Christian DOMINICE - François VOEFFRAY, *L'intégration du droit international et communautaire dans l'ordre juridique national : Suisse*, Ed. P.M. Eisemann, Kluwer Law International, La Haye-Londres-Boston, 1996, p. 529 ss. ; cité : INTEGRATION.
- * Astrid EPINEY, *EG, EWR und die Auswirkungen auf die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit und die direkte Demokratie*, SJZ/RSJ, 1992, p. 261-270 et 281-289.

- * Alexandra GERBER, *Der Einfluss des ausländischen Rechts in der Rechtsprechung des Bundesgerichts*, in : *Perméabilité des ordres juridiques/Osmose zwischen Rechtsordnungen/The Responsiveness of legal systems to foreign influences*, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, vol. 20, Schulthess, Zurich, 1992, p. 141-163.
- * Philippe GERBER, *La nature cassatoire du recours de droit public - Mythe et réalité*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort, 1997 ; cité : CASSATOIRE.
- * André GRISEL, *A propos de la hiérarchie des normes juridiques*, ZBl 88 (1987) p. 377.
- * Ulrich HAEFELIN - Walter HALLER, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, 3^{ème} éd., Schulthess, Zurich, 1993 ; cité : BUNDESSTAATS-RECHT.
- * Ulrich HAEFELIN, *Die verfassungskonforme Auslegung und ihre Grenzen*, in : *Festschrift für Hans Huber*, Stämpfli, Berne, 1981, p. 241-259.
- * Arthur HAEFLIGER, *Die Rechtsfolgen der Gutheissung einer staatsrechtlichen Beschwerde*, in : *Festschrift für Otto Kaufmann*, Bern-Stuttgart, 1989, p. 357-366.
- * Arthur HAEFLIGER, *Das Erfordernis einer nationalen Beschwerde bei Verletzung der Europäischen Menschenrechtskonvention*, in : *Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen*, Stämpfli, Berne, 1988, p. 27-44.
- * Arthur HAEFLIGER, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz - Die Bedeutung der Konvention für die schweizerische Rechtspraxis*, Stämpfli, Berne, 1993.
- * Yvo HANGARTNER, *Völkerrechts und schweizerisches Landesrecht*, in : *Recht, Staat und Politik am Ende des 2. Jahrtausends*, Mélanges Koller, Haupt, Berne, 1993, p. 651-681 ; cité : VOLKERRECHT.
- * Michel HOTTELIER, *La Convention européenne des droits de l'homme dans la jurisprudence du Tribunal fédéral - Contribution à*

1. Bibliographie

l'étude des droits fondamentaux, Collection juridique romande - Payot, Lausanne, 1985.

- * Michel HOTTELLIER, *Suisse : primauté des normes issues du droit international public - arrêt du TFA du 25.8.1993.*, *Revue française de droit constitutionnel*, 19, 1994, p. 605 ss. ; cité : PRIMAUTE.
- * Olivier JACOT-GUILLARMOD, *Fondements juridiques internationaux de la primauté du droit international dans l'ordre juridique suisse*, RSBJ/ZBJV 120 (1984) p. 227-244.
- * Olivier JACOT-GUILLARMOD, *La primauté du droit international face à quelques principes directeurs de l'Etat fédéral suisse*, RDS/ZSR 1985 I p. 383.
- * Olivier JACOT-GUILLARMOD, *L'applicabilité directe des traités internationaux en Suisse : histoire d'un détour inutile*, ASDI/SJIR 1989 (volume anniversaire) p. 129 ; cité : DETOUR.
- * Olivier JACOT-GUILLARMOD, *Strasbourg, Luxembourg, Lausanne et Lucerne : méthodes d'interprétation comparées de la règle internationale conventionnelle*, 3^{ème} cycle 1988, Ed. Universitaires, Fribourg, 1989, p. 109-125 ; cité : SLL.
- * Olivier JACOT-GUILLARMOD, *L'ordre juridique suisse face à l'ordre juridique communautaire : aspects normatifs et judiciaires*, in : *Le droit suisse et le droit communautaire : convergences et divergences*, Schulthess, Zurich, 1990, p. 1-20.
- * Olivier JACOT-GUILLARMOD, *Le juge national face au droit européen*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1993.
- * Olivier JACOT-GUILLARMOD, *Règles, méthodes et principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in : *Commentaire de la CEDH - Decaux/Imbert/Petiti*, Economica, Paris, 1994.
- * Walter KÄELIN, *Aktuelle Probleme des Menschenrechtsschutzes - Current Problems of Human Rights Protection*, C.F. Müller, Heidelberg, 1994.

- * Walter KÄELIN, *Der Geltungsgrund des Grundsatzes « Völkerrecht bricht Landesrecht »*, in: Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen, Stämpfli, Bern, 1988, p.45-65. Aussi ZbJV/RSJB 1988, vol. 124bis, p. 45-65.
- * Walter KÄELIN, *Integration by Constitutional Review: the Case of the Swiss Federal Tribunal*, in: Roland Bieber - Pierre Widmer, *The European Constitutional Area*, Schulthess Polygr. Verlag, 1995, p. 209-223.
- * Walter KÄELIN, *EWK-Abkommen und Europäische Menschenrechtskonvention*, in : EWK-Abkommen - Erste Analysen, Schulthess, Zurich, 1992, p. 653-666.
- * Walter KÄELIN, *Internationale Menschenrechtsgarantien als Schranke der Revision von Bundesverfassungsrecht: das Beispiel völkerrechtswidriger Asylinitiativen*, AJP, 1993, 3. Heft, p. 243-257.
- * Walter KÄELIN, *Verfassungsgerichtsbarkeit in der Demokratie - Funktionen der staatsrechtlichen Beschwerde*, Stämpfli, Berne, 1987.
- * Walter KÄELIN, *Die Legitimation zur staatsrechtlichen Beschwerde: neuere Entwicklungen der bundesgerichtlichen Rechtsprechung*, in: Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, 124 (1988), 4. Heft, S. 169-189.
- * Walter KÄELIN, *Schubert und der Rechtsstaat, oder: Sind Bundesgesetze massgeblicher als Staatsverträge ?*, ZSR/RDS 112 (1993) 1 p. 73-77 ; cité : SCHUBERT.
- * Walter KÄELIN, *Das Verfahren der staatsrechtlichen Beschwerde*, Stämpfli, 2^{ème} éd., Bern, 1994.
- * Walter KÄELIN - Giorgio MALINVERNI - Manfred NOWAK, *Die Schweiz und die UNO-Menschenrechtspakte - La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme*, Nouvelle littérature juridique, Helbing & Lichtenhahn, Bâle - Frankfurt am Main, 1991. Avec une 2^{ème} édition entièrement remaniée de 1997.

1. Bibliographie

- * Elias KASTANAS, *Les origines et le fondement du contrôle de la constitutionnalité des lois en Suisse et en Grèce*, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1993 ; cité : CONSTITUTIONNALITE.
- * Blaise KNAPP, *Les particuliers et les traités internationaux devant le Tribunal fédéral suisse*, CDE 1974, p. 187-193.
- * Arnold KOLLER, *Gewaltenteilung und europäische Integration*, allocution prononcée devant le TFA le 21 mai 1992 à Lucerne, à l'occasion du 75^{ème} anniversaire de l'institution, texte ronéotypé.
- * Mathias-Charles KRAFFT, *Quelques observations sur l'attitude de la Suisse à l'égard du droit international*, Mélanges Jacques-Michel Grossen, Helbing & Lichtenhahn, 1992, p. 429-437.
- * Jörg KUENZLI, *Soziale Menschenrechte : blosse Gesetzgebungsaufträge oder individuelle Rechtsansprüche ? - Ueberlegungen zur direkten Anwendbarkeit des UNO-Sozialpaktes in der Schweiz*, PJA/AJP 5/96, p. 527 ; cité : SOZIALE MENSCHENRECHTE.
- * Aldo LOMBARDI, *Verwirklichung des EWR-Abkommens durch Bund und Kantone*, in : EWR-Abkommen - Erste Analysen, Schulthess, Zurich, 1992, p. 721-770.
- * Pascal MAHON, *Egalité entre nationaux et non-nationaux : un arrêt du TFA dénie au Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels un caractère directement applicable*, Droit et handicap - jurisprudence et législation, n° 4/95, p. 1.
- * Giorgio MALINVERNI, *La Suisse et les droits de l'homme*, Annuaire suisse de droit international, Zürich, 1989, vol. 45, p. 153-192.
- * Giorgio MALINVERNI, *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 à la Société suisse des juristes pour son congrès de 1991 à Genève, Helbing & Lichtenhahn, Bâle - Genève, 1991, p. 153-166.

- * 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: Aktuelle Probleme des Staats- und Verwaltungsrechts (Festschrift für Otto Kaufmann), Haupt, Bern - Stuttgart, 1989, S. 381-397.
- * Giorgio MALINVERNI, *Droit à un procès équitable et cours constitutionnelles*, in: Revue universelle des droits de l'homme, Kehl, 1994, vol. 6, n° 11, p. 389-395.
- * Giorgio MALINVERNI, *Le droit comparé dans le contexte fédéral suisse*, in: Revue internationale de droit comparé, Paris, 40 (1988), n° 3, p. 583-607.
- * Giorgio MALINVERNI, *La réserve de la loi dans les conventions internationales de sauvegarde des droits de l'homme*, in: Revue universelle des droits de l'homme, Kehl, 1990, vol. 2, n° 11, p. 401-409.
- * Giorgio MALINVERNI, *Les Pactes et la protection des droits de l'homme dans le cadre européen*, in: Kälén-Malinverni-Nowak, La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, Helbing & Lichtenhahn, Bâle et Francfort, 1991, p. 37 ss.; cité: PACTES & CEDH.
- * Giorgio MALINVERNI - Michel HOTTELIER, *La pratique suisse relative aux droits de l'homme 1994*, in: Revue suisse de droit international et de droit européen, Zürich, 1995, vol. 3, p. 359-395. Paraît chaque année.
- * Peter MOCK, *Quelques réflexions sur les réserves déposées par la Suisse lors de la ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques*, AJP/PJA 1994, p. 984 ss.
- * Kurt MUENGER, *Bürgerliche und politische Rechte im Weltpakt der Vereinten Nationen und im schweizerischen Recht*, thèse Zurich, 1973.
- * Jörg Paul MUELLER, *Grundrechts- und Demokratiedefizite als Legitimitätsprobleme der EG. Ueberlegungen zu einem Beitritt der Schweiz*, ZSR/RDS 1991 I, p. 102-115.

1. Bibliographie

- * Jörg Paul MUELLER, *Die Grundrechte der schweizerischen Bundesverfassung*, Stämpfli, Berne, 1991.
- * Robert PATRY, *Le Tribunal fédéral et le droit international*, Mélanges Assista, Genève, 1989, p. 519-531.
- * Jean-François POUDRET, *Le nouveau motif de révision prévu dans la loi fédérale d'organisation judiciaire à raison de la violation de la CEDH*, Mélanges Oscar Vogel, Ed. Universitaires, Fribourg, 1991, p. 201-216.
- * Jean-François POUDRET-Suzette SANDOZ, *Commentaire de la loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943*, Stämpfli, Berne, 1991.
- * Paul RAMER, *Die prozessualen Gestaltungsfragen des schweizerischen Rechts in rechtsvergleichender Darstellung mit dem deutschen Recht*, thèse Zurich, Schulthess, Zurich, 1973.
- * Michel ROSSINELLI, *Les libertés non écrites - Contribution à l'étude du pouvoir créateur du juge constitutionnel*, thèse Genève, Payot, Lausanne, 1987.
- * Claude ROUILLER, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois par le Tribunal fédéral suisse*, Pouvoirs, 1990, p. 147-158.
- * Claude ROUILLER, *Le pacte international relatif aux droits civils et politiques : effets possibles de l'application immédiate de ses normes « self-executing » sur le développement des droits fondamentaux*, RDS/ZSR 1992 I, p. 107-133 ; cité : PACTE II.
- * Peter SALADIN, *Völkerrechtliches Ius cogens und schweizerisches Landesrecht*, in : *Die schweizerische Rechtsordnung in ihren internationalen Bezügen*, Stämpfli, Berne, 1988, p. 67-96.
- * Peter SALADIN, *Staatsrechtliche und völkerrechtliche Gründe für eine unabhängige Beschwerdeinstanz*, in : *Asyl*, Zurich, 1988, vol. 3, p. 7 ss.
- * Peter SALADIN, *Persönliche Freiheit als soziales Grundrecht*, in : *Mélanges Berenstein*, Payot, Lausanne, 1989, p. 89-114.

- * Peter SALADIN, *Völkerrechtliches ius cogens und schweizerisches Landesrecht*, in : Présence et actualité de la Constitution dans l'ordre juridique, Mélanges offerts à la Société suisse des juristes pour son Congrès de 1991, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1991, p. 67 ss.
- * Dietrich SCHINDLER, *Die innerstaatlichen Wirkungen der Entscheidungen der Europäischen Menschenrechtsorgane*, Mélanges Max Guldener, Schulthess, Zurich, 1973, p. 273-290.
- * Dietrich SCHINDLER (éd.), *Die Europaverträglichkeit des schweizerischen Rechts*, Schriften zum Europarecht Bd. 1, Schulthess, Zurich, 1990.
- * Dietrich SCHINDLER (éd.), *Auswirkungen der EG auf die schweizerische Staatsstruktur*, in : Wirtschaftspolitische Mitteilungen, 1990, p. 1-18.
- * Dietrich SCHINDLER, *Commentaire de la Constitution fédérale - article 8 Cst. féd.*, 1988 ; cité : ART.8-COMMENTAIRE.
- * Felix SCHOEBI, *Die « Schubert-Praxis » des Bundesgerichts im Lichte der parlamentarischen Diskussion über das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum*, AJP/PJA 7/93, p. 887-893.
- * Martin SCHUBARTH, *Mit welchem Rechtsmittel ist eine behauptete Verletzung der EMRK beim Bundesgericht zu rügen ?*, Plädoyer 1/90, p. 44-48.
- * Rainer SCHWEIZER, *Europäische Menschenrechtskonvention (EMRK) und schweizerisches Sozialversicherungsrecht*, in : Sozialversicherungsrecht im Wandel, Stämpfli, Berne, 1992, p. 19-52.
- * Hansjörg SEILER, *Das völkerrechtswidrige Bundesgesetz : Artikel 113 Absatz 3 BV im Verhältnis zu Völkerrecht, EG und EWR*, SJZ/RSJ 1992, p. 377-387.
- * Karl SPUEHLER, *Die Praxis der staatsrechtlichen Beschwerde*, Stämpfli, Bern, 1994 ; cité : PRAXIS.
- * Daniel THUERER, *Schweizer Verfassungsordnung vor der Herausforderung durch die europäische Integration : Perspektiven, Prinzipien und heisse Eisen*, ZSR/RDS 1992 1, p. 73-106.

1. Bibliographie

- * Daniel THUERER, *Von der sog. «Europaverträglichkeit»: Rechtsgestaltungsprinzip aus Verlegenheit oder Vehikel zur stillen «Revolutionierung» der schweizerischen Rechtsordnung?*, ZSR/RDS 1993 I, p. 91-94.
- * Mark E. VILLIGER, *Die Wirkungen der Entscheide der EMRK-Organen im innerstaatlichen Recht, namentlich in der Schweiz*, ZSR/RDS 1985 (vol.I), p. 469-516.
- * Mark E. VILLIGER, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die schweizerische Rechtsordnung*, EuGRZ 1991, p. 81-89.
- * Mark E. VILLIGER, *Die Schweiz und die EMRK*, in : *Neues Handbuch der schweizerischen Aussenpolitik/Nouveau manuel de la politique extérieure suisse*, A. Ricklin/H. Haug/ R. Probst, Haupt, Berne, 1992, p. 277-292.
- * Mark E. VILLIGER, *Handbuch der europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK) unter besonderer Berücksichtigung der schweizerischen Rechtslage*, Schulthess, Zurich, 1993.
- * Oscar VOGEL, *Europa und das schweizerische Prozessrecht*, AJP/PJA 4/92, p. 459-465.
- * Joseph VOYAME, *Nul n'est censé ignorer la jurisprudence - Quelques considérations sur la publication des décisions de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme*, Mélanges Wiarda, Heymanns, Cologne, 1988, p. 673-677.
- * Luzius WILDHABER, *Bemerkungen zum Fall Schubert betreffend das Verhältnis von Völkerrecht und Landesrecht*, SJIR/ASDI 1974, p. 195-201.
- * Luzius WILDHABER, *Erfahrungen mit der Europäischen Menschenrechtskonvention*, ZSR/RDS 1979 II, p. 229-379.
- * Luzius WILDHABER, *Die Schweiz und die Europäische Menschenrechtskonvention im Rahmen neuerer Entwicklungen*, Europa-Institut der Universität des Saarlands, Sarrebrück, 1989, n° 173.

- * Christophe WILHELM, *Introduction et force obligatoire des traités internationaux dans l'ordre juridique suisse*, thèse, Presses centrales, Lausanne, 1992.
- * Robert ZIMMERMANN, *Le contrôle préjudiciel en droit fédéral et dans les cantons suisses*, thèse Genève, Collection juridique romande, Payot, Lausanne, 1987 ; cité : CONTROLE PREJUDICIEL.

1.2.2. L'Allemagne

- * Documentation sur la politique et la société dans la RFA, *Loi sur la Cour constitutionnelle fédérale*, Publication officielle, Bonn, 1982.
- * Rainer ARNOLD, *Das Kooperationsverhältnis zwischen europäischem Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht in der Zukunft*, in : Piazzolo, *Das Bundesverfassungsgericht - Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik*, von Hase & Koehler, Mainz-München, 1995, p. 273 ss.
- * Jean-Claude BEGUIN, *Le contrôle de la constitutionnalité des lois en République fédérale d'Allemagne*, Economica, Paris, 1982 ; cité : CONTROLE.
- * Ernst BENDA - Werner MAIHOFFER - Hans-Jochen VOGEL, *Handbuch des Verfassungsrechts*, 2. Auflage, Ed. de Gruyter, Berlin-New York, 1994.
- * Albert BLECKMANN, *Staatsrecht II - Die Grundrechte*, 3. erweiterte Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989 ; cité : GRUNDRECHTE.
- * Erich BUELOW, § 30. *Gesetzgebung*, in : Benda-Maihofer-Vogel, *Handbuch des Verfassungsrechts*, de Gruyter, Berlin-New York, 1994, p. 1459 ; cité : GESETZGEBUNG.
- * BUNDESVERFASSUNGSGERICHT (Ed.), *Nachschlagewerk der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts*, R. v. Decker's Verlag C.F. Müller, Heidelberg, 1995.

1. Bibliographie

- * COMMISSION EUROPEENNE, *L'égalité juridique entre femmes et hommes dans la Communauté européenne - Allemagne*, Bruylant, Bruxelles, 1994.
- * Gottfried DIETZE, *Problematik der Menschenrechte*, Duncker & Humblot, Berlin, 1995.
- * Hans-Michael EMPELL, *Die Kompetenzen des UN-Menschenrechtsausschusses im Staatenberichtsverfahren (Art. 40 Pakt II)*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1987.
- * Rudolf GEIGER, *Grundgesetz und Völkerrecht: Die Bezüge des Staatsrechts zum Völkerrecht und Europarecht - ein Studienbuch*, C.H. Beck, München, 1994.
- * Thomas GIEGERICH, *Luxemburg, Karlsruhe, Stassburg. Dreistufiger Grundrechtsschutz in Europa*, ZaöRV, 1990, p. 836-863.
- * Peter HAEBERLE, *Kommentierte Verfassungsrechtsprechung*, Monographien zur rechtswissenschaftlichen Forschung - Öffentliches Recht, Athenäum, Regensburg, 1979.
- * Matthias HARTWIG, *Die zukünftige Position des Bundesverfassungsgericht im staatlichen Gefüge der Bundesrepublik Deutschland*, in : Piazzolo, *Das Bundesverfassungsgericht - Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik*, von Hase & Koehler, Mainz-München, 1995, p. 165 ss. ; cité : ZUKUNFTIGE POSITION.
- * Peter E. HEIN, *Die Unvereinbarerklärung verfassungswidriger Gesetze durch das Bundesverfassungsgericht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988 ; cité : UNVEREINBAR-ERKLÄRUNG.
- * Markus HEINTZEN, *Die Herrschaft über die Europäischen Gemeinschaftsverträge - Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof auf Konfliktkurs*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 119/1994, p. 564.
- * Helmut HENRICHS, *Gemeinschaftsrecht und nationale Verfassungen - Eine Konfliktstudie*, EuGRZ, 1989, p. 237-245.

- * Helmut HENRICHS, *Gemeinschaftsrecht und nationale Verfassungen - Organisations- und verfahrenrechtliche Aspekte einer Konfliktlage*, EuGRZ, 1990, p. 413-423.
- * Wolfgang HEYDE - Christian STARCK, *Vierzig Jahre Grundrechte in ihrer Verwirklichung durch die Gerichte*, Göttinger Kolloquium, C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1990.
- * Konrad HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. neubearbeitete Auflage, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 1995 ; cité : GRUNDZUEGE.
- * Meinhard HILF, *Der Rang der EMRK im deutschen Recht*, in: Rechtsstaat in der Bewährung, vol. 20, Heidelberg, 1987.
- * Meinhard HILF, *General Problems of Relations between Constitutional Law and International Law*, in: Christian Starck, Rights, Institutions and Impact of International Law according to the German Basic Law, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1987, p. 177-195 ; cité : GENERAL PROBLEMS.
- * Eckart KLEIN, *Die Zukunft der Verfassungsbeschwerde*, in : Piazzolo, Das Bundesverfassungsgericht - Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik, von Hase & Koehler, Mainz-München, 1995, p. 228 ; cité : ZUKUNFT.
- * Eckart KLEIN, *Verfassungsentwicklung in Deutschland nach der Wiedervereinigung* - Schriftenreihe der Gesellschaft für Deutschlandforschung, Band 41, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.
- * Hans Hugo KLEIN, *Der demokratische Grundrechtsstaat*, in: Bitburger Gespräche Jahrbuch 1995/I, C.H. Beck, München, 1995, p. 81-96.
- * Mathias KLEUKER, *Gesetzgebungsaufträge des Bundesverfassungsgerichts*, thèse Münster, Duncker & Humblot, Berlin, 1993.
- * Kuratorium für einen demokratisch verfassten Bund deutscher Länder, *Vom Grundgesetz zur deutschen Verfassung - Denkschrift und Verfassungsentwurf*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991.

1. Bibliographie

- * Konrad LOEW, *Die Grundrechte*, UTB K.G. Saur, München, 1982.
- * Jörg LUECKE, *Soziale Grundrechte als Staatszielbestimmungen und Gesetzgebungsaufträge*, in: Archiv des öffentlichen Rechts, vol. 107/1982, p. 15.
- * MAUNZ - SCHMIDT-BLEIBTREU - KLEI - ULSAMER, *Bundesverfassungsgerichtsgesetz*, Commentaire et textes de loi, Verlag C.H. Beck, 1994.
- * Christian Friedrich MENDER, *Deutsche Verfassungsgeschichte der Neuzeit*, C.F. Müller Juristischer Verlag, Heidelberg - Karlsruhe, 1981.
- * Ingo VON MUENCH, *Grundrechte im Bundesstaat*, in: Bitburger Gespräche Jahrbuch 1995/I, C.H. Beck, München, 1995, p. 61-79.
- * Michael NIERHAUS, *Grundrechte aus der Hand des Gesetzgebers ? - Ein Beitrag zur Dogmatik des Art.1 Abs.3 GG*, in: Archiv des öffentlichen Rechts, vol. 116/1991, p. 72.
- * Stefan OETER, *Drittwirkung der Grundrechte und die Autonomie des Privatrechts*, in: Archiv des öffentlichen Rechts, vol. 119/1994, p. 529.
- * Christian PESTALOZZA, *Verfassungsgerichtbarkeit*, C.H. Beck, Munich, 1991.
- * Michael PIAZOLO (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht - Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik*, von Hase & Koehler, Mainz-München, 1995.
- * Ingo RICHTER - Gunnar Folke SCHUPPERT, *Casebook Verfassungsrecht*, 2.Auflage, C.H. Beck, München, 1991.
- * Eibe RIEDEL, *Assertion and protection of human rights in international treaties and their impact on the basic law*, in : Christian Starck, *Rights, Institutions and Impact of International Law according to the German Basic Law*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1987, p. 197-221 ; cité : PROTECTION.
- * Alard VON ROHR, *Kompetenz des Bundesverfassungsgerichts zur Ueberprüfung völkerrechtlicher Verträge*, Thèse Bonn, 1981.

- * Ulrich ROSENGARTEN, *Der Begriff der völkerrechtlichen Verträge im Sinne des Art. 59/2 GG im Lichte moderner Entwicklung des Völkerrechts*, Kleikamp, Köln, 1994.
- * Horst SAECKER, *Gesetzgebung durch das Bundesverfassungsgericht ?*, in : Piazzolo, *Das Bundesverfassungsgericht - Ein Gericht im Schnittpunkt von Recht und Politik*, von Hase & Koehler, Mainz-München, 1995, p. 189 ss. ; cité : BVERFG.
- * Klaus SCHLAICH, *Das Bundesverfassungsgericht - Stellung, Verfahren, Entscheidungen*, 2. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 1991.
- * Harald SCHNEIDER, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgerichts bei Grundrechtskonflikten*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1979.
- * Rupert SCHOLZ, *Unvereinbarkeit des « closed shop » mit der EMRK*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 106/1981, p. 79.
- * Rupert SCHOLZ, *Nochmals: « Closed Shop » und EMRK*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 107/1982, p. 126.
- * SCHREUER, *Die innerstaatliche Anwendung von internationalem soft law aus rechtsvergleichender Sicht*; cité : ANWENDUNG.
- * Karl-Heinz SEIFERT - Dieter HOEMIG, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland - Taschenkommentar*, 3. Auflage, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1988.
- * Bruno SIMMA, *Soziale Grundrechte und das Völkerrecht: der internationale Pakt über wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechten in der gegenwärtigen Verfassungsdiskussion*, in: *Wege und Verfahren des Verfassungslebens - Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag*, C.H. Beck, München, 1993, p. 83-94 ; cité : SOZIALE GRUNDRECHTE.
- * Karl-Peter SOMMERMAN, *Völkerrechtlich garantierte Menschenrechte als Massstab der Verfassungskonkretisierung - Die Menschenrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts*, vol. 114/1989, p. 391.

1. Bibliographie

- * VON STACKELBERG (Sen. & Jun.), *Die Verfahren der deutschen Verfassungsbeschwerde und der europäischen Menschenrechtsbeschwerde*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1988 ; cité : VERFAHREN.
- * Christian STARCK (ed.), *Rights, Institutions and Impact of International Law according to the German Basic Law*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987.
- * Christian STARCK, *Fragenkatalog und rechtsvergleichender Generalbericht*, in: *Grundgesetz und deutsche Verfassungsrechtsprechung im Spiegel ausländischer Verfassungsentwicklung*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1990.
- * Klaus STERN, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Band III/1 & III/2, C.H. Beck, München, 1988 & 1994 ; cités : STAATSRECHT III/1 et STAATSRECHT III/2.
- * Rudolf STREINZ, *Bundesverfassungsgerichtlicher Grundrechtsschutz und Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1989.
- * Christian TOMUSCHAT, *Les rapports entre le droit communautaire et le droit interne allemand dans la jurisprudence récente de la Cour constitutionnelle allemande*, CED 1989, p. 163-178.
- * Rudolf WEBER-FAS, *Wörterbuch zum Grundgesetz*, Ullstein, Berlin, 1995 ; cité : WORTERBUCH.
- * José WOEHLING, *La conclusion et la mise en œuvre des traités dans le fédéralisme allemand*, (1979-1980) 14 R.I.T. 73 ; cité : FEDERALISME.

1.2.3. Le Canada

- * Collectif, *La Charte canadienne des droits et libertés - Concept et impacts*, Les éditions Thémis, Montréal, 1985.

- * Institut canadien d'études juridiques supérieures, *Droits de la personne: l'émergence de droits nouveaux: aspects canadiens et européens*, Actes des Journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures - 1992, Les Editions Yvon Blais, Cowansville, 1993.
- * Institut canadien d'administration de la justice, *La Charte canadienne des droits et libertés - The Canadian Charter of Rights and Freedoms*, Les éditions Yvon Blais, Cowansville 1984.
- * E. R. ALEXANDER, *The Supreme Court of Canada and the Canadian Charter of Rights and Freedoms*, (1990) 40 University of Toronto Law Journal 1.
- * Jean-François AUBERT, *Entre le contrat et la loi : la Constitution du Canada*, Mélanges Grossen, Helbing & Lichtenhahn, Bâle, 1992, p. 365-383 ; cité : CANADA.
- * Anne BAYEFSKY, *International Human Rights Law: Use in Canadian Charter of Rights and Freedoms Litigation*, Buterworths, Toronto, 1992.
- * Anne BAYEFSKY - Maxwell COHEN, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms and Public International Law*, (1983) 61 Canadian Bar Review 265 ; cité : CANADIAN CHARTER.
- * Gérald A. BEAUDOIN, *La Constitution du Canada : institutions, partage des pouvoirs, droits et libertés*, Wilson & Lafleur, Montréal, 1991 ; cité : CST.CANADA.
- * Gérald A. BEAUDOIN, *Causes invoquant la Charte*, Les Editions Yvon Blais, Cowansville, 1987.
- * Gérald A. BEAUDOIN, *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés* (Actes des Journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures), Les Editions Yvon Blais, Cowansville, 1989.
- * L. BERGERON, *Le rôle du Gouvernement du Québec dans la mise en oeuvre du droit international des droits de la personne*, (1985) 2 Revue québécoise de droit international (R.Q.D.I.) 258.

1. Bibliographie

- * Henri BRUN, *Charte des droits de la personne*, Alter Ego - Wilson & Lafleur, Montréal, 1988.
- * Henri BRUN - Pierre BRUN, *Chartes des droits de la personne - Législation, jurisprudence et doctrine*, Wilson & Lafleur, Montréal, 1995 (remise à jour annuelle depuis 1988).
- * Henri BRUN - Guy TREMBLAY, *Droit constitutionnel*, 2ème édition, Les Editions Yvon Blais inc., Comansville - Québec, 1990.
- * Thomas BUERGENTHAL - Robert NORRIS - Dina SHELTON, *Protecting Human Rights in the Americas - Selected Problems - A Publication of the International Institute of Human Rights Strasbourg*, N.P. Engel Publisher, Kehl - Strasbourg - Arlington, 1982.
- * Madeleine CARON, *L'égalité sous le Code Civil: l'incidence des Chartes*, (1990) 24 Revue Juridique Thémis 433.
- * Madeleine CARON, *L'utilisation du droit international aux fins d'interprétation et d'application de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec*, (1984) 1 Revue québécoise de droit international (R.Q.D.I.) 307.
- * François CHEVRETTE, *L'article 52 de la loi constitutionnelle de 1982: un contrôle de la loi ou aussi de son application*, in: Nouveaux développements en droit criminel découlant de la Charte canadienne des droits et libertés, Formation permanente du Barreau du Québec, Les Editions Yvon Blais, Cowansville, 1988, p. 1.
- * John CLAYDON, *International Human Rights Law and Interpretation of the Charter*, (1982) 4 Supreme Court Law Review 287.
- * Guillaume CLICHE, *L'utilisation de la CEDH pour l'interprétation de la Charte canadienne*, (1993) 7 Revue Juridique des Etudiants de l'Université de Laval (R.J.E.U.L.) 93 ; cité : CEDH-CHARTÉ.
- * Alice DESJARDINS, *La mise en oeuvre au Canada des traités relatifs aux droits de la personne*, (1981) 12 Revue Générale de Droit 359 ; cité : MISE EN ŒUVRE.

- * V.C. EMMANUELLI - S. SLOSAR, *L'application et l'interprétation des traités internationaux par le juge canadien*, (1978) 13 Revue Juridique Thémis (R.J.T.) 69 ; cité : APPLICATION.
- * M. FISCHER, *The Human Rights Covenants and Canadian Law*, (1977) 15 The Canadian Yearbook of International Law (C.Y.I.L.) 42.
- * Réal FOREST, *Quelques aspects de la mise en oeuvre au Canada des Pactes de l'ONU relatifs aux droits de l'homme*, (1981) 12 Revue Générale de Droit (R.G.D.) 375.
- * Jacques FREMONT, *Les tribunaux et la Charte: le pouvoir d'ordonner la dépense de fonds publics en matières sociales et économiques*, (1991) 36 McGill Law Journal 1323.
- * Gerald I. GALL, *The Canadian Legal System*, third edition, Carswell, Toronto - Calgary - Vancouver, 1990.
- * Jacques GOSSELIN, *La légitimité du contrôle judiciaire sous le régime de la Charte*, Les Editions Yvon Blais, Cowansville, 1991.
- * Jacques GOSSELIN - Gilles LAPORTE, *La Charte canadienne des droits et libertés: les grands énoncés de la Cour suprême*, Les Editions Yvon Blais, Cowansville, 1993.
- * Ann HAYWARD, *International Law and the Interpretation of the Canadian Charter of Rights and Freedoms: Uses and Justifications*, (1985) 23 University of Western Ontario Law Review (U.W.O.L.Rev.) 9.
- * Peter W. HOGG, *La Charte canadienne des droits et libertés et la Déclaration canadienne des droits: comparaison*, in: G.A. Beaudoin - W.S. Tarnopolsky, *Charte canadienne des droits et libertés*, Wilson&Lafleur, Montréal, 1982, p.1.
- * Peter W. HOGG, *Constitutional Law in Canada*, 3th ed., Carswell, Toronto, 1992.
- * Peter W. HOGG, *The Charter of Rights and Social and Economic Reform*, in: *The Cambridge Lectures*, directed by E.G. Baldwin, Toronto, Butterworths, 1985.

1. Bibliographie

- * Berend HOVIUS, *The Limitation Clause of the European Convention of Human Rights: A Guide for the Application of Section 1 of the Charter ?*, (1985) 17 Ottawa Law Review 213.
- * John HUMPHREY, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms and International Law*, (1986) 50 Saskatchewan Law Review 13 ; cité : INT.LAW.
- * Martha JACKMAN, *Poor Rights: Using the Charter to Support Social Welfare Claims*, (1994) 19 Queen's Law Journal 65.
- * Martha JACKMAN, *The Protection of Welfare Rights under the Charter*, (1988) 20:2 Ottawa Law Review 257.
- * Ian JOHNSTONE, *Section 7 of the Charter and Constitutionally Protected Welfare*, (1988) 46 University of Toronto Faculty of Law Review 1.
- * Juliane KOKOTT, *Das interamerikanische System zum Schutz der Menschenrechte - The Inter-American system for the protection of human rights*, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Springer-Verlag, Berlin - New-York, 1986.
- * Michel LE BEL, *L'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés au regard du droit international des droits de la personne - Critiques de la démarche suivie par la Cour Suprême du Canada*, (1988) 48 Revue du Barreau 743 ; cité : INTERPRETATION.
- * Didier LLUELLES - Pierre TRUDEL, *L'application de la Charte canadienne des droits et libertés aux rapports de droit privé*, (1984) 18 Revue Juridique Thémis 219.
- * D.C. McDONALD, *L'impact de la doctrine et de la jurisprudence de la CEDH sur l'interprétation de la Charte canadienne des droits et libertés*, in: D. Turp - G.A. Beaudoin, *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Les Editions Yvon Blais, Cowansville, 1986, p. 91.
- * R. McDONALD, *The Relationship between International Law and Domestic Law in Canada*, University of Toronto Press, Toronto, 1974 ; cité : RELATIONSHIP.

- * Michael McNEIL, *Courts and Liberal Ideology: An Analysis of the Application of the Charter to Some Labour Law Issues*, (1989) 34 McGill Law Journal 87.
- * Edward McWHINNEY, *The Canadian Charter of Freedoms and Rights: The Lessons of Comparative Jurisprudence*, (1983) 61 Revue du Barreau Canadien (R. du B. Can.) 55 ; cité : LESSONS.
- * Errol P. MENDES, *Interpreting the Charter: Applying International and European Jurisprudence*, (1982) 20 Alberta Law Review 383.
- * Patrick MONAHAN, *The Charter, Federalism and the Supreme Court of Canada*, Carswell, Toronto - Calgary - Vancouver, 1987.
- * Jacques-Yvan MORIN, *La constitutionnalisation progressive de la Charte des droits et libertés de la personne*, (1987) 21 Revue Juridique Thémis 25.
- * Jacques-Yvan MORIN - Francis RIGALDIES - Daniel TURP, *Droit international public - Notes et documents, tome II: Documents d'intérêt canadien et québécois*, 2^{ème} éd., Les Editions Thémis, Montréal, 1992 ; cité : DIPU.
- * F.L. MORTON - Peter H. RUSSEL - Michael J. WITHEY, *The Supreme Court's First One Hundred Charter of Rights Decisions: A Statistical Analysis*, (1992) 30 Osgoode Hall Law Journal 1 ; cité : STATISTICAL ANALYSIS.
- * Michael J. MURPHY, *L'intérêt à poursuivre en vertu du paragraphe 24(1) de la Charte canadienne des droits et libertés*, (1986) 35 Revue de Droit de l'Université du Nouveau-Brunswick (R.D.U.N.-B.) 188 ; cité : INTERET.
- * Ghislain OTIS, *The Charter, Private Action and the Supreme Court*, (1987) 19 Ottawa Law Review 71.
- * Ghislain OTIS, *Le spectre d'une marginalisation des voies de recours découlant de la Charte québécoise*, (1991) 51 Revue du Barreau 561.
- * Daniel PROULX, *La suprématie des droits et libertés de la personne et la question constitutionnelle au Canada*, (1981) 12 Revue Générale de Droit (R.G.D.) 413.

1. Bibliographie

- * Francis RIGALDIES - José WOEHLING, *Le juge interne canadien et le droit international*, (1980) 21 Les Cahiers de Droit 293 ; cité : JUGE CANADIEN.
- * H.R.S. RYAN, *Seeking Relief under the UN International Covenant on Civil and Political Rights*, (1981) 6 Queen's Law Journal 389.
- * William A. SCHABAS, *International Human Rights Law and the Canadian Charter: A Manual for the Practitioner*, Carswell, Toronto, 1991.
- * William A. SCHABAS - Daniel TURP, *Droit international canadien et québécois des droits et libertés: notes et documents*, Les Editions Yvon Blais, Cowansville, 1994 ; cité : NOTES ET DOCUMENTS.
- * David SCHNEIDERMAN, *Dual(ling) Charters: The Harmonics of Rights in Canada and Quebec*, (1992) 24 Ottawa Law Review 235.
- * Brian SLATTERY, *Charter of Rights and Freedoms - Does it Bind Private Persons ?*, (1985) 63 Revue du Barreau Canadien 148.
- * Barry L. STRAYER, *The Canadian Constitution and the Courts - The Function and Scope of Judicial Review*, 3th ed., Butterworths, Toronto - Vancouver, 1988.
- * Walter S. TARNOPOLSKY, *A Comparison between the Canadian Charter of Rights and Freedoms and the International Covenant on Civil and Political Rights*, (1982-1983) 8 Queen's Law Journal 211.
- * Walter S. TARNOPOLSKY & Gérald A. BEAUDOIN, *The Canadian Charter of Rights and Freedoms - Commentary*, Carswell, Toronto, 1982.
- * Walter S. TARNOPOLSKY, *Human Rights, International Law and the International Bill of Rights*, (1985-1986) 50 Saskatchewan Law Review 21.
- * Walter S. TARNOPOLSKY, *Sources communes et parenté de la Convention européenne et des instruments canadiens des droits de la personne*, in: D. Turp - G.A. Beaudoin, *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, Les Editions Yvon Blais, Cowansville, 1986, p. 61.

- * Walter S. TARNOPOLSKY, *The Charter and the Supreme Court of Canada*, in: G.A. Beaudoin, *La Charte: dix ans après*, Actes de la Conférence de l'Association du Barreau canadien et du Ministère de la Justice du Canada tenue à Ottawa en avril 1992, Les éditions Yvon Blais, Cowansville, 1992, p. 63.
- * Guy TREMBLAY, *La Charte canadienne des droits et des libertés et quelques leçons tirées de la CEDH*, (1982) 23 *Les Cahiers de Droit* 795.
- * Daniel TURP, *Le recours au droit international aux fins d'interprétation de la Charte canadienne des droits et des libertés: un bilan jurisprudentiel*, (1984) 18 *Revue Juridique Thémis* 353 ; cité : DIPU-CHARTÉ.
- * Daniel TURP, *La mise en oeuvre du Pacte international relatif aux droits civils et politiques à la lumière de l'expérience du Canada et du Québec*, thèse Paris II, 1990.
- * Daniel TURP, *La suprématie de la Convention européenne des droits de l'homme et des Chartes canadienne et québécoise des droits et libertés*, in: Gérard A. Beaudoin, *Vues canadiennes et européennes des droits et libertés*, Les Editions Yvon Blais, Cowansville, 1989, p. 43.
- * Daniel TURP - Gérard A. BEAUDOIN, *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne (Actes des Journées Strasbourgeoises de l'Institut canadien d'études juridiques supérieures)*, Les éditions Yvon Blais, Cowansville, 1984.
- * Robert VANDYCKE, *La Charte constitutionnelle et les droits économiques, sociaux et culturels*, (1989-1990) *Annuaire canadien des droits de la personne (A.C.D.P.)* 167.
- * José WOEHLING, *Le rôle du droit comparé dans la jurisprudence des droits de la personne - rapport canadien*, in: *La limitation des droits de l'homme en droit constitutionnel comparé*, Les Editions Yvon Blais, Cowansville, 1986, chapitre 22, p. 449 ; cité : DROIT COMPARE.

2. Introduction générale sur les Pactes

2.1. Avant-propos

1. L'étude que nous nous proposons d'entreprendre sur la mise en œuvre des Pactes relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels par les Cours constitutionnelles nationales adoptera une approche comparative. La motivation de ce choix est double. Elle réside d'une part dans notre conviction que chaque système peut beaucoup apprendre des autres systèmes. Et, d'autre part, dans celle que les liens de plus en plus étroits qui existent entre les différents systèmes nationaux, régionaux et internationaux interdisent tout simplement d'ignorer « ce qui se passe chez le voisin ». A titre d'exemple, rappelons que tout ce qui concerne l'Allemagne du point de vue de la CEDH est susceptible de se répercuter sur l'application de la CEDH en Suisse, par l'intermédiaire des décisions de la Cour de Strasbourg¹.
2. La sélection des Etats de référence ne fut pas une mince affaire. Comme toute sélection, celle que nous proposons portera certainement en elle une part d'arbitraire : tout simplement le fait que ces Etats nous intéressaient. Quelques éléments plus objectifs ont néanmoins guidé notre choix. Ainsi, le fait que les expériences allemande et canadienne des Pactes s'étendent sur plus de vingt ans autorise des comparaisons intéressantes pour la Suisse dont l'engagement est plus récent (1992

¹ En effet, une décision de la Cour de Strasbourg sur tel ou tel problème allemand aura des répercussions en Suisse, dans la mesure où, lorsqu'un problème identique se pose en Suisse, la solution donnée en Suisse doit s'accorder avec toute la jurisprudence CEDH, donc aussi avec l'arrêt rendu pour l'Allemagne. Il existe ainsi un effet par ricochet des arrêts CEDH dans tous les Etats CEDH, même s'ils ne sont pas directement parties au litige tranché par la Cour de Strasbourg. Un exemple concret est fourni par la jurisprudence de 1996 sur le secret rédactionnel : le contenu de la liberté de la presse a été étendu par la Cour CEDH dans le sens de garantir le droit aux journalistes de taire plus largement leurs sources, plus largement notamment que dans le cadre de l'art. 55 Cst. féd. Voir arrêt Goodwin contre Royaume Uni, du 27 mars 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996 II p. 483 ss.

contre 1976)². Ces comparaisons se feront entre trois Etats démocratiques dans lesquels le niveau de protection des droits de l'homme est élevé. La protection escomptée dans chacun d'eux est similaire. En prenant des Etats moins soucieux ou ayant moins la possibilité de l'être, une thèse les comparant avec le standard suisse risquait plus de dénoncer les carences de ces Etats qu'elle ne permettait d'estimer où la Suisse en est réellement par rapport à ce que l'on peut attendre d'elle. Il aurait alors été difficile de suggérer des voies pour améliorer les faiblesses suisses. La Suisse, l'Allemagne et le Canada sont en outre tous trois des Etats fédéraux. Les deux premiers sont parties à la CEDH, alors que le troisième n'est actif que dans le cadre de l'ONU pour ce qui est de la protection des droits fondamentaux. La Suisse et le Canada sont finalement tous deux obligés de régler la coexistence de plusieurs communautés linguistiques bien distinctes.

3. S'agissant de l'organisation de notre travail, nous entamerons celui-ci par la description du contexte général des Pactes. Ceux-ci y seront abordés dans toute leur globalité historique, matérielle et procédurale. Puis, pour chaque Etat, nous exposerons la situation technique et doctrinale de l'ordre national, avant d'en examiner la jurisprudence pour constater ce que les juges décident effectivement. Finalement, nous procéderons à la comparaison des trois systèmes nationaux et ce en fonction des thèmes pertinents. Au début de chacun de ces thèmes, un bref rappel de ce que l'étude du système national nous avait révélé visera à simplifier la lecture de la comparaison. Signalons encore que si nous avons voulu prendre en compte les deux Pactes, c'est avant tout en raison de leur proche parenté, mais que la réalité jurisprudentielle et le potentiel d'application de chacun de ces textes nous amèneront à parler bien plus souvent du Pacte sur les droits civils et politiques (Pacte II).
4. Le souci de rendre la lecture plus aisée sera présent tout au long de cette thèse. Notre but est de permettre une lecture fractionnée (par ex. uniquement le problème de l'applicabilité directe) et de rendre l'ouvrage

² Les juges canadiens le disent aussi dans le rapport entre le droit canadien et le droit américain : « Les tribunaux américains ont presque deux cents ans d'expérience dans l'accomplissement de cette tâche, et l'analyse de leur expérience offre plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution au Canada » ; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, (1984) 1 R.C.S. 357, 367.

accessible et utilisable à un plus grand nombre de personnes. Chaque partie devrait pouvoir être comprise indépendamment des autres, bien que seule la lecture de l'ensemble rendra la véritable dimension du problème. Que l'on nous excuse dans ces conditions les inévitables répétitions qui en résulteront.

2.2. Aspect historique

2.2.1. *Sous la Société des Nations*

5. Un souci de prudence nous incite à nous limiter, mais ne saurait faire oublier que l'histoire des droits de l'homme est bien plus longue, bien plus riche et bien plus exaltée que celle que nous choisissons d'exposer depuis la création de la Société des Nations en 1919. Le lecteur comprendra sans aucun doute aisément pourquoi nous commençons notre étude à cette date qui correspond à la naissance de cet ancêtre des Nations Unies (ONU), elles-mêmes à l'origine des textes que nous approfondirons principalement.
6. Le 28 juin 1919, l'Allemagne et les puissances alliées signent le Traité de Versailles, dont la Partie XIII est constituée par le Pacte de la Société des Nations. Souhaitée par le Président Wilson, qui défend un programme « en quatorze points » pour assurer la paix en Europe et dans le monde, et concrétisée à la suite de la Conférence de la Paix de Paris de 1919 réunissant 27 Etats, il n'est pas abusif de dire que la SDN est le produit d'une guerre. Bien que née d'un conflit, la SDN va avant tout se préoccuper de la paix. De nombreuses théories ont été avancées pour expliquer les échecs de la SDN, pour tenter d'excuser son incapacité à empêcher la Seconde Guerre Mondiale; nous n'entrerons pas en matière sur cette controverse qui est loin d'être tranchée. Au niveau de l'adhésion des Etats, la grande faiblesse de la SDN restera l'absence de deux grandes puissances alliées: ce qui allait devenir l'Union Soviétique en 1924 et les Etats Unis d'Amérique; d'autres Etats fondateurs quittant également ce forum, comme par exemple l'Allemagne.
7. Si nous examinons le Pacte de la SDN du point de vue de son contenu, ce qui frappe avant tout est la préoccupation constante et répétée de

maintenir la paix dans le monde. La plupart des articles sont axés sur des propensions pacifiques, ainsi que sur les moyens de les mettre en oeuvre et de les contrôler. Les tâches et buts de la SDN s'articulent essentiellement autour de cette idée de paix qui - hélas - sera pour ainsi dire tuée dans l'oeuf. Pour trouver des dispositions s'apparentant à des droits individuels, il nous faut considérer l'art. 23 du Pacte SDN - plus spécifiquement ses lettres a) (conditions de travail équitables et humaines), b) (traitement équitable des populations indigènes), c) (traite des femmes et des enfants) et f) (préoccupations de santé). Une lecture même superficielle de cet article nous prouve clairement à quel point ces droits sont encore éloignés de la conception qui prévaudra après la Seconde Guerre Mondiale, et notamment dans les textes de l'ONU. La Charte de l'ONU énonce la promotion de ces droits comme une priorité dans son préambule déjà, alors que celui du Pacte de la SDN reste muet.

8. Il va de soi que la SDN, par ses activités et la législation qu'elle adoptera, réservera une place effective plus importante aux droits individuels que celle qui ressort de son document fondateur; l'esprit qui guidera la communauté internationale au lendemain du deuxième grand conflit mondial sera néanmoins tout autre. Les tentatives louables ne doivent pas occulter le fait que la SDN est l'instrument d'une époque où la protection des droits se fait au niveau des groupes de personnes et non pas en prenant l'individu pour lui-même, dans la position privilégiée qu'il occupera dès la seconde partie de notre siècle.
9. L'approche de la paix et de la sécurité par la SDN passe prioritairement par la réduction et la limitation de l'armement ainsi que par le règlement des différends entre Etats, règlement facilité par diverses procédures et textes allant dans ce sens³. Les différends soumis au règlement de la SDN ont en majorité trait à des questions territoriales, de délimitation de frontières et de protection des minorités; ils révèlent souvent les faiblesses des partages opérés suite à la Première Guerre Mondiale⁴. Ces

³ En particulier les accords de Locarno, le Protocole de Genève, le Pacte de Paris et les traités de Londres définissant la notion d'agresseur.

⁴ Parmi les différends traités par la SDN, signalons notamment celui des îles Aland (entre la Finlande et la Suède), de la délimitation de la frontière albanaise (entre l'Albanie, la Yougoslavie et la Grèce), de la liquidation des biens de l'ancienne monarchie austro-hongroise en Yougoslavie, des décrets de nationalité en Tunisie

affaires témoignent d'une instabilité que les traités de paix n'ont pas réussi à enrayer et focalisent en certains points géographiques des troubles qui ne tarderont pas à éclater en un conflit généralisé qui annihilera - au moins dans une large mesure - les solutions que la SDN avait trouvées à la plupart de ces différends. Autre problème lié à la souveraineté, le régime des mandats imposés aux territoires coloniaux et anciennement coloniaux sera également déterminé par la SDN.

10. Les activités, certes méritoires, décrites plus haut ne mettent pas en évidence un quelconque souci à reconnaître des droits individuels pour eux-mêmes, pas plus qu'ils ne sont d'ailleurs présents dans les domaines généraux d'activité réservés à la SDN. Parmi ces domaines généraux, qui recourent grossièrement l'économie et la finance, les communications et le transit, l'hygiène et la santé, la coopération intellectuelle, la lutte contre les stupéfiants et le secours aux réfugiés, il en est qui protègent sporadiquement tel ou tel aspect des droits de l'homme, sans qu'il y ait toutefois un effort structuré et dirigé vers ces droits en tant que tels et non pas seulement intégré comme appendice à la sauvegarde d'autres intérêts. Pour trouver une protection s'approchant de la vision contemporaine, il faut s'en référer aux textes annexes que les Etats ont adoptés en matière de répression de la traite des femmes et des enfants⁵, de protection de l'enfance⁶, de conditions minimales à observer pour le traitement de toute personne privée de sa liberté et de lutte contre l'esclavage⁷.

et au Maroc (entre la France et le Royaume-Uni), de l'incident de Corfou (entre la Grèce et l'Albanie), ainsi que les questions relatives à la Haute-Silésie (entre l'Allemagne et la Pologne), au réarmement de l'Allemagne, aux conflits italo-éthiopien et sino-japonais.

- ⁵ Convention du 5 juillet 1921 ; Journal officiel de la SDN, 1921 II p. 596.
- ⁶ Notamment dans des aspects et dans un vocabulaire reflétant tout à fait l'époque: âge du mariage et consentement, statut légal de l'enfant illégitime, traitement des enfants dévoyés et en danger moral, placement familial des enfants, enfants aveugles, effets de la crise économique et du chômage sur l'enfance et la jeunesse sur la base des recommandations du BIT, assistance en cas d'indigence (aussi aux étrangers en vue d'assimiler leur traitement à celui accordé aux nationaux).
- ⁷ Convention internationale pour la répression de l'esclavage, approuvée par l'Assemblée de la SDN le 25 septembre 1926 (Journal officiel de la SDN, 1926 VII p. 1140). Ses buts sont entre autres la « suppression complète de l'esclavage sous toutes ses formes d'une manière progressive et aussitôt que possible » (art. 2) et la

11. L'entre-deux-guerres restera surtout marqué par les efforts consentis pour améliorer le sort des minorités, moins pour les individus qui les composent pris un à un que pour le groupe pris dans son ensemble. Il va de soi que leur position n'est en rien comparable à l'attention qui leur sera réservée par la suite; ce n'est pas pour autant que nous devrions dénigrer des dispositions qui commencent à être fréquemment intégrées dans la systématique des traités⁸. L'Assemblée de la SDN elle-même a insisté sur les droits et obligations des minorités⁹, adoptant une conception aujourd'hui abandonnée, laquelle conception considère les droits et obligations comme les deux faces de la même pièce¹⁰.
12. Les droits découlant des traités dits « de minorités » méritent d'ailleurs d'être pris au sérieux en tant qu'ils s'approchent de façon embryonnaire des catalogues de droits fondamentaux modernes: protection de la vie, de la liberté et de la religion, acquisition de la nationalité du pays (principalement par domiciliation et par *ius soli*), égalité devant la loi et jouissance des mêmes droits civils et politiques, notamment pour l'admission aux fonctions publiques, libre usage de la langue maternelle

prise de « mesures utiles pour éviter que le travail forcé ou obligatoire n'amène des conditions analogues à l'esclavage » (art. 5). Mandat est donné par l'Assemblée au BIT pour qu'il étudie la question du travail forcé.

8. Sous la SDN, il y aura cinq traités spéciaux dits « de minorités » (Pologne, Tchécoslovaquie, Yougoslavie, Roumanie et Grèce), quatre chapitres spéciaux dans des traités de paix (Autriche, Bulgarie, Hongrie, Turquie), six déclarations devant le Conseil de la SDN (Finlande, Albanie, Lithuanie, Lettonie, Estonie, Irak) et un chapitre spécial du traité du 15 mai 1922 sur la Haute-Silésie entre l'Allemagne et la Pologne, expirant le 15 juillet 1937 selon la Convention elle-même.
9. Résolution de l'Assemblée de la SDN du 21 juillet 1922: « L'Assemblée, tout en reconnaissant le droit fondamental des minorités à être protégées par la SDN contre toute oppression, insiste sur le devoir qui incombe aux personnes appartenant aux minorités de race, de religion ou de langue de coopérer, en citoyens loyaux, avec la nation à laquelle ils appartiennent maintenant ».
10. Les pays asiatiques sont de ceux qui partagent encore clairement cette vision. A titre d'exemple, l'intitulé du Chapitre III de la Constitution japonaise est révélateur: « Droits et devoirs du Peuple ». Les rapports entre les droits et devoirs du citoyen sont notamment analysés par Aubert, qui, s'il admet qu'il puisse y avoir une symétrie dans l'ensemble de l'ordre juridique entre les droits et les devoirs, refuse la symétrie à l'intérieur d'une Constitution démocratique, que cette symétrie soit quantitative ou qualitative (Aubert, SYMETRIE, p. 17 ss. et 21 ss.).

dans les relations privées et de commerce, en matière de religion, de presse, de publications et dans les réunions publiques, ainsi que devant les tribunaux, un droit égal à celui des autres ressortissants du pays à entretenir à leurs frais des institutions charitables, religieuses, sociales ou scolaires et, finalement, dans les districts où la minorité constitue une proportion considérable de la population, un droit à ce que l'instruction dans les écoles primaires de l'Etat soit donnée dans la langue de la minorité et à ce qu'une part équitable des sommes attribuées par le budget de l'Etat dans un but éducatif, religieux ou charitable soit assurée à la minorité.

13. Malgré la générosité de ces droits, nous doutons de leur justiciabilité; le particulier lésé aura beaucoup de difficultés à fonder ses revendications sur ces traités de minorités. En matière de contrôle et de respect de ces droits, l'essentiel repose encore sur les gouvernements et subsidiairement sur les rapports interétatiques. A cet égard, ces traités prévoient un système de contrôle permettant à un membre du Conseil de la SDN de saisir ce Conseil et éventuellement de solliciter une décision de la Cour permanente de justice internationale (CPJI)¹¹. Accessoirement, un système de pétitions auprès du Conseil offre une voie plus directe aux minorités un tant soit peu organisées. Il est néanmoins regrettable que tout le contrôle demeure axé sur la violation des droits d'un groupe de population et non pas d'un individu isolé.

¹¹ La Cour permanente de justice internationale a notamment émis les trois avis suivants:

a) Avis du 10 septembre 1923, relatif aux colons allemands en Pologne: les mesures d'expulsion des terres des anciens ressortissants allemands devenus polonais prises par le gouvernement de Pologne violent les obligations internationales. Les colons ont le droit de continuer à occuper et à cultiver les terres sur lesquelles ils étaient établis. Référence : CPJI, 1923, Série C, vol. 3.1 et 3.2, p. 1 ss.

b) Avis du 15 septembre 1923, contre la décision du gouvernement polonais de considérer certains anciens ressortissants allemands nés sur le territoire faisant actuellement partie de la Pologne comme n'ayant pas acquis la nationalité polonaise. Référence : CPJI, 1923, Série C, vol. 3.2, p. 1066 ss.

c) Avis du 6 avril 1935, contre la décision prise par le gouvernement albanais de supprimer les écoles privées, tant celles de la majorité que celles de la minorité. Référence : CPJI, 1935, Série C, vol. 76, p. 1 ss.

2.2.2. Dans le système onusien

2.2.2.1. Généralités

14. La Seconde guerre mondiale marque la fin matérielle des efforts de la SDN et - bien que cette organisation internationale ne soit formellement dissoute qu'en 1946, donc près de six mois après l'entrée en vigueur de la Charte de l'Organisation des Nations Unies - les tentatives pour ramener paix, structure et dignité dans le monde seront entreprises de façon multilatérale, hors de la SDN. Parallèlement à la recherche de la paix se développe l'idée qu'une protection centrée sur l'individu et non plus seulement sur le groupe est nécessaire pour ne pas voir se répéter les atrocités commises par les régimes totalitaires. Les droits de l'homme deviennent progressivement une composante intégrante de la paix, au même titre que la démocratie. Il n'est plus question de privilégier un aspect et de négliger l'autre puisqu'ils sont indispensables l'un à l'autre. Sans droits de l'homme, pas de paix; sans démocratie, pas de droits de l'homme¹².
15. Lorsqu'en août 1941, Churchill pour la Grande-Bretagne et Roosevelt pour les Etats-Unis signent la Charte de l'Atlantique, l'idée de créer l'ONU est esquissée et quelques principes de paix pour l'après-guerre déjà définis. Ces lignes directrices sont reprises lors de la signature par 25 alliés, le 1 janvier 1942, de la Déclaration des Nations Unies¹³. Les

¹² Dans son article consacré au Pacte II, Rouiller insiste également sur le lien unissant la paix et les droits de l'homme: «Garantir de manière effective à tous les individus de tous les pays la globalité des droits inhérents à la personne humaine est une condition de base de la sécurité internationale. La paix entre les nations ne sera affirmée que le jour où les états auront pour objectif politique premier l'épanouissement de l'être humain dans un cadre démocratique et sauvegarderont, partant, selon un standard minimal convenu, les libertés individuelles, les droits des minorités et - dans la mesure de leurs disponibilités matérielles - les droits économiques, sociaux et culturels des populations qui vivent sur leur territoire. »; Rouiller, PACTE II, p.107.

Le Message du Conseil fédéral relatif aux Pactes (FF 1991 I 1129), dans la mesure où il assimile l'adhésion aux Pactes à un instrument de politique étrangère suisse, unit lui aussi les deux notions de paix et de droits de l'homme (voir spécialement le point 32 du Message).

¹³ C'est la première utilisation officielle de la dénomination « Nations Unies ».

obstacles de la guerre ralentissant les aspirations de chacun, il faudra attendre la seconde moitié de 1944 pour voir les initiatives qui ont germé en 1941 devenir plus palpables avec les travaux des juristes américains, anglais, russes et chinois réunis à Dumbarton Oaks. Un premier projet pour la future organisation y est rédigé.

16. La Conférence de Yalta, outre le tristement célèbre « partage de l'Europe en zones d'influence », permet aux Etats-Unis, à la Grande-Bretagne et à l'Union Soviétique de confronter leurs visions et de prendre quelques décisions majeures ayant trait à l'organisation telle que projetée. Le fait qu'une place prépondérante soit réservée aux principes idéalistes américains consacrant la liberté d'expression, la liberté de croyance, la délivrance de la peur et la garantie des besoins essentiels¹⁴ témoigne du changement de perspective déjà relevé plus haut, perspective qui se focalise dorénavant beaucoup plus sur l'individu et ses droits que par le passé. Entre le 25 avril et le 25 juin 1945, les 51 alliés contre l'Allemagne se réunissent à San Francisco, à l'instigation des trois puissances présentes à Yalta. Cette conférence, dont le but est de finaliser les textes et de créer l'ONU, permettra d'examiner pas moins de 547 amendements aux propositions faites par les juristes de Dumbarton Oaks. Le texte final de la Charte sera signé le 26 juin 1945 et entrera en vigueur le 24 octobre 1945, après sa ratification par l'URSS¹⁵.
17. Il n'est pas superflu de nous attarder ici sur cette Charte dont le contenu - du point de vue des droits de l'homme - s'écarte clairement du silence qui caractérisait le Pacte de la SDN. Les références aux droits fondamentaux sont multiples dans le document fondateur de l'ONU, témoins de cette attitude nouvelle qui voit dans ces droits la pierre angulaire de l'édifice international. A côté des déclarations de volonté affichées dans le Préambule¹⁶, l'article premier est des plus significatifs dans la mesure où, en fixant les buts des Nations Unies, il distingue

¹⁴ « Freedom of expression, of belief, from fear and from want ».

¹⁵ Cette date marque la naissance officielle de l'ONU.

¹⁶ « Nous, peuples des Nations Unies, résolus (...) à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine, dans l'égalité des droits des hommes et des femmes, ainsi que des nations, grandes et petites, (...) »; Préambule de la Charte des Nations Unies, 2ème paragraphe.

clairement entre les droits des peuples¹⁷ et les droits attachés à l'individu pour lui-même¹⁸, confirmant ainsi la tendance déjà soulignée d'un passage à une vision plus individualisée des droits de l'homme. Même s'il ne s'agit jusqu'ici que de buts exprimés en termes très généraux, le fait d'avoir érigé les droits de l'homme en point cardinal de l'activité de l'organisation ne saurait être sous-estimé, puisque l'orientation donnée par l'acte fondateur va sous-tendre tous les efforts décisionnels et législatifs ultérieurs. L'exposé, dans les chapitres subséquents de la Charte, des tâches¹⁹ et des organes créés²⁰ ne fait que confirmer l'importance nouvelle attribuée au combat pour les droits individuels.

18. Réunie immédiatement après la Conférence de San Francisco, la Commission préparatoire de l'ONU recommande à l'ECOSOC de créer - dès sa première séance - une Commission pour le progrès des droits de l'homme, en application de l'art. 68 de la Charte. Cette Commission sera établie en 1946, plaçant les droits de l'homme au centre des préoccupations dès les premiers balbutiements de l'organisation. Au-delà de ces avancées institutionnelles, maints juristes pensaient que

17 Art. 1 ch. 2 Charte ONU:

« Les buts des Nations Unies sont les suivants:

(...)

2. Développer entre les nations des relations amicales fondées sur le respect du principe de l'égalité de droit des peuples et de leur droit à disposer d'eux-mêmes, et prendre toutes autres mesures propres à consolider la paix du monde. »

18 Art. 1 ch. 3 Charte ONU:

« Les buts des Nations Unies sont les suivants:

(...)

3. Réaliser la coopération internationale en résolvant les problèmes internationaux d'ordre économique, social, intellectuel ou humanitaire, en développant et en encourageant le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion ».

19 Nous référons particulièrement à l'art. 55 lit. c Charte ONU, selon lequel:

« (...) les Nations Unies favoriseront:

(...)

c. le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion. »

20 Le chapitre X institue un « Conseil économique et social », abrégé ECOSOC, dont l'une des fonctions est « d'assurer le respect effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous » (art. 62 al. 2 Charte ONU).

l'idée même de promulguer une charte internationale protégeant les droits de l'homme était implicite à la Charte des Nations Unies²¹.

19. Lors de la première session de l'Assemblée générale de l'ONU, à Londres en 1946, un projet de déclaration sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales est appréhendé, lequel projet sera transmis par l'Assemblée générale à l'ECOSOC « pour que la Commission des droits de l'homme l'examine lorsqu'elle élaborera une déclaration universelle des droits de l'homme ». Cette Commission, à sa première session en 1947, autorise son Bureau à formuler un « projet préliminaire de déclaration internationale des droits de l'homme », travail repris ensuite par un comité de rédaction officiel composé de huit membres de la Commission, sélectionnés en fonction de critères de répartition géographique.
20. Des divergences de vues surgissent quant à la forme que devra revêtir la Charte des droits de l'homme. Le Comité de rédaction choisit d'élaborer deux documents de travail distincts: une déclaration où seront définis les normes et principes généraux des droits de l'homme, d'une part, et une convention énonçant les droits spécifiques et leurs limitations, d'autre part. Des projets d'articles sont proposés pour l'un et l'autre des volets. A la fin de l'année 1947, la Commission des droits de l'homme décide que l'ensemble des documents en préparation seront regroupés sous la dénomination « Charte internationale des droits de l'homme » et instaure trois groupes de travail en fonction des domaines à régler (déclaration générale, pacte avec droits spécifiques et mesures d'application). Du 24 mai au 15 juin 1948, la Commission des droits de l'homme révisé le projet de déclaration, enrichie par les nombreuses observations émanant de gouvernements. En raison du manque de temps, cette déclaration sera la seule soumise au vote de l'Assemblée générale de l'ONU par l'intermédiaire de l'ECOSOC lors de sa réunion

²¹ A ce titre, il est intéressant de noter que le Préambule de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, conclue à New-York le 10 décembre 1984 (entrée en vigueur pour la Suisse le 26 juin 1987, RS 0.105) exprime clairement cette idée:

« Les Etats parties à la présente Convention,
...Considérant que les Etats sont tenus, en vertu de la Charte (des Nations Unies), en particulier de l'article 55, d'encourager le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales ... »

à Paris. Par 48 voix pour, aucune contre et 8 abstentions²², l'Assemblée générale adopte et proclame la Déclaration universelle des droits de l'homme, le 10 décembre 1948. C'est la première fois que la communauté internationale s'accorde sur une déclaration en matière de droits de l'homme et de libertés fondamentales²³.

21. Ce survol hâtif de la genèse de la Déclaration universelle des droits de l'homme n'a d'autre prétention que celle de poser le cadre historique qui est à la base des actes et textes subséquents. Nous ne saurions néanmoins passer sous silence le contenu lui-même de cette Déclaration, sur lequel nous nous pencherons donc au point 2.2.2.2. Avant cela, une simple énumération sélective des tentatives et succès de codification des droits de l'homme au niveau international marquera quelques jalons utiles pour replacer les textes objets de notre étude dans une perspective plus large incluant une multitude d'actes hétérogènes.
22. Si une chose apparaît comme d'ores et déjà claire, c'est justement l'absence de clarté de nombreux textes qui s'emboîtent sans grande structure et parmi lesquels il est souvent bien difficile de distinguer les déclarations de volonté et les effets obligatoires, les fins et les moyens²⁴. Au milieu de cette pléthore de conventions, les Pactes de 1966 relatifs aux droits de l'homme ont l'immense mérite de viser tous les droits de l'homme ou presque²⁵, d'être articulés entre eux avec un minimum de

²² Se sont abstenues: l'URSS, cinq démocraties populaires (Biélorussie, Tchécoslovaquie, Pologne, Ukraine, Yougoslavie), l'Arabie Saoudite et la République Sud-Africaine.

²³ Voir à cet égard, Rouiller, PACTE II: « (C'est dans la DUDH) qu'a été dressé, pour la première fois, un catalogue des droits civils et politiques et aussi des droits économiques, sociaux et culturels, auxquels les membres de la communauté internationale seraient appelés à s'adapter progressivement. Cette déclaration est le premier instrument juridique que l'homme se soit donné pour se protéger partout contre toutes les formes d'abus du pouvoir auquel la vie en société le conduit à abandonner un certain nombre de ses prérogatives personnelles. »; p.107-108.

²⁴ La principale pierre d'achoppement réside dans le système de contrôle et son degré (ou son acuité) qui demeurent extrêmement variables d'une convention à l'autre.

²⁵ L'ONU a concentré ses efforts sur des aspects sectoriels et particulièrement évidents des droits de l'homme, comme l'interdiction de l'esclavage ou la discrimination en fonction de la race et du sexe. Les rapports entre ces conventions spéciales et les mêmes droits garantis par les Pactes ne nous semblent pas toujours

logique, et surtout de proposer un contrôle de leur application par des organes indépendants, accessibles sous certaines conditions aux particuliers. Jusqu'où ce système - séduisant sur le papier - a des répercussions effectives pour les individus reste la grande interrogation, à laquelle cette thèse tentera d'apporter quelques éléments de réponse.

23. L'étude grossière des travaux des Nations Unies met en évidence leur fantastique diversité, dont certains éléments factuels, décisionnels ou normatifs émergent. Chronologiquement, nous relèverons les efforts en matière de liberté d'information et de la presse, de prévention des discriminations et de protection des minorités²⁶, de suppression de la traite des personnes et de la prostitution²⁷, de répression du génocide²⁸, d'interdiction de l'esclavage²⁹, de droits de l'enfant³⁰, d'élimination de

aussi limpides que le simple rapport *lex specialis-lex generalis*, et ce dans la mesure où l'applicabilité directe de ces droits cède souvent le pas à la simple déclaration de bonne volonté politique qui affaiblit grandement les conventions spéciales. Ces dernières sont au surplus souvent assorties de réserves si larges qu'elles vident le texte de sa substance.

- ²⁶ La Commission des droits de l'homme a établi, dès 1947, une série de sous-commissions qui seront également chargées d'élaborer des conventions. Le 10 février 1947, ce sont les sous-commissions sur la liberté d'information et de la presse et sur la prévention des discriminations et la protection des minorités qui voient le jour.
- ²⁷ L'Assemblée générale adopte le 2 décembre 1949 une convention sur la suppression de la traite des personnes et l'exploitation de la prostitution des autres. Entrée en vigueur: 25 juillet 1951 (N.U., Recueil des traités, vol. 96, p. 271 ss.).
- ²⁸ Entrée en vigueur le 12 janvier 1951 de la convention sur le génocide (N.U., Recueil des traités, vol. 78, p. 277); le 7 décembre 1987, l'Assemblée générale adopte 34 textes relatifs aux droits de l'homme, spécialement au génocide. Des efforts considérables sont également entrepris afin de juger les auteurs de crimes de génocide; voir à ce propos les travaux du Tribunal pénal international instauré pour poursuivre et juger les responsables des événements de l'ex-Yougoslavie (ENCYCLOPEDIA, p. 1587 s.) et du Rwanda (ENCYCLOPEDIA, p. 1588).
- ²⁹ Le 19 mars 1951, l'ECOSOC institue un comité ad hoc sur le travail forcé; le 23 octobre 1953, les fonctions de la SDN dans le domaine de la lutte contre l'esclavage sont transmises à l'ONU; le 7 septembre 1956, la Convention sur l'abolition de l'esclavage, du commerce d'esclaves et des institutions et pratiques assimilées à l'esclavage est signée par 33 Etats (N.U., Recueil des traités, vol. 182, p. 51).

la discrimination raciale³¹ et à l'égard des femmes³², de suppression de l'Apartheid³³, d'interdiction de la torture³⁴, de liberté de religion et de croyance³⁵, de protection des non-nationaux et des apatrides³⁶, pour ne

-
- 30 Le 20 novembre 1959, l'Assemblée générale adopte la Déclaration sur les droits de l'enfant (ENCYCLOPEDIA, p. 212 ss.); le 5 octobre 1962, elle adopte une convention sur le consentement au mariage, l'âge minimum pour le mariage et l'enregistrement du mariage; le 26 janvier 1990, 59 gouvernements signent la convention sur les droits de l'enfant, texte qui est aujourd'hui très proche de l'universalité (à moins de dix états près, dont la Suisse).
- 31 Le 20 novembre 1963, l'Assemblée générale adopte la Déclaration sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale (RS 0.104); le 21 décembre 1963, elle adopte une convention portant sur le même objet et qui entre en vigueur le 4 janvier 1969; le 8 janvier 1976, les 88 Etats parties à cette convention internationale sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale créent le comité pour l'élimination des discriminations raciales; le 16 décembre 1978 - suite à la conférence mondiale contre le racisme et la discrimination raciale qui s'est tenue en août 1978 - l'Assemblée générale adopte 6 résolutions visant la fin du racisme et de la discrimination raciale dans divers secteurs.
- 32 Le 20 décembre 1952, l'Assemblée générale approuve la convention sur les droits politiques des femmes qui entre en vigueur le 7 juillet 1954; le 7 novembre 1967, elle adopte à l'unanimité la déclaration sur l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes; le 18 décembre 1979, elle adopte une convention internationale portant sur le même objet; d'une manière générale et tout au long des années, l'ONU s'occupera beaucoup de la protection des femmes (ENCYCLOPEDIA, p. 1590 ss.).
- 33 Le 30 novembre 1973, l'Assemblée générale adopte la Convention internationale sur la suppression et la répression du crime d'Apartheid. Les bouleversements survenus en Afrique du Sud ont fort heureusement rendu cette convention largement sans objet actuel (ENCYCLOPEDIA, p. 81 ss.).
- 34 Le 9 décembre 1975, l'Assemblée générale adopte la Déclaration sur la protection de toutes personnes contre la torture et les autres peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants; le 10 décembre 1984, elle adopte la Convention portant sur le même objet et qui entrera en vigueur le 26 juin 1987 (RS 0.105); le 7 décembre 1987, l'Assemblée générale adopte 34 textes relatifs aux droits de l'homme, spécialement à la torture.
- 35 Le 25 novembre 1981, l'Assemblée générale adopte une Déclaration sur l'élimination de toutes formes d'intolérance et de discrimination basée sur la religion ou la croyance (ENCYCLOPEDIA, p. 558).
- 36 Le 6 juin 1960 entre en vigueur la Convention garantissant les droits économiques, sociaux et judiciaires de base - « basic economical, social and legal rights » - pour les apatrides; le 13 décembre 1985, l'Assemblée générale approuve une

citer que les domaines les plus récurrents. A côté de ces droits de première génération³⁷ qui sont abordés ici de façon sectorielle, des tentatives pour protéger également les droits de deuxième et troisième génération ont progressivement vu le jour³⁸.

24. L'intense activité législative de l'ONU nous place devant la question fondamentale à tout ordre qui se veut juridique: ces normes ont-elles un caractère obligatoire pour les Etats, d'une part, et en quoi améliorent-elles la situation concrète des individus, d'autre part ? Sans entrer dans les détails que cette problématique ne manque de soulever, nous dirons simplement que d'une manière générale le degré de justiciabilité de ces droits reste faible. Il y a évidemment quelques-uns de ces textes - les Conventions - qui cherchent à imposer une réelle obligation aux Etats s'engageant à les respecter; le contrôle de ce respect demeure toutefois

Déclaration sur les droits des non-nationaux dans l'Etat dans lequel ils vivent garantissant notamment le droit à la vie, la sécurité personnelle, le droit à la vie privée, le droit au mariage, la liberté de pensée et de religion, l'égalité devant les tribunaux, le droit de quitter le pays et le droit à la propriété individuelle (ENCYCLOPEDIA, p. 1399 ss.); le 18 décembre 1990, l'Assemblée générale approuve la Convention internationale sur la protection des droits des travailleurs migrants et des membres de leur famille (ENCYCLOPEDIA, p. 1035 ss.).

³⁷ Selon la terminologie de Vasak (UDHR), la première génération des droits de l'homme tend à garantir les droits civils et politiques, la deuxième les droits économiques, sociaux et culturels, la troisième les autres droits tels le droit à la paix, au développement, à un environnement non pollué.

³⁸ Le 12 décembre 1974, l'Assemblée générale adopte la Charte des droits et obligations économiques des Etats - « Charter on the Economic Rights and Duties of States » -; le 14 décembre 1981, elle déclare inaliénable le droit au développement, ce qu'elle confirme à nouveau le 18 décembre 1982 - « the right to development is an inalienable right » -; après une série de résolutions adoptées en 1985 et constatant la détérioration continue de la situation économique et sociale dans le monde, l'Assemblée générale approuve le 4 décembre 1986 une Déclaration sur le droit au développement (ENCYCLOPEDIA, p. 361 ss.); dans le même esprit, elle avait déclaré le 12 novembre 1984 un droit sacré à la paix - « peoples of our planet have a sacred right to peace » - dont la préservation devient une obligation fondamentale incombant à chaque Etat. Il est patent que ces déclarations se limitent à un engagement moral et non pas juridique. D'une façon générale, nous regrettons que l'ONU se soit si souvent laissée aller à la tentation d'incorporer dans des instruments juridiques un contenu que tous entendaient dans son seul sens moral. La clarté en souffre et une telle pratique affaiblit ceux des droits qui pourraient potentiellement être subjectifs et justiciables.

très lâche. Quant aux particuliers qui voudraient se prévaloir d'une Déclaration, ils n'ont pour l'heure d'autre recours que celui de se faire entendre par l'intermédiaire des organisations non-gouvernementales³⁹ et ce d'autant plus que ce type de texte ne prévoit habituellement de droits et d'obligations qu'à charge de ceux qui bénéficient de la personnalité juridique internationale, à savoir principalement les Etats (et le CICR partiellement). Ces quelques remarques qui se veulent réalistes plutôt que pessimistes ne valent pas pour les deux Pactes de 1966 et les Protocoles facultatifs, dont le système de contrôle contribue grandement à dépasser le stade du simple engagement moral et des spéculations politiques qui sous-tendent habituellement les dispositions plus programmatiques que véritablement protectrices.

2.2.2.2. La Déclaration Universelle des Droits de l'Homme

25. Une réflexion sur ce texte cardinal de la DUDH est non seulement très enrichissante, un tel détour - même limité à une énumération qui risque de se révéler un peu formelle - s'impose tout naturellement à qui entend comprendre les Pactes de 1966 relatifs aux droits civils et politiques et aux droits économiques, sociaux et culturels tant du point de vue de leur origine que de leur contenu. Très vite, le lecteur verra se dessiner les similitudes entre les formules de la DUDH et les articles plus spécifiques et plus précis des Pactes, similitudes qu'explique le lien historique qui unit les textes de 1966 à celui de 1948. Nous nous en tiendrons à une description formaliste, plus proche d'une énumération que d'une réelle analyse. La fonction avant tout programmatique de la DUDH fait qu'elle est d'importance décisive lorsqu'on considère l'évolution historique, mais qu'elle a une influence beaucoup plus modeste dès qu'il est

³⁹ En 1946 déjà, l'ECOSOC donne le statut consultatif aux ONG, statut qu'elle clarifiera en 1950. Depuis lors, ces organisations font en quelque sorte partie du paysage international, particulièrement en ce qui concerne la protection des droits de l'homme, domaine où leur rôle de dénonciateur des violations les a souvent transformées en observateurs privilégiés. Leur impact politique et moral ne doit pas être sous-estimé, malgré certains abus. Leur activité militante a souvent contribué à éveiller la conscience internationale et à catalyser le processus de codification. En l'absence d'une possibilité octroyée au particulier de faire valoir ses droits ou de dénoncer une situation contraire aux textes internationaux en vigueur, les ONG constituent le maillon essentiel grâce auquel un lien, aussi ténu soit-il, peut être établi entre les textes et la réalité des faits.

question de trancher de quels droits le particulier peut réellement se prévaloir.

26. Le préambule et les 30 articles qui composent cette Déclaration reposent sur des idées philosophiques très fortes, prenant racine dans la tradition humaniste - que d'aucuns dénoncent comme trop clairement imprégnée par les valeurs occidentales. Ce fondement idéologique est explicitement traduit dans l'art. 1, lequel a fonction de principe général⁴⁰.
27. Le préambule dessine également des lignes directrices cruciales: entre autres, il fait de la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables une prémisses de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. Après une claire référence aux atrocités de la Seconde Guerre Mondiale, il reprend le but que les Américains attachaient à la création des Nations Unies, à savoir la liberté d'expression et de croyance ainsi que la protection contre la terreur et la misère⁴¹. D'inspiration positiviste, il stipule que le droit doit protéger les droits de l'homme pour éviter le recours suprême à la révolte contre la tyrannie et l'oppression. Il prescrit une coopération entre l'ONU et les Etats pour assurer le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales, respect qui sera grandement facilité par l'adoption d'une conception commune des droits et libertés. Finalement, l'Assemblée générale proclame dans cette DUDH l'idéal commun de tous les peuples et de toutes les nations, la tâche revenant aux individus et organes de la société d'en favoriser la reconnaissance et l'application universelles et

⁴⁰ Nous adhérons entièrement à l'interprétation officielle qui est donnée par les organes de l'ONU à cet article définissant les idées fondamentales dont s'inspire la Déclaration, à savoir:

1) le droit à la liberté et à l'égalité est un droit acquis dès la naissance et qui ne saurait être aliéné;

2) comme l'homme est un être moral et doué de raison, il diffère des autres créatures de la terre et peut en conséquence prétendre à certains droits et à certaines libertés dont les autres créatures ne jouissent pas.

Voir aussi les explications données dans la Fiche d'information n°2, publiée par les NU, intitulée « Droits de l'homme - Charte internationale des droits de l'homme », Genève, 1988.

⁴¹ Cf. n. 14.

effectives par des mesures progressives, nationales et internationales, d'enseignement et d'éducation.

28. Suivent les droits autonomes qui peuvent être classés en deux catégories distinctes⁴²:
- art. 2 à 21 DUDH: liste des droits s'apparentant aux droits civils et politiques, protégeant l'individu en tant qu'être humain;
 - art. 22 à 27 DUDH: droits de type économique, social et culturel, indispensables à la dignité de l'homme et au libre développement de sa personnalité, garantis à l'individu « en tant que membre de la société ». Au-delà des efforts nationaux et de la coopération internationale, ils sont tributaires des ressources disponibles dans chaque pays (art. 22 DUDH).
29. Le premier catalogue comprend les droits fondamentaux attachés à la personne humaine: la non discrimination dans l'application des droits (art. 2 DUDH), le droit à la vie, à la liberté et à la sûreté de la personne (art. 3 DUDH), l'interdiction de l'esclavage et de la servitude (art. 4 DUDH), de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (art. 5 DUDH), la reconnaissance en tous lieux de la personnalité juridique (art. 6 DUDH), l'égalité devant et dans la loi et la protection égale contre les discriminations (art. 7 DUDH), le recours judiciaire effectif en cas de violation des droits fondamentaux (art. 8 DUDH), l'interdiction des arrestations et détentions arbitraires et de l'exil (art. 9 DUDH), le droit d'être entendu par un tribunal indépendant et impartial (art. 10 DUDH), la présomption d'innocence et la non rétroactivité des lois pénales (art. 11 DUDH), la protection de la sphère privée au sens large (art. 12 DUDH), la liberté de circuler et de s'établir à l'intérieur d'un Etat et le droit de quitter son pays et d'y revenir (art. 13 DUDH), le droit d'asile et ses conditions (art. 14 DUDH), le droit à une nationalité (art. 15 DUDH), le droit au mariage et à la protection de la famille (art. 16 DUDH), le droit à la propriété (art. 17 DUDH), la

⁴² Le texte même de la DUDH, en raison de son contenu dichotomique, porte en lui la césure qui permettra de répartir la protection des droits de l'homme au sens large entre les deux Pactes, sans qu'au niveau logique la protection n'en devienne pour autant boiteuse. Le lecteur verra immédiatement la parenté évidente qui lie les art. 4 à 21 DUDH au Pacte II et les art. 22 à 27 DUDH au Pacte I, liens que le tableau synoptique des droits garantis (2.3.5. Tableau synoptique des droits garantis, § 63 ss.) met également en évidence.

liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 18 DUDH), la liberté d'opinion et d'expression (art. 19 DUDH), la liberté de réunion et d'association (art. 20 DUDH) et le droit de prendre part - directement ou par représentation - à la direction des affaires publiques de son pays, l'accès aux fonctions publiques et l'organisation périodique d'élections honnêtes, au suffrage universel et au vote secret (art. 21 DUDH).

30. Contrastant avec cette liste de droits classiquement représentés comme ne requérant de la part de l'Etat qu'une abstention, ceux du second groupe sont habituellement dépendants d'une action étatique positive: le droit tout général à la sécurité sociale (art. 22 DUDH), le droit au travail, à des conditions de travail équitables et satisfaisantes, à une protection contre le chômage, à un salaire égal pour un travail de valeur égale, à une rémunération digne et la liberté syndicale (art. 23 DUDH), le droit au repos et aux loisirs, donc à une limitation de la durée de travail et à des vacances périodiques (art. 24 DUDH), le droit à un niveau de vie suffisant et à une protection contre le chômage, la maladie, l'invalidité, la vieillesse, le veuvage ou tout autre circonstance qui entraîne la perte involontaire de ses moyens de subsistance (art. 25 al. 1 DUDH), la protection de l'enfance et l'assistance en cas de maternité (art. 25 al. 2 DUDH), le droit à l'éducation avec ses corollaires (art. 26 DUDH) et la liberté de participer à la vie culturelle et scientifique (art. 27 DUDH). La différence de nature qui existe entre les droits des deux catalogues est si patente que nous ne nous y attarderons pas ici et renvoyons simplement à la doctrine - notamment à l'auteur de la théorie des générations, Vasak - en la matière. Des voix s'élèvent pour contester cette vision dichotomique, mais nous y reviendrons (§ 188-189).
31. Viennent ensuite trois dispositions ne garantissant pas des droits autonomes mais s'appliquant à tous les droits énoncés plus haut. L'art. 28 - dont le caractère volontariste est extrêmement marqué - promeut le droit à ce que règne sur le plan social et international un ordre permettant la réalisation effective des droits de la DUDH. Le rappel des devoirs de chacun envers la communauté, des conditions de la limitation de l'exercice et de la jouissance des droits et libertés et l'interdiction de tout comportement contraire aux buts et principes des Nations Unies (art. 29 DUDH) a une valeur générale qui ne surprend guère et s'apparente à bien des égards aux systèmes limitatifs des droits

fondamentaux tels que nombre d'ordres juridiques nationaux les connaissent. La DUDH s'achève sur une « clause de déchéance », laquelle interdit d'invoquer un droit ou une liberté inclus dans la DUDH pour justifier une activité ou des actes visant à la destruction des droits et libertés garantis par cette même DUDH.

32. Lorsque nous nous pencherons de la même manière sur le contenu des Pactes, nous ne manquerons de relever leurs similitudes flagrantes avec la DUDH. En ce sens, l'énumération quelque peu aride que nous avons faite des droits et libertés de la DUDH a toute sa raison d'être. Au-delà de leur ressemblance, la DUDH et les Pactes sont néanmoins séparés par l'obstacle de l'effet obligatoire pour les Etats et de l'applicabilité directe aux individus. Pour ce qui est des Pactes, ce problème est crucial du point de vue de notre étude et sera largement évoqué plus bas; s'agissant de la DUDH, une analyse même superficielle nous autorise à exclure d'emblée l'effet obligatoire pour les Etats et l'application directe en faveur du particulier. L'argument est double. D'une part, une « déclaration » n'a en droit international public pas la même force qu'une « convention » et transcrit généralement des engagements que nous qualifierons de bonne volonté. D'autre part, le contrôle de l'application de ces droits n'existe pas. Or, le droit sans sanctions n'est pas du droit. Nous ne trancherons cependant pas ici la question de savoir si certaines dispositions particulièrement fondamentales appartiennent aux normes de *ius cogens* et s'appliquent donc indépendamment de toute adhésion expresse, comme certains auteurs aiment à le dire.

2.2.2.3. De la DUDH aux Pactes de 1966

33. Le rayonnement qu'aura la DUDH dès son adoption la place littéralement au firmament des textes consacrés aux droits de l'homme et nous permet de la comparer à une véritable « étoile polaire » en la matière. Elle fournira la base et la justification à nombre d'actes⁴³ et

⁴³ De nombreux textes onusiens - généraux ou traitant spécifiquement de problèmes liés à l'un ou à l'autre des articles de DUDH - font référence à la DUDH et en revendiquent l'esprit (voir à titre d'exemple le Préambule de la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants - RS 0.105).

décisions cardinales⁴⁴ de l'ONU et de ses organismes, servira d'inspiration pour beaucoup de textes internationaux conclus sous l'auspice des Nations Unies ou d'autres organisations régionales⁴⁵, influencera la rédaction des traités bi- et multilatéraux, de certaines constitutions nationales⁴⁶ et lois internes et - enfin - guidera les opinions de nombreux juges, notamment à la Cour Internationale de Justice. En d'autres termes, la DUDH - à défaut d'être juridiquement obligatoire et directement invocable par des particuliers devant les instances nationales ou internationales - aura une valeur interprétative pour de nombreux textes. De surcroît, elle va acquérir une force morale à la dimension de la nouvelle vision de l'homme que l'ONU et d'autres organismes tendent à promouvoir, et devenir une sorte d'étalon à l'aune duquel les Etats se mesureront.

34. Preuves de la pérennité des efforts consentis suite à la Seconde Guerre Mondiale, les conférences périodiques, plus ou moins médiatisées, consacrées à cette problématique des droits de l'homme⁴⁷ et les

⁴⁴ La DUDH est régulièrement citée comme base d'action (nous pensons entre autres à l'envoi par les instances dirigeantes de l'ONU de troupes de maintien de la paix dans des régions où les droits de l'homme sont bafoués ou encore aux sanctions économiques qui sont régulièrement prises à l'encontre d'Etats coupables de telles violations).

⁴⁵ La CEDH se réfère, dans son Préambule, à la DUDH:
« Les gouvernements signataires, membres du Conseil de l'Europe,
Considérant la Déclaration universelle des Droits de l'Homme, proclamée par l'Assemblée générale des Nations Unies le 10 décembre 1948,
Considérant que cette déclaration tend à assurer la reconnaissance et l'application universelles et effectives des droits qui y sont énoncés
Résolus, en tant que gouvernements d'Etats européens animés d'un même esprit et possédant un patrimoine commun idéal et de traditions politiques, de respect de la liberté et de prééminence du droit, à prendre les premières mesures propres à assurer la garantie collective de certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle ... ».

⁴⁶ Voir à cet égard la toute récente Constitution sud-africaine qui contient un catalogue de droits fondamentaux dont la systématique et le contenu ne sont pas sans rappeler des formules utilisées dans la DUDH (et dans les Pactes, évidemment).

⁴⁷ La Proclamation de Téhéran, adoptée par la Conférence internationale des droits de l'homme qui s'est tenue en Iran en 1968, reconnaît que « la Déclaration universelle des droits de l'homme exprime la conception commune qu'ont les peuples du monde entier des droits inaliénables et inviolables inhérents à tous les membres de

déclarations faites à l'occasion d'événements marquants⁴⁸ rappellent fréquemment les engagements pris, tout en dénonçant les lenteurs qui font obstacle à leur réalisation véritable. Très vite, avant même l'adoption de la DUDH, le besoin de dépasser les obligations morales pour les rendre juridiques et justiciables s'est fait pressant: la genèse des Pactes - largement commune du reste - avait débuté.

35. Schématiquement, l'ensemble de ce processus peut être scindé en quatre phases: la préparation (1947-1948), les projets (1948-1954), les délibérations (1954-1966) et l'acceptation (dès 1966).
36. Préliminaire obligé, la phase préparatoire a pour dessein l'élaboration de documents qui puissent servir de base à une discussion ultérieure. La Commission des droits de l'homme⁴⁹ se verra attribuer cette tâche, largement déléguée ensuite à son Comité de rédaction⁵⁰. A ce stade déjà, un certain nombre de problèmes conceptuels vont émerger, principalement liés aux conséquences légales de l'établissement d'un contrôle international pour l'application effective des droits garantis. Un autre obstacle est constitué par le fait que la notion de « catalogue de droits fondamentaux »⁵¹ n'existe pas encore en droit international public. Deux écoles vont ici s'opposer: d'une part, ceux qui défendent l'approche par voie de « déclaration » (règles morales; universelles mais au caractère obligatoire limité) et, d'autre part, les tenants de la voie conventionnelle (règles ayant comme corollaire l'obligation légale

la famille humaine et constitue une obligation pour les membres de la communauté internationale » et adjure tous les peuples et tous les gouvernements « de se faire les défenseurs de ces principes et de redoubler d'efforts pour que tous les êtres humains puissent, dans la liberté et la dignité, s'épanouir sur le plan physique, mental, social et spirituel ». L'interdépendance de plusieurs types de droits est ici flagrante. Cette position resurgira de manière similaire à la Conférence des Nations Unies de Vienne de 1993, consacrée à la même question des droits de l'homme.

48. Le 8 décembre 1988, à l'occasion du 40ème anniversaire de la DUDH, l'Assemblée générale des Nations Unies souligna l'interdépendance entre les droits civils et politiques et les droits économiques, sociaux et culturels et appela à leur développement parallèle.
49. Etablie le 16 février 1946 par l'ECOSOC.
50. Les huit membres de ce Comité de rédaction seront: l'Australie, le Chili, la Chine, la France, le Liban, l'URSS, le Royaume-Uni et les Etats-Unis.
51. Traduction maladroite du terme plus approprié de « Bill of Rights ».

d'adapter son ordre interne et de ne pas adopter des textes nationaux contraignants; caractère obligatoire plus marqué mais pas universel). Un compromis est trouvé en 1947: la Charte internationale des droits de l'homme aura plusieurs textes, dont la préparation commence simultanément. Le lecteur l'aura compris: un embranchement mènera à la DUDH et un autre aux Pactes et aux Protocoles facultatifs.

37. De 1949 à 1954, soit de sa troisième à sa dixième session, la Commission des droits de l'homme sera le forum où le projet de Convention sera discuté et amélioré. Procédant article par article et s'évertuant à trancher au mieux des points particulièrement sensibles⁵², ces réunions d'experts vont beaucoup gagner par le large apport d'idées nouvelles. Les commentaires intermédiaires faits par les gouvernements, le travail scientifique et préparatoire de l'ECOSOC, les avis et recommandations des organisations rattachées à l'ONU, des ONG et des organisations régionales de codification des droits de l'homme (par ex.: le Conseil de l'Europe) vont enrichir les débats. De cette période, nous retiendrons essentiellement la décision, prise en 1952, d'assurer la protection souhaitée par deux Pactes (et non pas par un seul comme envisagé initialement) et ce après des interventions devant l'Assemblée générale allant dans ce sens⁵³. Suite à un consensus sur les projets, la Commission des droits de l'homme transmet - le 16 avril 1954, lors de sa dixième session - ses deux textes distincts à l'ECOSOC puis à la

⁵² Nous pensons ici, outre les désaccords sur certains droits substantiels, aux compromis qu'il a fallu trouver en ce qui concerne les mesures de mise en oeuvre, la clause des Etats fédéraux, l'établissement, la composition et les compétences du Comité des Droits de l'Homme - voué à devenir l'organe central de la mise en oeuvre - et l'admissibilité des réserves et des objections aux réserves.

⁵³ En 1950, l'Assemblée générale adopte une résolution stipulant que « la jouissance des libertés civiles et politiques et celle des droits économiques, sociaux et culturels sont liées entre elles et se conditionnent mutuellement ». En 1951, suite à un long débat, l'Assemblée générale prie la Commission des droits de l'homme « de rédiger ... deux pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme, l'un portant sur les droits civils et politiques, l'autre sur les droits économiques, sociaux et culturels ». Recommandant leur élaboration parallèle et simultanée, l'Assemblée générale souligne les liens étroits qui devront exister entre les deux textes, notamment par l'inclusion d'un grand nombre de dispositions similaires.

Troisième Commission de l'Assemblée générale⁵⁴, en vue d'entamer la phase des délibérations qui se poursuivra jusqu'en 1966.

38. Le choix consenti par ce Troisième Comité de ne pas réunir de conférence plénipotentiaire, mais d'examiner plutôt les projets en empiétant sur son temps et ses ressources propres, selon une procédure basée sur les art. 10 et 13 de la Charte des Nations Unies, a pour effet premier de maintenir un lien plus étroit avec l'Organisation. Il en résulte que les modifications affectant l'ONU durant cette décennie⁵⁵ ne seront pas sans effets sur les discussions⁵⁶. Une idée directrice reçoit néanmoins l'assentiment de tous: les chances de rendre les Pactes effectifs ne dépendent pas seulement de leur rédaction, une acceptation la plus large possible augmentera sensiblement la réalité de la mise en oeuvre⁵⁷. Dans cette perspective, des efforts conséquents seront déployés afin d'obtenir la plus grande adhésion possible, fût-ce au prix de compromis qui édulcorent les droits les plus controversés⁵⁸. Il a

54 Ce 3^{ème} Comité de l'Assemblée générale est le « Comité social, humanitaire et culturel », spécialisé dans ces matières.

55 Le nombre des membres de l'Assemblée générale fait plus que doubler en raison de l'accession à l'indépendance de territoires anciennement colonisés. Les Etats membres représentent maintenant des traditions juridiques et culturelles des plus variées. La participation à cette phase de l'élaboration des Pactes sera très forte quant au nombre d'Etats impliqués; seuls la Chine, les deux Allemagne, les deux Corée, les deux Vietnam, la Suisse et quelques micro-Etats n'y prenant pas part et excluant ainsi leur responsabilité du document final.

56 Seront notamment discutés avec ardeur le principe de l'auto-détermination des peuples et son corollaire, la libre disposition sur les ressources naturelles (par exemple: expropriation avec ou sans compensation?).

57 Voir notamment l'article de Pechota, COVENANT: « ... it (is) widely recognized that the effectiveness of the Covenant depended not only on the wording of its provisions but on its wide acceptance. Its structure and the character of its implementation ought to reflect the fact that within the ambit of human rights there was room for a wide divergence of state law and practice. Hence, the Covenant had to be a document of great generality, leaving the choice of specific measures to fill its broad guidelines to national institutions. », p. 55.

58 Parmi la multitude d'amendements qui seront présentés et acceptés, signalons le problème de la peine de mort en relation avec l'art. 6 Pacte II qui sera finalement réglé dans le Deuxième protocole facultatif et quatre des modifications de l'art. 14 Pacte II sur les garanties de procédure: le droit de communiquer avec le conseil de

cependant été soutenu par une partie de la doctrine que ce n'est pas tant le nombre des Etats parties, mais l'inconditionnalité de leur engagement qui est déterminant. En fait selon cette position, l'efficacité du traité est même dans bien des cas inversement proportionnelle au nombre d'Etats parties : plus il y a de parties, moins la pression de la mise en œuvre est grande.

39. Au terme de cette phase de délibérations, les textes furent sanctionnés par un vote - le 16 décembre 1966 - à l'Assemblée générale. Les résultats si largement favorables⁵⁹ laissent présager l'existence d'un véritable consensus quant à la formulation des droits. Les deux Pactes et le premier protocole facultatif seront ouverts à la signature le 19 décembre 1966⁶⁰. Or, et ce malgré les efforts de publicité entrepris par le Secrétaire général de l'ONU⁶¹, à l'enthousiasme du plénum de l'ONU va

son choix propre, le droit d'être présent à son procès, le respect des délais de procédure (pas de « undue delay ») et le droit de recours. A côté de la substance même des droits, la question du droit de recours individuel sera également l'objet de désaccords. La réticence des Etats sera d'autant plus forte que ce système aurait vocation à s'appliquer à toutes les situations et non pas de façon plus circonscrite, comme dans le seul précédent en la matière, à savoir le système de mise en œuvre de la Déclaration sur l'accèsion à l'indépendance de pays et peuples coloniaux de 1960 qui octroyait aussi un droit de recours individuel. Ces divergences mèneront à une construction à trois niveaux: le rapport étatique obligatoire, la conciliation facultative (communications étatiques) et le droit d'action individuel (requêtes individuelles) qui sera inclus dans un protocole facultatif. En contrepartie de cet affaiblissement, les pouvoirs du Comité des Droits de l'Homme seront élargis et le nombre de ses membres augmenté. Finalement, il sera également renoncé à inclure une clause sur les réserves; les Pactes seront ainsi soumis aux règles générales du droit international public et ultérieurement aux règles de la Convention de Vienne sur le droit des traités (adoptée le 23 mai 1969) relatives à l'admissibilité et aux effets des réserves (RS 0.111).

- ⁵⁹ Le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels est adopté par 105 voix pour, une abstention; le Pacte sur les droits civils et politiques par 106 voix pour (unanimité); le Premier protocole facultatif par 66 voix pour, 2 voix contre et 38 abstentions.
- ⁶⁰ Le Deuxième protocole facultatif, relatif à l'abolition de la peine de mort sera adopté par l'Assemblée générale des Nations Unies le 15 décembre 1989 et ouvert à la signature à la même date. Ce deuxième protocole entrera en vigueur le 11 juillet 1991, conformément à son art. 8 al. 1.
- ⁶¹ Le Secrétaire général appellera périodiquement les Etats à signer et ratifier ces Pactes, notamment en 1967, 1971, 1972 et 1973.

succéder une lenteur, voire des réticences ouvertes, à signer et, encore plus, à ratifier les textes.

40. Plusieurs explications peuvent être avancées face à cette passivité. D'une part, la peur bien réelle d'être parmi les premiers à ratifier un texte international limitant sans ambiguïté l'action étatique. D'autre part, une interprétation devenue minoritaire en doctrine qui imposait la réalisation concrète de tous les droits avant la présentation du premier rapport périodique, soit dans un laps de temps très court après la ratification. Dans le but de stimuler les Etats et de hâter l'entrée en vigueur des Pactes, il a été un temps envisagé de modifier les art. 26 al. 1 Pacte I et 48 al. 1 Pacte II dans le sens d'une universalité parfaite. Cet élargissement ne fut en fin de compte pas consenti; néanmoins, l'Assemblée générale l'admettra virtuellement en invitant « tous les Etats à devenir parties ». En 1976, suite au dépôt graduel des 35 instruments de ratification requis, les trois textes entreront en vigueur⁶². Les années qui suivirent ont vu l'extension significative de ces textes, tendant maintenant à une universalité bien réelle⁶³.
41. Des raisons évidentes de longueur nous contraignent à conclure ici notre survol historique général. Lorsque nous étudierons le cas spécifique d'un Etat, nous pourrons revenir sur des aspects qui le justifient, comme l'attitude de l'Etat en cause dans les délibérations, face à la ratification et aux réserves, notamment. Pour l'heure, nous nous contenterons de passer directement au contenu même de ces textes, non sans rappeler que si leur influence et leur notoriété dans le grand public a longtemps cédé face à la plus célèbre DUDH, la faute est à chercher dans la durée de leur genèse et dans la tardiveté de leur entrée en vigueur, non pas dans une hypothétique infériorité de contenu.

⁶² Le Pacte I entrera en vigueur le 3 janvier 1976, soit trois mois après le dépôt du 35^{ème} instrument de ratification; le Pacte II entrera en vigueur le 23 mars 1976 (respectivement le 28 mars 1979 pour son art. 41 relatif aux communications interétatiques), après le même délai de trois mois; le Protocole facultatif entrera en vigueur en même temps que le Pacte II, soit le 23 mars 1976, et ce bien que les dix instruments de ratification nécessaires aient déjà été réunis en 1973.

⁶³ Cf. 2.3.6. Section f) Etat de la ratification, § 65 ss.

2.3. Description des Pactes

2.3.1. Généralités

42. Si nous entrons maintenant dans le vif du sujet, ce n'est néanmoins que du point de vue formel puisque nous nous limiterons pour l'heure à décrire les dispositions telles qu'elles ressortent de la lettre des Pactes. Cette description privilégie le sens des Pactes pris à la lettre. L'application réelle des mécanismes sera abordée en temps voulu⁶⁴.
43. L'approche que nous entendons adopter dans les paragraphes qui suivent sera celle d'un survol des textes, partie par partie, afin d'en dégager la structure - largement commune aux deux textes du reste. Nous nous bornerons à traiter la matière d'un point de vue générique, les droits substantiels étant énoncés un à un dans le tableau synoptique du point 2.3.5. Cette démarche est avant tout justifiée par notre conviction que la portée des Pactes n'apparaît clairement que lorsqu'on en confronte le contenu aux droits garantis par les textes régionaux et nationaux. Rien ne saurait mieux mettre en évidence leur signification que cette mise en regard.

2.3.2. Les Préambules

44. Révélateurs avant tout de l'esprit et des aspirations idéologiques qui poussent les Etats à se lancer dans la codification des valeurs qu'ils partagent, le Préambule au Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels et le Préambule au Pacte sur les droits civils et politiques sont identiques, à l'exception de leur troisième paragraphe où ils renvoient l'un à l'autre. Cette unité s'explique aisément compte tenu de leur genèse parallèle et rappelle la volonté première de l'ONU d'englober tous les droits garantis dans le même texte⁶⁵.
45. Le premier paragraphe reprend mot à mot celui qui ouvre le Préambule de la DUDH - soulignant ainsi le lien, déjà mis en relief, existant entre les Pactes et la DUDH - et renvoie aux principes énoncés dans la Charte des Nations Unies - établissant une filiation sans ambiguïté. La dignité

⁶⁴ Cf. 2.4. Les instruments de mise en œuvre et de contrôle, § 69 ss.

⁶⁵ Cf. § 37 et n. 53.

de l'homme et leurs droits égaux et inaliénables sont le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde. La manière dont l'homme est traité devient la prémisses de l'équilibre global, le respect de sa dignité et de ses droits une condition sine qua non pour atteindre liberté, justice et paix. Comme déjà affirmé au § 14, sans droits de l'homme pas de paix.

46. Le deuxième paragraphe hiérarchise en quelque sorte les deux éléments qui se trouvaient sur pied d'égalité dans le premier paragraphe: les droits de l'homme découlent de la dignité inhérente à la personne humaine.
47. Le troisième paragraphe renvoie à la DUDH et aux quatre libertés telles que défendues par les Américains⁶⁶; de plus, il établit un lien fondamental entre les deux types de droits - civils et politiques, d'une part, et économiques, sociaux et culturels, d'autre part - et par-là même entre les deux Pactes dont la réalisation devient indissociable, indispensable l'une à l'autre en vue d'atteindre l'« idéal de l'être humain libre ».
48. Le paragraphe suivant se réfère une nouvelle fois directement à la Charte des Nations Unies, preuve que la problématique des droits de l'homme préoccupe ce forum des Nations dès son commencement. Le libellé confirme le fait que l'obligation d'adopter un texte du type de la Charte universelle des Droits de l'Homme est inhérente à la Charte des Nations Unies⁶⁷.
49. Enfin, les Préambules - dont la valeur, est-il besoin de le relever, ne saurait être autre que purement morale et servir tout au plus de ligne directrice générale lorsqu'il s'agira d'interpréter le corps du texte - s'achèvent par une référence à la responsabilité individuelle. C'est la conception - aujourd'hui abandonnée - qui vise à ce que droits et devoirs soient unis tels les deux faces de la même pièce⁶⁸.

⁶⁶ Cf. § 16 et n. 14.

⁶⁷ Cf. § 18.

⁶⁸ Cf. § 11 et n. 10.

2.3.3. Le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (Pacte I)

50. Le Pacte I est divisé en cinq parties dont le contenu peut se résumer de la manière suivante:
- première partie: droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et de leurs richesses et ressources naturelles (art. 1) ;
 - deuxième partie: engagements pris par les Etats parties (art. 2 à 5) ;
 - troisième partie: droits substantiels proprement dits (art. 6 à 15) ;
 - quatrième partie: contrôle de la mise en oeuvre du Pacte (art. 16 à 25) ;
 - cinquième partie: dispositions finales générales (art.26 à 31).
51. Nous passerons très rapidement sur la première partie, composée du seul article premier et qui pose le principe général - revendiqué avant tout par les Etats anciennement colonisés⁶⁹- du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et de leurs richesses et ressources naturelles. Nous ne nous étendrons pas sur les implications et applications de ce principe largement débattu dans le cadre de l'ONU et en dehors.
52. La deuxième partie fixe ce à quoi les Etats s'engagent. Les art. 3 (égalité de l'homme et de la femme à jouir ou bénéficier des droits garantis dans le Pacte) et 5 (la clause de déchéance - à savoir qu'aucune disposition du Pacte ne saurait impliquer la limitation ou la destruction d'autres garanties qui y sont incluses - et la réserve du droit le plus favorable) sont identiques aux art. 3 et 5 du Pacte II⁷⁰. L'art. 2 se divise

⁶⁹ Ces états se sont regroupés - avec d'autres - dans les années 60 au sein du Mouvement des non-alignés (pour les sujets politiques) et du Groupe des 77 (pour les sujets économiques) afin de mieux défendre leurs intérêts sur la scène internationale. Après une période où ils exercèrent leur influence en étant notamment soutenus par l'URSS et les autres Etats du bloc socialiste, les bouleversements survenus depuis la fin des années 80 ont très nettement affaibli leur force de persuasion, les problèmes Nord-Sud s'étant trouvés en quelque sorte relégués au second plan.

⁷⁰ Cette identité est le résultat de la volonté de l'Assemblée générale, exprimée au début de la genèse des Pactes et lorsqu'elle décida de scinder la matière en deux textes, d'inclure un plus grand nombre possible de dispositions communes. La suite de notre description nous prouvera qu'à côté des art. 3 et 5, toutes les dispositions qui pouvaient raisonnablement être reprises dans les deux Pactes le furent. Cf. § 37 et n. 53.

en deux volets importants: d'une part, l'engagement d'assurer progressivement le plein exercice des droits reconnus, au maximum des ressources disponibles, et grâce à l'assistance et la coopération internationales⁷¹; et, d'autre part, l'interdiction fondamentale et identique à celle contenue dans l'art. 2 al. 1 Pacte II de toute forme de discrimination dans la garantie des droits⁷². Finalement, cette partie consacrée à l'engagement des Etats nous dit également comment un Etat peut s'en départir ponctuellement ou du moins le limiter; en effet, l'art. 4 règle la limitation des droits et fixe les conditions - base légale, compatibilité avec la nature du droit et justification par le bien-être général - de sa validité⁷³.

-
- 71 Si l'obligation des Etats est principalement d'assurer progressivement la jouissance des droits du Pacte I, certains de ceux-ci peuvent être garantis immédiatement. Il en va ainsi des droits syndicaux et du droit à la non discrimination dans les droits déjà accordés (notamment aussi en matière salariale), et plus largement de tous les droits qui n'exigent pas un grand engagement de la part de l'Etat. Comment pourrait-on sinon justifier que le droit de grève soit garanti progressivement, alors que le droit - onéreux à mettre en place - à un procès équitable le soit immédiatement? Voir Simma, SCHUTZ W. & S. RECHTE, p. 384 ss.; General Comment n° 3 du Comité des droits économiques, sociaux et culturels, 1990; voir Craven, ICESCR, p. 373 ss.
- 72 La liste comprenant les critères 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 et de naissance est non exhaustive, couvrant ainsi toutes les situations de discrimination. L'interdiction de la discrimination entre l'homme et la femme formulée à l'art. 3 est déjà clairement couverte par cet art. 2 al. 2 (respectivement art. 2 al. 1 Pacte II); la sensibilité de la question a néanmoins poussé les rédacteurs à en faire une clause séparée. Signalons la réserve admise pour les pays en voie de développement, lesquels sont autorisés à introduire une discrimination fondée sur la nationalité (art. 2 al. 3 Pacte I).
- 73 Cet art. 4 Pacte I s'approche beaucoup des conditions requises pour la limitation des droits fondamentaux dans les ordres juridiques nationaux, notamment de celles posées par la jurisprudence suisse (une formulation récente et parfaitement condensée peut être trouvée à l'arrêt 120 Ia 147, cons.2.b), au sujet de la liberté personnelle: «Einschränkungen der persönlichen Freiheit sind zulässig, wenn sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen, im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig sind und den Kerngehalt des Grundrechts nicht verletzen.» (La restriction doit reposer sur une base légale, intervenir pour certains motifs d'intérêt public et respecter le principe de la proportionnalité, de même que le noyau dur du droit fondamental en cause). Certains s'élèvent contre cette assimilation formelle des conditions aux limitations des droits du Pacte I et des droits fondamentaux

53. Viennent ensuite les droits substantiels proprement dits dont il sera fait l'énumération dans le tableau synoptique du point 2.3.5.
54. L'épineuse question du contrôle de la mise en oeuvre des droits est résolue - partiellement du moins - par l'institution d'organes onusiens chargés d'examiner les rapports périodiques que les Etats parties sont tenus de présenter (art. 16 Pacte I), selon des procédures dont les grandes lignes sont ici définies. Nous reviendrons subséquemment sur les tenants et aboutissants des organes et procédures institués dans cette quatrième partie du Pacte I⁷⁴. Cette dernière se conclut par deux dispositions ayant leurs jumelles dans le Pacte II: une réserve en faveur de la Charte des Nations Unies et des constitutions des institutions spécialisées pour ce qui concerne la responsabilité de leurs divers organes face à des questions traitées par le Pacte (art. 24 Pacte I)⁷⁵ et une réserve en faveur du droit inhérent de tous les peuples à profiter et user pleinement et librement de leurs richesses et ressources naturelles (art. 25 Pacte I)⁷⁶.
55. Finalement, la dernière partie du Pacte renferme des dispositions qui ont usuellement vocation à clore un texte international: règles sur la signature, l'adhésion et la ratification, sur les modalités de son entrée en vigueur, sur le champ d'application *ratione loci*, sur la procédure de présentation et d'adoption des amendements, ainsi que sur d'autres aspects généraux.

nationaux. Leur argumentation se base sur des considérations matérielles. Avant de limiter les droits sociaux, il faut les avoir garantis, or tel n'est pas encore le cas. Que signifie par exemple une limitation du droit au travail selon les termes de l'art. 4 Pacte I (base légale, proportionnalité et intérêt public) dans les faits ? Il s'agit de deux types de droits différents (droit fondamental classique et Pacte II, d'une part, contre droit social et Pacte I, d'autre part). La terminologie de l'art. 4 Pacte I est dans ces circonstances creuse.

⁷⁴ Cf. 2.4. Les instruments de la mise en oeuvre et de contrôle, § 69 ss.

⁷⁵ Art. 46 Pacte II.

⁷⁶ Art. 47 Pacte II.

2.3.4. Le Pacte relatif aux droits civils et politiques (Pacte II) et ses protocoles facultatifs

56. Le Pacte II est structuré de façon très similaire au Pacte I, seul le nombre de parties passant - plus formellement que matériellement - de cinq à six:
- première partie: droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et de leurs richesses et ressources naturelles (art. 1) ;
 - deuxième partie: engagements pris par les Etats parties (art. 2 à 5) ;
 - troisième partie: droits substantiels proprement dits (art. 6 à 27) ;
 - quatrième partie: contrôle de la mise en oeuvre du Pacte (art. 28 à 45, complétés par le Premier Protocole facultatif) ;
 - cinquième partie: réserve en faveur d'autres textes et d'autres droits (art. 46 à 47) ;
 - sixième partie: dispositions finales générales (art. 48 à 53).
57. Après une première partie en tous points identique à celle du Pacte I vient la série d'articles décrivant ce à quoi les Etats parties s'engagent. Au niveau de la non discrimination dans son sens général (art. 2 al. 1 Pacte II)⁷⁷ et entre l'homme et la femme (art. 3 Pacte II)⁷⁸ ainsi que de la clause de déchéance (art. 5 al. 1 Pacte II)⁷⁹ et de la réserve du droit le plus favorable (art. 5 al. 2 Pacte II)⁸⁰, nous avons déjà relevé les similitudes avec le premier texte. L'art. 2 al. 2 Pacte II ne demande plus seulement la réalisation progressive des droits, mais exige une garantie suffisante immédiatement après la ratification, minimum à atteindre durant le laps de temps séparant ratification et présentation du premier rapport étatique.
58. Une telle interprétation, qui a souvent servi d'alibi pour retarder la signature du Pacte II par des Etats scrupuleux dont la situation ne remplissait néanmoins pas ce minimum et qui craignaient d'être dénoncés par le Comité des droits de l'homme, nous semble erronée. Tout au plus pouvons-nous admettre qu'il ressort de l'esprit de ce Pacte

⁷⁷ Art. 2 al. 2 Pacte I.

⁷⁸ Art. 3 Pacte I.

⁷⁹ Art. 5 al. 1 Pacte I.

⁸⁰ Art. 5 al. 2 Pacte I.

et de la lettre de son art. 2 al. 2 que l'Etat partie est tenu d'adopter des mesures législatives pour concrétiser les aspects de certains droits qui demanderaient une prestation positive (les garanties de simple abstention n'exigeant tout simplement rien et étant de ce fait immédiatement exigibles dans les Etats parties) et d'aménager son ordre juridique au plus vite.

59. Dans cette perspective, le recours utile octroyé par l'art. 2 al. 3 Pacte II ne saurait pas non plus motiver un ajournement de la ratification par les Etats dans lesquels cette garantie n'est pas encore entièrement réalisée. Par contre les Etats retardataires s'engagent à ce que la mise en place des institutions nécessaires à ce recours utile soit une priorité absolue de leur politique juridique, au risque sinon de se voir blâmés par le Comité des droits de l'homme. Exiger que tous les droits contenus dans le Pacte II - y compris le recours utile - soient matériellement effectifs dès la ratification serait déraisonnable, dans la mesure où si peu d'Etats, voire aucun, ne satisferaient à ces contraintes et ratifieraient le texte. L'art. 4 Pacte II fixe, lui, les conditions - restrictives - auxquelles les Etats parties peuvent déroger aux droits du Pacte II, sous réserve de certains d'entre eux pour lesquels ces dérogations sont prohibées⁸¹.

60. Contrairement au Pacte I, le Pacte II ne contient aucune disposition générale expresse sur la limitation des droits fondamentaux, telle que notre jurisprudence nationale l'a notamment admise (base légale, intérêt public prépondérant, proportionnalité, respect du « noyau » du droit fondamental). Cette absence ne signifie pas qu'aucune limitation des droits n'est admissible, celle-ci est simplement répétée dans chaque article concerné⁸². S'agissant des droits substantiels proprement dits -

⁸¹ Les dérogations sont prohibées pour les art. 6 (droit à la vie), 7 (interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), 8 al. 1 (interdiction de l'esclavage), 8 al. 2 (interdiction de la servitude), 11 (interdiction de l'emprisonnement pour inexécution d'une obligation contractuelle), 15 (non-rétroactivité des lois pénales et *lex mitior*), 16 (reconnaissance en tous lieux de la personnalité juridique) et 18 (liberté de pensée, de conscience et de religion) du Pacte II.

⁸² Par exemple, dans les art. 12 al. 3, 13, 18 al. 3, 19 al. 3, 21 et 22 al. 2 Pacte II, des conditions de restriction des droits sont énoncées dans un vocabulaire très semblable (par exemple: « Les droits mentionnés ci-dessus ne peuvent être l'objet de restrictions que si celles-ci sont prévues par la loi, nécessaires pour protéger la

garantis dans la troisième partie du Pacte II - le tableau synoptique du point 2.3.5. les expose de façon comparative.

61. Egalement développé ultérieurement⁸³, le système de contrôle institué dans la quatrième partie du Pacte II a ceci d'intéressant qu'il permet d'espérer une mise en oeuvre effective sous la surveillance du Comité des droits de l'homme - organe spécialement constitué pour assumer cette tâche. Outre l'examen des rapports périodiques des Etats parties (art. 40 Pacte II) qui rappelle la procédure établie par le Pacte I, la possibilité des communications étatiques (art. 41 à 43 Pacte II) par lesquelles un Etat partie peut dénoncer les manquements d'un autre Etat partie cherche à donner une portée plus large à ce contrôle, que la réserve en faveur d'autres procédures instituées en matière de droits de l'homme (art. 44 Pacte II) ne saurait amoindrir. Cependant, le sort effectif de la procédure interétatique souffre des réticences marquées des Etats à s'attaquer entre eux. Pour ce qui est du droit de requête individuel - système qui nous autorise aussi de grands espoirs -, il est octroyé dans le (Premier) Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques.
62. Ainsi que nous l'avons déjà souligné⁸⁴, les art. 46 et 47 (cinquième partie) sont jumeaux des art. 24 et 25 Pacte I. Les dispositions finales générales (art. 48 à 53 Pacte II) sont de la même manière conformes à celles concluant le Pacte I (art. 26 à 31 Pacte I). Cette remarque est aussi valable pour les art. 8 à 14 du Premier Protocole facultatif et pour les art. 7 à 11 du Deuxième Protocole facultatif qui s'achèvent en reprenant largement les termes des Pactes I et II. Il n'y a donc pas lieu de nous étendre à ce propos.

2.3.5. Tableau synoptique des droits garantis

63. Notre but est de présenter les droits garantis par les Pactes I et II de la façon la moins rébarbative possible et surtout de les replacer dans le

sécurité nationale, l'ordre public, la santé ou la moralité publiques, ou les droits et libertés d'autrui, et compatibles avec les autres droits reconnus par le présent Pacte. » ; art. 12 al. 3 Pacte II).

⁸³ Cf. 2.4. Les instruments de mise en oeuvre et de contrôle, § 69 ss.

⁸⁴ Cf. § 54.

contexte global qui sera celui de leur application en droit national, à côté ou en complément des droits d'origine interne ou régionale. Le tableau qui suit nous paraît avoir le mérite de confronter directement les différents ordres juridiques nationaux, régionaux et international et de trahir instantanément les lacunes respectives. Le lecteur ne perdra toutefois pas de vue que cette énumération formelle n'est qu'un moyen didactique destiné à éclairer l'étude de la jurisprudence nationale.

64. Si nous y incluons, pour la Suisse seule, certains droits de niveau légal, c'est parce que ce système nous est plus familier. La preuve est ainsi fournie pour cet Etat - et cela est valable de la même façon pour l'Allemagne et le Canada - que les garanties internationales sont reprises pour la plupart au niveau constitutionnel, pour certaines au niveau législatif et pour d'autres finalement pas du tout. Nous pourrions débattre longtemps des recoupements entre les différents droits. Une telle analyse dépasse cependant le cadre de cette simple mise en regard. Celle-ci n'a d'autre prétention que de traquer les lacunes : l'attention du lecteur se focalisera donc sur les cases blanches.

Pactes de 1966	CEDH-Charte Sociale Europe	Constitution fédérale suisse	Grundgesetz allemande	Charte cana- dienne de 1982
Droit des peuples à disposer d'eux- mêmes * 1 al. 1 Pacte I * 1 al. 1 Pacte II				
Libre disposition des richesses et ressources natu- relles * 1 al. 2 Pacte I * 1 al. 2 Pacte II				* 92A Charte (modification de la loi est. de 1867)
Non discrimina- tion dans la garantie des droits * 2 al. 2 Pacte I * 2 al. 1 Pacte II	* 14 CEDH	* 4 Cst. féd.	* 3 GG	* 15 Charte
Droit égal de l'homme et de la femme dans l'assurance des droits * 3 Pacte I * 3 Pacte II	* 14 CEDH	* 4 al. 2 Cst. féd.	* 3 al. 2 GG	* 28 Charte
Clause de limita- tion des droits * 4 Pacte I * clauses spécifi- ques attachées aux droits du Pacte II	* 18 CEDH et clauses spécifi- ques	* limites posées par la jurispru- dence ; 22ter et 50 al. 2 Cst. féd.	* 19 GG	* 1 Charte
Clause de déché- ance * 5 al. 1 Pacte I * 5 al. 1 Pacte II	* 17 CEDH		* 18 GG	
Réserve du droit le plus favorable * 5 al. 2 Pacte I * 5 al. 2 Pacte II	* 60 CEDH	* jurispr. réserve les droits est. cant. si plus favo-rables	* 31 et 142 GG	* 26 Charte
Droit au travail, libre choix de ce travail * 6 Pacte I	* 1 et 9 Ch. Soc.	Attribution de compétence lé- gislativ 31bis, 31 quin- quies Cst. féd.		

2. Introduction générale sur les Pactes

Pactes de 1966	CEDH-Charte Sociale Europe	Constitution fédérale suisse	Grundgesetz allemande	Charte canadienne de 1982
Conditions de travail justes et favorables * 7 Pacte I	* 2, 3, 4 et 8 Ch. Soc.	Attr. de comp. législatives * 34 ter Cst. féd.		
Liberté syndicale et droit de grève * 8 Pacte I * 22 Pacte II	* 11 CEDH, 5 et 6 Ch. Soc.	* 56 Cst. féd.	* 9 al. 3 GG	
Droit à la sécurité sociale et aux assurances sociales * 9 Pacte I	* 12 Ch. Soc.	Attr. de comp. législatives * 34 bis, quater, novies Cst. féd.		
Protection de la famille, des mères, des enfants et des adolescents * 10 Pacte I * 23, 24 Pacte II	* 7, 8, 16 et 17 Ch. Soc.	Attr. de comp. législatives * 34 quinquies Cst. féd.	* 6 GG	
Droit à un niveau de vie suffisant * 11 Pacte I		* non écrit à 121 1 267,48 Cst. féd. (minimum vital)		
Droit à la santé * 12 Pacte I	* 11 et 13 Ch. Soc.	Attr. de comp. législatives * 69, 69 bis Cst. féd.		
Droit à l'éducation * 13 Pacte I	* 2 Prot. Add., 9 et 10 Ch. Soc.	* 27 al.2 Cst. féd.		
Enseignement primaire obligatoire et gratuit * 13 et 14 Pacte I		* 27 al.2 Cst. féd.	* 7 GG	
Droit à la culture, liberté de la science, de la recherche et de la création * 15 Pacte I		* non écrit, inclus dans la lib. personnelle et d'expression	* 5 al. 3 GG	
Garantie du recours utile * 2 al. 3 Pacte II	* 13 CEDH	* 113 al. 1 ch. 3 Cst. féd., LFOJ	* 19 al. 4 GG	* 24 Charte

Pactes de 1966	CEDH-Charte Sociale Europe	Constitution fédérale suisse	Grundgesetz allemande	Charte canadienne de 1982
Dérégations aux droits en cas de danger exceptionnel, droits auxquels il ne peut être dérogé * 4 Pacte II (renvoi aux 6, 7, 8, 11, 15, 16, 18)	* 15 CEDH	* jurisprudence	* 17a GG	* 33 Charte (plus large)
Droit à la vie * 6 Pacte II Abolition de la peine de mort * 1 Protocole 2	* 2 CEDH, 1 Prot. 6	* lib. personnelle, 65 al. 1 Cst. féd., CPS, CPMS	* 2 al. 2 et 102 GG	* 7 Charte
Interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants * 7 Pacte II	* 3 CEDH	* lib. personnelle, 65 al. 2 Cst. féd.	* 1 al. 1, 2 al. 2 GG	* 12 Charte
Interdiction de l'esclavage, du travail forcé * 8 Pacte II	* 4 CEDH	* lib. personnelle	* 12 GG	
Liberté et sécurité personnelles * 9 al. 1 Pacte II	* 5 al. 1 CEDH	* non écrit	* 2 al. 1, 101, 103 al. 1, 104 GG	* 7 Charte
Interdiction des arrestations et détentions arbitraires * 9 al. 1 Pacte II	* 5 al. 1 CEDH	* lib. personnelle, 4 Cst. féd.	* 2 al. 2, 104 GG	* 9 Charte
Garanties de procédure en cas d'arrestation * 9 Pacte II	* 5 CEDH	* 4 et 58 Cst. féd.	* 104 GG	* 10, 14 Charte
Conditions de détention * 10 Pacte II	(* 3 CEDH)	* lib. personnelle	* 104 al. 1 GG	
Interdiction de la contrainte par corps * 11 Pacte II	* 1 Prot. 4	* 59 al. 3 Cst. féd.		

2. Introduction générale sur les Pactes

Pactes de 1966	CEDH-Charte Sociale Europe	Constitution fédérale suisse	Grundgesetz allemande	Charte canadienne de 1982
Liberté de circuler et de résidence * 12 Pacte II	* 2 et 3 Prot. 4, 18 Ch. Soc.	* lib. personnelle et 45 al. 1 Cst. féd.	* 11 GG	* 6 Charte
Protection contre les expulsions * 13 Pacte II	* 3 al. 1 et 4 Prot. 4 et 1 Prot. 7	* 45 al. 2 Cst. féd., LSEE	* 16 GG	* 6 Charte
Garanties du procès équitable * 14 Pacte II	* 6 CEDH, 2, 3, 4 Prot. 7	* 4, 58 Cst. féd.	* 101, 103 GG	* 11, 13, 14 Charte
Non rétroactivité des lois pénales et lex mitior * 15 Pacte II	* 7 CEDH	* 4 Cst.féd., CPS	* 103 al. 2 et 3 GG	* 11g, 11i Charte
Reconnaissance de la personnalité juridique * 16 Pacte II		* CCS		
Protection de la vie privée et de la famille * 17 Pacte II	* 8 CEDH, 5 Prot. 7	* lib. personnelle, 36 al. 4 Cst. féd.	* 6, 10 et 13 GG	* 8 Charte
Liberté de pensée, de conscience et de religion * 18 Pacte II	* 9 CEDH	* 49 et 50 Cst. féd.	* 4 GG	* 2a et 2b Charte
Liberté d'opinion et d'expression * 19 Pacte II	* 10 CEDH	* non écrit, 55, 55 bis, 57 Cst. féd.	* 5 et 17 GG	* 2b Charte
Interdiction de la propagande en faveur de la guerre et de l'appel à la haine * 20 Pacte II		* CPS		
Liberté de réunion pacifique * 21 Pacte II	* 11 CEDH	* non écrit	* 8 GG	* 2c Charte
Liberté d'association * 22 Pacte II	* 11 CEDH	* 56 Cst. féd.	* 9 GG	* 2d Charte

Pactes de 1966	CEDH-Charte Sociale Europe	Constitution fédérale suisse	Grundgesetz allemande	Charte canadienne de 1982
Liberté du mariage et protection de la famille * 23 Pacte II	* 12 CEDH	* 54 Cst. féd.	* 6 GG	
Protection de l'enfant * 24 Pacte II		* LN (nationalité de l'enfant)	* 16 GG	
Droit de participer aux affaires publiques, élections, votations, fonction publique * 25 Pacte II	* 16 CEDH, 3 Prot.add.	* 43 Cst. féd., Abstimmungsfreiheit non écrit	* 38 GG	* 3 Charte
Egalité dans et devant la loi * 26 Pacte II	* 14 CEDH	* 4 Cst. féd.	* 3 GG	* 15 Charte
Protection des minorités * 27 Pacte II	* lib. de la langue incluse dans 14 CEDH	* lib. de la langue non écrite, lib. religieuse		* 16 à 22, 23 et 35 Charte
	Garantie de la propriété * 1 Prot. add.	* 22 ter Cst. féd.	* 14 GG	
		Liberté du commerce et de l'industrie * 31 Cst. féd.	Berufsfreiheit * 12 GG	
			Dignité de l'homme * 1 GG	
	Droit au bénéfice des services sociaux * 14 Ch. Soc. Droits des personnes phys. ou mentalement diminuées * 15 Ch. Soc. Droits des travailleurs migrants * 19 Ch. Soc.			

Ch. Soc : Charte sociale européenne du 18 octobre 1961

CPS : Code pénal suisse

CPMS : Code pénal militaire suisse

CCS : Code civil suisse

LSEE : Loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers

LN : Loi sur la nationalité, Loi fédérale sur l'acquisition et la perte de la nationalité suisse

Attr. de comp. législatives : attribution de compétence législative à la Confédération suisse

2.3.6. Etat des ratifications (au 1.6.1997)

2.3.6.1. Pacte I:

65. 136 Etats parties

2.3.6.2. Pacte II et article 41 al. 2:

66. 138 Etats parties au Pacte II, dont 45 ont reconnu la compétence du Comité des droits de l'homme selon l'art. 41.

2.3.6.3. Premier Protocole facultatif:

67. 92 Etats parties.

2.3.6.4. Deuxième Protocole facultatif:

68. 30 Etats Parties.

2.4. Les instruments de mise en oeuvre et de contrôle

2.4.1. Généralités

69. L'affirmation ne surprendra personne : des droits ne sont pas réellement des droits s'ils ne sont pas concrétisés de manière contraignante. Les instruments et mécanismes de contrôle se doivent d'assurer cette mise en oeuvre effective. Le but de ce chapitre est plus de décrire ceux qui ont été imaginés dans le cadre des Pactes que de donner un jugement de valeur sur leur efficacité. La doctrine oscille d'ailleurs à ce propos entre optimisme et réalisme. Pour les uns, le Comité des droits de l'homme « offre un champ d'investigation neuf, alors qu'on dénonce souvent le caractère théorique et abstrait de la proclamation internationale des droits de l'homme. Il existe désormais une pratique du Pacte »⁸⁵. Pour d'autres, la multiplication des textes internationaux de protection des droits fondamentaux prévoyant des contrôles de leur application ne permet que de couvrir le fossé grandissant entre les nobles paroles et les actes cruels⁸⁶.
70. Sans nous étendre, nous glisserons néanmoins ici notre conviction qui guidera l'ensemble de cette thèse, celle qui veut que les acteurs principaux de la mise en oeuvre de textes internationaux sur les droits de l'homme restent les Etats eux-mêmes et ce spécialement par le biais de leur juridiction constitutionnelle. A cet égard, Nowak - dont l'ouvrage très complet sur le Pacte II fait autorité - met très bien en évidence cette nationalisation du droit international : « International control is limited to a supervisory function. Primary responsibility for implementation is incumbent upon the States Parties within the scope of their national legal systems. As regards the concrete manner of domestic implementation, the States Parties have broad autonomy. In particular, they have the discretion to incorporate the Covenant rights into their legal or

⁸⁵ Emmanuel DECAUX, PACTE II, p. 488.

⁸⁶ M. GAVOUNELI, UDHR & COVENANTS : « The already existing and speedily multiplying international documents tend to cover - although not very successfully - the widening gap between noble words and cruel actions. » ; p. 676.

constitutional systems or otherwise to implement them by law »⁸⁷. Ce point de vue justifie l'approche que nous adopterons, à savoir étudier en priorité les mécanismes constitutionnels de mise en œuvre dans chacun de nos Etats de référence. Dans cette perspective, la description des mécanismes onusiens de contrôle a la seule prétention de situer le système dans sa globalité.

71. Au seul aspect matériel des Pactes, une double innovation s'ajoute donc. D'une part, une dimension institutionnelle y est greffée, dans la mesure où des organes spécifiques voient le jour. D'autre part, une dimension fonctionnelle est perceptible au travers des procédures mises en place. Ce sont ces deux dimensions - à la fois communes et divergentes entre les Pacte I et II⁸⁸ - qui seront l'objet des sections subséquentes⁸⁹.

2.4.2. Le contrôle dans le Pacte II

72. Notre présentation commencera par le système du Pacte II, plus complet que celui du Pacte I. Ce dernier ne comprend actuellement que la procédure des rapports étatiques également connue dans le Pacte II. Aussi décrirons-nous d'abord le système le plus achevé, la section suivante renvoyant ensuite largement à la présente.

⁸⁷ Manfred NOWAK, CCPR, n° 15 Introduction.

⁸⁸ Gavouneli a très bien exposé les différences intrinsèques aux Pactes et qui vont se traduire dans la perception, les méthodes et la latitude du contrôle : « The International Covenant on Civil and Political Rights, as any other traditional treaty, consists of obligations meant to be implemented by the parties immediately upon ratification. However, since the safeguard of the economic, social and cultural rights presupposes a certain degree of development and the state intervention the rights set forth in the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights are to be implemented progressively. », UDHR & COVENANTS, p. 669.

⁸⁹ Notre description se limitant à l'essentiel, nous renvoyons le lecteur aux ouvrages de base relatifs aux Pactes (et à la CEDH), notamment : Manfred NOWAK, CCPR, p. 506-625, 647-714 ; Manfred NOWAK, Inhalt, Bedeutung und Durchsetzungsmechanismen der beiden UNO-Menschenrechtspakte, in : Kälvin-Malinverni-Nowak, La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, p. 17-26 ; Matthew CRAVEN, ICESCR, p. 30-105 ; Jochen FROWEIN - Wolfgang PEUKERT, EMRK, p. 497-733.

73. En résumé, ce sont trois procédures qui sont instituées. La première, non contentieuse et obligatoire, prévoit la présentation périodique de rapports étatiques. La deuxième, contentieuse et réservée aux Etats l'ayant acceptée expressément par une déclaration au sens de l'art. 41 du Pacte II, vise les communications étatiques. La dernière, contentieuse et instituée par le Premier Protocole Facultatif auquel les Etats peuvent adhérer librement, donne la compétence au Comité des droits de l'homme d'examiner les plaintes individuelles.
74. S'agissant de l'obligation incombant à tous les Etats parties de présenter, en vertu de l'art. 40 Pacte II, un rapport périodique « sur les mesures qu'ils auront arrêtées et qui donnent effet aux droits reconnus dans le Pacte II et sur les progrès réalisés dans la jouissance de ces droits », elle pèse sur toutes les parties, de plein droit, du fait même de leur adhésion au Pacte II. Le rapport initial est à établir dans le délai d'une année à compter de l'entrée en vigueur du Pacte dans l'Etat en cause, puis la fréquence des rapports ultérieurs a été fixée en 1981 à cinq ans par le Comité des droits de l'homme. Le rapport initial doit comprendre deux volets, le premier donnant les renseignements généraux relatifs au Pacte II dans l'Etat (par ex. : la valeur des principes, la hiérarchie des normes, les garanties et recours judiciaires et administratifs) et le second des informations sur chaque article pris séparément. Les retards dans la présentation des rapports, notamment du rapport initial, sont très fréquents, ce qui fait dire à certains qu'il apparaît « un divorce très net entre l'ardeur à ratifier le Pacte et l'accomplissement des obligations prévues »⁹⁰.
75. Le contrôle de ces rapports est le fait du Comité des droits de l'homme, spécialement institué par les art. 28 à 39 du Pacte II. Cet organe du traité (treaty body par opposition à un organe ad hoc) procède à ces évaluations au cours de ses trois sessions annuelles, pour ensuite soumettre lui-même son rapport à l'Assemblée générale de l'ONU, par l'intermédiaire de l'ECOSOC. Ce rapport consigne notamment les conclusions et recommandations que le Comité des droits de l'homme a formulées à propos de chaque rapport étatique examiné. Ces conclusions et recommandations - suggérant généralement des modifications législatives opportunes dans la perspective d'une mise en œuvre plus

⁹⁰ E. Decaux, PACTE II, p. 514.

efficace du Pacte - sont le fruit d'un dialogue constructif que le Comité souhaite voir instauré avec l'Etat interrogé. Dans le cadre de ce dialogue, le Comité cherche à se montrer respectueux de certaines particularités et prudent dans ses jugements de valeur. Néanmoins, cette circonspection ne l'empêche pas d'exiger les indications les plus précises de la part de l'Etat⁹¹.

76. Le Comité sera aussi responsable du système optionnel des plaintes émanant d'Etats, au sens de l'art. 41 du Pacte II. Dans le cadre de cette procédure exigeant la réciprocité - à savoir que ne peut se plaindre d'un autre Etat que celui qui a lui-même reconnu la compétence du Comité au sens de l'art. 41 -, un Etat peut dénoncer au Comité un autre Etat qui ne respecterait pas certaines dispositions du Pacte, en dépit d'une demande formelle de sa part de le faire. Tout cela s'enchaîne à défaut d'un accord amiable et à condition que tous les recours internes aient été épuisés (sous réserve de praticabilité et de délais raisonnables). Après la tentative de conciliation, une commission ad hoc va établir un rapport qui sera transmis aux parties avec les conclusions et les constatations qui s'imposent⁹².

77. Depuis l'entrée en vigueur de la procédure interétatique de l'art. 41 en 1979⁹³, le Comité des droits de l'homme n'a encore jamais été saisi sur la base de cette procédure. L'explication communément admise - et du reste compréhensible - suggère la politesse que les Etats estiment se devoir et qui les retient de dénoncer les insuffisances de leurs

⁹¹ Pour illustrer la précision que le Comité requiert de l'Etat quand celui-ci doit lui fournir des renseignements, un exemple dans le cadre d'une plainte individuelle - sur laquelle nous reviendrons plus bas - est révélateur : « La disposition de l'article 5 al. 2 b) du Protocole est interprétée et appliquée conformément aux principes généralement acceptés concernant l'épuisement des recours internes tels qu'ils s'appliquent dans le domaine des droits de l'homme. L'Etat doit préciser les recours effectifs existant. Le Comité a jugé à cet égard qu'un simple exposé général des droits reconnus par la loi aux accusés et des recours internes destinés à protéger et à sauvegarder ces droits ne suffisait pas. », E. Decaux, PACTE II, p. 523.

⁹² Art. 42 Pacte II.

⁹³ Selon les termes de l'art. 41 al. 2 Pacte II, la procédure interétatique entre en vigueur dès que dix Etats ont émis la déclaration selon laquelle ils acceptent cette compétence du Comité. Ce nombre de dix Etats fut atteint en 1979.

partenaires. La doctrine - spécialement Simma - y ajoute parfois un autre élément, celui du manque d'intérêt à agir puisque les obligations relatives aux droits de l'homme incombent à l'Etat vis-à-vis d'individus et non pas d'autres Etats. En d'autres termes, ne sont pas en cause des comportements entre Etats, mais de l'Etat envers le particulier⁹⁴.

78. La principale innovation du Pacte II reste cependant la possibilité offerte aux particuliers relevant de la juridiction d'un Etat qui a ratifié le Protocole facultatif de saisir le Comité de leurs plaintes. Cette requête individuelle est le signe du progrès manifeste enregistré dans le domaine des droits de l'homme : l'individu qui prétend que ses droits et libertés ont été violés par un Etat pourra, par l'intermédiaire du Comité, amener cet Etat à rendre des comptes. Les travaux du Comité dans le cadre de ce Protocole ont commencé à être connus dès la fin des années 80, si bien qu'à partir de ce moment on a assisté à la multiplication des communications émanant de particuliers dont les droits avaient prétendument été violés. Le taux de réussite depuis la première affaire uruguayenne est élevé : beaucoup de constatations font état de violations du Pacte II⁹⁵.

⁹⁴ « Da der Pakt ein völkerrechtlicher Vertrag ist, der - wie gerade dargestellt wurde - konkrete Rechtspflichten begründet, erwachsen jedenfalls den Vertragspartnern daraus korrelative Rechte auf Vertragserfüllung seitens der jeweils anderen Vertragsstaaten. Menschenrechtliche Verträge werden in der Sache zwar nicht durch ein bestimmtes Verhalten gegenüber den Vertragspartnern, sondern durch die Einhaltung von Normen im innerstaatlichen Bereich, gegenüber Personen, die der eigenen Jurisdiktion unterstehen, erfüllt, aber dies ändert nichts am Vertragscharakter der Konvention. Weil diese jedoch auf keine materiell fassbaren Interaktionen zwischen den beteiligten Staaten abzielen, kann das ansonsten so wirkkräftige Reziprozitätselement, das gegenseitige Interesse an Vertragserfüllung durch die anderen Parteien, nicht in dem gleichen Mass greifen wie bei Verträgen, die auf ein echtes *do ut des* angelegt sind. So kommt es nur selten zur zwischenstaatlichen Einforderung der vertraglichen Rechte. » ; Bruno SIMMA, SCHUTZ W. & S. RECHTE, p. 386.

⁹⁵ La première constatation - du 15 février 1977 - émise par le Comité contre un Etat qui n'avait pas respecté ses obligations découlant du Pacte II - en l'occurrence l'Uruguay - touchait à l'interdiction de la torture et aux garanties de procédure (art. 7, 9, 10 et 14 Pacte II). Depuis, l'Uruguay est toujours l'un des Etats les plus fréquemment mis en cause, avec la Jamaïque. Une liste des communications individuelles traitées par le Comité peut être trouvée dans le commentaire de Nowak (CCPR, p. 900 ss).

79. L'individu qui s'estime lésé dans ses droits fondamentaux peut donc déposer une plainte, dans la mesure où il remplit un certain nombre de conditions. Les principales sont l'épuisement des recours internes⁹⁶, l'absence de recours pendant devant une autre instance internationale⁹⁷ et le respect de certaines formes (la plainte doit être adressée par écrit, ne pas être anonyme, ne pas constituer un abus de droit et être compatible avec les dispositions du Pacte II)⁹⁸. Pour d'évidentes raisons pratiques, il n'est pas absolument nécessaire que la victime agisse toujours personnellement. En effet, s'il est avéré qu'elle en est empêchée, d'autres personnes pourront déposer la plainte - le plus souvent des membres de la famille ou des collectifs de défense des droits de l'homme.
80. Il faut à peu près une année au Comité pour se prononcer sur la recevabilité de la plainte. L'examen au fond prendra ensuite un à deux ans, selon que l'Etat en cause et la victime coopèrent plus ou moins bien avec le Comité en lui fournissant tous les renseignements dont il a besoin. Durant ce laps de temps, il se peut que le particulier qui se plaint ait besoin d'une protection en attendant que le Comité adopte ses constatations finales. C'est pourquoi, sans préjuger l'examen de la plainte au fond, le Comité a dû parfois adresser des requêtes urgentes aux Etats en cause. Il lui est arrivé, par exemple, de conseiller à des Etats de ne pas donner suite à une décision d'expulsion, de suspendre l'exécution d'une peine capitale ou de demander de soumettre d'urgence un particulier à un examen médical.
81. Une fois l'examen de la plainte achevé, le Comité fait part de ses constatations à l'Etat intéressé ainsi qu'au particulier plaignant. Ces constatations sont publiées dans le rapport annuel que le Comité transmet à l'Assemblée générale de l'ONU. Leur contenu suggère le plus souvent des modifications législatives, la remise en liberté de prisonniers ou l'indemnisation de victimes. Leur concrétisation dans l'Etat dénoncé est suivie de près par le Comité. Ses décisions finales (tant sur la recevabilité que sur le fond) sont prises par consensus, même

⁹⁶ Art. 2 PF.

⁹⁷ Art. 5 al. 2 lit. a PF.

⁹⁸ Art. 3 PF.

si chacun des membres du Comité reste libre d'y joindre une opinion individuelle.

82. Le parallèle entre la procédure de plainte individuelle auprès du Comité des droits de l'homme du Pacte II et les recours existant dans le système de la CEDH est évident. Si nous y reviendrons en détail plus bas⁹⁹, il nous semble opportun de préciser ici déjà la portée des décisions issues de chaque ordre. Contrairement à la Cour européenne des droits de l'homme, le Comité des droits de l'homme de l'ONU n'est ni un tribunal, ni un organe doté de pouvoirs quasi judiciaires. Les décisions de ce Comité sont des « constatations » et non des « arrêts ». Il n'y a pas non plus dans le Pacte II de possibilité équivalente à celle prévue par l'art. 50 CEDH et permettant de condamner l'Etat fautif à verser à la victime une satisfaction équitable, ni d'obligation de se conformer aux arrêts de la Cour CEDH (art. 53 CEDH contre art. 5 al. 4 Prot. add.). En ce sens, le système onusien est nettement moins contraignant pour les Etats et nettement moins avantageux pour les individus. Cependant, les termes employés par le Comité dans ses constatations sont ceux d'une décision judiciaire et l'expérience montre que les Etats qui acceptent sa compétence sous le Protocole facultatif prennent dans la pratique ses conclusions au sérieux. Concrètement, la plupart d'entre eux adoptent des mesures administratives, judiciaires ou législatives qui vont dans le sens des constatations du Comité suite à des plaintes individuelles, et ce sans doute plus efficacement et plus rapidement que pour les carences dénoncées suite à l'examen du rapport périodique obligatoire de l'art. 40 Pacte II.

83. Finalement, le Comité - hors de tout rapport étatique, litige entre Etats ou plainte individuelle - émet aussi des « observations générales » (general comments) dont le but avoué est de guider les Etats dans l'application des dispositions du Pacte II et dans l'établissement de leurs rapports étatiques. Ces observations générales consistent en l'interprétation d'une norme ou d'un droit du Pacte II, pour en préciser le champ d'application et le sens¹⁰⁰. Devant leur exhaustivité et leur

⁹⁹ Cf. 2.4.4. Le contrôle dans les Pactes en relation avec le contrôle dans la CEDH, § 89 ss.

¹⁰⁰ Dans son commentaire, Nowak donne la liste de la vingtaine d'observations générales déjà émises par le Comité des droits de l'homme (CCPR, p. 847). Sans

acuité, nous nous étonnons de ce qu'ils soient autant négligés, spécialement par les juridictions nationales qui n'y font que peu ou pas du tout référence.

2.4.3. Le contrôle dans le Pacte I

84. Comme le Pacte II, le Pacte I prévoit que les Etats qui l'ont ratifié doivent donner des informations sur les mesures qu'ils ont adoptées en vue de sa réalisation effective dans leur ordre interne. La procédure par laquelle ces informations seront fournies est identique à ce qu'instaure le Pacte II, à savoir la rédaction d'un rapport étatique (l'art. 16 du Pacte I est le pendant de l'art. 40 du Pacte II).
85. Selon les art. 16 à 22 du Pacte I, c'est à l'ECOSOC que revenait la tâche de contrôler ces rapports. En fait, en 1985, l'Assemblée générale de l'ONU a créé - sur la base de l'art. 68 de la Charte si bien que cet organe ne sera pas un « treaty body » - un Comité des droits économiques, sociaux et culturels, calqué sur le Comité des droits de l'homme du Pacte II. Depuis, c'est ce nouvel organe qui assure l'examen et le suivi des rapports étatiques.
86. Un rapide survol de la procédure de ce Comité des droits économiques, sociaux et culturels¹⁰¹ mettra immédiatement en évidence les similitudes qu'il présente avec son jumeau du Pacte II. Exigé dans le délai de deux ans suivant l'entrée en vigueur du Pacte I dans l'Etat en cause, le rapport initial est ensuite complété par étapes, tous les cinq ans, par de nouveaux rapports. Les rapports sont examinés par le Comité avec le souci de créer un véritable dialogue avec l'Etat, spécialement dans les domaines où il ne remplit pas encore toutes ses obligations. Comme dans le cadre du

en faire ici l'énumération exhaustive, nous signalerons qu'elles concernent les directives aux Etats pour établir leurs rapports puis des droits substantiels importants comme l'égalité des sexes, la non discrimination, l'interdiction de la torture, les droits des détenus, les garanties de procédure, le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne ainsi que la liberté d'expression, notamment.

¹⁰¹ Dans son intéressant article, Simma - par ailleurs membre de ce Comité - a bien décrit synthétiquement les travaux de celui-ci (SCHUTZ W. & S. RECHTE, spécialement p. 390 pour la procédure du rapport étatique). Pour une description exhaustive du système de supervision sous le Pacte I, le lecteur consultera l'excellent ouvrage de Craven (ICESCR, p. 30-105).

Pacte II, un tel dialogue ne saurait être fructueux que si les membres du Comité y siègent en tant qu'experts, à titre individuel et non pas en tant que représentants de leur Etat. Contrairement à son jumeau qui se réunit trois fois l'an, le Comité du Pacte I n'a qu'une session annuelle. Cependant, comme lui, il va formuler des constatations et recommandations à l'adresse des Etats examinés. Comme lui également, il va émettre des observations générales au sujet des différentes questions que le Pacte I soulève^{102/103}.

87. La grande différence entre le Pacte II et le Pacte I est l'absence dans ce dernier de toute procédure à caractère contentieux. En effet, il n'y a dans le Pacte I ni requête étatique sur le modèle de l'art. 41 Pacte II, ni communication individuelle sur celui du Protocole facultatif. Cela n'empêche que tant la doctrine¹⁰⁴ que certains membres éminents du

¹⁰² Parmi ces « general comments », nous signalerons celui sur l'établissement des rapports étatiques, sur l'assistance technique entre les Etats, sur la nature des obligations contenues dans le Pacte I, ainsi que certains droits substantiels (notamment le droit au logement). Voir ICESCR, p. 368 ss.

¹⁰³ La fonction et l'importance des General Comments ont été soulignées par Craven : « As has been evident in the practice of the Human Rights Committee, the use of General Comments is an important mechanism for developing the jurisprudence of a Committee in a way that is not possible in individual comments on State reports. Not only does it provide a means by which the jurisprudence may be generated at a faster rate (which is particularly important for a Committee in the early stages of its development), but it is also a means by which the members of the Committee may come to an agreement by consensus as to an interpretation of a specific provision without facing the difficult issue of addressing individual States. (...) The Committee has used the General Comments as a means of developing a common understanding of the norms by establishing a prescriptive definition. By doing so, the Committee appears to be asserting its authority to exercise an interpretative function in abstracto, rather than confining that function to its particular role in the consideration of State reports. Although the Committee's interpretations of the Covenant are not binding per se, it is undoubtedly true that they have considerable legal weight. In the absence of an authoritative procedure for settling divergences of opinion over the interpretation of the Covenant, it is for the States parties to construe the Covenant for themselves. Individual States may put forward their own interpretations of the Covenant's provisions but such interpretations are by no means authoritative and may be rejected by other States. » ; ICESCR, p. 90-91.

¹⁰⁴ Craven s'interroge notamment sur les perspectives futures dans le cadre d'un Protocole facultatif et notamment sur la praticabilité d'une qualité pour agir en

Comité des droits économiques, sociaux et culturels¹⁰⁵ étudient les possibilités et restrictions de la transposition du système du Pacte II au Pacte I. D'autres sources comme la CEDH ne sont pas non plus négligées. Il n'est ainsi pas exclu que l'on puisse voir, soit la requête interétatique¹⁰⁶, soit la plainte individuelle devenir effectives tôt ou tard pour le Pacte I également.

88. L'identité entre les procédures non contentieuses des deux Pactes et l'éventuelle création de procédures contentieuses pour le Pacte I qui soient le pendant de celles du Pacte II (projet Alston) témoignent de l'incontestable parenté qui unit les deux Pactes. La présente section confirme ainsi le développement historique commun des deux textes. Nous irons même plus loin : le système de contrôle cherche à accentuer la parenté des droits des Pactes eux-mêmes et non plus seulement de leur genèse et de leurs procédures. En calquant le Comité des droits économiques, sociaux et culturels sur le Comité des droits de l'homme, la volonté de traiter les deux types de droits de la même façon et de les aborder par leur nature commune a été concrétisée. Que les deux Comités aient des fonctionnements et des responsabilités similaires pour

contentieux reconnue aux Etats, aux individus et aux groupes de pression ; ICESCR, p. 98-102.

¹⁰⁵ « Der neue Vorsitzende des Ausschusses, der australische Völkerrechtler Philip Alston, hat auf der letzten Tagung Ende 1991 ein Working Paper zur Diskussion gestellt, das die Möglichkeiten untersucht, ein Fakultativprotokoll zu dem Pakt zu schaffen, in dem eine Art Individualbeschwerdeverfahren vorzusehen wäre, - « eine Art Individualbeschwerde », weil hier verschiedene Modelle denkbar wären, nicht nur dasjenige, das uns aus der EMRK oder aus dem Zusatzprotokoll zum « anderen » UN-Pakt vertraut ist, sondern auch Varianten, die Züge des sogenannten « 1503 »-Verfahrens vor der UN-Menschenrechtskommission übernehmen könnten. » ; Simma, op. cit., p. 388.

¹⁰⁶ Simma a exposé les raisons pour lesquelles les chances, non pas de simplement mettre en place la procédure interétatique mais de voir celle-ci effectivement utilisée par un Etat contre un autre Etat, sont si faibles. Nous en retiendrons ici deux : d'une part parce que le Pacte I ne saurait imposer le choix pour tel ou tel système socio-économique plutôt qu'un autre, si bien que les critiques sont plus délicates à formuler. D'autre part, parce que bon nombre d'Etats riches redoutent ce qu'il appelle « l'effet boomerang » d'une dénonciation entre Etats, à savoir principalement de voir les Etats moins riches exiger une aide accrue par le biais de l'art. 2. Pour ces motifs, les Etats se montreront encore plus circonspects qu'ils ne le sont déjà sous le Pacte II. Simma, op. cit., p. 386-387.

ce qui est de la surveillance du respect des instruments internationaux prouve une chose : les efforts pour promouvoir une catégorie de droits doivent pleinement tenir compte des progrès et des échecs dans l'application des autres droits. Sans encore se rejoindre, les droits de 1^{ère} et 2^{ème} génération voient leurs différences s'estomper et leur éloignement se réduire. Si cette idée peut séduire de prime abord, il ne faut pas oublier les obstacles que la réalité des faits dresse contre une assimilation complète des Pactes I et II. Leur nature commune est certes de plus en plus soulignée, mais protéger la liberté d'expression ne sera jamais une tâche de même nature que celle de lutter contre le chômage !

2.4.4. Le contrôle dans les Pactes en relation avec le contrôle dans la CEDH

89. Le rapport entre les procédures instaurées par les Pactes et celles instaurées par la CEDH est une problématique complexe qui mériterait de longs développements. Ceux-ci, fins et techniques, risquent de dépasser ce qu'il est convenu d'exposer dans le cadre d'une brève présentation. C'est pourquoi nous nous contenterons ici de livrer les considérations essentielles de la doctrine à ce propos¹⁰⁷.
90. L'article premier du Statut du Conseil de l'Europe¹⁰⁸ pose la base de la coexistence entre le système européen et onusien : le but avoué est d'éviter les conflits de tous ordres afin de préserver l'efficacité globale. De l'étude des deux ordres, il se dégage une évidence : celle que chacun présente un certain nombre d'avantages spécifiques¹⁰⁹. Il serait dès lors

¹⁰⁷ Pour plus de détails, nous renvoyons aux ouvrages généraux sur les Pactes et la CEDH, cités en n. 89, ainsi qu'à deux articles synthétiques : Marc-André EISSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte des Nations Unies relatif aux droits civils et politiques : problèmes de « coexistence »*, cité : CEDH-PACTE II ; Gérard COHEN-JONATHAN, *Les rapports entre la Convention européenne des droits de l'homme et le Pacte des Nations Unies sur les droits civils et politiques*, cité : RAPPORTS.

¹⁰⁸ Art. 1^{er} al. c Statut : « La participation des Membres aux travaux du Conseil de l'Europe ne doit pas altérer leur contribution à l'œuvre des Nations Unies. ».

¹⁰⁹ A titre d'exemple, si la CEDH, par le biais de ses décisions impératives et de ses acquis jurisprudentiels, jouit d'une supériorité dans la mise en œuvre, les Pactes et spécialement le Pacte II compensent cette faiblesse par une certaine supériorité

contraire au bon sens de forcer les Etats qui peuvent faire partie de ces deux ordres à la fois à choisir celui qu'ils préfèrent et à renoncer à l'autre. C'est justement pour bénéficier des avancées tant de la CEDH que des Pactes qu'une voie moyenne de coexistence a été imaginée¹¹⁰. Dans ces circonstances, il est indispensable de concilier les initiatives du régionalisme européen et de l'universalisme onusien. En d'autres termes, pour les Etats ayant ratifié la CEDH, il s'agira « non seulement de mesurer la nature et la portée des obligations qu'assumeront les Etats en ratifiant le Pacte (II), mais aussi de déterminer des questions procédurales comme celle de savoir quel tribunal international serait compétent en cas de prétendue violation de droits protégés à la fois par les Nations Unies et la Convention Européenne ». C'est bien la coexistence des procédures qui nous intéresse ici.

91. S'agissant des requêtes étatiques, l'art. 24 CEDH et l'art. 41 Pacte II sont tout à fait conciliables. Ces articles apparentés se différencient sur un point en tout cas : le Pacte II ne prévoit aucun règlement judiciaire ou quasi-judiciaire devant un organe comparable à la Cour CEDH ou au Comité des Ministres. Le Comité des droits de l'homme en est réduit à livrer de seules constatations non contraignantes. Ce fait appelle une conclusion également valable pour les plaintes individuelles : « Le survol comparé des procédures de contrôle montre à l'évidence la supériorité institutionnelle de la Convention et dans ces conditions il nous paraît douteux qu'un individu ou un Etat, qui a la possibilité d'intenter un recours devant les organes de Strasbourg, préfère sérieusement utiliser les procédures prévues aux Nations Unies, sauf bien entendu s'il s'agit de droits garantis exclusivement dans le Pacte et non dans la Convention »¹¹¹.

normative et la possibilité d'influencer la conception universelle des droits de l'homme. Voir Eissen, CEDH-PACTE II, p. 239-240.

¹¹⁰ « Les programmes du Conseil de l'Europe et des Nations Unies ne sont nullement concurrents mais complémentaires. Les deux organisations peuvent s'entraider pour la réalisation d'un objectif qui leur est supérieur, tout en gardant leur autonomie. L'expérience européenne est déjà exemplaire, celle des Nations Unies ne devra pas être ignorée dans la mesure où elle améliore la protection des droits de l'homme, mais seulement dans cette mesure là. » ; Cohen-Jonathan, RAPPORTS, p. 337.

¹¹¹ Cohen-Jonathan, RAPPORTS, p. 329.

92. A priori donc, les cumuls devraient pour des raisons d'efficacité pratique ne pas se produire. Néanmoins, la nécessité absolue¹¹² d'éviter ces cumuls sur les mêmes affaires oblige à prévoir certains garde-fous, tout en conservant l'entière liberté de choix entre les procédures. Devant les risques de conflit entre les requêtes étatiques, les art. 62 CEDH et 44 Pacte II offrent un début de solution. Un début seulement puisque l'art. 62 CEDH n'interdit pas de saisir le Comité onusien et l'art. 44 Pacte II ne ferme pas les procédures CEDH. Pour diverses raisons, il n'est pas possible de s'accommoder de cette situation : des divergences de vue pourraient apparaître entre les deux ordres sur la même affaire et les recours successifs instaureaient une hiérarchie malvenue. Sur la base de l'art. 33 de la Charte de l'ONU qui encourage le règlement régional des différends interétatiques, le remède serait d'établir une « préférence européenne » qui pourrait à terme devenir une « exclusivité européenne ». Le moyen pour y parvenir peut être une résolution - du reste déjà existante - du Comité des Ministres suggérant de renoncer au cumul des procédures¹¹³ ou un faisceau de réserves à l'art. 41 Pacte II soustrayant les conflits intraeuropéens à la compétence du Comité.

¹¹² « Il est vrai que le Pacte des Nations Unies n'interdit pas le cumul des procédures universelles avec les procédures régionales. Toutefois, de lege ferenda, il serait néfaste qu'une affaire réglée au niveau européen et aboutissant à une décision, puisse être remise en cause au niveau des Nations Unies. Ce serait engendrer une confusion qui ne servirait certainement pas les intérêts des victimes. Ce serait présupposer une hiérarchie entre les deux mécanismes de contrôle qui n'est indiquée par aucune règle écrite ou coutumière. Ce serait enfin manquer de réalisme car n'oublions pas qu'un Etat qui serait ainsi menacé d'instances multiples aurait tôt fait de se libérer des obligations facultatives assumées au titre de l'article 41 du Pacte. » ; Cohen-Jonathan, RAPPORTS, p. 332.

¹¹³ Dans sa résolution du 15 mai 1970, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a incité les Etats à suivre cette préférence européenne dans le cadre des conflits interétatiques : « Les Etats parties à cette Convention européenne qui ratifient le Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques ou adhèrent à celui-ci, et qui souscrivent à la déclaration facultative prévue à l'article 41 de ce Pacte, ne devraient normalement avoir recours qu'à la procédure instaurée par la Convention européenne en ce qui concerne les plaintes dirigées contre une autre Partie Contractante liée par la Convention européenne et alléguant la violation d'un droit couvert, en substance, tant par la Convention européenne (ou ses Protocoles) que par le Pacte de l'ONU relatif aux droits civils et politiques, étant entendu que la procédure de l'ONU pourra être utilisée lorsqu'il s'agira de droits non garantis

93. Dans le cadre des communications individuelles, les conflits sont susceptibles de survenir de la même manière. Tant l'art. 25 CEDH que l'art. 1^{er} du Protocole facultatif au Pacte II prévoient la possibilité pour le particulier de se plaindre de la violation des droits qui lui sont garantis. La différence la plus patente est la valeur obligatoire des décisions judiciaires de Strasbourg et celle de seule recommandation de New-York. En ce sens, il sera rare de voir un individu préférer la procédure onusienne¹¹⁴. La potentialité d'un cumul critiquable contraint toutefois à résoudre ces recoupements.
94. La confrontation des art. 5 al. 2 lit. a PF et 27 al. 1 lit. b CEDH empêche en tout cas de soumettre à Strasbourg une requête déjà tranchée à New-York, mais pas de soumettre à New-York une requête déjà jugée à Strasbourg. Le cumul reste ainsi possible dans un sens puisque l'art. 5 al. 2 lit. a PF ne prévoit qu'une irrecevabilité dilatoire (litispendance) et non péremptoire. La moins mauvaise solution à l'heure actuelle impliquerait que chaque Etat du Conseil de l'Europe émette une déclaration interprétative qui étende l'art. 5 al. 2 lit. a PF à toutes les requêtes déjà jugées par une autre instance internationale, au lieu de la seule litispendance. Ainsi serait évité un cumul principalement gênant en tant qu'il instaurerait une hiérarchie de fait entre le système CEDH et le système ONU. Conscients de cette nécessité, pratiquement tous les Etats ont émis une telle déclaration interprétative. Cela dit, nombre d'auteurs, face à l'obligation de choisir entre les deux systèmes, préfèrent toujours le système européen, signe déguisé de sa supériorité institutionnelle¹¹⁵.

dans la Convention européenne (ou ses Protocoles) ou à l'égard d'Etats qui ne sont pas parties à cette convention».

¹¹⁴ Cf. Cohen-Jonathan, RAPPORTS, p. 329, cité § 91.

¹¹⁵ « Au niveau des mécanismes de garantie, il nous paraît préférable de recourir aux instances régionales. En particulier, sur le plan européen, le contrôle quasi judiciaire des organes de Strasbourg est sans doute beaucoup mieux adapté au règlement des questions concernant les droits de l'homme. Cette préférence n'est pas exclusive puisque les Etats du Conseil de l'Europe laissent notamment l'individu totalement libre de s'adresser au Comité de New-York plutôt qu'à la Commission de Strasbourg. Mais ce qui doit être formellement exclu, c'est le cumul de procédures. Inévitablement, l'organe qui statuerait en second lieu semblerait détenir une position hiérarchiquement supérieure. Or, sur le plan organique, la coexistence ou la coordination, par définition, élimine l'idée de

hiérarchie. C'est pourquoi si les organismes régionaux et universels de protection peuvent coexister, ils ne doivent pas faire l'objet de liens institutionnels et hiérarchiques. » ; Cohen-Jonathan, RAPPORTS, p. 336.

3. Les Pactes en Suisse

3.1. Données relatives aux Pactes

95. Pour différentes raisons sur lesquelles nous reviendrons plus bas, la Suisse a pris le temps de réfléchir¹¹⁶ avant de rejoindre le mouvement onusien de protection des droits fondamentaux. Les instruments d'adhésion aux Pactes ont tous deux été déposés le 18 juin 1992, après approbation par l'Assemblée fédérale le 13 décembre 1991. Suite au délai référendaire, au cours duquel aucune demande de référendum n'a été introduite, les deux textes sont entrés en vigueur le 18 septembre 1992¹¹⁷. Le même 18 juin, la Suisse a émis la déclaration au sens de l'art. 41 du Pacte II, visant à reconnaître la compétence du Comité des droits de l'homme pour examiner des requêtes étatiques¹¹⁸.
96. La compétence de ce Comité ne s'étend pas aux plaintes individuelles présentées contre la Suisse, dans la mesure où celle-ci n'a pas adhéré au Premier Protocole facultatif se rapportant au Pacte sur les droits civils et politiques. L'argument du Conseil fédéral pour rester hors du système quasi-judiciaire que tente de mettre en place le Comité des droits de l'homme en examinant les plaintes individuelles réside en ce que: « La coexistence, voire la concurrence entre les procédures susmentionnées, d'une part, et, d'autre part, celles de la plainte étatique (obligatoire) et du droit de requête individuelle (facultative) prévues par la CEDH pourraient toutefois soulever des problèmes »¹¹⁹. Dans cette perspective,

¹¹⁶ Voir l'Introduction au Message relatif aux Pactes (FF 1991 I 1129, 1131) où sont bien résumés les hésitations et ralentissements qui ont retardé la présentation du Message du Conseil fédéral et par voie de conséquence l'adhésion aux Pactes.

¹¹⁷ RS 0.103.1 (Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels) et RS 0.103.2 (Pacte international relatif aux droits civils et politiques).

¹¹⁸ La Suisse a émis sa déclaration dans les termes suivants: « La Suisse déclare, en vertu de l'article 41, qu'elle reconnaît, pour une durée de cinq ans (à partir du 18 juin 1992), la compétence du Comité des droits de l'homme pour recevoir et examiner des communications dans lesquelles un Etat partie prétend qu'un autre Etat partie ne s'acquitte pas de ses obligations au titre du Pacte. ».

¹¹⁹ Cf. Message relatif aux Pactes, p. 1145.

le Conseil fédéral préfère attendre de voir l'expérience des autres Etats parties à la CEDH avant de s'engager¹²⁰. Finalement, le Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, visant à abolir la peine de mort, est entré en vigueur pour la Suisse le 16 septembre 1994¹²¹.

97. S'agissant des réserves, il n'en a pas été faites au sujet du Pacte I. Par contre, la Suisse a été précise et prolixe dans ses réserves au Pacte II. Pas moins de huit clauses ont effectivement été étayées, interprétées ou restreintes¹²². Toutes ces réserves sont de nature transitoire et appelées à

¹²⁰ « Pour ce qui est du Protocole facultatif, nous estimons préférable d'examiner attentivement les problèmes que pourrait poser l'adhésion de la Suisse, avant de vous proposer d'accepter la procédure de communication individuelle. Il s'agira, en particulier, d'étudier soigneusement la pratique du Comité relative aux communications individuelles, d'entrer en consultation avec les gouvernements des pays du Conseil de l'Europe qui ont ratifié le Protocole facultatif aux fins de connaître les expériences faites en la matière et d'analyser soigneusement la portée et les effets de la déclaration que le Conseil de l'Europe a proposée aux Etats membres de faire lors de la ratification dudit protocole. » (Message relatif aux Pactes, p. 1146). La déclaration dont il s'agit équivaut à une réserve visant à donner priorité aux instances de la CEDH par la règle de litispendance (pas d'affaires en même temps à New-York et à Strasbourg) et d'autorité de chose jugée - Ne bis in idem (pas d'affaires à New-York après avoir été jugées à Strasbourg).

¹²¹ RS 0.103.22. L'instrument d'adhésion avait été déposé le 16 juin 1994 pour ce Protocole approuvé par l'Assemblée fédérale le 17 décembre 1993; durant le délai légal de cent jours, il n'a fait l'objet d'aucune demande de référendum.

¹²² Art. 10 al. 2 lit. b: « La séparation entre jeunes prévenus et adultes n'est pas garantie sans exception. »

Art. 12 al. 1: « Le droit de circuler et de choisir librement sa résidence est applicable sous réserve des dispositions de la législation fédérale sur les étrangers, selon lesquelles les autorisations de séjour et d'établissement ne sont valables que pour le canton qui les a délivrées. »

Art. 14 al. 1: « Le principe de la publicité des audiences n'est pas applicable aux procédures qui ont trait à une contestation relative à des droits et obligations de caractère civil ou au bien-fondé d'une accusation en matière pénale et qui, conformément à des lois cantonales, se déroulent devant une autorité administrative. Le principe de la publicité du prononcé du jugement est appliqué sans préjudice des dispositions des lois cantonales de procédure civile et pénale prévoyant que le jugement n'est pas rendu en séance publique, mais est communiqué aux parties par écrit. La garantie d'un procès équitable, en ce qui concerne les contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil, vise uniquement à assurer un contrôle judiciaire final des actes ou décisions de

disparaître dès que cela sera possible¹²³. Les autorités fédérales ont également justifié leur renonciation à faire des réserves aux art. 13 (droit d'être entendu des étrangers faisant l'objet d'une expulsion) et 23 al. 4 (égalité de droits et de responsabilités des époux au regard du mariage)¹²⁴, dans la mesure où ces dispositions peuvent s'accorder - en les interprétant restrictivement - avec l'ordre juridique suisse.

l'autorité publique qui touchent à de tels droits et obligations. Par <contrôle judiciaire final>, on entend un contrôle judiciaire limité à l'application de la loi, tel un contrôle de type cassatoire. »

Art. 14 al. 3 lit. d et f: « La garantie de la gratuité de l'assistance d'un avocat d'office et d'un interprète ne libère pas définitivement le bénéficiaire du paiement des frais qui en résultent. »

Art. 14 al. 5: « Est réservée la législation fédérale en matière d'organisation judiciaire sur le plan pénal, qui prévoit une exception au droit de faire examiner par une juridiction supérieure la déclaration de culpabilité ou la condamnation, lorsque l'intéressé a été jugé en première instance par la plus haute juridiction. »

Art. 20: « La Suisse se réserve le droit de ne pas adopter de nouvelles mesures visant à interdire la propagande en faveur de la guerre, qui est proscrite par l'article 20, paragraphe 1. La Suisse se réserve le droit d'adopter une disposition pénale tenant compte des exigences de l'article 20, paragraphe 2, à l'occasion de l'adhésion prochaine à la Convention de 1966 sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale. »

Art. 25 lit. b: « La présente disposition sera appliquée sans préjudice des dispositions du droit cantonal et communal qui prévoient ou admettent que les élections au sein des assemblées ne se déroulent pas au scrutin secret. »

Art. 26: « L'égalité de toutes les personnes devant la loi et leur droit à une égale protection de la loi sans discrimination ne seront garantis qu'en liaison avec d'autres droits contenus dans le présent Pacte. »

¹²³ « Le Conseil fédéral entend supprimer les situations de fait et de droit qui sont à l'origine de ces réserves dès que cela sera possible; l'arrêté fédéral portant approbation de ce Pacte prévoit dès lors la possibilité pour le Conseil fédéral de retirer ces réserves lorsqu'elles seront devenues sans objet. »; Message relatif aux Pactes, p. 1138.

¹²⁴ Cf. Message relatif aux Pactes, p. 1140, point 423. L'art. 13 du Pacte II interprété restrictivement s'accorde avec l'art. 70 Cst. féd. qui autorise le Conseil fédéral à expulser sans audition les étrangers qui compromettent la sûreté intérieure ou extérieure de la Confédération. L'art. 23 al. 4 du Pacte n'est lui - et ce contrairement à l'art. 5 du Protocole additionnel n°7 à la CEDH - pas directement applicable aux individus. Il ne requiert de la part de l'Etat que la mise en place de mesures appropriées en vue de l'égalité entre époux. Le nouveau droit matrimonial et de la filiation répond à cette exigence, écartant ainsi la nécessité d'émettre une réserve à cet art. 23 al. 4.

L'interprétation proposée par l'exécutif a été avalisée par le Parlement lors de la procédure de ratification, ce qui implique que les autorités judiciaires seront liées. Celles-ci doivent en effet appliquer les traités internationaux ratifiés par l'Assemblée fédérale dans leur ensemble, soit également les réserves qu'elle y a apportées (art. 113 al. 3 Cst. féd.). Une partie de la doctrine s'est montrée critique face à la sévérité et à la profusion des réserves émises¹²⁵.

98. S'agissant des rapports périodiques, le rapport initial sur le Pacte I est achevé et devrait sous peu faire l'objet des commentaires du Comité des droits économiques, sociaux et culturels. Le rapport initial sur le Pacte II a été présenté au Comité des droits de l'homme les 24 et 25 octobre 1996. Parmi les recommandations émises par le Comité figurent le retrait de la réserve à l'art. 26, une application restrictive des mesures de contrainte à l'égard des étrangers ainsi que la libéralisation des conditions au regroupement familial.
99. L'important décalage temporel existant entre l'adoption du texte international de base et son entrée en vigueur dans l'ordre juridique suisse n'est pas un phénomène propre aux seuls Pactes. En effet, un délai similaire est observable pour le grand texte qui en est le pendant européen, à savoir la Convention européenne des droits de l'homme. Conclue en 1950 et entrée en vigueur dans les premiers Etats l'ayant ratifiée en 1954; cette Convention n'a été ratifiée par la Suisse qu'en 1974, avec entrée en vigueur la même année.
100. Plusieurs explications ont été avancées pour justifier pareil retard sur les Etats présentant un développement des droits fondamentaux qui soit comparable¹²⁶. Certaines tiennent au système politico-juridique suisse, d'autres à une notion bien plus évasive qu'est la <mentalité suisse> - sur

¹²⁵ Cf. Claude ROULLER, PACTE II, p. 111 ss. et surtout les p. 114-115 concernant la propagande en faveur de la guerre.

¹²⁶ Pour ne prendre que les références de l'Allemagne et du Canada, nous constatons que ceux-ci ont été nettement plus prompts à s'engager. Un autre exemple de lenteur est constitué par la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, conclue aux Nations Unies le 21 décembre 1963 et entrée en vigueur en Suisse le 29 décembre 1994 (RS 0.104). Cela sans compter évidemment tous les textes pour lesquels la Suisse persiste à ajourner son engagement, telle que la Charte sociale européenne.

laquelle nous trouvons plus sage de ne pas baser l'essentiel de notre réflexion tant elle peut donner lieu à polémique. Signalons encore que, bien que non membre de l'Organisation des Nations Unies, la Suisse ne s'en trouve pas moins intégrée à titre d'observateur et surtout d'Etat signataire aux différentes Conventions et autres instruments législatifs que ce forum a générés. Sa non participation active (notamment parce qu'elle n'a pas le droit de vote) ne saurait dès lors expliquer la lenteur observée. Tous les textes des Nations Unies lui sont ouverts comme aux Etats membres à part entière, il ne tient qu'aux autorités suisses d'y participer, sans qu'il ne leur soit mis aucun obstacle de la part de l'Organisation.

101. Nous voyons essentiellement deux motifs - antinomiques - à la grande prudence qui préside aux rapports qu'entretiennent les autorités suisses avec les textes internationaux. Lorsqu'il s'agit de ratifier l'un de ceux-ci, il se trouve souvent un courant pour dénoncer le caractère redondant de ces textes pour l'ordre juridique suisse. L'argument se base en quelque sorte sur l'idée tenace que les minima imposés sont déjà respectés et qu'il est superflu de se lier alors que l'ordre juridique interne n'en sera pas enrichi. C'est en quelque sorte l'attitude du <bon élève auquel rien ne peut être reproché>¹²⁷. Parallèlement apparaît une réaction de retenue

¹²⁷ Voir à cet égard le Message relatif aux Pactes: «Rassemblant sur le plan universel des Etats dont les systèmes politiques, économiques et sociaux, mais aussi les niveaux de développement sont très différents, les Pactes ont un dénominateur commun moins élevé que celui des instruments correspondants du Conseil de l'Europe, ce qui signifie un niveau de protection des droits de l'homme en général plus faible; néanmoins, même si leurs mécanismes de contrôle sont beaucoup moins élaborés et efficaces, on peut considérer que le bilan de l'activité des organes des Pactes est globalement positif et que ceux-ci contribuent par conséquent au respect et à la promotion des droits de l'homme dans le monde. L'adhésion de la Suisse aux Pactes n'aurait dès lors pas pour effet principal de renforcer la protection des droits de l'homme dans notre pays - comme c'est le cas de la CEDH - mais réaliserait avant tout un objectif important de politique étrangère sur le plan universel.», p. 1135. Roniller critique à juste titre cet excès de confiance de nos autorités dans un système national de protection des droits fondamentaux qu'elles jugent parfait, ou presque: «Dès l'entrée en vigueur du Pacte, elle (la juridiction constitutionnelle suisse) va devoir se transporter dans un quatrième champ d'investigation. Cela n'interdit certes pas de raisonner confortablement à partir de l'idée que les droits principaux consacrés dans le Pacte sont ceux garantis par notre ordre juridique actuel et que, dans la mesure où ils sont immédiatement applicables, ils ne feront qu'explicitier ou concrétiser notre droit interne. C'est le raisonnement illusoire tenu

lorsqu'il s'agit de se joindre à un mouvement avec lequel l'ordre juridique interne n'est pas - encore - en harmonie, lorsqu'il s'agit d'intégrer de nouveaux droits ou de modifier une approche qui ne s'accorde pas avec ce qu'impose l'ordre international. Dans ce cas, l'attitude qui prévaut est celle du <bon élève qui ne veut pas s'améliorer>.

102. Le jugement - certes un peu sévère - de ces deux attitudes simultanées de suffisance et de crainte face aux textes internationaux est parfaitement illustré par les atermoiements au sujet d'une éventuelle ratification de la Charte sociale européenne. Dans ce contexte, les autorités estiment remplir la plupart des conditions qu'elle pose (d'où il apparaît redondant de la ratifier, si ce n'est par souci de solidarité avec les partenaires), alors que les élargissements qu'elle apporterait à notre droit éveillent leur réticence (le droit de grève, notamment¹²⁸). Il semble en outre - argument de pure stratégie politique s'il en est - que la peur du référendum freine les élans vers des ratifications plus rapides et plus nombreuses. Les enjeux politiques furent en l'occurrence déterminants en 1986 pour la Charte sociale européenne : en raison de la proximité temporelle avec le vote sur l'adhésion de la Suisse à l'ONU, les autorités

par beaucoup au moment de la ratification de la CEDH. Or, quinze ans d'expérience du droit conventionnel ont permis aux Suisses de mesurer la dimension de cette erreur d'appréciation initiale, issue sans doute de la présomption que l'ordre juridique suisse était un modèle irréprochable. » (Rouiller, PACTE II, p. 119). Cet auteur prévoit des changements - assimilables sans être aussi importants que ceux intervenus en raison de la CEDH - suite à l'entrée en vigueur des Pactes.

- ¹²⁸ Concernant le droit de grève, les autorités suisses semblent oublier que - contenu dans le Pacte I, dont il constitue une des dispositions que l'on peut raisonnablement considérer comme directement applicable - l'ordre juridique devrait déjà le garantir, indépendamment de la Charte sociale européenne. Il est vrai, comme le souligne le Message relatif aux Pactes (p. 1137), que le droit de grève au sens de la Charte est plus étendu (problème des restrictions de ce droit admises par le Pacte pour certains secteurs professionnels, comme la police, les forces armées et la fonction publique). Cela n'empêche que le Pacte I l'octroie déjà et que, finalement, une jurisprudence de 1985 (ATF 111 II 245, 251-253, cons. 4a ; qui sans l'admettre au niveau constitutionnel rappelle que le droit de grève ne peut pas non plus être totalement exclu de notre ordre juridique) fait un pas important en direction d'un droit de grève s'approchant du type de celui reconnu dans la plupart des Etats européens. Bien que non écrit et soumis à certaines conditions restrictives, le droit de grève existe en droit suisse et ne saurait constituer à lui seul un obstacle définitif à une ratification de la Charte sociale européenne.

ont préféré retarder un éventuel vote sur ce texte et écarter le risque bien présent de voir deux refus populaires à la suite.

103. Après avoir franchi le premier pas en ratifiant le texte principal du système en question, la Suisse intègre néanmoins plus rapidement les textes complémentaires et subséquents. Cela fut vrai pour le système mis en place par la CEDH¹²⁹ et s'est vérifié pour celui des Pactes¹³⁰. Un tel mouvement ne demande qu'à se poursuivre avec la ratification du Premier protocole facultatif se rapportant au Pacte II.

3.2. La place des textes internationaux dans l'ordre interne (en termes généraux)

3.2.1. Intégration des textes internationaux dans l'ordre interne

104. Le système suisse de démocratie directe a pour conséquence que des étapes supplémentaires seront nécessaires avant qu'un traité international ne déploie ses effets en droit interne. Notre analyse ne se concentrera pas sur ces étapes préliminaires, mais se focalisera sur le sort du texte une fois véritablement entré en vigueur. Nous laissons ainsi de côté toute la procédure qui précède cette entrée en vigueur, en particulier l'approbation par le Parlement après négociation et signature par le Conseil fédéral, ainsi que toute la procédure référendaire. Celle-ci, en fonction de la nature du texte, le soumet à l'approbation - automatique (référendum obligatoire) ou sur demande (référendum facultatif) - par le peuple (et éventuellement par les cantons).

¹²⁹ A titre d'exemple, la Suisse n'a attendu que quatre ans (1983-1987) pour rejoindre le Protocole n° 6 sur l'abolition de la peine de mort (RS 0.101.06) et un délai du même ordre pour les Protocoles n° 7 (RS 0.101.07) et n° 8 (RS 0.101.08).

¹³⁰ S'agissant du Deuxième Protocole facultatif se rapportant au Pacte II et visant à l'abolition de la peine de mort, la Suisse a rejoint le mouvement un peu plus de quatre ans après qu'il a été amorcé. Conclu par les Nations Unies le 15 décembre 1989, il a été approuvé par l'Assemblée fédérale le 17 décembre 1993, alors que l'adhésion s'est faite le 16 juin 1994, avec entrée en vigueur le 16 septembre 1994 (RS 0.103.22).

105. Avant d'entrer dans le vif du sujet, une précision sémantique sur les rapports droit national-droit international s'impose, tant pour les développements consacrés à la Suisse, que pour ceux consacrés à l'Allemagne et au Canada, ainsi qu'à la comparaison des trois systèmes. La théorie moniste sur le rapport entre le droit interne et le droit international voit dans les deux ordres un seul et même système, dans lequel le droit international s'impose de plein droit en droit national. La théorie dualiste maintient deux ordres parallèles, où le passage (l'intégration) des textes du droit international vers le droit national nécessite un acte spécial, appelé acte d'incorporation. Cet acte d'incorporation est différent selon que l'Etat choisit l'adoption ou la transformation des textes internationaux. Dans le cas de l'incorporation par adoption, le texte est repris sans changements (ou avec des changements limités). Dans le cas de l'incorporation par transformation, le texte peut subir un certain nombre de modifications, notamment au niveau de ses destinataires (le particulier dans le traité de base et le législateur dans le traité transformé).
106. La Suisse appréhende le droit international selon un point de vue moniste. La Constitution fédérale de 1874 n'est pas particulièrement explicite sur l'intégration du droit international dans le droit interne, si bien que ce sont les autorités politiques et juridiques, aidées en cela par la doctrine, qui ont eu pour tâche de choisir entre le monisme et le dualisme. L'option moniste s'est très tôt imposée, sans qu'il y ait eu, semble-t-il, beaucoup à y redire¹³¹. Cette unanimité en faveur du monisme se traduit par le fait qu'aujourd'hui, la majorité de la doctrine y voit un principe de droit constitutionnel non écrit¹³². S'il est vrai

¹³¹ Hottelier (PRIMAUTE) commence son article par cette constatation acquise: « De longue date, le droit constitutionnel suisse a reposé sur une tradition moniste, selon laquelle les engagements internationaux auxquels souscrit la Confédération font partie intégrante du droit national dès leur ratification par le Conseil fédéral et sont ainsi valables immédiatement en droit interne, sans transformation formelle préalable. », p. 605. Voir aussi Häfelin - Haller, *BUNDESSTAATSRECHT*: « Gemäss schweizerischer Lehre und Praxis bedürfen die Staatsverträge grundsätzlich keiner Transformation ins innerstaatliche Recht. Mit der völkerrechtlichen Verbindlichkeit erlangen sie automatisch auch landesrechtliche Gültigkeit (BGE 105 II 49, 57f., Bosshard Partners Intertrading AG). », n° 1049.

¹³² « Elaborée en 1874, la Constitution fédérale est laconique par rapport à la conclusion des traités et aux rapports entre le droit international et le droit interne.

qu'aucune norme constitutionnelle n'impose clairement le monisme en Suisse, cette option peut néanmoins être tirée des art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd. Ces articles obligent le TF à appliquer les traités internationaux à côté des lois fédérales. Dans la mesure où il n'est nulle part question d'un acte d'incorporation nécessaire avant cette application, nous en déduisons que ces traités internationaux valent de ce point de vue comme des lois fédérales. Tout au plus faudra-t-il une publication au recueil officiel avant que les particuliers puissent invoquer le traité ou se le voir appliquer.

107. Avant d'aborder la question essentielle pour tout Etat moniste de la hiérarchie entre les normes internationales et nationales, une précision s'impose. Cette mise au point se justifie d'autant plus que le Tribunal fédéral n'a pas toujours clairement dissocié les notions en cause, à savoir celle de <validité immédiate> et d'<applicabilité directe>¹³³. Lorsque nous parlons de validité immédiate, cela signifie que dans le cadre d'un ordre juridique moniste, les normes de droit international font partie intégrante de l'ordre interne dès leur acceptation par les organes

La plupart des règles qui sous-tendent la pratique des autorités fédérales se sont développées en marge du texte, voire dans certains cas à l'encontre de celui-ci. (p. 536) (...) Aujourd'hui, cependant, personne ne conteste plus que les traités internationaux ont <validité immédiate> dans l'ordre juridique suisse, en ce sens qu'ils déploient leurs effets sur le plan interne dès leur entrée en vigueur pour la Suisse, indépendamment de toute réception ou transformation. (...) Si un traité est valable en droit international et lie la Suisse, il est également valable en droit interne. (p. 537-538). », Dominique - Voeffray, INTEGRATION. Kaelin (SCHUBERT) reconnaît le principe de droit constitutionnel non-écrit, tout en doutant de l'unanimité qui le soutiendrait de nos jours: « Die Schweiz folgt zwar dem völkerrechtlichen Monismus, anerkennt also zumindest dem Grundsatz nach, dass Völkerrecht innerstaatlich automatisch gilt und widersprechendes Landesrecht derogiert. Diese Grundsätze bilden in der Schweiz Teil des ungeschriebenen Verfassungsrechtes, sind aber offenkundig in unserer Mentalität nicht (mehr) besonders stark verankert. », p. 77.

- ¹³³ Hottelier, PRIMAUTE, en p. 607 et dans sa note 9, cite et critique une série d'arrêtés où le Tribunal fédéral a fait dépendre le caractère <self-executing> d'une norme internationale, non pas du texte du traité lui-même, mais du sens que pouvaient lui attribuer les autorités chargées de l'appliquer. Le raisonnement du TF omettait, à tort et délibérément, la distinction fondamentale existant entre la validité immédiate (question portant sur la structure d'accueil du droit interne) et l'applicabilité directe (question portant sur le destinataire potentiel d'une disposition relevant d'un engagement international) des traités internationaux.

compétents, sans requérir une quelconque autre intervention. Lorsque nous qualifions une norme de directement applicable, il s'agit d'une norme octroyant aux individus des droits et obligations directement invocables devant les autorités judiciaires. Ce sont manifestement deux stades différents qui sont visés¹³⁴. Le problème de la primauté d'un type de norme (internationale ou nationale) sur les autres concerne des normes immédiatement et automatiquement valables en raison du monisme, mais pas forcément directement applicables. Nous reviendrons plus bas sur cette dernière caractéristique, déterminante pour cerner ce que l'individu peut obtenir du texte international¹³⁵.

108. Les normes de droit international qui lient la Suisse étant immédiatement valables en droit interne et s'analysant dès lors comme faisant partie intégrante du droit fédéral, leur rapport avec les normes cantonales est clair et incontesté. En vertu de l'art. 2 des disp. trans. de la Cst. féd., le droit fédéral brise le droit cantonal (principe de la force dérogatoire du droit fédéral). Il en découle que la primauté des normes internationales sur le droit cantonal ne fait aucun doute: « Die vom Bund abgeschlossenen Staatsverträge sind Bundesrecht und haben als solches Vorrang gegenüber dem kantonalen Recht aller Stufen »¹³⁶. Doctrine et jurisprudence s'accordent d'ailleurs sur ce point¹³⁷.

¹³⁴ Au point 1.5.1. de leur contribution, Dominicé et Voeffray clarifient aussi ces deux concepts de validité immédiate et d'applicabilité directe, en écrivant notamment: « Les règles du droit des gens ont <validité immédiate> dans l'ordre juridique suisse, en ce sens qu'elles s'y incorporent sans procédure spéciale, dès leur entrée en vigueur pour la Suisse. (...) L'insertion des traités dans l'ordre juridique interne ne dépend pas en Suisse de leur applicabilité directe. Les traités qui ne sont pas suffisamment précis ou inconditionnels pour être directement invocables par des particuliers n'en font pas moins partie intégrante de l'ordre juridique suisse, du seul fait de leur ratification. L'adoption de règles internes complémentaires aux fins de préciser certaines dispositions constitue non pas une <transformation>, ce qui renverrait aux thèses dualistes, mais une <exécution> du traité. », INTEGRATION, p. 547-548.

¹³⁵ Cf. § 120 et surtout § 129 ss.

¹³⁶ Häfelin - Haller, BUNDESSTAATSRECHT., n° 1056.

¹³⁷ Voir notamment ATF 118 Ia 331 et Dominicé - Voeffray: « (...) les traités internationaux doivent être considérés comme du droit fédéral. Cette assimilation a pour but de faire bénéficier les traités internationaux du principe de la primauté du

109. Plus controversée est la place que les normes internationales doivent occuper par rapport au droit fédéral. En d'autres termes, la Suisse consacre-t-elle un monisme avec suprématie du droit interne ou un monisme avec suprématie du droit international ? Les autorités judiciaires ont d'abord essayé de vider les conflits entre le droit interne et le droit international en transposant au niveau supérieur le principe déjà bien établi de l'interprétation conforme à la Constitution des lois. Ce nouveau principe de l'interprétation conforme au droit international du droit interne a souvent permis d'harmoniser les deux ordres sans trancher lequel devait prévaloir sur l'autre. Cette façon de vider le conflit en le niant¹³⁸ n'était toutefois pas adaptée aux situations où les normes internationale et nationale étaient en contradiction insurmontable. Pour résoudre ce dernier cas de figure, il a bien fallu que le Tribunal fédéral établisse une jurisprudence, laquelle s'est distinguée par ses hésitations et fluctuations.
110. De la même façon qu'elle reste muette - à l'exception de l'indice des art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd. - sur la question du monisme ou du dualisme, la Constitution fédérale ne nous apprend rien sur la primauté de l'un ou l'autre des deux ordres¹³⁹. Dans ces circonstances, les juges suisses ont dans un premier temps élaboré une série de solutions partielles et insatisfaisantes.

droit fédéral sur le droit cantonal, ainsi que des voies de recours ouvertes en cas de violation du droit fédéral; (...) » INTEGRATION, p. 547.

- ¹³⁸ Selon Häfelin - Haller, l'interprétation conforme au droit international faisait que le conflit entre les deux normes n'existait en fait pas: « (Seit 1968) versuchte das Bundesgericht, das Problem auf dem Wege der völkerrechtskonformen Auslegung des Landesrechts zu lösen. Es ging davon aus, dass der Bundesgesetzgeber gültig abgeschlossene Staatsverträge gelten lassen wolle, ausser er setze bewusst völkerrechtswidriges Landesrecht. Im Konfliktfall müsse das innertstaatliche Recht daher völkerrechtskonform ausgelegt werden, d.h. so, dass ein Widerspruch zum Völkerrecht gar nicht erst entsteht. », BUNDESSTAATSRECHT, n° 1054.
- ¹³⁹ Hottelier (PRIMAUTE, p.606) identifie ainsi le problème: « Il est certes exact que la Constitution fédérale est elle-même source d'ambiguïté sur ce point (de la primauté) et ne facilite guère la tâche des magistrats: ses articles 113 al. 3 et 114bis al. 3 n'obligent-ils pas le Tribunal fédéral à appliquer et les traités internationaux approuvés par l'Assemblée fédérale et les lois votées par cette dernière, sans trancher expressis verbis l'hypothèse d'un conflit entre leurs dispositions respectives ? ».

111. Une des voies choisie, et critiquée avec force en doctrine, fut d'interpréter les art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd. au-delà de ce qu'ils voulaient dire. Les magistrats ont tenté de soutenir que ces articles leur imposaient d'appliquer les lois fédérales, fût-ce au détriment de normes internationales liant la Suisse. Or, une lecture attentive de ces dispositions ne permet pas de leur attribuer un tel sens, puisqu'il y est stipulé que les lois fédérales et les traités ratifiés par l'Assemblée fédérale doivent trouver application. Ces articles ne font ainsi que préciser que le Tribunal fédéral n'a pas la compétence pour contrôler la constitutionnalité des lois fédérales et des traités internationaux ratifiés par cette Assemblée fédérale, rien de plus¹⁴⁰. Introduites pour assurer le respect de la séparation des pouvoirs¹⁴¹, nous n'y voyons aucun signe d'une quelconque hiérarchisation entre ces deux types de normes que les tribunaux sont donc censés appliquer sur un pied d'égalité. Sensibles aux critiques de la doctrine¹⁴², les arrêts du Tribunal fédéral ne sont aujourd'hui plus motivés sous cet angle manifestement insoutenable.

¹⁴⁰ « Par ailleurs, il convient de noter que le Tribunal fédéral suisse n'a pas autorité pour juger de la conformité des traités à la Constitution. L'interdiction du contrôle de constitutionnalité, qui s'inspire de considérations relatives à la séparation des pouvoirs, découle de l'art. 113, al. 3, Cst. féd. et vise, en fait, non seulement le Tribunal fédéral, mais l'ensemble des autorités chargées d'appliquer le droit. »; Dominici - Voeffray, *INTEGRATION*, p. 538.

¹⁴¹ Cette immunité des lois fédérales et des traités internationaux ratifiés par l'Assemblée fédérale consacre en fait en Suisse le principe de la suprématie du Parlement, connu dans des Etats comme le Canada sous le nom de « souveraineté du Parlement ». Les art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd. appliquent au Tribunal fédéral la suprématie du Parlement que l'art. 71 Cst. féd. consacre de façon générale pour tout l'ordre juridique suisse (« Sous réserve des droits du peuple et des cantons (art. 89 et 123), l'autorité suprême de la Confédération est exercée par l'Assemblée fédérale (...) »).

¹⁴² « Das Urteil im Fall *Schubert* (99 Ib 39) ist - wie die verbreitete Kritik in der Lehre belegt - unter verschiedenen Gesichtspunkten fragwürdig. Dogmatisch vermag die Begründung des Bundesgerichtes, der Entscheid des Gesetzgebers sei wegen der Massgeblichkeit der Bundesgesetze gemäss Art. 113 Abs. 3 BV für den Richter verbindlich, nicht zu überzeugen. Laut dieser Bestimmung sind nämlich nicht nur die Bundesgesetze, sondern auch die Staatsverträge massgeblich. Ausser man wolle in klarem Widerspruch zum Wortlaut annehmen, Bundesgesetze seien gemäss Art. 113 Abs. 3 BV <massgeblicher> als Staatsverträge, lässt sich aus dieser Verfassungsbestimmung für das Verhältnis zwischen Bundesgesetz und

112. Face à deux normes de nature différente, mais sans être clairement hiérarchisées, les juges ont également tenté d'établir entre elles des priorités basées sur les adages latins *lex posterior derogat priori* et *lex specialis derogat generali*, généralement efficaces pour éliminer les conflits de loi. Cette approche, satisfaisante lorsqu'un traité postérieur se trouve être contraire à du droit interne, laisse subsister les difficultés apparaissant lorsqu'une loi postérieure est en contradiction avec un traité antérieur. En pareil cas en effet, ces règles de conflit de lois commandent de faire prévaloir la loi, au risque de violer sciemment les obligations internationales assumées par la Suisse.
113. Malgré les critiques virulentes de la doctrine unanime, de telles violations conscientes du droit international ont été admises par le Tribunal fédéral dans sa jurisprudence dite Schubert. Il y admet qu'une loi fédérale, adoptée en violation du droit international par un Parlement <le sachant et le voulant>, prend le pas sur les obligations internationales¹⁴³. Au regard de la pure technique juridique, cette

Staatsvertrag nichts ableiten. Diese Norm befasst sich nämlich nur mit dem Verhältnis zwischen Bundesgesetzen und Staatsverträgen einerseits und der Bundesverfassung andererseits; sie bestimmt, dass Gesetze und Völkerrecht auch dann Anwendung finden müssen, wenn sie inhaltlich gegen die Bundesverfassung verstossen. »; Kaelin, SCHUBERT, p. 75.

¹⁴³ Dans plusieurs arrêts, le Tribunal fédéral préfère, à l'application d'une norme internationale obligatoire pour la Suisse en tant qu'Etat, une disposition de droit interne lui contrevenant mais qui a été adoptée postérieurement et <en connaissance de cause> par le Parlement. Voir notamment: ATF 99 Ib 39, Schubert; 116 IV 262, Wohnbau AG Giswil et 117 IV 124, Staatsanwaltschaft des Kantons Zürich. Cette jurisprudence Schubert a été confirmée dans d'autres arrêts, sans toutefois que le TF n'ait eu l'occasion de l'appliquer en faisant prévaloir le droit interne sur le droit international. En quelque sorte, une soupape de sécurité existe, mais elle n'a plus eu à fonctionner (112 II 1, 13; 116 IV 262, 268; 117 Ib 367, 370). Plus récemment, les juges fédéraux ont redit la primauté de principe du droit international (122 II 234, 239 et 122 II 485, 487), sans qu'il soit possible de dire si cette primauté sera effective dans un cas concret similaire à ceux de la ligne Schubert. Pour l'instant, le TF a donc redit Schubert, sans l'appliquer concrètement car l'occasion lui en a manqué. Il semble que la ligne Schubert doive rester la référence pour un temps encore, puisque le projet de révision constitutionnelle la maintient dans le projet C (art. 178 al. 3, alors que le projet A l'écartait). Nous consacrerons quelques lignes à ce projet (FF 1997 I 1ss.) tout à la fin de cette présentation du système suisse: 3.5.9. Quelques aspects du projet de réforme de la Constitution fédérale de 1996, § 265 ss.

solution du *lex posterior derogat priori* ne souffre aucune critique. Elle s'accorde aussi avec les art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst.féd. qui placent les deux sources sur le même plan, ou du moins ne les hiérarchisent pas. Cependant, nous sommes convaincue que des considérations de politique juridique - et en particulier la nécessité de sauvegarder la confiance des autres Etats dans le respect de ses obligations internationales par la Suisse - imposent une solution qui n'ait pas comme conséquence potentielle et souvent effective une violation du droit international.

114. Dans cet ordre d'idée, tant la grande majorité de la doctrine que les autorités politiques ont à maintes reprises enjoint aux autorités judiciaires de modifier leur point de vue. Au fur et à mesure que la Suisse s'est davantage impliquée dans la vie internationale, des voix se sont élevées pour le respect des engagements pris à ce niveau. L'un des arguments venait du fait acquis qu'en cas de litige ou d'arbitrage avec un autre Etat, la Suisse n'aurait de toute façon pas pu invoquer son droit interne pour justifier une violation de ses obligations internationales¹⁴⁴. Les autres arguments récurrents font appel à la loyauté et la fidélité dans les rapports internationaux qui ne sauraient être appréhendés du seul point de vue de l'intérêt national, mais qui exigent que chaque Etat mette tout en oeuvre pour respecter et transcrire dans son ordre interne les dispositions auxquelles il souscrit¹⁴⁵. Sans un tel engagement et par le seul opportunisme, les relations entre Etats perdraient tout leur sens.
115. Les critiques doctrinales ont trouvé parmi les autorités politiques - tant auprès de l'exécutif que du législatif - de forts appuis, relayés par des textes abordant la question sans ambages et prenant clairement position en faveur du droit international. D'une part, en 1989, l'administration

¹⁴⁴ Cf. Kaelin, SCHUBERT, p. 76, où il rappelle que la Cour Internationale de Justice exige que le droit international prévale sur le droit national. C'est du reste ce qui ressort clairement d'une opinion consultative donnée par la CIJ en 1988 (*Applicability of the Obligation to Arbitrate under Section 21 of the United Nations Headquarters Agreement of June 26th 1947*, Advisory Opinion, I.C.J. Reports 1988, p. 34 ss.).

¹⁴⁵ A sa note 4, Hottelier (PRIMAUTE, p. 606) cite quelques auteurs qui préconisent l'application désormais systématique des traités internationaux liant la Suisse en cas de contrariété de ceux-ci avec des dispositions relevant du droit interne. Parmi ces auteurs figurent Jacot-Guillarmod et Rainer Schweizer.

fédérale, par l'intermédiaire de l'Office fédéral de la justice et de la Direction du droit international public de la Confédération, a orienté le débat dans ce sens en publiant un texte intitulé: « Rapports entre le droit international et le droit interne au sein de l'ordre juridique suisse »¹⁴⁶. Dans ce document, la primauté du droit international est clairement préconisée. Trois années plus tard, en 1992, dans le cadre des délibérations parlementaires relatives à l'accord sur l'Espace économique européen (lequel, en cas d'acceptation, aurait prévalu sur tout le droit national de quelque niveau qu'il soit), les Chambres ont hésité à inclure dans l'art. 20 disp. trans. de la Cst. féd. le principe général de la force dérogatoire du droit international, ou même seulement de l'accord EEE¹⁴⁷. Les deux Chambres n'ont pas trouvé un accord sur un texte final, quand bien même chacune d'elles en avait admis à une large majorité le principe¹⁴⁸ et par voie de conséquence avait renié la jurisprudence Schubert qui était pourtant favorable aux pouvoirs du Parlement.

116. Les pressions décrites précédemment ont - semble-t-il - amené un changement dans la position de notre plus haute juridiction. En effet, un arrêt du Tribunal fédéral des assurances de 1993¹⁴⁹ clarifie la situation en faveur d'une primauté du droit international. Aucun revirement - toujours à craindre comme l'a prouvé par le passé une attitude fluctuante et changeante - n'est pour l'heure venu remettre en cause cette nouvelle jurisprudence. Il n'est pas inutile de consacrer quelques lignes à cet arrêt essentiel.
117. Dans un premier temps, notre haute Cour rappelle sa position de l'arrêt Courtet de 1985¹⁵⁰ relatif également aux assurances sociales¹⁵¹ (cons.

¹⁴⁶ JAAC, 53/IV (1989), n°54, p.460.

¹⁴⁷ Häfelin - Haller, BUNDESSTAATSRICHT, n° 1050a.

¹⁴⁸ Conseil national: 158 pour et 30 contre (Amtl.Bull.NR 1992 S.1392) ; Conseil des Etats: 34 pour et 1 contre (Amtl.Bull.SR 1992 S.886).

¹⁴⁹ Arrêt du TFA du 25 août 1993, dans la cause X. contre Caisse cantonale valaisanne de compensation et Tribunal des assurances du canton du Valais; publié au ATF 119 V 171.

¹⁵⁰ ATF 111 V 201.

3.b.). Dans cette jurisprudence, critiquée avec virulence par la doctrine (résumé de ces critiques au cons. 3.c.), la motivation du Tribunal fédéral des assurances avait mêlé à tort des arguments tirés de la validité immédiate et de l'applicabilité pour arriver au résultat - plus politique que juridiquement soutenable et soutenu - que le droit international conventionnel (ici la Convention n°128 de l'OIT concernant les prestations d'invalidité, de vieillesse et de survivants) devait céder face au droit national (ici la LAI).

118. L'argument principalement entendu en 1993 par les magistrats de Lucerne semble avoir été la nécessité impérieuse de cesser au plus vite de violer les engagements internationaux de la Suisse. Ils comprennent et admettent que les arrêts Schubert et Courtet ont pour effet concret de rendre illusoires pareils engagements. Selon Jacot-Guillarmod¹⁵², il est de surcroît contraire à la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁵³ de donner la préférence à une norme nationale en contradiction avec une norme de droit international à laquelle l'applicabilité directe peut être reconnue et donc susceptible de fonder la décision dans un cas concret. Nous en déduisons qu'appliquer la norme nationale en lieu et place de la norme internationale revient alors à une double violation du droit international: d'une part, une violation de la norme écartée elle-même et, d'autre part, une violation de cette Convention de Vienne.
119. Cherchant ensuite à minimiser la portée de l'arrêt Courtet en ce qu'il « ne met pas en cause la jurisprudence constante du Tribunal fédéral des assurances qui donne au droit international conventionnel de la sécurité sociale la primauté sur le droit national »¹⁵⁴, le TF réfute les opinions qui ont voulu y voir la confirmation de la jurisprudence Schubert consacrant la prééminence du droit national adopté « en toute connaissance de cause » en violation du droit international. Les magistrats semblent soutenir que leur position a toujours été celle de préférer le droit

¹⁵¹ Il semble en Suisse que les terrains privilégiés pour l'application du droit international aient jusqu'à présent été le droit des assurances sociales et le droit pénal (notamment procédural).

¹⁵² Olivier JACOT-GUILLARMOD, SLLL, p.112.

¹⁵³ Convention du 23 mai 1969, approuvée par l'Assemblée fédérale le 15 décembre 1989, entrée en vigueur le 6 juin 1990 pour la Suisse; RS 0.111.

¹⁵⁴ Cons. 4.a), p. 176.

international¹⁵⁵. Sans formellement se rétracter d'une opinion que nombre d'auteurs avaient perçue comme hostile au droit international, le Tribunal fédéral - sensible aux critiques - semble néanmoins avoir tranché pour la primauté du droit international. Il est à souhaiter qu'il conserve cette ligne de pensée.

120. Une fois acquise la primauté du droit international et avant de pouvoir conclure à l'application de la norme internationale au cas concret, il faut en examiner l'applicabilité directe. Si cette caractéristique lui est déniée, c'est évidemment la norme nationale qui s'appliquera. Signalons que ce mode de raisonnement, dissociant clairement les deux problématiques de la validité immédiate - avec son corollaire qu'est la primauté de l'un ou l'autre des deux ordres - et de l'applicabilité directe, devrait satisfaire ceux qui critiquaient le manque de rigueur des auteurs et juges qui les assimilaient¹⁵⁶. Nous reviendrons dans une section subséquente sur les conditions imposées pour qu'une norme internationale puisse être directement applicable¹⁵⁷.
121. Nous avons la certitude que la nouvelle position de primauté du droit international ici décrite aura des conséquences sur le long terme. La jurisprudence qui va s'inscrire dans le prolongement de l'arrêt du TFA devra traduire une attitude plus impliquée des autorités judiciaires. En effet, celles-ci seront appelées à trancher des questions qui, au-delà de leurs incidences purement juridiques, relèvent de domaines politiques sensibles. Elles ne pourront plus esquiver la responsabilité en cas de violation du droit international. Kaelin souhaiterait quant à lui, qu'à l'exemple de la Cour suprême des Etats-Unis, le Tribunal fédéral se déclare incompétent chaque fois qu'il est confronté à une affaire à forte connotation politique et laisse la responsabilité du choix aux seules autorités politiques¹⁵⁸. Nous pensons nous-même qu'une implication du

¹⁵⁵ « Au demeurant, sur un plan plus général, le principe de la primauté du droit international n'est plus guère contesté aujourd'hui, en particulier s'agissant de l'application des art. 113 al. 3 et 114bis al. 3. »; cons. 4.a), p. 177.

¹⁵⁶ Cf. § 107.

¹⁵⁷ Cf. 3.2.2. Rapport aux autres normes de protection des droits fondamentaux; § 129 ss.

¹⁵⁸ « Um die Legitimität staatlichen Handelns nicht unnötigerweise zu gefährden, sollte das Bundesgericht (...) eine Praxis einleiten, welche in solchen Fällen die

judiciaire dans le politique, pour les grandes orientations qu'appelle le rapport entre les normes de droit international et de droit national, est au contraire justifiée. Les organes d'application du droit sont en effet les acteurs privilégiés pour constater les implications réelles et concrètes d'un respect du droit international.

122. Cette approche des rapports entre le droit interne et le droit international va en outre bouleverser l'interprétation classique des art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd. Traditionnellement et tel qu'il ressort d'une interprétation littérale¹⁵⁹, de l'interdiction du contrôle de constitutionnalité des lois fédérales et des traités ratifiés par l'Assemblée fédérale, il découlait que les tribunaux devaient appliquer ces textes sur pied d'égalité et ce même si ceux-ci étaient contraires à la Constitution. Or, en soutenant la primauté du droit international, les traités auront la prééminence sur les lois fédérales - sous réserve de la ligne Schubert et son entorse du <le sachant et le voulant> en cas de conflit¹⁶⁰. Le Tribunal fédéral, empêché de procéder à un contrôle de constitutionnalité des lois fédérales, est dès lors enjoint d'effectuer un <contrôle de conventionnalité> de ces mêmes lois fédérales. Tel est le résultat le plus marquant d'une hiérarchisation qui fait céder les lois fédérales face aux traités.
123. A l'appui de ce que nous venons de dire, un développement de Hotelier apporte un éclairage supplémentaire: « Au plan institutionnel, l'arrêt (du TFA) est ensuite important en ce qu'il investit le Tribunal fédéral du rôle d'arbitre, et non plus de simple observateur, en cas de conflit entre des normes d'origine nationale et internationale. Il affirme ainsi la compétence des tribunaux suisses et, en dernière instance, celle du Tribunal fédéral lui-même, d'opérer un contrôle de la <conventionnalité> des lois nationales (...) pouvant aboutir à exclure

Streitfrage im Sinne des amerikanischen Supreme Court zur nicht justiziablen <political question> erklärt. Damit würde die Verantwortung für die Völkerrechtsverletzung klar Bundesrat und Bundesversammlung zugewiesen und nicht der Eindruck erweckt, völkerrechtswidrige Bundesgesetze seien rechtsstaatlich unbedenklich. »; Kaelin, op. cit., p. 76-77.

¹⁵⁹ Cf. § 111.

¹⁶⁰ Contrairement au titre de Kaelin (Schubert und der Rechtsstaat oder: Sind Bundesgesetze massgeblicher als Staatsverträge?), ce sera maintenant: « Staatsverträge sind massgeblicher als Bundesgesetze. ».

l'application d'un acte normatif voté par le Parlement fédéral, au profit des exigences issues du droit international. A contrario, l'arrêt s'inscrit en faux contre la pratique qui voyait le pouvoir judiciaire afficher une déférence particulière face aux autorités politiques de la Confédération, en considérant celles-ci comme les garantes exclusives des rapports entre le droit interne et les traités internationaux conclus par la Suisse »¹⁶¹.

124. Finalement, la dernière conséquence de la nouvelle interprétation des art. 113 al 3 et 114bis al. 3 Cst. féd. abordée sous cette section concerne les lois cantonales¹⁶². Les lois cantonales, en vertu de l'art. 2 disp. trans. de la Cst. féd., doivent respecter le droit fédéral. Le contrôle de constitutionnalité assure que les lois cantonales incompatibles avec la Constitution fédérale ou avec une loi fédérale soient sanctionnées. Or, et c'est en cela que réside la nouveauté, il peut arriver qu'une loi cantonale soit en accord avec la loi fédérale mais incompatible avec un traité international; en pareil cas, la loi cantonale cède devant le traité. Il peut également arriver que la loi cantonale soit contraire à la loi fédérale, mais en accord avec le traité international; la loi cantonale pourra alors subsister. Au traditionnel contrôle de constitutionnalité s'ajoute maintenant un contrôle de conventionnalité. En d'autres termes, une loi cantonale ne sera plus seulement mesurée face à la Constitution, les traités internationaux ont aussi valeur de référence (mesure, *Massstab*) lors du contrôle. Et dans le cadre du contrôle de conventionnalité, le traité international occupe une place hiérarchique au-dessus des lois fédérales.
125. L'option moniste choisie par la Suisse permettant d'intégrer directement le texte international dans le droit fédéral, cet Etat ne connaît que de façon atténuée et marginale un problème spécifiquement lié à sa structure fédérale, celui de la dissociation entre la compétence de conclusion et de mise en oeuvre (ou exécution) du texte international. Si

¹⁶¹ Hottelier, *PRIMAUTE*, p. 607-608.

¹⁶² Le rapport entre les normes internationales conventionnelles et la Constitution - particulièrement important pour notre étude, dans la mesure où les normes des Pactes sont en concurrence ou complètent les droits fondamentaux inscrits dans la Constitution ou reconnus comme non écrits par la jurisprudence et qu'il est dès lors essentiel de définir leurs rapports - sera traité sous le point 3.2.2. Rapport aux autres normes de protection des droits fondamentaux; § 129 ss.

le traité - faisant donc partie du droit fédéral au même titre que n'importe quelle loi ou constitution de ce niveau - se voit reconnaître le caractère directement applicable, il s'imposera aux cantons par l'intermédiaire de l'article 2 disp. trans. et les normes qu'il contient se suffisent alors à elles-mêmes, sans nécessiter un quelconque acte d'exécution.

126. Les difficultés surgissent lorsque l'on est en présence d'une norme dépourvue d'applicabilité directe. Une telle norme demande à être mise en oeuvre par des mesures législatives nationales. Celles-ci, et c'est là un des fondements du fédéralisme, sont prises en respectant le partage des compétences établi dans la Constitution¹⁶³. Grâce à la sagesse des autorités fédérales qui prennent soin par diverses procédures de consultation et par l'adoption des mesures d'exécution avant même l'engagement international d'éviter les divergences, cette dissociation, là où elle existe, n'a pas jusqu'à présent abouti à des impasses. Il est vrai que d'un point de vue purement technique, une situation analogue à celle prévalant au Canada pourrait très bien s'installer. L'Etat central se verrait reprocher des violations des traités par ses entités. Beaucoup dépend dans ces circonstances de l'aptitude à dialoguer entre la Confédération et les cantons et il semble que l'actuel système basé sur la solidarité confédérale ait bien fonctionné.
127. Cependant, la dissociation entre les compétences de conclusion et de mise en oeuvre des traités pourrait, en Suisse aussi, générer des situations boiteuses où un Etat est responsable de ce sur quoi il n'a pas directement une emprise¹⁶⁴. Le seul remède entièrement efficace du

¹⁶³ La Suisse a réglé le partage des compétences entre le centre et les entités par une clause générale en faveur de ces dernières et une énumération des domaines réservés à l'Etat central (à l'inverse du Canada qui consacre une clause générale pour l'Etat central et une liste pour les entités). C'est l'art. 3 de la Cst. féd. qui est le siège de la matière: « Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la constitution fédérale, et, comme tels, ils exercent tous les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral. ». Les délégations législatives en faveur du centre dont il est question ici se retrouvent tout au long de la Constitution fédérale, si bien qu'il serait ardu d'en faire l'énumération exhaustive.

¹⁶⁴ Au point 1.1.3., Dominici et Voeffray (INTEGRATION) traitent cette problématique: « Il n'est plus guère contesté aujourd'hui que cet article (8 Cst. féd.) donne à la Confédération le pouvoir de conclure des traités dans n'importe quel domaine, y compris sur des objets qui relèvent sur le plan interne du pouvoir

point de vue juridique, mais ennemi du fédéralisme, serait de promouvoir un parallélisme entre, d'une part, la compétence de conclusion du traité et, d'autre part, celle de promulguer des normes censées l'appliquer. Mais qui assumerait un tel changement, amenant avec lui le danger réel de voir des organes fédéraux empiéter sur les compétences cantonales et imposer contre la volonté des entités, par la voie de traités internationaux, ce qu'ils ne peuvent imposer par des lois fédérales ordinaires, la Constitution leur en niant la compétence législative?

128. Pour concilier les deux impératifs concurrents que constituent l'obligation de respecter les obligations internationales et celle de préserver la structure fédérale, il a fallu trouver une solution pour le cas où les cantons restent inactifs, alors qu'il leur faut mettre un traité avec des normes programmatiques en œuvre. Une partie de la doctrine¹⁶⁵ estime que seuls les cantons sont compétents et que rien ne saurait les contraindre à agir. Une autre partie de la doctrine¹⁶⁶ élimine totalement la dissociation des compétences de conclusion et de mise en œuvre des traités, si bien que c'est la Confédération qui conclut et exécute tout, même dans les domaines que la Constitution fédérale ne lui a pas attribués. Entre ces deux conceptions extrêmes, il semble que la position intermédiaire doive l'emporter¹⁶⁷. L'application des traités sera prioritairement le fait des cantons, cependant, devant leur inaction, la

législatif des cantons. (...) Les autorités fédérales font preuve néanmoins d'une grande prudence lorsqu'un traité touche aux compétences législatives des cantons, n'hésitant pas, le cas échéant, à renoncer à la ratification. (...) Les autorités fédérales sont d'autant plus prudentes que leurs compétences extérieures en matière de conclusion des traités n'impliquent pas, selon l'opinion majoritaire, une compétence parallèle dans l'édiction des normes d'exécution. En effet, lorsqu'un traité conclu par la Confédération porte sur une question relevant du domaine législatif cantonal, seuls les cantons sont autorisés à légiférer pour assurer son exécution. Il faut souligner cependant que l'intervention législative des cantons au niveau de l'exécution n'est nécessaire que si les dispositions du traité ne sont pas directement applicables. Dans le cas contraire, le traité peut être appliqué sans autre et l'emporte sur le droit cantonal, même s'il régit des matières relevant, selon la répartition interne des compétences, du domaine législatif des cantons (...). (p. 532-533). ». Voir aussi le point 1.5.4., p. 549.

¹⁶⁵ Telle est la position de Giacometti et Fleiner.

¹⁶⁶ Telle est la position de Burchardt et Wildhaber.

¹⁶⁷ En ce sens, le Conseil fédéral suit l'avis de Schindler, ART.8-COMMENTAIRE.

Confédération y suppléera, car elle est internationalement responsable. La compétence reste donc normalement aux cantons, mais une intervention subsidiaire du législateur fédéral est admise en cas de nécessité.

3.2.2. *Rapport aux autres normes de protection des droits fondamentaux*

129. La question au centre du débat ici est intimement liée à celle de l'intégration des normes internationales - relatives aux droits fondamentaux - dans l'ordre interne, débat dont cette question constitue le prolongement. Les considérations sur la primauté du droit international restent dans cette perspective pertinentes¹⁶⁸. Nous allons maintenant aborder un obstacle qui va catégoriser les normes internationales en deux groupes distincts, à savoir l'obstacle de l'applicabilité directe des normes internationales. Même si l'applicabilité directe est une notion clairement différente de celle de l'intégration du texte international dans l'ordre interne, ces deux aspects devraient être perçus dans la même lignée, dans la mesure où il s'agit de deux étapes successives¹⁶⁹. Nous avons déjà relevé que le juriste confronté à un texte international se demandera d'abord si et comment il est intégré à l'ordre interne, puis quels effets pour les particuliers auront les dispositions

¹⁶⁸ Cf. 3.2.1. Intégration des textes internationaux dans l'ordre interne; § 104 ss.

¹⁶⁹ Cf. § 107. Yvo Hangartner insiste également sur la différence entre les deux notions: « Die Frage der mittelbaren oder unmittelbaren Anwendbarkeit einer Völkerrechtsnorm darf auch im System der Inkorporation nicht mit der Frage ihrer Aufnahme in das Landesrecht und damit ihrer landesrechtlichen Geltung verwechselt werden. Der Ständerat formulierte deshalb zumindest zweideutig, als er anlässlich der Beratung des Bundesbeschlusses über den Beitritt der Schweiz zum Europäischen Wirtschaftsraum den Satz vorschlug: <Das unmittelbar anwendbare Recht der EWR geht vor>. Vorrang vor dem Landesrecht hätte aufgrund der Ratifikation des EWR-Vertrages und der damit verbundenen automatischen Inkorporation in das Landesrecht auch das nicht unmittelbar anwendbare EWR-Recht gehabt. Nur wäre es erst für die Bundesversammlung und den Bundesrat in ihrer Legislativ- und Regierungsfunktion massgebend gewesen. Hingegen hätte es - und nur dies ist die rechtliche Bedeutung der nicht unmittelbaren Anwendbarkeit - noch keine Rechte und Pflichten im Verhältnis von Staat und Bürgern und zwischen Bürgern begründet. »; Yvo Hangartner, VOLKERRECHT, p. 656-657.

qu'il comprend. Alors que la première étape envisage le traité dans son ensemble, la seconde peut entraîner une différenciation entre les diverses normes, les unes se voyant reconnaître l'applicabilité directe et les autres se la voyant nier.

130. Une fois intégré au droit interne selon le procédé décrit au point précédent, le texte international va être scindé en deux groupes de normes, celles directement applicables et les autres. Seules les normes directement applicables vont à proprement parler entrer en concurrence avec les droits fondamentaux déjà reconnus dans l'ordre interne. C'est donc entre les droits (des Pactes) directement applicables et les droits fondamentaux des différents niveaux de l'ordre interne que les conflits risquent de surgir. Avant de les régler en hiérarchisant ces différentes normes entre elles, il convient alors de mieux cerner cette notion d'applicabilité directe.
131. Doctrine et jurisprudence suisses ont toutes deux donné une définition en droit suisse du concept - provenant du droit international¹⁷⁰ - de l'applicabilité directe, définitions qui s'accordent du reste bien l'une avec l'autre. Dans la mesure où la doctrine s'est régulièrement alignée sur le sens développé par les juges et que, dans ses Messages, le Conseil fédéral se contente de suivre la voie ainsi tracée¹⁷¹, l'applicabilité directe est perçue comme une notion avant tout prétorienne. Le Tribunal fédéral a posé quelques critères pour distinguer une norme directement applicable d'une norme qui ne l'est pas, insistant particulièrement sur la précision de la règle et le fait qu'elle puisse fonder une décision

¹⁷⁰ Les règles générales pour l'interprétation des traités (art. 31 de la Convention de Vienne sur le droit des traités ; RS 0.111) - qui imposent de donner au traité le sens ordinaire, dans son contexte et à la lumière de son objet et de son but - ont beaucoup influencé la détermination de la notion de l'applicabilité directe valable en droit international.

¹⁷¹ Jacot-Guillarmod met en regard la formulation politique de Berne et celle juridique de Lausanne, finalement très proches et même identiques sur le fond (Olivier Jacot-Guillarmod, DETOUR, p. 133). Voir aussi Dominici et Voeffray qui soulignent cette réjouissante identité de vues entre le Tribunal fédéral et le Conseil fédéral; INTEGRATION, p. 548.

concrète¹⁷². Le mérite de la doctrine n'est pas ici dans les nouveautés qu'elle propose, mais dans la compilation des décisions ayant trait à l'applicabilité directe, sorte de résumé de l'état de la jurisprudence¹⁷³.

132. On comprend bien à la lecture des critères établis que le fait de savoir si une norme est directement applicable ou non exigera un examen au cas par cas, norme par norme. Ce n'est pas l'ensemble du traité qui se voit reconnaître un tel effet, mais au contraire ses normes une à une. Dans cette perspective, il serait logique que cet examen se fonde sur la valeur intrinsèque de la norme, qui serait d'application directe aussitôt que son degré de précision est tel qu'elle puisse fonder une décision concrète. Or l'évolution constatée semble contredire cette assertion. En effet, les juges ne se bornent plus désormais à l'analyse de la seule norme et de sa précision, encore faut-il qu'elle soit intégrée dans un texte international ayant vocation à être directement applicable¹⁷⁴. Si cette attitude

¹⁷² « Selon la jurisprudence, une norme est directement applicable si elle est suffisamment déterminée et claire par son contenu pour constituer le fondement d'une décision concrète » ; 121 V 246, 249, cons. 2.b. Cf. § 207.

¹⁷³ A cet égard, l'exposé limpide fait par Häfelin et Haller aide à la compréhension de cette notion: « Innerhalb der rechtsetzenden Staatsverträge lassen sich je nach der unmittelbaren Anwendbarkeit zwei Formen unterscheiden. Unmittelbar anwendbare Staatsverträge (<self-executing treaties>) enthalten Rechtssätze, die hinreichend bestimmt und klar sind, um als Grundlage eines Rechtsanwendungsaktes zu dienen. So stellen z.B. die von der EMRK garantierten Grundrechte unmittelbar anwendbares Staatsvertragsrecht dar. Nicht unmittelbar anwendbare Staatsverträge (<non-self-executing treaties>) setzen nicht direkt anwendbare Normen, sondern enthalten lediglich die Verpflichtung für den innerstaatlichen Gesetzgeber, landesrechtliche Vorschriften gemäss den im Staatsvertrag enthaltenen Grundsätzen zu erlassen. Es ist möglich, dass ein Staatsvertrag nebeneinander unmittelbar anwendbare und nicht unmittelbar anwendbare Rechtsnormen enthält. Diese diesbezügliche Qualifizierung einer Staatsvertragsbestimmung ergibt sich oft erst durch Auslegung. »; BUNDESSTAATSRECHT, n° 1035. Voir aussi Hangartner qui insiste sur les destinataires respectifs des différentes normes: « Völkerrechtsnormen können sich landesintern an verschiedene Adressaten wenden. Unterschieden wird zwischen unmittelbar anwendbarem Völkerrecht, das direkt Rechte und Pflichten im Rechtsverkehr begründet, und non-self-executing-Normen, die sich an Gesetzgeber und Regierung wenden, welche die entsprechenden landesrechtlichen Regelungen erlassen müssen. »; VOLKERRECHT, p. 656.

¹⁷⁴ Après avoir rappelé, de la même façon que Jacot-Guillarmod (DETOUR), que la question de l'applicabilité directe est récente et qu'avant les années 70, le TF la

restrictive ne posera vraisemblablement pas de problèmes pour le Pacte sur les droits civils et politiques, nous craignons qu'il freine plus encore l'application des quelques normes du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels susceptibles d'être directement applicables.

133. Nous ne saurions trop nous étonner de cette dérive de nos juges vers de nouvelles restrictions à l'applicabilité directe des normes internationales. D'une part, de telles restrictions jurent avec la nature même de la question de l'applicabilité directe. Celle-ci est par définition plus liée aux qualités de précision des normes intégrées dans l'ordre interne qu'au contexte général du traité. Ainsi, sauf dans les cas extrêmement rares où les parties auraient expressément exclu l'applicabilité directe des normes du traité qui le seraient sans cette réserve, le juge devrait se contenter d'appréhender - avec, pour effacer ici les frontières et reprendre une notion canadienne, une interprétation large et libérale - la norme invoquée pour elle-même.
134. D'autre part, cette sévérité accrue, en s'écartant de la logique juridique qui voudrait que seule compte la précision de la norme, introduit, par l'examen de la fonction générale du traité, un élément d'imprévisibilité voire d'insécurité. Cette notion de fonction générale du traité est en effet plus vague, moins saisissable et peut prêter à des spéculations d'ordre politique.
135. Pour justifier cette sévérité, il a été argumenté que l'augmentation du nombre de domaines appréhendés par le droit international conventionnel, de même que la difficulté croissante à trancher la nature de la norme en cause militent pour un examen de la norme qui ne l'isole pas de son contexte mais tienne compte de tout son environnement¹⁷⁵. Pour notre part, il nous semble qu'une telle approche n'est pas

reconnaissait sans autre à tout texte international en vigueur dans notre pays, Dominicé et Voeffray précisent cette nouvelle restriction: « Par ailleurs, alors qu'il procédait anciennement à une approche pragmatique, en s'attachant essentiellement à la teneur de la disposition invoquée, le Tribunal fédéral semble évoluer dans ses arrêts récents vers une analyse plus globale, qui prend en considération la fonction générale du traité. Selon lui, une disposition claire et précise n'est directement applicable que si elle prend place dans un traité qui, d'après la volonté des parties, confère aux individus le droit de se prévaloir de ses dispositions. »; INTEGRATION, p. 549.

¹⁷⁵ Cf. Dominicé - Voeffray, INTEGRATION, p. 549.

défendable du point de vue de la rigueur juridique. Cette vision nous inquiète dans la mesure où elle pourrait influencer négativement l'applicabilité directe des Pactes. Si, nous l'avons vu, le Pacte II ne devrait pas s'en trouver trop affecté, certaines garanties du Pacte I¹⁷⁶ pourraient se voir nier l'applicabilité directe au motif qu'elles sont incluses dans un texte à caractère largement programmatique et quand bien même l'examen de leur contenu seul - suffisamment précis pour fonder une décision concrète - aboutirait à reconnaître l'applicabilité directe.

136. L'applicabilité directe ne va donc pas de soi, ni du point de vue de la norme prise pour elle-même, ni du point de vue du traité pris dans son ensemble. Ceci explique que la jurisprudence et les autorités politiques adoptent des positions différentes en fonction du traité qui leur est soumis. Ainsi, l'approche de la CEDH, du Pacte I et du Pacte II ne sont pas identiques.
137. Le texte européen dans son ensemble s'est vu reconnaître très tôt d'application directe: « Dès 1975, le Tribunal fédéral a considéré que les droits formulés dans la CEDH ont le caractère de droits constitutionnels et que les garanties offertes par le droit constitutionnel suisse (fédéral et cantonal) écrit et non écrit peuvent être concrétisées par les dispositions y relatives de la CEDH - dans la mesure où celle-ci a une portée qui leur est supérieure - avec les précisions apportées par la jurisprudence des organes de Strasbourg. Le Tribunal fédéral admet en outre que les garanties matérielles de la CEDH sont directement applicables en Suisse, que ladite convention a, dans l'ordre juridique interne, tout au moins le rang d'une loi fédérale et que, faisant partie intégrante du droit fédéral, elle doit être prise en considération pour déterminer l'ordre public suisse »¹⁷⁷.
138. Soulignant les similitudes, mais surtout les divergences existant entre la CEDH et le Pacte sur les droits civils et politiques, nos autorités politiques préconisaient pour ce Pacte II une solution différenciée en fonction du droit en cause: « Le Pacte II est, quant à lui, un instrument

¹⁷⁶ Nous pensons ici spécialement au droit de grève, lequel n'exige clairement qu'une abstention de la part de l'Etat et n'a ainsi rien de purement programmatique.

¹⁷⁷ Message relatif aux Pactes, p. 1141-1142; ainsi que les références jurisprudentielles citées.

international différent de la CEDH par sa nature et son caractère mêmes; il présente également des différences sur le plan des droits garantis, du libellé de ces droits et du mécanisme de mise en oeuvre. Le Conseil fédéral estime dès lors que le citoyen ne pourrait invoquer directement certaines dispositions du Pacte devant les tribunaux suisses que dans la mesure où celles-ci, considérées dans leur contexte et à la lumière tant de l'objet que du but du Pacte, sont inconditionnelles et suffisamment précises pour produire un effet direct et s'appliquer comme telles à un cas d'espèce et constituer le fondement d'une décision concrète »¹⁷⁸. Le critère de l'inconditionnalité de la norme signifie que ses effets ne doivent pas être subordonnés à l'adoption d'un acte d'exécution dans l'ordre interne pour affecter la situation juridique du particulier. Ce critère est repris dans certains arrêts du Tribunal fédéral et écarte les normes nécessitant une loi de mise en oeuvre ou tout autre acte interne analogue.

139. S'agissant du Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels, le Conseil fédéral ne laissait aucune place à l'ambiguïté en niant avec force son applicabilité directe: « Il découle du texte clair du Pacte I que celui-ci a été conçu dans l'ensemble comme un instrument fixant des objectifs de politique des droits de l'homme dans le domaine social, qui impose aux Etats des obligations de droit international à caractère programmatique, que les Etats s'engagent à réaliser progressivement, dans toute la mesure des ressources disponibles et par tous les moyens appropriés, en particulier l'adoption de mesures législatives; il en résulte sans équivoque que les dispositions du Pacte I ne s'adressent en principe pas aux particuliers, mais aux législateurs des parties contractantes qui doivent dès lors considérer ces dispositions comme des lignes directrices pour leur activité législative. Par conséquent, conformément à la jurisprudence constante du Tribunal fédéral, les dispositions du Pacte I ne créent en principe pas de droits subjectifs et justiciables, sauf d'éventuelles rares exceptions (cf. art. 8 al. 1 lit. a: droit de former un syndicat); elles ne peuvent dès lors être directement invoquées par les particuliers devant les autorités administratives ou judiciaires suisses;

¹⁷⁸ Message relatif aux Pactes, p. 1142.

tout au plus le juge pourrait-il s'inspirer, le cas échéant, de l'une de ces dispositions pour interpréter une loi »¹⁷⁹.

140. La position restrictive de nos magistrats politiques s'explique par la relative nouveauté que constitue pour la Suisse la participation à un effort universel de protection des droits de l'homme. Face à la CEDH, les réticences ont été levées dans l'année qui a suivi sa mise en vigueur en Suisse, ouverture favorisée par l'existence d'un système de contrôle international efficace. Lorsque l'ordre international proposé est plus diffus - comme c'est le cas des instances onusiennes -, il n'est pas étonnant de voir plus de retenue. Cette retenue se traduit par la nécessité de démontrer de cas en cas, pour chaque norme, l'applicabilité directe. Lorsque l'ordre international est mieux intégré - à l'exemple aujourd'hui de l'Union européenne -, une présomption réfragable d'applicabilité directe des normes internationales dans ses Etats membres doit s'imposer¹⁸⁰. Les juges de Luxembourg l'ont bien compris en imposant l'effet et l'applicabilité directs du droit communautaire (jurisprudence *van Gent & Loos*). Une présomption - réfragable - contraire existe dans les cas où l'ordre est moins bien intégré¹⁸¹. Très vite cependant, les juges ont assimilé le Pacte II à la CEDH, étendant la présomption d'applicabilité directe. La présomption inverse subsiste néanmoins pour le Pacte I.

¹⁷⁹ Message relatif aux Pactes, p. 1141.

¹⁸⁰ Cette meilleure intégration entre les deux niveaux de normes en fonction du temps et du développement de l'ordre international a été mise en évidence par Pescatore: « Il apparaît, à la lumière de l'histoire, que la discussion sur l'applicabilité directe a été une sorte de <maladie d'enfance> du droit communautaire, par laquelle il a fallu passer pour aboutir à cette évidence que toute règle juridique appartenant au système de droit communautaire est faite pour être pratiquement opérante, au niveau non seulement des rapports entre Etats, mais encore des rapports entre l'Etat et les individus; que donc la négation de l'applicabilité directe ne peut résulter que de circonstances spécifiques qui demandent, comme telles, à être démontrées dans chaque cas. »; Pierre Pescatore, *ACQUIS COMMUNAUTAIRE*, p. 638.

¹⁸¹ « (...) la pratique judiciaire récente semble avoir au contraire consacré en Suisse la présomption inverse (présomption - réfragable - de non-application directe de la règle internationale). La pratique interne suisse semble ainsi rejoindre le régime traditionnel du droit international selon lequel dans le doute, un traité international ne confère pas de droit direct aux individus. »; Jacot-Guillarmod, *DETOUR*, p. 132.

141. Sans vouloir refaire l'histoire, il est intéressant de constater qu'avant les années 70, le Tribunal fédéral appliquait la présomption réfragable inverse, à savoir que le droit international était sauf preuve du contraire directement applicable¹⁸². Une telle attitude ne subsiste aujourd'hui plus qu'en faveur de la CEDH¹⁸³ et du Pacte II¹⁸⁴.
142. La dérive du Tribunal fédéral vers une attitude plus restrictive a bien entendu été critiquée avec virulence par la doctrine. A cet égard, d'aucuns ont eu tendance à noircir excessivement le tableau. Certes, l'applicabilité directe constitue l'obstacle le plus important à la pleine intégration du droit international et à son efficacité concrète du point de vue de l'individu ; les conditions de cette applicabilité directe ne sont toutefois de loin pas aussi nombreuses que celles que la doctrine croit lire dans les décisions du Tribunal fédéral¹⁸⁵. Notre sentiment est qu'usuellement, les juges examineront en priorité la précision de la norme invoquée, son inconditionnalité et son aptitude à fonder une

¹⁸² Dominicé - Voeffray, *INTEGRATION*, p. 549; Jacot-Guillarmod, *DETOUR*, p. 130-131, 136 et 141-144 (casuistique).

¹⁸³ « (...) nous formulons le vœu que l'applicabilité directe du droit international en Suisse abandonne prochainement son statut actuel d'exception et renoue avec un statut de présomption dont ne paraît bénéficier, aujourd'hui déjà, que la Convention européenne des droits de l'homme. (...) C'est le TFA qui, le premier, a reconnu de manière générale le caractère directement applicable des garanties matérielles inscrites dans le titre premier de la CEDH, à l'exception de l'art. 13, de sorte que l'on ne s'interroge plus guère aujourd'hui que sur le caractère directement applicable de l'art. 13 CEDH. En revanche, un grief fondé sur le caractère non directement applicable de l'art. 6 § 1 CEDH apparaît presque comme saugrenu aujourd'hui. », Jacot-Guillarmod, *DETOUR*, p. 150.

¹⁸⁴ La jurisprudence a étendu l'applicabilité directe de la CEDH au Pacte II. Voir 3.4. Casuistique sélective de l'application des Pactes, § 196 ss. ; 3.5. Analyse de la jurisprudence relative aux Pactes, § 215 ss.

¹⁸⁵ Jacot-Guillarmod (*DETOUR*, p. 140) enfile exagérément la liste des conditions à remplir pour qu'une norme se voit reconnaître l'applicabilité directe. Si certains critères sont confirmés expressément par la jurisprudence, d'autres ne sont en réalité pas ou plus appréhendés avec autant de sévérité. En particulier, nous doutons que les opinions émises par un Office fédéral concerné ou une intervention parlementaire suffisent dans tous les cas à ce que les juges se sentent obligés de nier l'applicabilité directe; tout au plus de telles prises de position pourront-elles influencer la décision.

décision concrète. Un tel angle d'analyse est fréquent dans les arrêts récents, notamment en relation avec les Pactes¹⁸⁶.

143. A ce stade, en guise de résumé et de clarification, il n'est pas inutile d'imaginer un peu le débat. La question de l'applicabilité directe est intimement liée à celle - traitée plus haut¹⁸⁷ - de l'intégration des normes internationales en droit interne, dont elle constitue l'étape ultérieure. La première phase règle le lien entre la norme internationale et le droit interne, alors que la seconde phase concrétise le lien entre la norme internationale et l'individu. Plus que d'éclaircir les rapports entre la norme internationale d'une part et le droit interne et l'individu d'autre part, la notion d'applicabilité directe brouille les cartes¹⁸⁸. En dépit de ce manque de clarté, sa détermination pour chaque norme constitue néanmoins une absolue nécessité. En effet, même si la frontière entre applicabilité directe et non applicabilité directe est malléable, il est indispensable de savoir quand le juge peut accorder quelque chose ou quand il ne le peut pas, la tâche revenant alors au législateur d'agir. Rappelons-nous les exemples opposés classiques - la liberté d'expression et le droit au travail - et face auxquels il s'impose de trancher en faveur de l'applicabilité directe au particulier par le juge de la liberté d'expression et d'une intervention du législateur pour le droit au travail.

¹⁸⁶ Cf. § 201.

¹⁸⁷ Cf. 3.2.1. Intégration des textes internationaux dans l'ordre interne; § 104 ss.

¹⁸⁸ Il convient de nuancer la vision de Jacot-Guillarmod lorsqu'il écrit: « Cette attitude spontanée d'ouverture (le fait de reconnaître d'office l'applicabilité directe des normes internationales, comme le faisait le TF avant les années 70) servait sans doute mieux la cause du droit international que l'illusion trompeuse, créée par la jurisprudence ultérieure, selon laquelle seules les règles internationales directement applicables deviendraient source de l'ordre juridique suisse. Cette jurisprudence montre que le problème de l'application directe des traités internationaux se résume à un problème de force obligatoire de la règle internationale et à son exécution pleine et entière au niveau interne, y compris à l'égard des particuliers. Dans un ordre juridique à tradition moniste comme l'ordre juridique suisse, le détour de l'applicabilité directe, sous forme d'une question préalable, menace plus qu'il ne facilite la pénétration de la règle internationale dans l'ordre juridique interne. »; DETOUR, p. 144-145. Même si ce détour par l'applicabilité directe ne facilite pas la réception du droit international, sa résolution est une absolue nécessité.

144. En réalité, les deux types de normes - directement applicables ou non - deviennent partie intégrante de l'ordre juridique interne suisse dès leur ratification; elles auront simplement des implications différentes pour les particuliers. Les normes directement applicables donneront sans autre des droits et obligations en faveur et à charge des particuliers. Les normes non directement applicables ne donneront des droits et obligations en faveur et à charge des particuliers que par l'intermédiaire d'une loi les concrétisant. Les normes directement applicables seront en quelque sorte lumineuses par elles-mêmes, alors que celles qui ne le sont pas sont des éléments de réverbération qui n'émettront de la lumière qu'après avoir été éclairées par le rayon d'une loi les appliquant¹⁸⁹.
145. Admettons maintenant que nous nous trouvions confrontés à une norme internationale dont l'applicabilité directe ne fait aucun doute. Quel sera son rapport à d'autres normes nationales codifiant des droits et obligations pour les particuliers ? En d'autres termes, comment harmoniser, voire hiérarchiser les normes directement applicables du droit international, spécialement celles relatives aux droits de l'homme, avec les normes nationales, spécialement celles relatives aux droits fondamentaux ?
146. Si la théorie de la primauté du droit international trouvait une application stricte, le droit international prendrait le dessus sur toute autre norme et l'emporterait lors de tout conflit. En réalité, tout n'est pas aussi simple et il convient de distinguer en fonction du niveau - lois ou constitution cantonales ou fédérales, CEDH - du texte avec lequel le droit international est confronté.
147. Face au droit cantonal, le droit international l'emporte toujours. Cette supériorité ne fait pas de doute dans la doctrine, qui la rattache au principe de la force dérogatoire du droit fédéral contenu à l'art. 2 disp. trans. Cst. féd.¹⁹⁰. Cette assertion vaut tant pour les lois cantonales que pour les constitutions cantonales. C'est avant tout ces dernières qui sont

¹⁸⁹ Cette image adapte la théorie de Vasak décrite précédemment (cf. n. 37) des droits de première et de deuxième génération.

¹⁹⁰ « Le droit international est assimilé - aux fins des recours notamment - au droit fédéral. A ce titre, il l'emporte sur l'ensemble des normes cantonales (Bundesrecht bricht Landesrecht) »; Dominicé - Voeffray, *INTEGRATION*, p. 552. Voir aussi § 108 et § 124.

susceptibles d'entrer en collision avec le droit international des droits de l'homme, dans la mesure où elles peuvent garantir des droits fondamentaux autonomes que le niveau fédéral ne garantit pas. Ceci n'est toutefois admis qu'à la condition de ne rien contenir qui soit contraire au droit fédéral, raison pour laquelle une telle garantie étendue s'effacera devant la norme internationale contraire, partie intégrante du droit fédéral.

148. Les lois fédérales, en tant qu'elles ne contiennent en principe pas de droits fondamentaux (qui se placent dans le système suisse au niveau de la Constitution), ne devraient pas entrer en conflit avec les normes internationales sur les droits de l'homme. Si tel devait néanmoins une fois être le cas et bien que les art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd. semblent les placer sur un pied d'égalité¹⁹¹, la norme internationale devrait avoir la priorité. Ceci découle des considérations de politique juridique et de la jurisprudence récente qui penche de plus en plus en faveur de la suprématie du droit international sur les lois fédérales¹⁹².
149. Le problème est donc, en ce qui concerne le droit cantonal et les lois fédérales, vite évacué: « Es gilt im Prinzip die völkerrechtsfreundliche Regelung, dass in der Rechtsanwendung das Völkerrecht dem völkerrechtswidrigen Landesrecht ohne weiteres vorgezogen wird. Im Verhältnis von Bundesrecht und kantonalem Recht wird diese Rechtsfolge mit der sinngemässen Anwendung von Art. 2 Uebergangsbestimmungen BV begründet: Bundesrecht und damit auch das in das Bundesrecht eingegliederte Völkerrecht bricht kantonales Recht »¹⁹³.
150. Le rapport avec les normes de niveau constitutionnel - droits fondamentaux de la Constitution fédérale, droits fondamentaux non écrits, principes généraux, droits de la CEDH - est nettement plus compliqué. Les droits fondamentaux du droit suisse - tous de niveau constitutionnel - sont les références (Massstab) du contrôle de

¹⁹¹ Cf. § 111 ss.

¹⁹² Cf. § 116 ss. Voir également Hangartner, VOLKERRECHT, p. 667 ss, où l'auteur revient sur le conflit général entre une loi fédérale et une norme de droit international.

¹⁹³ Hangartner, VOLKERRECHT, p. 663.

constitutionnalité. L'importance croissante des droits de l'homme du droit international - dans la mesure évidemment où ils sont directement applicables - nous permet de leur attribuer la même fonction. Puisque ces deux catégories de normes sont les aunes du contrôle de constitutionnalité - on dit qu'elles sont *massgebend* pour ce contrôle - , un conflit entre elles pose le problème de la priorité à donner à l'une ou à l'autre.

151. Généralement, les juges essaient d'écarter une incompatibilité par une interprétation de la Constitution qui soit conforme au traité. Une telle harmonisation n'est toutefois pas possible dans tous les cas, une contradiction évidente ne pouvant pas toujours être évacuée par ce seul biais. Cette situation relève en pratique de la rareté d'un cas d'école. En effet, le nombre des différents droits fondamentaux étant limité et la Suisse particulièrement scrupuleuse dans la vérification de la compatibilité avant la ratification du traité, il est peu fréquent qu'un droit échappe à la vigilance des experts fédéraux et jure de manière flagrante avec notre ordre interne. Un élément d'incertitude est néanmoins introduit dans le débat par la nécessité de se plier à l'interprétation évolutive des normes internationales par les organes ad hoc. En d'autres termes, il peut très bien arriver que notre ordre interne respecte la norme internationale lors de l'entrée en vigueur du texte et qu'après divers développements - jurisprudentiels ou quasi-jurisprudentiels - de l'ordre international, la conception change et rende notre ordre contraire au droit international¹⁹⁴.
152. L'évolution de la norme internationale peut donc surprendre tout en continuant à lier. Proposer une harmonisation entre la norme constitutionnelle et la norme internationale est dans cette perspective pertinent. La réaction première est alors d'appliquer la règle de la norme la plus favorable (art. 60 CEDH, 24 Pacte I et 46 Pacte II). Hangartner a lui posé le problème du point de vue des lois fédérales, en lui apportant un élément de réponse que nous nous proposons d'affiner plus bas: « In

¹⁹⁴ Tel est notamment le cas suite à une jurisprudence de la Cour CEDH de 1996 relative au secret rédactionnel. La conception qu'en donnent les juges européens est plus large que celle que les juges fédéraux ont toujours tiré de l'art. 55 Cst. féd. En ce sens, la liberté de la presse en Suisse se voit étendue par le biais de cette évolution de la jurisprudence européenne. Arrêt Goodwin contre Royaume Uni du 27 mars 1996, Recueil des arrêts et décisions 1996 II p. 483 ss.

der Handhabung der Bundesgesetze können ohne weiteres auch Praxisverschärfungen der Strassburger Organe berücksichtigt werden. Angesichts des indirekt ausgesprochenen allgemeinen Vorbehalts zugunsten der EMRK in Art. 139a OG darf nämlich einer bundesgesetzlichen Regelung, die bei Erlass EMRK-konform war, jedoch wegen der Praxisverschärfung nachträglich EMRK-widrig wird, nicht der Sinn unterstellt werden, sie müsse trotz dieser neuen Rechtslage der EMRK vorgezogen werden. Die bundesgesetzlichen Regelungen behalten die Rechtsfortbildung der EMRK stillschweigend vor. Vorrang haben deshalb nicht nur die formellen Revisionen der EMRK, sondern auch die Rechtsfortbildung durch die Europäische Kommission und den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, denen die Konkretisierung der EMRK anvertraut ist »¹⁹⁵.

153. Un aspect de la problématique peut être tranché très facilement, celui du conflit de l'ordre interne avec une norme internationale reconnue comme faisant partie du *ius cogens*. Dans ce cas, il ne fait aucun doute que c'est le *ius cogens* qui doit prévaloir. La justification de cet ordre de priorité tient avant tout à la nature juridique de ce *ius cogens*: «Es verkörpert als Ausdruck des ordre public der internationalen Gemeinschaft die moralischen Minimalgehalte des Völkerrechts, vor allem den Kerngehalt der Menschenrechte. (...) In diesem Bereich ist somit der radikale Monismus - <Völkerrecht bricht Landesrecht> - verwirklicht. Zum gleichen Ergebnis gelangt man auch staatsrechtlich. Wenn der Verfassungsgeber den Kerngehalt der Menschenrechte verletzt, verlässt er seine eigene Legitimationsgrundlage (im Sinne des Selbstverständnisses des Verfassungsstaates) und kann deshalb keinen Gehorsam mehr erwarten. A fortiori ist auch Bundesgesetzen und Vorschriften des Staatsnotrechts, die gegen völkerrechtliches *ius cogens* verstossen, die Anwendung zu versagen. Die Problematik bleibt - hoffentlich - theoretischer Natur »¹⁹⁶.

¹⁹⁵ Hangartner, INTEGRATION, p. 679. Comme exemple de l'extension du contenu de la CEDH qui a pour effet que le droit suisse, initialement en accord avec la CEDH ne l'est plus forcément, nous mentionnerons les garanties de son art. 6 qui doivent désormais être également assurées pleinement dans les procès civils et administratifs et plus seulement pénaux. Tout un pan du droit suisse est alors touché par la CEDH alors qu'il en était exclu sous l'ancienne jurisprudence.

¹⁹⁶ Hangartner, INTEGRATION, p. 675-676.

154. La doctrine est plus partagée sur le volet des droits de l'homme ne faisant pas partie du *ius cogens*. Parmi les divers courants, il en est deux qui ont essentiellement retenu notre attention. Le premier a été clairement exposé par Malinverni¹⁹⁷. Il préconise de régler le conflit entre le droit interne et le droit international par l'application d'un principe dit <de faveur>. La nature spéciale du conflit de normes qu'il faut régler impose que l'on s'écarte des règles ordinaires que sont les adages *lex posterior derogat priori* ou *lex specialis derogat generali* pour choisir la solution la plus favorable à l'individu. Cette priorité accordée au droit qui protège le mieux l'individu est l'effet principal de ce principe de faveur.
155. A côté de ce premier courant qui a l'immense mérite d'introduire un nouveau critère adapté à la nature nouvelle du conflit, d'autres auteurs

¹⁹⁷ Malinverni a exposé ce principe de faveur dans le cadre d'une collision entre plusieurs droits appartenant à des instruments internationaux différents, mais son argumentation n'exclut pas le conflit entre une norme constitutionnelle interne et une norme internationale. A notre sens, ce principe de faveur s'adapte bien au cas de figure qui nous occupe. Malinverni en tient du reste compte vers la fin de son argumentation: « Lorsqu'un Etat est partie à deux instruments internationaux, il peut avoir assumé des obligations ayant le même objet, mais qui ne sont pas concordantes. Le juge interne peut donc se trouver en situation de devoir choisir le texte sur la base duquel il tranchera le litige qui lui est soumis, si le recourant invoque les dispositions concurrentes des deux instruments. Ce problème, auquel le Tribunal fédéral a déjà été confronté à propos des rapports entre la Convention européenne et les droits garantis par notre droit constitutionnel, trouve sa solution dans l'application du principe de faveur. En matière de droits fondamentaux, en effet, le concours de textes ayant le même objet ne se résout pas par l'application des principes traditionnels régissant les conflits de règles, comme celui de la *lex superior*, de la *lex posterior* ou de la *lex specialis*. Cette solution est d'ailleurs imposée par les textes mêmes de la Convention européenne et du Pacte II aux art. 60 et 5 al. 2 respectivement. La clause de faveur prévue dans ces deux articles doit s'appliquer chaque fois qu'une disposition des deux traités se trouve en concurrence, dans un Etat donné, soit avec sa législation interne, soit avec une disposition correspondante d'un autre traité international. Le juge interne devra appliquer la disposition la plus favorable, tout en s'inspirant de l'autre pour l'interpréter et la concrétiser. C'est ce que fait déjà le Tribunal fédéral, qui applique en principe les droits garantis par notre Constitution, réputés les plus favorables, tout en s'inspirant de ceux de la CEDH, tels qu'ils ont été interprétés par les organes de Strasbourg. Aux sources nationales et européennes déjà existantes viendrait s'ajouter une troisième, d'origine universelle. »; Malinverni, PACTES & CEDH, p. 57-58.

proposent de trancher les conflits par l'application des règles traditionnelles. Bien qu'attractifs à une protection optimale de l'individu, ils se trouvent limités dans leur dessein par cette référence à des règles parfois inadéquates pour ce genre de conflits spécifiques. Ces renvois aux traditionnels adages latins se retrouvent notamment chez Hangartner et Dominicé - Voeffray.

156. Le premier souligne d'abord que les conflits réels sont rares, nombreux étant ceux qui ne sont qu'apparents et peuvent être résolus par une interprétation conforme à la Constitution¹⁹⁸. Si une harmonisation satisfaisante n'est vraiment pas possible, Hangartner propose - par la combinaison du principe *lex specialis derogat generali* et de l'art. 139a OJ qui fait des arrêts CEDH un motif de révision - de laisser prévaloir la norme internationale¹⁹⁹. Son argumentation - qui se réfère alternativement soit au simple droit fédéral, soit aux droits constitutionnels et ne définit à notre avis pas assez clairement le rapport entre le principe *lex specialis derogat priori*, l'art. 139a OJ et les

¹⁹⁸ « Konflikte zwischen Völkerrecht und Landesrecht bestehen fast immer nur scheinbar. Auch wenn ein Gesetz abschliesslich formuliert ist, hat es normalerweise nicht den Sinn, dass grenzüberschreitende Sachverhalte nicht durch einen völkerrechtlichen Vertrag abweichend geregelt werden dürfen. »; Hangartner, VOLKERRECHT, p. 670.

¹⁹⁹ Voir aux pages 677 à 679, où il écrit notamment: « Die Diskussion wird im Hinblick auf die Europäische Menschenrechtskonvention ausgetragen. Sie ist aber sinngemäss auch von Bedeutung im Verhältnis zu ähnlichen Vertragswerken, nunmehr namentlich auch zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte der UNO. (...) Zu beachten ist bei diesen Aussagen aber, dass die *lex posterior*-Regel durch die *lex specialis*-Regel verdrängt werden kann. (...) Die EMRK geht daher älteren Bundesgesetzen vor. Neuere Bundesgesetze sind wie auch ältere EMRK-konform zu handhaben. Dies wird durch den 1991 eingefügten Art. 139a OG unterstrichen, wonach ein positiver Strassburger Entscheid in der Regel einen Revisionsgrund darstellt. Diese Bestimmung läuft auf einen bundesgesetzlichen Vorbehalt zugunsten der EMRK hinaus. ». Et de conclure un peu plus loin: « Internationale Menschenrechtskonventionen sind Verträge. Es gelten deshalb für sie im Verhältnis zu Bundesgesetzen und zur Bundesverfassung die gleichen Regelungen wie für andere völkerrechtliche Verträge. Zu beachten ist jedoch, dass die Bundesgesetzgebung heute indirekt einen allgemeinen Vorbehalt zugunsten der EMRK enthält (Art. 139a OG), so dass die EMRK, klare Verstösse vorbehalten, als *lex specialis* älteren und neueren Bundesgesetzen vorgeht. Der menschenrechtliche Kerngehalt der EMRK hat als *ius cogens* absoluten Vorrang. »; Hangartner, VOLKERRECHT, p. 681.

art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd. -, si elle arrive au même résultat que le principe de faveur de Malinverni, nous semble pourtant moins percutante, car plus hésitante et prévoyant des exceptions.

157. Dominicé et Voeffray font eux aussi appel aux adages latins pour évacuer les conflits avec les lois fédérales et avec les normes constitutionnelles. Des auteurs examinés, ils sont sur ce point les plus réticents face au droit international, admettant notamment la primauté du droit constitutionnel postérieur sur les normes de droit international qui devraient dès lors être dénoncées ou modifiées²⁰⁰.
158. De toutes les positions décrites, celle de Malinverni est la plus favorable aux droits des individus, que ce soit par le biais du droit interne ou du droit international. Nous partageons sa vision qui, en l'application de ce qu'il nomme le principe de faveur, fait l'emporter dans tous les cas la solution la plus libérale. Dépassant le débat purement théorique de savoir lequel du droit interne ou du droit international doit l'emporter en cas de conflit, il introduit une forme d'interprétation téléologique. Le but final de la ratification et de la mise en oeuvre du droit international des droits de l'homme étant d'améliorer la protection du particulier, cet auteur donne une excellente réponse au problème en faisant dépendre la priorité de la norme, non pas de sa nature ou de son rang, mais de son contenu matériel. Si le droit international offre une meilleure protection, il prévaudra; dans le cas contraire, le juge devra s'en tenir à la solution tirée du seul droit national. Dans ce dernier cas, une violation du droit international serait excusable, le bien suprême étant la protection de l'individu. Mieux, la violation disparaîtra derrière la règle de la norme la plus favorable, justement imposée par le droit international (art. 60 CEDH, 46 Pacte II). Formulée ainsi, cette position appelle néanmoins une réserve : efficace pour un conflit de normes qui s'apparente à une concurrence ou à un concours (à l'image du rapport entre les droits fondamentaux des Constitutions cantonales et de la

²⁰⁰ Dominicé-Voeffray, *INTEGRATION*, p. 553-554. Notamment: « Ainsi, en l'état actuel de la pratique, et sous réserve d'éventuelles modifications qui pourraient intervenir à l'avenir, si un texte contraire au droit international était introduit dans la Constitution, ce texte se verrait probablement reconnaître la primauté. Divers moyens existeraient dans un tel cas pour différer l'entrée en vigueur de la modification constitutionnelle jusqu'au moment où les obligations internationales affectées ont été dénoncées ou modifiées. ».

Constitution fédérale, où ceux de la Cst. cant. s'appliquent s'ils sont plus larges que la Cst. féd.), le sera-t-elle également en cas de contradiction inconciliable entre les deux niveaux ? En d'autres termes, que choisir quand les deux droits s'excluent l'un l'autre et apportent chacun autant de bienfaits et de méfaits ?

159. Le Tribunal fédéral n'a pas encore repris à son compte ce principe de faveur en toutes circonstances, mais nous espérons qu'il en admettra sous peu la pertinence pour le rapport droit international-droit national, comme il le fait déjà pour le rapport Cst. féd.-Cst. cant. En attendant, il est fort probable qu'il cherche, comme jusqu'à présent, à éviter les conflits par une interprétation du droit constitutionnel qui soit conforme au traité, ainsi que par l'appel occasionnel aux adages latins. Nous craignons finalement que, placé devant une impasse insoluble par ces moyens, il n'octroie dans certains cas la priorité au droit national clairement contraire, non pas parce qu'il est plus libéral mais parce qu'il a été adopté en toute connaissance de la violation du droit international²⁰¹.

3.2.3. Valeur et effets juridiques des décisions et arrêts internationaux

160. Comme la Suisse n'est membre que d'un nombre restreint d'organisations internationales - ou plutôt parce que n'étant pas membre des plus grandes et des plus intégrées comme l'Union Européenne ou des plus larges comme l'ONU -, la reprise automatique en droit interne des actes de ces organisations internationales est rare²⁰². La Suisse, lorsqu'elle participe, le fait ponctuellement pour tel ou tel traité ou autre

²⁰¹ Ceci nous renvoie au débat sur la primauté de principe du droit international sur le droit interne et à la récente jurisprudence du TFA (basée sur les lois fédérales mais extensible aux normes constitutionnelles) que nous souhaitons voir se perpétuer, sans pouvoir toutefois placer dans nos autorités judiciaires une confiance aveugle. Cf. § 116 ss.

²⁰² « Pour la Suisse, l'assujettissement au pouvoir normatif d'une organisation internationale est un phénomène exceptionnel, qui se limite à certaines organisations spécialisées, telles l'Organisation de l'aviation civile internationale ou l'Organisation mondiale de la santé, et encore il ne s'agit là que d'un pouvoir de réglementation très restreint. »; Dominici - Voeffray, *INTEGRATION*, p. 558.

acte précis. Cette attitude réticente face à une acceptation a priori de tous les actes d'une organisation donnée se répercute également sur son engagement dans les systèmes judiciaires internationaux. Ainsi, - mise à part la CIJ, peu intéressante pour notre étude en tant qu'elle réserve la qualité de partie aux seuls Etats et non aux individus - la Suisse n'a accepté qu'un seul système juridictionnel obligatoire, le plus intégré qui existe dans le monde international à ce jour: celui de la CEDH et de sa Cour de Strasbourg. Dans cette perspective, nous ne pouvons nous étonner de son refus - provisoire, nous y reviendrons²⁰³ - de ratifier le Premier protocole relatif au Pacte II.

161. Les considérations qui précèdent justifient que nous procédions à l'étude des effets des principales décisions et arrêts internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne suisse selon deux points de vue successifs: d'abord le sort réservé aux arrêts de la Cour CEDH, puis celui réservé aux décisions et recommandations des Comités des droits de l'homme de l'ONU (Pactes I et II).
162. L'art. 53 CEDH contient l'engagement des Etats parties à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels ils sont parties et l'art. 50 CEDH²⁰⁴ leur impose d'indemniser les particuliers qui ont été lésés par une décision judiciaire nationale ensuite jugée contraire aux droits de la CEDH par la Cour de Strasbourg. L'acceptation de la juridiction obligatoire de cette Cour étant un aspect essentiel du système de la CEDH, lorsqu'un Etat ne se plie pas à ses arrêts, la réaction des autres Etats au sein du Conseil de l'Europe peut aller très loin, jusqu'à l'exclusion. Un suivi des décisions est du reste assuré par ce Conseil de l'Europe. Pour cette raison, il est largement admis que toutes les

²⁰³ Cf. § 169 et sa n. 216.

²⁰⁴ Art. 50 CEDH: « Si la décision de la Cour déclare qu'une décision prise ou une mesure ordonnée par une autorité judiciaire ou toute autre autorité d'une Partie contractante se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec des obligations découlant de la présente Convention, et si le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure, la décision de la Cour accorde, s'il y a lieu, à la partie lésée une satisfaction équitable. ».

Art. 53 CEDH: « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels ils sont parties ».

autorités concernées doivent tenir compte des décisions de Strasbourg et prévoir un moyen adéquat pour les rendre effectives²⁰⁵.

163. Dans cette perspective, la révision de 1991 de la Loi sur l'organisation judiciaire avait pour but d'octroyer un moyen de droit au particulier débouté dans un premier temps par les tribunaux suisses, avant d'obtenir gain de cause devant les juges CEDH. Son nouvel art. 139a OJ fait des arrêts de la Cour de Strasbourg un motif de révision^{206/207}. La doctrine considère que cette admission des décisions fondées sur la CEDH - dans le système international - comme des motifs de révision des décisions

²⁰⁵ « Dans la mesure où elles sont revêtues d'un caractère obligatoire (CEDH, CIJ), les décisions juridictionnelles internationales rendues dans des litiges auxquels la Suisse est partie s'imposent aux différentes autorités nationales et cantonales. Il appartient à chaque organe qui en a la compétence selon le droit interne de prendre les mesures propres à assurer le respect de la décision internationale. »; Dominici - Voeffray, INTEGRATION, p. 565.

²⁰⁶ Art. 139a OJ:

« 1. La demande de révision d'un arrêt du Tribunal fédéral ou d'une décision d'une autorité inférieure est recevable lorsque la Cour européenne des droits de l'homme ou le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a admis le bien-fondé d'une requête individuelle pour violation de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950, ou de ses protocoles et que réparation ne peut être obtenue que par la voie de la révision.

2. Si le Tribunal fédéral constate qu'une révision s'impose mais qu'elle est de la compétence d'une autorité inférieure, il renvoie l'affaire à cette dernière pour qu'elle mette en oeuvre la procédure de révision.

3. L'autorité cantonale est tenue d'entrer en matière sur la demande de révision même si le droit cantonal ne prévoit pas ce motif de révision. »

²⁰⁷ « Une entrave importante à l'exécution des décisions juridictionnelles internationales découle de l'autorité attachée à la chose jugée. En effet, la décision nationale condamnée par le juge international est souvent un jugement revêtu de la force de la chose jugée. Pour assurer à cet égard la pleine exécution dans l'ordre juridique suisse des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, une modification a été apportée récemment à la Loi fédérale d'organisation judiciaire, qui permet désormais aux particuliers concernés d'obtenir la révision de tout arrêt du Tribunal fédéral ou de toute décision d'une décision inférieure lorsque, consécutivement à un jugement de la Cour européenne des droits de l'homme, réparation ne peut être obtenue que par la voie de la révision (art. 139a OJ). »; Dominici - Voeffray, INTEGRATION, p. 567.

nationales élève la CEDH au niveau d'une *lex specialis* qui aura le pas sur le droit fédéral et cantonal²⁰⁸.

164. Le lien entre cet art. 139a OJ et l'art. 50 CEDH est à ce jour controversé; il semble que l'application de l'un ait pour conséquence d'exclure l'autre²⁰⁹. L'enjeu d'une éventuelle priorité entre l'un et l'autre se situe au niveau de la procédure pour obtenir réparation concrète: soit directement (art. 50 CEDH), soit après un procès en révision qui a toutes les chances d'aboutir (art. 139a OJ). Selon Spühler, l'option la plus rapide sera privilégiée, à savoir la réparation matérielle sur la base de l'art. 50 CEDH; la révision totale du procès n'interviendra que si une telle réparation matérielle n'est pas satisfaisante. Une telle interprétation nous semble en désaccord avec la lettre de l'art. 50 CEDH, dont il ressort que la réparation matérielle n'est prévue que si le « droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure ». Dans cette perspective, l'art. 50 CEDH paraît clairement subsidiaire, quoi qu'en ait dit le TF dans un arrêt récent. Tant l'art. 50 CEDH que l'art. 139a OJ y sont qualifiés de « subsidiaires », si bien qu'on ne sait plus au juste lequel de ces articles a la priorité^{209bis}.

²⁰⁸ Voir les passages de Hangartner déjà cités (§ 152 et n. 195), de même que le complément suivant: « Normalerweise wird indessen kein Verstoß vorliegen. Der in Art. 139a OG indirekt ausgesprochene bundesgesetzliche Vorbehalt zugunsten der EMRK macht die EMRK zur *lex specialis* gegenüber älteren und neueren Bundesgesetzen. »; VOLKERRECHT, p. 679.

²⁰⁹ « Gutheissung einer Individualbeschwerde wegen Verletzung der EMRK ohne andere Wiedergutmachungsmöglichkeit (139a OG): Dem Strassburger Gerichtshof und dem Ministerkomitee fehlt bei Gutheissung einer Beschwerde die Kompetenz, den konventionswidrigen nationalen Entscheid aufzuheben. Unbefriedigend ist dies, wenn sich das Unrecht mit einer Entschädigung nicht wiedergutmachen lässt. Das Verhältnis zwischen Art. 50 EMRK und Art. 139a OG ist umstritten. Stehen nur materielle Interessen auf dem Spiel und kann die EMRK-Verletzung vollständig mit einer Entschädigung wiedergutmacht werden, ist die Revision nicht zu bewilligen. »; KARL SPUEHLER, PRAXIS, p. 219, n° 796.

^{209bis} ATF 123 I 329, cons. 3, p. 335-336: « Selon les mécanismes de la CEDH, une satisfaction en argent constitue en général une voie subsidiaire (cf. art. 50 CEDH). La violation de l'art. 5 al. 3 CEDH a été en principe réparée par l'imputation de la détention préventive. Quant à la violation de l'art. 6 al. 1 CEDH, l'autorité européenne, considérant probablement que la peine était entrée en force, a déterminé elle-même la réparation qui lui paraissait équitable, allouant en

165. Les moyens décrits précédemment sont efficaces lorsque la réparation pécuniaire est adéquate. Qu'en est-il lorsqu'en plus du dédommagement financier du particulier lésé par la décision nationale, une modification législative s'impose²¹⁰ ? L'adaptation de la loi contraire à la CEDH peut s'avérer urgente, dans la mesure où les condamnations deviennent récurrentes en cas de statu quo. La séparation des pouvoirs empêchant le juge de prendre lui-même les mesures qu'appelle ce genre de situation, il appartient au pouvoir législatif d'adopter un nouveau texte compatible avec la CEDH²¹¹. L'art. 53 CEDH impose indirectement au Parlement

particulier au requérant une indemnité de 10'000 francs. Par rapport aux réparations prévues par la CEDH, la révision, qui s'en prend à une décision entrée en force, revêt un caractère subsidiaire, comme cela ressort de l'exigence qu'une réparation ne puisse être obtenue que par la voie de la révision (art. 139a al. 1 in fine OJ) (...) La doctrine admet également, même en critiquant cette solution, que la révision n'a été conçue que comme <ultima ratio> lorsqu'il n'est pas possible de remédier à l'atteinte par l'indemnisation du lésé ». En l'espèce, l'indemnité selon l'art. 50 CEDH ayant déjà été allouée, la révision du procès a été refusée.

- 210 Tel fut clairement le cas dans l'affaire où les juges CEDH ont estimé que le délai imposé au remariage par l'art. 150 CCS violait l'art. 12 CEDH. Dans son arrêt Farhni contre Suisse du 18 décembre 1987 (Série A, vol. 128), la Cour CEDH a estimé qu'il y a un droit du divorcé à se remarier sans subir des restrictions déraisonnables. En l'occurrence, le délai d'un an qui était imposé au recourant avant de se remarier touche à la substance même du droit au mariage, sans être proportionné au but légitime (la stabilité du mariage) poursuivi. Cet art. 150 CCS n'a pas encore été modifié, mais concrètement il ne se trouve plus un juge pour l'appliquer, de peur d'être désavoué ensuite sur la base de cette jurisprudence CEDH. Dans une autre affaire Eggs (décision du 11 décembre 1976 ; Annuaire de la CEDH, vol. 22), la Suisse s'était vu condamnée parce que l'auditeur en chef de l'armée ne pouvait pas être considéré comme un tribunal compétent au sens de l'art. 6 CEDH pour infliger une peine qui, si elle était bien appelée disciplinaire, n'en constituait pas moins une peine privative de liberté au sens de l'art. 5 CEDH. Suite à cette condamnation, l'Assemblée fédérale a adopté le 23 mars 1979 une modification du Code pénal militaire ainsi qu'une nouvelle loi sur la procédure pénale militaire (entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1980).
- 211 « Il arrive, notamment dans le cadre de la CEDH, que l'Etat soit condamné au motif que sa législation n'est pas conforme à ses obligations internationales. L'exécution de la décision implique alors, soit le choix d'une interprétation du texte législatif conforme aux obligations de l'Etat, soit l'abrogation de ce texte, soit encore l'adoption d'un texte conforme susceptible de pouvoir être invoqué par le justiciable. Conformément au principe de la séparation des pouvoirs, lorsqu'une décision de la Cour européenne des droits de l'homme déclare qu'une loi suisse

d'agir et, indépendamment de cette disposition, il est difficile d'imaginer dans la pratique qu'il soit longtemps récalcitrant, principalement parce qu'il porterait la responsabilité - à tout le moins politique - des condamnations potentielles auxquelles la Suisse s'exposerait alors. Comme nous le relèverons pour l'Allemagne, la menace des condamnations par la Cour CEDH oblige dans les faits le législateur à modifier le droit interne, quand bien même aucune disposition de ce droit interne allemand n'interdit formellement une opposition à Strasbourg²¹².

166. Il va de soi que ce ne sont pas seulement les arrêts de la Cour de Strasbourg dans lesquels la Suisse est impliquée en qualité de partie au litige qui auront une incidence dans l'ordre interne. En effet, la Suisse se doit de tenir compte de toute la jurisprudence de la Cour, les principes et interprétations dégagés dans des arrêts concernant d'autres Etats étant susceptibles de lui être appliqués si un cas de figure identique est porté devant cette juridiction par un ressortissant suisse²¹³. A cet égard, nous renvoyons le lecteur à ce qui a été dit à propos de la référence au texte international dans toute son évolution et non pas seulement par rapport à la conception qui prévalait lors de sa conclusion ou lors de la ratification²¹⁴.

167. S'agissant finalement des actes des autorités de Strasbourg autres que les arrêts de sa Cour (par exemple, les divers règlements, les

n'est pas conforme à la Convention, ce n'est pas au juge qu'il appartient d'abroger ou de modifier cette loi, mais au législateur, fédéral ou cantonal. Cependant, un tribunal appelé à nouveau à connaître d'un cas avant que la modification législative ne soit intervenue doit cesser de l'appliquer, motif pris de sa non-conformité à la CEDH. A vrai dire, il s'agit moins là d'une <exécution> du jugement de la Cour que de l'application du principe de la primauté du droit international conventionnel, étant entendu que le jugement de la Cour indique l'interprétation qu'il y a lieu de donner à la Convention. »; Dominici - Voefray, INTEGRATION, p. 566-567.

²¹² Cf. notamment § 323 et sa n. 413.

²¹³ « Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sont fréquemment cités par les tribunaux suisses et exercent une influence croissante. Même si la Suisse n'est pas partie à l'instance, les autorités politiques et judiciaires sont généralement attentives aux modifications et développements intervenus dans la jurisprudence de la Cour et s'efforcent de procéder aux adaptations législatives ou jurisprudentielles nécessaires. »; Dominici - Voefray, INTEGRATION, p. 564.

²¹⁴ Cf. § 151 ss. et les § 666 à 670 pour les positions allemande et canadienne.

recommandations, etc ...), Dominicé et Voeffray en décrivent bien les implications pour l'ordre juridique suisse: « Ainsi, lorsqu'un traité instituant une organisation internationale contient une attribution de compétence réglementaire au bénéfice de l'un des organes de cette organisation, l'acceptation de ce traité par la Suisse implique que tous les règlements édictés en vertu de cette attribution de compétence sont automatiquement valables dans l'ordre interne. Inversement, si une organisation ne dispose pas de compétences normatives, mais d'un simple pouvoir de proposition - recommandations non obligatoires, conventions internationales assujetties à l'approbation des membres - le texte n'a force obligatoire dans l'ordre interne que s'il a été accepté par les organes compétents de l'Etat »²¹⁵.

168. Les références à la pratique du Comité des droits de l'homme du Pacte II sont, elles, encore rares, et ce notamment en raison de l'absence d'une disposition dans le Protocole additionnel qui soit comparable à l'art. 53 CEDH (obligation de se conformer aux arrêts de la Cour - l'art. 5 al. 4 Prot. add. ne parle que de « constatations » du Comité). Cette attitude de relative fermeture va sans doute changer au fur et à mesure que les autorités judiciaires vont se sentir plus fortement concernées par le contenu des Pactes. Un moyen efficace pour stimuler cet intérêt est bien sûr l'invocation de ces textes par les particuliers devant les tribunaux. Dans un tel mouvement, qui pourrait s'apparenter au développement progressif qu'a connu la CEDH, les juges devront se référer aux interprétations données par les deux Comités (des droits de l'homme et des droits économiques, sociaux et culturels), lors de l'examen des rapports périodiques ou dans leurs commentaires généraux (General Comments), ou encore, pour le Comité du Pacte II, lors de l'examen des plaintes individuelles.

169. Le fait que la Suisse n'ait pas ratifié le Premier protocole relatif au Pacte II exclut l'hypothèse de voir sous peu une décision liant la Suisse en qualité de partie. Cependant, son intention déclarée est d'admettre à terme que les individus puissent porter leurs plaintes devant le Comité des droits de l'homme selon la procédure prévue²¹⁶. Dans ce sens, il

²¹⁵ INTEGRATION, p. 559.

²¹⁶ « Pour des raisons de cohérence et de crédibilité, notre pays se devrait dès lors de reconnaître la compétence du Comité des droits de l'homme pour examiner des

serait judicieux de tenir déjà largement compte de la jurisprudence qui est en train de se développer sur le Pacte II. En outre, dans la perspective d'une ratification de ce Premier protocole, il sera pertinent d'adapter l'art. 139a OJ de la même façon que cela a été fait pour la CEDH. En effet, même si le Pacte II et son Protocole ne prévoient pas de sanctions autres que politiques et en tout cas pas d'indemnisation matérielle, il en va de la logique de notre système et de sa hiérarchie des recours judiciaires que d'offrir au particulier ayant obtenu gain de cause devant le Comité la voie de la révision. Il y aurait là un signe clair, en dépit de l'absence de juridiction obligatoire (art. 5 al. 4 Prot. 1 face à l'art. 53 CEDH).

170. La Suisse s'étant toujours montrée très scrupuleuse dans le respect des traités relatifs aux droits de l'homme qui la lient (principalement la CEDH), l'influence des Pactes risque de dépasser ce qui pourrait ressortir des quelques lignes qui précèdent. Certes, cet impact ne proviendra sans doute pas tout de suite de la jurisprudence développée sur la base des plaintes individuelles, dans la mesure où cette influence pourra au mieux se faire par le biais d'affaires auxquelles la Suisse n'est pas partie. Il existe néanmoins un réel espoir de voir nos autorités modifier certains aspects de notre droit interne et les juges tenir compte des droits fondamentaux internationaux dans leurs arrêts, suite aux recommandations émises lors de l'examen de nos rapports périodiques relatifs aux Pactes I et II et aux <General Comments> des deux Comités. Nous imaginons mal nos autorités rester sourdes à des reproches que pourraient émettre ces Comités et encore moins, le cas échéant si ratification future du Premier protocole il devait y avoir, braver sans justification sérieuse la jurisprudence du Comité du Pacte II.

communications étatiques (art. 41 Pacte II) et individuelles (Protocole facultatif se rapportant au Pacte II) en cas de violation alléguée d'un droit garanti par ce Pacte. La coexistence, voire la concurrence, entre les procédures susmentionnées, d'une part, et, d'autre part, celles de la plainte étatique (obligatoire) et du droit de requête individuelle (facultative) prévues par la CEDH pourraient toutefois soulever des problèmes. »; Message relatif aux Pactes, p. 1145. Voir aussi les extraits de la page 1146, cités en n. 120 et ce qui a été dit au § 160.

3.2.4. Valeur et effets juridiques des décisions et arrêts nationaux

171. Une fois que le recours de droit public²¹⁷ a été déclaré bien fondé ou au contraire rejeté, le sort de la décision ou de la norme attaquée est fixé en conséquence²¹⁸. Si le recours est jugé mal fondé, cela ne signifie pas que le Tribunal fédéral octroie une sorte de garantie fédérale à l'acte en cause, mais seulement que les moyens invoqués ne sont pas pertinents (d'autres moyens peuvent par contre l'être). Si le recours est jugé bien fondé, la décision du Tribunal fédéral aura un effet cassatoire sur l'acte inconstitutionnel²¹⁹. Cet effet sera différent selon qu'il s'agit d'un contrôle abstrait ou d'un contrôle concret.
172. Suite à un contrôle abstrait qui constate l'inconstitutionnalité d'un acte législatif, celui-ci est annulé (aus Kraft gesetzt). Cette nullité est en principe partielle et limitée aux dispositions incriminées²²⁰. Il en va autrement si l'acte législatif perd son sens sans les dispositions frappées

²¹⁷ La description du recours de droit public figure au point 3.3. Voies nationales pour faire valoir les textes internationaux, 3.3.1. Procédures et autorités compétentes, § 177 ss. La place de ce point sur la valeur et les effets juridiques des décisions et arrêts nationaux peut surprendre dans la mesure où nous y exposons les conséquences d'une procédure décrite plus bas. Nous avons néanmoins opté pour un tel agencement afin que se suivent les effets des décisions internationales et nationales. Le lecteur comprendra ce choix somme toute logique dans une thèse liant les deux niveaux national et international. En outre, il nous a paru judicieux de n'exposer que les conséquences de la procédure principale qu'est le recours de droit public, sachant bien que les Pactes seront parfois invoqués en recours de droit administratif aussi.

²¹⁸ Cf. Aubert, *TRAITE*, n° 1725 ss.; Häfelin-Haller, *BUNDESSTAATSRECHT*, n° 1750 ss.

²¹⁹ « Wird dagegen die Beschwerde als begründet erklärt, so begnügt sich das Bundesgericht im allgemeinen damit, den angefochtenen Akt aufzuheben. Es handelt nicht stellvertretend für den Kanton, es erlässt kein Gesetz, es richtet nicht, es verwaltet nicht an seiner Stelle. Es kassiert. »; Aubert, *TRAITE*, n° 1726. Notre affirmation un peu abrupte a été largement commentée, analysée et nuancée dans la thèse de Philippe GERBER, *La nature cassatoire du recours de droit public - Mythe et réalité*, à laquelle nous renvoyons le lecteur. Nous nous bouterons ici aux lignes directrices.

²²⁰ Cf. Gerber, *CASSATOIRE*, p. 144 à 155.

d'inconstitutionnalité, la nullité de l'ensemble s'imposant alors. La nullité prend effet ex nunc, sous réserve de quelques subtiles nuances²²¹.

173. Suite à un contrôle concret qui consacre l'inconstitutionnalité d'une décision cantonale d'application, cette décision est cassée (aufgehoben), du moins dans sa partie viciée²²². Les juges ne peuvent toucher à la loi qui est à l'origine de la décision et qui est souvent également inconstitutionnelle (sauf les cas où c'est la mauvaise application d'une loi en elle-même correcte qui est en cause). Tout au plus peuvent-ils en souligner le caractère inconstitutionnel et appeler le législateur, seul compétent pour cela, à la modifier²²³. La décision n'ayant plus force de loi, l'affaire est renvoyée à l'autorité inférieure pour qu'elle statue à nouveau, dans le sens des considérants du Tribunal fédéral²²⁴. Ce dernier ne remplace en principe pas la décision qu'il vient d'écarter, sauf exceptions. Les juges sont par exemple habilités à accorder une autorisation de manifester qui a été refusée ou encore à prononcer la libération d'un détenu emprisonné de manière injustifiée²²⁵.
174. Les arrêts du Tribunal fédéral s'imposent d'une façon générale à toutes les autorités de l'Etat, donc tant aux autorités fédérales qu'aux autorités cantonales. Les Parlements cantonaux ne sauraient légiférer à l'encontre de la jurisprudence du Tribunal fédéral et s'ils s'aventuraient sur cette

²²¹ Cf. Gerber, CASSATOIRE, p. 179 à 185.

²²² Cf. Gerber, CASSATOIRE, p. 155 à 165.

²²³ Ce qu'il fera dans la majeure partie des cas puisque toutes les décisions qui seront basées dans le futur sur cette loi inconstitutionnelle ouvriront un recours de droit public avec de grandes chances de succès. Cet état de fait poussera même de nombreux juges à ne plus appliquer le texte législatif en cause.

²²⁴ Cf. Gerber, CASSATOIRE, p. 218 à 222.

²²⁵ Cf. Gerber, CASSATOIRE, p. 222 à 259. Dans ces pages très intéressantes, cet auteur se livre à une analyse systématique des injonctions que les juges peuvent utiliser en fonction des griefs. Dans le domaine de la liberté personnelle, ils peuvent notamment demander la libération du détenu, accorder une indemnité pour détention illicite ou injustifiée ou encore autoriser la consultation, la rectification ou la destruction des données personnelles ; dans celui de la liberté d'expression, demander à ce que le courrier soit transmis au détenu ou permettre la consultation de documents étatiques. Les injonctions peuvent en fait toucher des domaines aussi variés que la liberté religieuse, le droit à l'assistance judiciaire, le déni de justice et le droit d'être entendu, entre autres.

voie, un contrôle abstrait les ramènerait vite à la raison. Du fait de l'immunité des lois fédérales (art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd.), le Parlement fédéral conserve, lui, les mains libres. Un espace peut toutefois soulever des controverses, celui des compétences législatives concurrentes entre les cantons et la Confédération. Dans ce cas, le Parlement fédéral - ou même le peuple par le biais d'une initiative constitutionnelle de niveau fédéral - pourrait reprendre une loi cantonale pourtant désavouée par le Tribunal fédéral et ainsi l'immuniser.

175. Ce cas de figure, limité aux rares domaines relevant de compétences concurrentes, s'est déjà présenté. En effet, en matière d'allocations familiales pour enfants de requérants d'asile vivant à l'étranger, le Parlement fédéral a pris une telle responsabilité en adoptant un art. 21b dans la Loi sur l'asile en 1990²²⁶. Cet article permet de retenir ces allocations pendant la durée de la procédure et de ne les verser au requérant qu'une fois qu'il a été reconnu comme réfugié. Dans un arrêt de 1988²²⁷, le TF avait jugé qu'une loi thurgovienne refusant aux seuls travailleurs demandeurs d'asile le droit d'obtenir des allocations pour leurs enfants domiciliés à l'étranger était contraire au principe d'égalité devant la loi. Le contenu inconstitutionnel de la loi cantonale a donc été postérieurement réintroduit dans une loi fédérale, soustraite au contrôle de la juridiction constitutionnelle.
176. L'exécution des arrêts du Tribunal fédéral relève de la compétence des cantons, de la même manière que ceux-ci exécutent leurs propres jugements²²⁸. Ces arrêts ont en principe force de chose jugée dès qu'ils ont été prononcés²²⁹. Cette dernière assertion doit néanmoins être précisée: contre un recours de droit public, basé sur une violation d'un droit contenu dans la CEDH et rejeté par le Tribunal fédéral, il existe

²²⁶ Loi fédérale sur l'asile, révision du 22 juin 1990 ; RS 142.31.

²²⁷ ATF 114 Ia 1, 4 à 8, cons. 8.

²²⁸ Art. 39 OJ : « 1. Les cantons exécutent les arrêts des autorités judiciaires fédérales de la même manière que les jugements passés en force de leurs tribunaux. 2. En cas d'exécution défectueuse, il y a recours au Conseil fédéral, qui prend les mesures nécessaires. ».

²²⁹ Art. 38 OJ : « Les arrêts du Tribunal fédéral passent en force de chose jugée dès qu'ils ont été prononcés ».

encore un recours auprès des instances de Strasbourg²³⁰. L'arrêt du TF a toutefois force de chose jugée et il est définitif, car le recours à Strasbourg n'a normalement pas d'effet suspensif et le seul moyen encore à disposition est une éventuelle révision au sens de l'art. 139a OJ. La Suisse n'étant pas partie au Premier protocole relatif au Pacte sur les droits civils et politiques, il n'est pas (encore) possible, après rejet par le Tribunal fédéral, de recourir au Comité des droits de l'homme sur la base des droits contenus dans ce Pacte.

3.3. Voies nationales pour faire valoir les textes internationaux (en termes généraux)

3.3.1. Procédure et autorités compétentes

177. L'art. 84 al. 1 de l'OJ²³¹, à ses lettres a et c, permet le recours de droit public contre les décisions et arrêtés cantonaux pris en violation des droits constitutionnels des citoyens, ainsi que des traités internationaux. La procédure du recours de droit public était donc ouverte²³², quelle que fut la nature procédurale - droit constitutionnel ou simple traité international - qui serait reconnue à la norme internationale invoquée.

²³⁰ Pour la valeur et les effets juridiques des arrêts de Strasbourg (et par extension, ceux de toute instance internationale), voir 3.2.3. Valeur et effets juridiques des décisions et arrêtés internationaux, § 160 ss.

²³¹ Art. 84 al. 1: « Le recours au Tribunal fédéral est recevable contre une décision ou un arrêté cantonal pour violation:
a. de droits constitutionnels des citoyens; (...)
c. de traités internationaux, sauf s'il s'agit d'une violation de leurs dispositions de droit civil ou de droit pénal par une décision cantonale; (...) ».

²³² Cet accès au recours de droit public est unanimement admis dans la doctrine, notamment très laconiquement par Häfelin-Haller, lesquels insistent néanmoins sur la condition de l'applicabilité directe: « Mit der staatsrechtlichen Beschwerde kann der einzelne auch die Verletzung eines Staatsvertrages geltend machen. Wie bei der Konkordatsbeschwerde ist die Voraussetzung für die Zulässigkeit der Staatsvertragsbeschwerde, dass die als verletzt behaupteten vertraglichen Bestimmungen unmittelbar Rechte oder Pflichten der Privaten begründen. », BUNDESSTAATSRECHT, n° 1704.

L'enjeu de cette alternative était lié, avant la révision de l'OJ de 1992, à la subsidiarité relative du recours de droit public²³³: « Les recours pour violation des droits constitutionnels des citoyens ne sont en principe recevables qu'après l'épuisement des moyens de droit cantonal (art. 86 al. 2 aOJ). Ce n'est pas le cas des recours de droit public pour violation des traités internationaux qui peuvent être formés avant même que le recourant ait épuisé tous les moyens de droit cantonal à sa disposition »²³⁴.

178. D'ordinaire, la différence de traitement entre les normes internationales et les droits constitutionnels ne posait pas de problèmes. Il en allait autrement lorsque la norme internationale avait un contenu recoupant un droit constitutionnel²³⁵. Sous quelle nature procédurale admettre le recours de droit public dans ce cas ? Confronté à ce problème que le législateur de l'OJ de 1943 ne pouvait prévoir, le Tribunal fédéral a comblé cette lacune dans le cadre de la CEDH. Nos juges ont privilégié le contenu matériel de la norme invoquée par rapport à la forme dans laquelle elle a été adoptée. Dans cette optique, le RDP basé sur un texte international protégeant les droits de l'homme a été assimilé à un RDP sur la base d'un droit constitutionnel au sens de la lettre a de l'art. 84 al.

²³³ La subsidiarité relative du RDP (art. 86 OJ) soumet ce recours à l'épuisement des voies cantonales de recours, alors que la subsidiarité absolue du RDP (art. 84 al. 2 OJ) ferme ce recours dès qu'un autre recours fédéral est ouvert (recours en réforme, par exemple). Art. 84 al. 2 OJ: « Dans tous ces cas, le recours n'est toutefois recevable que si la prétendue violation ne peut pas être soumise par une action ou par un autre moyen de droit quelconque au Tribunal fédéral ou à une autre autorité fédérale. ». Art. 86 OJ: « 1. Le recours de droit public n'est recevable qu'à l'encontre des décisions prises en dernière instance cantonale. 2. Lorsque ces recours portent sur des affaires de double imposition intercantonale ou sur le séquestre de biens d'Etats étrangers, il n'est pas nécessaire que les moyens de droit cantonal aient été épuisés. ».

²³⁴ Rouiller, PACTE II, p. 124.

²³⁵ Rappelons que la notion de droit constitutionnel est une notion de procédure qui recoupe les droits fondamentaux et d'autres droits. Häfelin-Haller dressent une liste des droits constitutionnels les plus importants: n° 1701, BUNDESSTAATSRECHT.

1 OJ. Ce RDP fut alors soumis à l'exigence de l'épuisement des moyens de droit cantonal²³⁶.

179. Suite aux appels de la doctrine²³⁷ ainsi qu'à la pratique du TF dans le cadre de la CEDH, justifiée mais en contradiction apparente avec la lettre du texte légal, les autorités fédérales ont proposé une modification de l'art. 86 aOJ - auquel on voulait alors ajouter un alinéa 4²³⁸ codifiant cette pratique²³⁹ - lors de la ratification des Pactes. La mouture finale de

²³⁶ Cf. ATF 101 Ia 67. Le TF y précise qu'en permettant le recours direct (art. 86 al. 3 aOJ en liaison avec l'art. 84 al. 1 lit. c OJ) sur la base de la CEDH, on méconnaît la nature de la Convention (cons. 2.b.). En reprenant et en développant des droits fondamentaux déjà inclus dans l'ordre national suisse, la CEDH contient incontestablement des droits de nature constitutionnelle. Il faut donc appliquer à la CEDH le même traitement qu'aux droits constitutionnels nationaux (art. 84 al. 1 lit. a OJ) et n'admettre leur invocation devant le TF qu'après l'épuisement des voies cantonales (art. 86 al. 2 OJ) (cons. 2.c.). Une telle interprétation s'écarte certes de la lettre de l'art. 86 al. 3 aOJ, elle correspond néanmoins à la systématique légale (cons. 2.d) et à la volonté exprimée par le législateur lors des délibérations sur la CEDH (cons. 2.e.).

²³⁷ Ainsi, Malinverni intervenait dans ce sens: « Comme ceux qui sont consacrés par la CEDH, les droits garantis par le Pacte II devraient se voir reconnaître le caractère de droits constitutionnels, au sens des art. 113 al. 1er ch. 3 Cst. féd. et 84 OJ. Les garanties offertes par le droit constitutionnel suisse pourraient ainsi être concrétisées par les dispositions correspondantes du Pacte II, avec les précisions qui seront apportées par la jurisprudence du Comité des droits de l'homme. Sur le plan de la procédure, les droits du Pacte II devraient être assimilés à ceux de la CEDH. Quand bien même ils sont incorporés dans un traité international, la principale voie de droit permettant d'alléguer leur violation devrait être le recours de droit public pour violation de droits constitutionnels (art. 84 al. 1er lettre a OJ). En ce qui concerne la subsidiarité relative du recours de droit public, le Tribunal fédéral devrait traiter les cas de violation du Pacte II comme ceux de la CEDH. Le recours de droit public ne devrait donc être recevable que contre les décisions prises en dernière instance cantonale. »; Malinverni, PACTES & CEDH, p. 56-57.

²³⁸ Art. 86 al. 4 OJ proposé: « Les recours pour violation de dispositions directement applicables de conventions multilatérales en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales ne sont recevables qu'après que les moyens de droit cantonal ont été épuisés. Pour les recours formés à la fois pour violation de telles conventions et de droits constitutionnels, les exceptions énoncées au 2e alinéa sont applicables. ».

²³⁹ Voir le Message relatif aux Pactes (p. 1142 à 1145, point 44: Les Pactes et le droit suisse de procédure. Révision de l'article 86 de la loi fédérale d'organisation judiciaire) où le Conseil fédéral souhaite voir reconnaître aux normes directement

l'OJ a généralisé l'épuisement des voies cantonales et clarifié la situation en traitant de la même manière les recours de droit public fondés sur la violation d'un droit constitutionnel ou d'une norme directement applicable de la CEDH ou des Pactes. La question, née avec les normes très similaires de la CEDH, reçoit très logiquement une solution analogue pour les Pactes, sauf que cette solution est cette fois basée sur l'OJ telle que révisée et plus sur la jurisprudence. Cette ouverture s'inscrit dans un climat bien disposé à l'égard du droit international, du moins dès que celui-ci a été ratifié²⁴⁰. Cependant, si c'est bien là le signe que l'on entend améliorer la place des traités dont les normes sont directement applicables, un autre souci évident a guidé la révision de l'OJ. Pour éviter de congestionner encore plus un TF déjà surchargé, il a paru impératif d'obliger les recourants à l'épuisement préalable des voies cantonales.

180. La nature procédurale des normes (directement applicables) des Pactes étant éclaircie, nous décrirons dans les grandes lignes la procédure principale au travers de laquelle la violation de ces normes peut être invoquée, à savoir le recours de droit public. Avant cela, nous relèverons que, à l'instar de nos autres Etats²⁴¹, la Suisse ne connaît donc pas une

applicables des Pactes la valeur de droits constitutionnels et propose - basée notamment sur l'expérience de la CEDH - une modification de l'OJ allant dans ce sens. Finalement, l'OJ sera révisée dans le sens d'exiger dans presque tous les cas l'épuisement des voies de recours (cf. n. 233 ; LF du 4 octobre 1991, entrée en vigueur le 15 février 1992).

- 240 Nous avons déjà relevé cette attitude caractéristique en Suisse qui veut que, lent à le ratifier, l'on se montre ensuite prêt à accorder une place de choix au texte international (cf. § 103). Ainsi le remarquent, tout en nuances, Dominici et Voefray: « Le juge suisse se montre traditionnellement assez ouvert à l'égard du droit des gens, appliquant sans sourciller de nombreux traités internationaux. Il faut relever cependant que certains arrêts récents du Tribunal fédéral semblent indiquer une attitude plus restrictive, en particulier à l'égard de l'applicabilité directe. Par ailleurs, lorsque la même règle est contenue à la fois dans une norme interne et dans une norme internationale, le juge préfère généralement appliquer la norme interne. Cette tendance est particulièrement marquée en matière de droits fondamentaux, le juge ayant tendance à ne se référer à la Convention européenne des droits de l'homme que si la Constitution suisse ne contient pas de garanties identiques. »; INTEGRATION, p. 554.
- 241 Cf. § 805 à 808, où nous tâchons de voir jusqu'où cette non-spécialité de la procédure sur la base d'un texte international favorise l'individu ou le dessert.

procédure spécifique pour la violation des droits fondamentaux de nature internationale. Elle les assimile à des droits de même contenu matériel reconnus par son droit constitutionnel national. Le sort procédural du traité international dépendra du caractère directement applicable ou non de celles de ses normes dont la violation est dénoncée. En outre, si le RDP est quantitativement la procédure la plus importante pour les Pactes, le recours de droit administratif donne également lieu à leur application, spécialement dans le domaine fiscal ou dans celui des assurances sociales.

181. Précisons finalement que le recours de droit public permettra de vérifier la compatibilité d'un arrêté ou d'une décision avec le traité. Celui-ci servira donc de mesure ou référence du contrôle (Massstab), de la même façon que l'est traditionnellement la Cst. féd. dans cette procédure de juridiction constitutionnelle. Cette approche n'est pas à confondre avec un contrôle du traité par rapport à la Constitution, ou en d'autres termes un contrôle de constitutionnalité exercé à l'encontre du traité. Cette question spécifique résume la tension qui peut exister entre la supériorité de la Constitution et la fidélité dans les rapports avec les autres Etats. La Suisse ferme ce dernier type de contrôle (art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd.) et déplace le test de la constitutionnalité du traité à la phase précédant la ratification. Des exemples, peu nombreux, de tels contrôles juridictionnels d'un traité face à une Constitution nationale se trouvent dans d'autres Etats, par exemple en Allemagne²⁴².

182. Les auteurs ont été nombreux à avancer une définition du recours de droit public, si bien que le choix ne manque pas pour délimiter cet instrument majeur de la juridiction constitutionnelle suisse. La définition suivante a l'avantage de la clarté dans l'exposé de ses éléments constitutifs: «Die staatsrechtliche Beschwerde ist ein subsidiäres Verfahren, durch welches ein Einzelner innerhalb einer bestimmten Frist beim Bundesgericht einen kantonalen Hoheitsakt der Gesetzgebung, Verwaltung oder Rechtsprechung anführt, von welchem er behauptet, er verletze eines seiner verfassungsmässigen Rechte »²⁴³. Dans la mesure

²⁴² Cf. n. 481 et 489.

²⁴³ Cf. Aubert, *TRAITE*, n°1643.

où une littérature abondante²⁴⁴ a développé les différents aspects du RDP, nous nous bornerons ici à en rappeler brièvement l'essentiel.

183. Une caractéristique primordiale de ce type de recours est constituée par les moyens qui peuvent le fonder, soit la violation des droits constitutionnels. Nous avons vu précédemment que les normes directement applicables de la CEDH et des Pactes se voient reconnaître cette nature procédurale. Ils se joignent dès lors à la liste qu'en établit la jurisprudence du Tribunal fédéral, liste comprenant avant tout des droits servant les intérêts - tels qu'interprétés par ce même Tribunal fédéral - des individus²⁴⁵. Cette liste - croissante au fil des années - comprend - outre donc les droits de la CEDH et des Pactes - les droits fondamentaux de la Constitution fédérale (une dizaine), les droits constitutionnels non écrits reconnus comme tels par la jurisprudence, ceux qui s'y ajoutent dans les Constitutions cantonales, ainsi que des principes généraux de droit constitutionnel que la Constitution fédérale ne mentionne pas mais qui sont inclus dans d'autres textes n'ayant pas forcément le rang constitutionnel²⁴⁶. Certains de ces droits sont dits imprescriptibles dans le sens qu'ils permettent de requérir une nouvelle décision des autorités à un nombre indéterminé de reprises et ensuite d'attaquer cette décision, et ce tant que le particulier estime ses droits imprescriptibles violés²⁴⁷.
184. Ces moyens du RDP sont la référence du contrôle de constitutionnalité, face auxquels vont être revus les actes étatiques cantonaux. Ceux-ci vont faire l'objet d'un contrôle abstrait ou concret, selon que c'est une loi ou

²⁴⁴ Voir spécialement les deux auteurs qui nous ont ici servi de référence : Aubert, *TRAITE*, n° 1640 à 1728 et Häfelin-Haller, *BUNDESSTAATSRECHT*, n° 1667 à 1752a.

²⁴⁵ Cf. Aubert, *TRAITE*, n° 1644 ss.

²⁴⁶ Voir aussi la liste de Häfelin-Haller, *BUNDESSTAATSRECHT*, n° 1701, déjà citée à la n. 235.

²⁴⁷ Ces droits imprescriptibles permettent de <revenir à la charge> autant de fois qu'on le souhaite, après chaque décision de refus de l'autorité. Il est possible sur leur base de provoquer, à n'importe quel moment et de façon répétée, une décision de l'autorité et ainsi donc la contester une fois qu'elle a été rendue. Par exemple, un détenu pourra en tout temps requérir sa remise en liberté, puis le cas échéant attaquer le refus, et ce parce que la liberté personnelle est un droit imprescriptible. Pour une liste de ces droits imprescriptibles, voir Aubert, *TRAITE*, n° 1712, 2ème §.

réglementation cantonale qui est attaquée pour elle-même ou bien lors d'un cas d'application. Les lois fédérales sont à l'abri d'un tel contrôle face à la Cst. féd. en raison de l'immunité de lois fédérales découlant des art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd. Elles peuvent cependant faire l'objet d'un contrôle face au texte international (contrôle de conventionnalité). D'autres actes étatiques fédéraux peuvent être revus face à la Cst. féd. - comme les ordonnances du Conseil fédéral -, ce ne sera cependant pas selon la procédure du RDP.

185. Celle-ci est ouverte à tout particulier justifiant d'un intérêt juridique²⁴⁸ et personnel²⁴⁹ à la question. Cet intérêt doit en plus être actuel pour le contrôle concret²⁵⁰. Les recours fondés sur une violation des droits politiques sont, eux, ouverts à tout citoyen simplement titulaire des droits politiques, indépendamment de la preuve d'un intérêt particulier²⁵¹. La qualité pour agir en recours de droit public revient donc principalement aux particuliers. Il peut néanmoins arriver que des collectivités soient intéressées au litige. C'est le cas des associations représentatives qui peuvent agir au nom de leurs membres si leurs statuts leur assignent cette tâche²⁵². Par contre et à la différence d'autres Etats comme l'Allemagne²⁵³, la Suisse ne reconnaît pas aux corporations de droit public la qualité pour agir en recours de droit public, et ce pour la raison que ce recours, et plus largement la juridiction constitutionnelle,

²⁴⁸ Cf. Häfelin-Haller, BUNDESSTAATSRECHT, n° 1729 ss; Aubert, TRAITE, n° 1671 et 1680 ss. Art. 88 OJ: « Ont qualité pour recourir les particuliers ou les collectivités lésés par des arrêtés ou décisions qui les concernent personnellement ou qui sont d'une portée générale. / Das Recht zur Beschwerdeführung steht Bürgern (Privaten) und Korporationen bezüglich solcher Rechtsverletzungen zu, die sie durch allgemein verbindliche oder sie persönlich treffende Erlasse oder Verfügungen erlitten haben. ».

²⁴⁹ Cf. Häfelin-Haller, BUNDESSTAATSRECHT, n° 1725 ss; Aubert, TRAITE, n° 1670 et 1674 ss.

²⁵⁰ Cf. Häfelin-Haller, BUNDESSTAATSRECHT, n° 1733 ss; Aubert, TRAITE, n° 1672 et 1688 ss.

²⁵¹ Cf. Häfelin-Haller, BUNDESSTAATSRECHT, n° 1736.

²⁵² Cf. Häfelin-Haller, BUNDESSTAATSRECHT, n° 1736a ss. ; Aubert, TRAITE, n° 1693 ss.

²⁵³ L'Allemagne connaît par exemple le <Organstreit> qui peut opposer le Bund à un ou plusieurs Länder.

est justement dirigé contre elles. L'exception notoire à cette exclusion est le recours octroyé aux communes en défense de leur autonomie communale ou de leur existence même²⁵⁴.

186. La recevabilité du recours de droit public est naturellement aussi soumise à l'observation de certains délais²⁵⁵. Dans le cas du contrôle abstrait, il peut être intenté dans les 30 jours suivant la publication du texte au journal officiel. Dans celui du contrôle concret, les mêmes 30 jours vont courir à partir de la décision cantonale finale (épuisement préalable des voies de recours cantonales).
187. Nous avons jusqu'ici volontairement laissé de côté les qualificatifs usuels désignant le contrôle de constitutionnalité comme diffus ou concentré en fonction des autorités habilitées à y procéder. Pour le contrôle abstrait, à savoir le contrôle de la loi ou réglementation cantonale hors de tout cas d'application, le système est concentré. Cela signifie que le TF est la seule autorité compétente pour l'effectuer. S'agissant du contrôle concret, soit lors d'un cas d'application de la norme cantonale, le contrôle est diffus et culmine au TF (par un RDP contre la dernière décision cantonale). Plus précisément, n'importe quelle cour cantonale peut - et même doit - procéder à un contrôle préjudiciel de la norme cantonale et, si elle la juge contraire à la Cst. féd. (ou aux autres références du contrôle), ne pas l'appliquer au cas concret qu'elle doit trancher²⁵⁶. Suite aux recours successifs, le TF se penchera sur la question en tant que dernière instance de recours.

²⁵⁴ Cf. Häfelin-Haller, BUNDESSTAATSRECHT, n° 1736d ss. ; Aubert, TRAITE, n° 1696.

²⁵⁵ Cf. Art. 89 al. 1 OJ: « L'acte de recours doit être déposé devant le Tribunal fédéral dans les trente jours dès la communication, selon le droit cantonal, de l'arrêté ou de la décision attaqués. »; Häfelin - Haller, BUNDESSTAATSRECHT, n° 1739 ss. ; Aubert, TRAITE, n° 1709 ss.

²⁵⁶ L'autorité ne peut pas seulement, elle doit procéder au contrôle de la constitutionnalité du droit qu'elle applique : « La Constitution impose à l'autorité qui applique le droit d'en contrôler préjudiciellement la constitutionnalité et la légalité (p. 88) (...) En raison du silence de la Constitution et de la loi, le rattachement du contrôle préjudiciel à la Constitution s'opère par interprétation. Dans le rapport entre le droit cantonal et le droit fédéral, le contrôle préjudiciel s'impose par la force dérogatoire du droit fédéral (art. 2 disp. trans. Cst. féd.), qui consacre la supériorité de l'ordre juridique de la Confédération sur celui des

188. Tout ce qui vient d'être dit est valable pour des droits directement applicables - soit, grossièrement parlant, pour ceux du Pacte II. Qu'en est-il des droits qui ne bénéficient pas de cette qualité, soit la plupart de ceux du Pacte I notamment? Comment garantir leur application effective? Les droits simplement programmatoires ne sont pas des droits constitutionnels et le RDP n'est ouvert ni pour les faire valoir en tant que tels, ni pour obtenir que le législateur agisse dans le sens de leur concrétisation en droit interne²⁵⁷.

cantons. Au sein de chacun de ces ordres juridiques, le contrôle du droit inférieur par rapport au droit supérieur résulte du principe général de la légalité (suprématie de la loi). Le citoyen dispose par conséquent d'un droit au contrôle préjudiciel, tiré de l'art. 4 Cst. féd., et qui lui permet d'élever contre le refus de l'autorité à vérifier la constitutionnalité des lois le grief de la violation de la Constitution (p. 92). » ; Zimmermann, *CONTROLE PREJUDICIEL*. Dans cette thèse genevoise (Le contrôle préjudiciel en droit fédéral et dans les cantons suisses), un excellent résumé du contrôle préjudiciel figure aux pages 91 et 92. L'auteur examine aussi les fondements de ce contrôle préjudiciel en droit suisse au regard de la séparation des pouvoirs, de la hiérarchie des règles, de l'art. 113 al. 3 Cst. féd., du principe de la force dérogatoire du droit fédéral et du principe d'égalité (p. 75 à 86). Egalement intéressants sont les passages où il traite de la juridiction constitutionnelle, des violations de la Constitution et du contrôle des normes, spécialement du contrôle abstrait (p. 25 à 34) et du contrôle préjudiciel concret (p. 35 à 44). Avec une approche plus historique, Kastanas confirme cette obligation de contrôle concret par tout organe d'application du droit : « Une jurisprudence ancienne, qui remonte à 1886, et constante, oblige les autorités cantonales à examiner la constitutionnalité fédérale des lois cantonales. C'est un devoir qui, selon l'opinion dominante, découle de la nature même de l'Etat fédéral : l'art. 2 disp. trans. Cst. féd. impose au moins à tous les tribunaux cantonaux l'obligation d'effectuer ce contrôle et cela indépendamment d'une interdiction expresse par le droit positif cantonal. A travers cette jurisprudence, le TF a instauré le contrôle diffus au niveau cantonal. Les juges cantonaux sont des juges constitutionnels au même titre que les juges fédéraux. Le Tribunal fédéral n'est pas la seule, mais la dernière instance qui contrôle la constitutionnalité d'une loi cantonale. Il faut signaler que les juges cantonaux ont été au début assez réticents à assumer l'examen préjudiciel de la constitutionnalité des lois cantonales » ; Kastanas, *CONSTITUTIONNALITE*, p. 11-12.

- ²⁵⁷ Telle est la position de Aubert, *TRAITE*, n° 1649 et 1664. Un article très intéressant vient confirmer pour une partie et bousculer pour une autre partie cette vision : Jörg Künzli, *SOZIALE MENSCHENRECHTE*, surtout les points 5.5 et 5.7 en rapport avec ce que nous développons au § 189. La position de ceux qui excluent la justiciabilité des droits du Pacte I est de plus en plus contestée ; ainsi, Malinverni s'attaque à ce qu'il appelle la « thèse traditionnelle » pour mieux explorer « les nouvelles tendances » qui bousculent « la conception encore largement dominante

189. Cette affirmation est à nuancer. Si d'une façon générale, il règne un scepticisme perceptible quant à l'applicabilité directe du Pacte I, certains de ses droits - surtout ceux qui ne requièrent qu'une abstention de l'Etat - devraient se la voir reconnaître. D'autre part, la doctrine moderne souhaite que, s'agissant de l'inaction du législateur, il soit possible de l'attaquer en justice, de même que toutes les régressions dans les droits censés être garantis. L'idée, séduisante, n'est pas forcément praticable et est bien loin d'avoir fait son chemin.

3.3.2. Accessibilité: chances d'invoquer les textes internationaux et chances d'obtenir gain de cause

190. Les données chiffrées²⁵⁸ relatives aux affaires portées devant le Tribunal fédéral nous apportent des enseignements intéressants. Sur les quelque 4500 affaires traitées par notre plus haute Cour chaque année, 2100 relèvent du droit public (art. 113 al. 1 Cst. féd.). Proportionnellement, cela représente les deux cinquièmes de l'activité totale. Les affaires fondées sur l'art. 113 al. 1 ch. 1 et 2 Cst. féd. (réclamations de droit public) sont quantitativement négligeables, la quasi-totalité des 2100 affaires étant des recours de droit public fondés sur le chiffre 3 de l'art. 113 al. 1 Cst. féd.
191. Le moyen de ces recours de droit public est essentiellement la violation des droits constitutionnels de la Constitution fédérale, de la CEDH et des Pactes, moins d'une vingtaine d'affaires concernant les droits politiques. Il va sans dire qu'il y a beaucoup plus d'affaires traitant des droits de la Constitution fédérale ou de la CEDH qu'il n'y en a sur ceux des Pactes. Si une recrudescence est escomptable à partir du moment où ces derniers seront mieux connus des plaideurs, ils restent encore bien souvent ignorés, quand bien même il n'y a pas plus de difficultés au niveau de la

en Suisse et dans d'autres pays », notamment pour l'interprétation de l'art. 2 al. 1 Pacte I et pour la justiciabilité des droits du Pacte I (cf. 2^{ème} édition de 1997 de l'ouvrage de Kälin, Malinverni et Nowak, La Suisse et les Pactes des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme, et spécialement la contribution de Malinverni sur « Les Pactes dans l'ordre juridique interne (suisse) », p. 71, 73 ss.)

²⁵⁸ Cf. Aubert, TRAITE, n°1642; Häfelin - Haller, BUNDESSTAATSRECHT, n° 1668-1669; le rapport annuel de l'activité du Tribunal fédéral.

procédure à les invoquer que les premiers (le bien-fondé des griefs étant une autre question). Parmi les droits constitutionnels invoqués, l'arbitraire figure en très bonne place puisque plus des trois quarts des recourants l'invoquent. Pour le reste, ce sont le plus souvent des violations de la propriété et de la liberté du commerce et de l'industrie qui sont soulevées.

192. Si l'accès à la juridiction suprême est relativement aisé en Suisse, seuls 10 % des recours sont déclarés bien-fondés. Pour reprendre l'image souvent évoquée de l'entonnoir, nous pouvons dire que l'extrémité de sortie laisse passer dix fois moins d'affaires que celle de l'entrée. Le succès d'un recours de droit public dépend, entre autres critères, du type d'acte attaqué et du pouvoir d'examen (libre ou limité à l'arbitraire) dont jouissent les juges. Sur ce dernier point, nous pouvons grossièrement affirmer que si les chances sont bonnes en cas d'examen libre, elles se réduisent sensiblement lorsque les juges se limitent à l'arbitraire²⁵⁹.
193. S'agissant du type d'acte attaqué, il va de soi que les chances que le recours soit bien-fondé sont plus grandes dans le cadre du contrôle concret. En effet, dans le cadre du contrôle abstrait, les juges se contentent de chercher une seule interprétation du texte légal qui puisse s'accorder avec la Constitution, la CEDH ou les Pactes (interprétation conforme). Leur sévérité est d'ordinaire d'autant moins grande que, postérieurement, il reste possible d'attaquer l'acte dans un cas d'application (contrôle concret).
194. A notre avis, à partir du moment où l'invocation des Pactes sera - si nous pouvons dire - entrée dans les mœurs, les chances de succès sur la base du Pacte II seront identiques à celles sur la base d'un droit constitutionnel de la Constitution fédérale ou de la CEDH et ce pour la raison principale que leurs contenus se recoupent souvent. Pour des raisons d'habitude et de commodité, le raisonnement des plaideurs et des juges s'orientera toutefois en priorité sur les articles nationaux et européens²⁶⁰, quand bien même un résultat semblable pourrait être obtenu par le biais du Pacte II.

²⁵⁹ Cf. Aubert, *TRAITE*, n°1715 ss.

²⁶⁰ Cf. citation de la n. 240.

195. Par contre, invoquer les droits du Pacte 1 restera nettement plus hasardeux, l'applicabilité directe risquant d'être encore longtemps déniée à la plupart de ses dispositions et leur qualité procédurale de droits constitutionnels n'étant pas acquise²⁶¹. Pour éviter l'écueil de l'irrecevabilité, le plus judicieux reste d'invoquer le Pacte I en combinaison avec des droits dont l'applicabilité directe ne fait pas de doute et espérer ensuite que lors de l'examen du fond, les juges se laissent inspirer par des dispositions qu'ils auraient sinon écartées d'emblée.

3.4. Casuistique sélective de l'application des Pactes

196. Notre approche de la jurisprudence suisse relative aux Pactes sera délibérément orientée vers une analyse détaillée de la plupart des arrêts rendus - principalement dans le cadre de recours de droit public et éventuellement de recours de droit administratif. Deux motifs nous poussent à procéder ainsi. D'une part, le nombre restreint d'arrêts rendus dans ce domaine à ce jour nous permet de consacrer un commentaire précis à chacun d'eux. D'autre part, la description de l'intégralité du raisonnement des juges, et non pas seulement du considérant traitant des Pactes, apporte un éclairage plus large sur divers points, à savoir notamment le contexte dans lequel les Pactes sont invoqués, en concurrence avec quels autres droits ou dispositions ils entrent, leur influence sur l'issue du recours et leur importance centrale ou accessoire pour la décision.
197. Nous nous proposons, dans un premier temps, d'examiner systématiquement et chronologiquement chacun des arrêts rendus, d'en résumer l'essentiel (particulièrement en rapport avec notre problématique). Puis, dans un deuxième temps, nous commenterons cette jurisprudence dans son ensemble. L'objectif consistera à la replacer dans le contexte dans lequel elle a été rendue (contexte fait notamment de rappels des arrêts antérieurs et de la doctrine) et à dégager les premières tendances vers lesquelles la pratique judiciaire semble se diriger, les premiers éléments de réponse qui sont apportés à des

²⁶¹ Cf. § 139 et § 188-189.

questions cruciales (applicabilité directe, coordination avec d'autres normes protectrices des droits de l'homme, mode d'examen des Pactes et autre extension du droit suisse).

198. Nous avons opté pour un classement chronologique des arrêts présentés, dans la mesure où un tel agencement permet de bien voir l'évolution de l'application des Pactes. Sous la rubrique « Droits invoqués », nous mentionnons quels autres droits et dispositions sont invoqués ou appliqués par les juges. De cette façon, le rapport de complémentarité ou de concurrence entre les Pactes et les autres droits (spécialement de la Constitution fédérale et de la CEDH) ressort au mieux. D'ailleurs, les recours de droit public qui voient l'application des Pactes et qui sont ici décrits auraient vraisemblablement aussi été intentés sans les Pactes. En d'autres termes et à quelques exceptions près (par exemple les droits liés aux assurances sociales, caractéristiques du Pacte I), les recourants se basent sur les Pactes en plus des moyens traditionnels tirés de la Constitution fédérale et de la CEDH, en espérant en obtenir l'élargissement par le biais de ces Pactes. Les décisions ne sont donc pas typiquement liées aux seuls Pactes: ces derniers sont un moyen nouveau pour une procédure déjà largement connue et exploitée avec d'autres droits constitutionnels.

199. Arrêt M. c. Direktion des Gesundheitswesens des Kantons ZH et Regierungsrat ZH

Tribunal fédéral, 1ère cour de droit public

Recours de droit public

7 octobre 1992

ZBl 1993, p. 504

Faits:

M., patient atteint de schizophrénie paranoïaque, est interné à la section psychiatrique de la clinique universitaire de Zurich. Il y est soumis à un traitement à base de neuroleptiques qu'il réduit lui-même contre l'avis des médecins ou refuse totalement de prendre. Lorsque l'état de M. se dégrade, ces neuroleptiques lui sont injectés contre son gré. M. conteste la légalité de cette médication forcée.

Droits invoqués:

* Liberté personnelle.

* Art. 8 CEDH: protection de la vie privée et des possibilités essentielles d'expression de la personnalité.

* Art. 3 CEDH: interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

* Art. 5 CEDH: garanties en cas de privation de liberté.

* **Art. 7 Pacte II:** interdiction de la torture, des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants; interdiction de soumettre une personne sans son libre consentement à une expérience médicale ou scientifique.

Considéranst:

* L'enfermement dans une clinique et le traitement dans celle-ci sont deux aspects qu'il faut dissocier et dont le bien-fondé doit être examiné selon deux procédures distinctes (cons. 2).

* Il ne fait pas de doute ici que le traitement imposé constitue une atteinte à la liberté personnelle du patient (notamment influence sur la faculté de jugement et d'action). Le tout est de savoir si cette atteinte est justifiée. Après examen des conditions à la restriction (base légale, intérêt public, proportionnalité, noyau dur), le Tribunal fédéral répond par l'affirmative (cons. 4a).

* L'art. 8 CEDH couvre exactement le même contenu que le droit constitutionnel non écrit à la liberté personnelle (cons. 4.b.).

* Une médication forcée d'une certaine gravité est susceptible de violer l'art. 3 CEDH (son principe même et sa manière). En l'occurrence, ce n'est pas le cas (selon les critères de la jurisprudence de Strasbourg) (cons. 4.c.).

* L'art. 5 CEDH concerne la privation de liberté, pas le traitement au sein de la clinique (cons. 4.e.).

* Le Tribunal fédéral interprète l'art. 7 Pacte II, en se référant au commentaire de Nowak. La garantie de l'art. 7 Pacte II vise à interdire des expériences criminelles sur les humains. Un traitement normal dans l'intérêt de la santé du patient ne constitue pas un traitement dégradant et n'entre pas dans le concept d'expérience; sous cet angle de l'art. 7 Pacte II, un consentement de la personne concernée n'est pas nécessaire. Conclusion du Tribunal fédéral: il n'y a pas de violation du droit constitutionnel qu'est l'art. 7 Pacte II dans ce cas de médication forcée (cons. 4.d.).

* Remarquable: le Tribunal fédéral examine ici l'affaire sous l'angle du Pacte II, quand bien même celui-ci n'a pas été invoqué par les recourants. De cette attitude, nous tirons un double enseignement: d'une part, il y a une volonté de tenir compte de ces textes nouvellement entrés en vigueur et de stimuler leur invocation par les particuliers et, d'autre part, il est implicitement admis que l'art. 7 Pacte II est d'application directe (donc directement invocable par des particuliers) du fait qu'il est élevé au rang de droit constitutionnel (notion de procédure).

Résultat:

Le RDP est rejeté (la médication forcée ne viole aucun droit fondamental, et notamment pas l'interdiction de la torture et de l'expérimentation humaine).

200. Arrêt X. c. Administration fiscale cantonale ZH et Commission de recours de l'impôt fédéral ZH

Tribunal fédéral, 2ème cour de droit public

Recours de droit administratif

11 octobre 1993

ATF 119 Ib 311

Faits:

Suite à la découverte d'irrégularités dans la comptabilité de X., les autorités fiscales cantonales ZH entament une procédure pour le recouvrement de l'impôt cantonal et la Commission de recours de l'impôt fédéral direct ZH pour la soustraction de l'IFD. X. est mis à l'amende par cette dernière autorité. Sur la base de divers griefs, il interjette un recours de droit administratif contre cette sanction infligée par la Commission de l'IFD et contre les autorités fiscales cantonales.

Droits invoqués:

- * Ne bis in idem (droit pénal fédéral, art. 4 Cst. féd., 4 Prot. n° 7 CEDH et 14 al. 7 Pacte II).
- * Prescription.
- * Durée de la procédure (art. 4 Cst. féd. et 6 al. 1 CEDH).
- * Publicité des débats (art. 6 al. 1 CEDH).
- * Droit de s'exprimer personnellement en procédure (art. 4 Cst. féd., 6 CEDH et 14 al. 3 lit. d Pacte II).

Considérants:

* En fonction des critères CEDH pour dire si un état de fait est de nature pénale et exige donc les garanties de l'art. 6 CEDH (les normes applicables appartiennent-elles au droit pénal, quelle est la nature du comportement reproché, quelle est la nature et la gravité de la sanction ?), le TF estime que l'amende de l'IFD est bien une sanction d'ordre pénal. Les garanties des art. 6 CEDH et 4 Prot. n° 7 CEDH trouvent ici application (cons. 2).

* Le recourant dénonce l'amende IFD: celle-ci s'ajoute à une procédure - classée - pour escroquerie fiscale et à la condamnation cantonale pour soustraction fiscale, elle viole par ce cumul le principe ne bis in idem. Le TF revient sur les sources de cette garantie pénale (issue du droit pénal fédéral, puis constitutionnalisée par les art. 4 Cst. féd., 4 Prot. n° 7 CEDH et 14 al. 7 Pacte II) (cons. 3.a.). Selon ce principe, nul ne saurait être poursuivi une seconde fois pour des faits pour lesquels il a déjà été définitivement condamné ou acquitté. Il est à remarquer que les juges placent le Protocole n° 7 CEDH et le Pacte II sur le même plan, ceux-ci étant de rédaction similaire (fast gleichlautend). Les procédures en cause étant prévues par des lois fédérales, les juges ne peuvent les revoir face à l'art. 4 Cst. féd., cependant ils restent libres de le faire par rapport à la CEDH et au Pacte II (contrôle de conventionnalité) (cons. 3.b.). En l'occurrence, chaque autorité est compétente pour une partie de l'ensemble des faits et le principe ne bis in idem n'est donc pas violé (cons. 3.c.). De plus, un prévenu peut être condamné pour soustraction de l'IFD après l'avoir déjà été pour soustraction de l'impôt cantonal, les deux impôts étant différents et répondant à d'autres conditions même s'ils sont calculés sur la base d'une déclaration unique (cons. 3.d.).

* La prescription n'étant pas explicitée dans la loi pour la procédure en cause, les juges vont tenter de la déterminer en se basant sur les normes analogues. En particulier, ils vont écarter les délais du Code pénal (les lois fiscales sont considérées comme des lois spéciales) au profit de ceux contenus dans la LIFD et la LHID. Ces délais étant de 10 ans, le fait de poursuivre en 1987 un délit concernant la période de taxation 1981-82 respecte la règle de la prescription (cons. 4).

* Le recourant invoque aussi les art. 4 Cst. féd. et 6 al. 1 CEDH dans la mesure où il estime que la procédure a duré trop longtemps. La procédure de première instance s'est étalée sur 28 mois, ce qui apparaît excessif pour une affaire claire et simple. Néanmoins, il ressort des faits que le comportement du prévenu a grandement contribué à allonger ce délai, qui devient pour cette raison acceptable (cons. 5).

* S'agissant de la publicité des débats devant la Commission de recours de l'IFD, l'art. 6 al. 1 CEDH la garantit. Cette garantie n'est toutefois pas absolue puisqu'il est possible au prévenu d'y renoncer (ce qui lui permet notamment de protéger sa sphère privée par le secret fiscal). Une telle renonciation peut découler d'actes concluants. En l'occurrence, le prévenu s'est plaint de n'avoir pas été entendu personnellement, sans qu'il n'ait jamais exigé la publicité des débats. En ce sens, l'art. 6 al. 1 CEDH n'est pas violé (cons. 6).

* De tous les griefs invoqués par le recourant, le dernier va emporter la décision du TF. En effet, les juges lui donnent raison lorsqu'il se plaint de n'avoir pu s'exprimer personnellement au cours de l'instruction sur les motivations de son délit. Le droit d'être entendu personnellement dans une procédure dont l'issue influence sa propre situation découle des art. 4 Cst. féd. et 6 CEDH. L'art. 14 al. 3 lit. d Pacte II contient le même droit, à la différence appréciable qu'il l'exprime clairement (cons. 7.a.). Si matériellement le Pacte II ne surpasse pas les deux autres sources, formellement il a l'immense avantage de codifier une garantie sinon non écrite. Le TF renvoie donc l'affaire aux autorités d'instruction, afin qu'elles donnent la possibilité à X. de s'exprimer personnellement sur ce qui lui est reproché et éventuellement, si X. en fait la demande, pour procéder avec la publicité des débats (cons. 7).

Résultat:

Le RDP est admis (le fait de ne pas entendre personnellement le prévenu d'une infraction fiscale viole les garanties de procédure).

201. Arrêt Verband Studierender an der Universität Zürich

Tribunal fédéral, 2ème cour de droit public

Recours de droit public

11 février 1994

ATF 120 Ia 1

Faits:

Par une décision du Conseil d'Etat zurichois, les taxes universitaires sont augmentées par paliers successifs (de 300.- à 450.- puis à 600.- par semestre). Apprenant cette hausse par voie de presse, les recourants l'attaquent. Ils la jugent contraire à l'obligation d'instaurer progressivement la gratuité de l'enseignement telle que posée à l'art. 13 al. 2 lit.c du Pacte I.

Droits invoqués:

* Délégation législative et ses conditions.

* Publication officielle d'une réglementation.

* Art. 13 al. 2 lit. c Pacte I: droit à l'éducation, accès à l'enseignement supérieur en pleine égalité, en fonction des capacités de chacun, par tous les moyens appropriés et notamment par l'instauration progressive de la gratuité.

3. Les Pactes en Suisse

Considéranrs:

* Examen par le Tribunal fédéral du principe de la légalité tel qu'il découle de l'art. 4 Cst. féd., et plus particulièrement de la question de savoir s'il existe une base légale suffisante pour autoriser une hausse des taxes justifiée par des motifs de politique financière. En l'espèce, la délégation législative est correcte (cons. 3).

* Le principe de la publication des actes de l'autorité - découlant également de l'art. 4 Cst. féd. - a peut-être été ici insuffisamment respecté; le Tribunal fédéral laisse néanmoins la question ouverte car il est possible pour l'autorité de corriger le vice (cons. 4).

* L'art. 13 al. 2 lit. c Pacte I est invoqué par les recourants qui voient dans l'augmentation des taxes universitaires une violation d'obligations découlant du droit international. Ils invoquent la violation du principe de la force dérogatoire du droit fédéral (art. 2 disp. trans. Cst. féd.) qui est assimilé, en procédure, à la violation d'un droit constitutionnel (cons. 5).

* Le Tribunal fédéral examine la recevabilité selon l'art. 84 al. 1 lit. c OJ (recours sur la base de traités internationaux, aussi contre des ordonnances cantonales, mais pas contre des décisions cantonales en matière civile ou pénale). Il rappelle la nécessité de fonder le recours sur des normes directement applicables (unmittelbar anwendbar - self-executing), lesquelles règlent directement la situation juridique du particulier. Rappel des conditions à l'applicabilité directe: norme suffisamment claire et précise (bestimmt und klar) pour fonder une décision concrète. Cette qualité fait défaut aux articles programmatiques, à ceux qui ne règlent que les contours de la matière et laissent un large pouvoir d'appréciation et de décision à l'état partie et à ceux qui ne sont que des lignes directrices à l'adresse du législateur et non pas de l'administration ou des autorités judiciaires (cons. 5.b.).

* Les art. 6 à 15 Pacte I sont un catalogue de droits qui requièrent des mesures législatives et autorisent le choix des moyens pour les réaliser. Ce sont des normes programmatiques qui s'adressent au législateur et non pas au particulier. Ce ne sont pas des droits subjectifs et justiciables (avis du Conseil fédéral et du Parlement, Message du Conseil fédéral). Cette analyse est approuvée par Nowak et Malinverni. Le Tribunal fédéral admet par opposition que le Pacte II est directement applicable. Autre différence - à côté de la justiciabilité - entre les deux Pactes: les systèmes de contrôle (cons. 5.c.).

* Conclusion: l'art. 13 al. 2 lit. c Pacte I ne donne pas de droit individuel à ce que les taxes soient limitées ou baissent, ni même à ce qu'elles ne soient pas augmentées (ce qui constitue de prime abord le contre-pied même du but fixé par le Pacte I au législateur). Deux obstacles: la norme manque de précision et elle s'adresse clairement au législateur (ce qui exclut déjà d'emblée le recours selon l'art. 84 al. 1 lit. a OJ) qui jouit de l'entière liberté dans le choix des moyens mis en oeuvre pour la réalisation du but fixé (l'introduction de la gratuité n'en est qu'un parmi d'autres) (cons. 5.d.).

Résultat:

Le RDP est rejeté (l'augmentation des taxes universitaires est constitutionnelle).

202. Arrêt C.E., B. et R.E. c. Kantonsschule, Regierungsrat et Verwaltungsgericht SG

Tribunal fédéral, 2ème cour de droit public

Recours de droit public

28 avril 1994.

AJP/PJA 3/95 p.359 (texte non publié au recueil officiel, disponible au TF).

Faits:

C.E. se voit refuser l'entrée à l'Untergymnasium de Saint-Gall au motif qu'il n'a pas obtenu suffisamment de points à l'examen d'admission. Le recourant conteste ce refus et revendique le droit d'être intégré dans une classe pré-gymnasiale de ce type.

Droits invoqués:

- * Art. 4 Cst. féd.: déni de justice formel (la retenue dans l'appréciation des conditions de l'épreuve constitue-t-elle un déni de justice formel lorsque le pouvoir d'examen de l'instance de recours est normalement libre?).
- * Liberté personnelle (droit constitutionnel non écrit).
- * Art. 31 Cst. féd.: liberté du commerce et de l'industrie, avec en corollaire la liberté de choisir sa formation professionnelle.
- * Principe de la légalité (délégation législative et ses conditions, introduction d'un *numerus clausus* de fait, non respect du sens et du but de la loi de base).
- * Art. 13 ONU I: droit de toute personne à l'éducation.

Considérants:

- * Le Tribunal fédéral énonce les raisons pour lesquelles il faut être prudent lors de l'appréciation des conditions et de la réussite d'un examen. Une certaine retenue s'impose de par les circonstances particulières à un examen; l'instance cantonale n'a donc pas commis un déni de justice en restreignant son pouvoir d'examen sur certains points (cons. 2).
- * Le Tribunal fédéral a toujours nié que la liberté personnelle puisse inclure un droit à l'éducation (qui irait au-delà de l'art. 27 Cst. féd.); cette liberté ne donne spécialement pas un droit à entrer à l'Université. Cette considération doit aussi valoir pour le niveau inférieur. En l'occurrence, la liberté personnelle du recourant n'est pas lésée car il y a d'autres moyens pour parvenir au gymnase (répéter l'examen d'entrée à l'Untergymnasium ou passer d'abord par la Sekundarschule comme le font la grande majorité des élèves) (cons. 3.a.).
- * Le Tribunal fédéral ne reconnaît pas un droit constitutionnel à une formation professionnelle, ni à l'éducation. Il n'est pas certain, du reste, que ces hypothétiques droits seraient en l'espèce violés puisqu'il existe une autre voie pour parvenir au gymnase (dont la fréquentation n'est dès lors pas exclue par le seul fait que l'élève n'a pas suivi l'enseignement à l'Untergymnasium) (cons. 3.b.).
- * Concernant le droit à l'éducation contenu à l'art. 13 Pacte I, il s'adresse au législateur. Cette norme n'est pas directement applicable et ne donne aucun droit subjectif au particulier, que celui-ci pourrait faire valoir dans le cadre d'un recours de droit public (renvoi à l'arrêt du 11 février 1994 - ATF 120 Ia 1; § 201). Les recourants le reconnaissent d'ailleurs aussi (cons. 3.c.).
- * Rappel des conditions de droit fédéral pour qu'une délégation législative soit admissible (ne pas être exclue par le droit cantonal, se limiter à un domaine précis et fixer des lignes directrices dans la loi de délégation). Conditions respectées en l'espèce (l'élévation des exigences de l'examen entre dans la latitude de concrétisation) (cons. 4).

Résultat:

Rejet du RDP (pas de droit d'être intégré à l'Untergymnasium si on a échoué à l'examen d'entrée).

203. Arrêt J. et Co c. Obergericht AG.

Tribunal fédéral, 2ème cour de droit public

Recours de droit public

22 août 1994

ATF 120 Ia 247

Faits:

J. choisit comme défenseur, dans une affaire pénale devant les tribunaux argoviens, un avocat allemand non titulaire du brevet suisse. Or le code de procédure pénale argovien n'autorise pas le prévenu à confier sa défense à un avocat étranger non patenté. J. et l'avocat allemand recourent pour voir reconnaître à un avocat étranger le droit de plaider.

Droits invoqués:

* Interdiction de l'arbitraire et principe de l'égalité de traitement (entre proches de l'accusé n'ayant pas de brevet d'avocat et un avocat étranger exerçant sa profession, entre l'avocat étranger et l'avocat suisse, entre l'avocat étranger et l'avocat argovien).

* Art. 6 al. 3 lit. c CEDH: droit de l'accusé de se défendre lui-même ou à avoir l'assistance d'un défenseur de son choix.

* Art. 14 al. 3 lit. d Pacte II: toute personne accusée d'une infraction pénale a droit à être présente au procès et à se défendre elle-même ou à avoir l'assistance d'un défenseur de son choix.

Considérants:

* Un avocat étranger est autorisé - d'après la pratique du Tribunal fédéral - à agir en recours de droit public devant cette instance (cons. 1).

* Le grief de la violation de l'art. 4 Cst. féd. est mal fondé. Le fait d'admettre que le justiciable soit défendu par un parent sans formation spécifique et d'interdire sa défense par un avocat étranger n'est pas arbitraire; en effet, si on élargissait les exceptions - actuellement limitées à la parenté - au monopole des avocats, ce monopole - qui est dans l'intérêt du public et de la justice - risquerait de prendre fin. Il existe d'ailleurs des motifs pour avantager les liens de parenté (confiance et liens personnels, pas d'honoraires). Le TF précise que la libre circulation des professions libérales (art. 5 disp. trans. Cst. féd.) a une portée intercantonale et pas internationale (cons. 3).

* Rappel de l'interprétation restrictive faite par la doctrine et la jurisprudence de Strasbourg du libre choix de son défenseur. Admettre la totale liberté de choix reviendrait à lever les limites posées à l'exercice de la fonction de défenseur dans les affaires pénales (lesquelles limites sont admissibles au regard de la CEDH). Renoncer à de telles limites n'est pas le sens de la disposition de la CEDH invoquée ici. Le Tribunal fédéral juge que la CEDH ne s'oppose pas non plus à l'exclusion d'un avocat étranger parlant couramment une de nos langues officielles; l'intérêt de la justice et des considérations de politique économique justifient ces restrictions (cons. 4).

* S'agissant de l'art. 14 al. 3 lit. d Pacte II, le Tribunal fédéral corrige tout d'abord ce qu'avait admis l'Obergericht du canton d'Argovie, à savoir que ce texte ne valait pas

encore pour la Suisse (au 11 août 1993 !). Le Tribunal fédéral reconnaît sans sourciller l'applicabilité directe (*unmittelbar anwendbar, self-executing*) de la norme invoquée; le fait que la Suisse n'admette pas les requêtes individuelles devant les organes du Pacte n'y change rien. Le Pacte II a - comme les droits de même nature contenus dans la CEDH - un contenu constitutionnel et doit être examiné du point de vue procédural de la même manière que la CEDH. L'art. 14 al. 3 lit. d Pacte II est consciemment inspiré de la norme équivalente de la CEDH (art. 6 al. 3 lit. c) et doit être interprété de façon identique; la norme incluse dans le Pacte II n'a pas de portée propre qui irait au-delà de ce que garantit la CEDH (renvois à Nowak et Rouiller qui soutiennent la même opinion) (cons. 5).

Résultat:

Rejet du RDP (refuser d'autoriser un avocat étranger à intervenir comme défenseur dans une procédure pénale ne viole ni la Cst. féd., ni la CEDH, ni le Pacte II).

204. Arrêt G. et co. c. Grand Conseil GE

Tribunal fédéral, 1ère cour de droit public

Recours de droit public

29 décembre 1994

Plaidoyer 4/1995, p.64 (texte pas encore publié au recueil officiel, disponible au TF).

Faits:

Selon la Constitution genevoise, le cumul d'un mandat de député au Grand Conseil et d'une fonction dans l'enseignement public du Canton de Genève est prohibé. Trois fonctionnaires, élus au Grand Conseil le 17 octobre 1993 et n'ayant pas présenté leur démission de leur fonction d'enseignant, contestent la décision de la commission de vérification des pouvoirs du Grand Conseil qui les déclare d'office démissionnaires de leur mandat électoral et les remplace par d'autres députés.

Droits invoqués:

* Grief d'arbitraire, insuffisamment motivé donc irrecevable.

* Art. 14 CEDH: non-discrimination dans la jouissance des droits garantis par la CEDH.

* Art. 3 Premier Prot. Add. à la CEDH: organisation à intervalles raisonnables d'élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif (invoqué mais pas ratifié par la Suisse, donc irrecevable!).

* Art. 25 Pacte II: droit de prendre part aux affaires publiques - soit directement, soit par représentation - de voter, de se faire élire, d'accéder aux fonctions publiques, sans discriminations au sens de l'art. 2 Pacte II et sans restrictions déraisonnables.

Considérants:

* Recevabilité d'un recours de droit public dans le cadre de l'art. 85 lit. a OJ (violation du droit de vote), par rapport à l'art. 84 al. 1 lit. a OJ (cons. 2.b.).

* L'art. 14 CEDH ne confère aucun droit supplémentaire aux particuliers dont ils pourraient se prévaloir indépendamment de toute autre liberté fondamentale garantie par la CEDH (cons. 2.d.).

3. Les Pactes en Suisse

* Pouvoir d'examen du TF face à une constitution cantonale (cons. 3.a.). Les recourants n'attaquent pas seulement l'application de l'art. 73 de la Constitution genevoise, ils en contestent le contenu même. La question est dès lors de savoir si cet article est compatible avec l'art. 25 Pacte II (droit fédéral entré en vigueur postérieurement à la date de la garantie donnée par l'Assemblée fédérale à la Constitution genevoise, soit après le 11 juin 1959) (cons. 3.b.).

* La Suisse n'a pas adhéré au Protocole facultatif du Pacte sur les droits civils et politiques et ne reconnaît donc pas la compétence du Comité des droits de l'homme pour recevoir et examiner des communications émanant de particuliers relevant de sa juridiction. Néanmoins, les rapports dudit Comité peuvent servir à interpréter les dispositions du Pacte. Ce Comité n'a qualifié de restrictions déraisonnables aux droits politiques que les violations graves des droits garantis, tels la privation de liberté pour des motifs politiques, la déchéance des droits politiques ou le bannissement dans le but d'empêcher des députés régulièrement élus de siéger. La doctrine (Nowak) considère les limitations à l'éligibilité des fonctionnaires comme admissibles au sens de l'art. 25 Pacte II. L'art. 73 Cst. GE ne viole en l'espèce pas les garanties du Pacte II (cons. 3.c.).

Résultat:

Rejet du RDP (l'incompatibilité entre la fonction d'enseignant et un mandat de député au Grand Conseil genevois est admissible).

205. Arrêt Willi Rohner c. Kantons- et Regierungsrat A.R.

Tribunal fédéral, 1ère Cour de droit public

Recours de droit public

19 avril 1995

ATF 121 I 138

Faits:

Le législatif du canton d'Appenzell Rhodes extérieures a décidé après deuxième lecture de soumettre son projet de révision totale de la Constitution cantonale à l'approbation par la Landesgemeinde de 1995. Le recourant s'en plaint auprès du gouvernement cantonal, avant d'en appeler au Tribunal fédéral car il estime que l'imprécision et la publicité de la Landesgemeinde ne sont pas adaptées à une votation aussi importante que celle concernant une révision totale de la Constitution cantonale. Il souhaite un passage par le secret des urnes.

Droits invoqués:

* Recours de droit public fondé sur l'art. 85 lit. a OJ, pour violation des droits politiques fédéraux et spécialement la liberté de vote garantie par le droit fédéral.

* Art. 25 lit. b Pacte II: le droit de voter au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel et égal et au scrutin secret, assurant la libre expression de la volonté des électeurs.

*Considéran*ts:

* Les art. 40 ss. de la Constitution appenzelloise instituent la Landesgemeinde, notamment lors de révisions de la Constitution cantonale. La publicité du vote (opposé du secret des urnes) ne viole donc pas le droit cantonal. Le recourant juge cependant qu'une telle procédure viole les droits politiques qui découlent de la Constitution fédérale et de la jurisprudence tirée de l'art. 85 lit. a OJ (cons. 2).

* Le Tribunal fédéral rappelle le contenu des droits politiques lors de votations ou d'élections, notamment le droit à ce que les rôles électoraux soient bien tenus, que les questions soient clairement formulées, que les informations émanant des autorités soient exactes et que les votations et élections se déroulent de façon régulière et sans fraude. Il survole l'histoire de la conception des droits politiques. Deux arrêts incitant à la plus grande précision possible dans le décompte des voix lors de Landesgemeinde sont cités (cons. 3).

* Les juges - appuyés par la doctrine - résument les avantages et les inconvénients de la Landesgemeinde, spécialement du point de vue de son adéquation lors d'une révision partielle ou totale de la Constitution cantonale. Dans son recours, Willi Rohner se plaint du faible taux de participation à la Landesgemeinde, de l'imprécision des résultats et de la possibilité laissée pratiquement à des tiers de voter. Pour ces raisons, il convient de soustraire le vote sur la révision (totale) de la Constitution cantonale à une telle procédure (cons. 4).

* Le recourant met en fait en cause l'institution même de la Landesgemeinde pour une telle votation, si bien que les juges fédéraux doivent pour la première fois se prononcer juridiquement et abstraitement sur cette forme de votation. La Landesgemeinde étant prévue dans la Constitution cantonale, le travail des juges revient à contrôler la constitutionnalité d'un texte normalement soustrait à leur appréciation. Ils rappellent à ce propos qu'il leur est loisible de revoir un texte approuvé par l'Assemblée fédérale à un moment où les droits et critères avancés par les recourants n'avaient pas encore cours. En l'espèce, la doctrine sur les droits politiques a principalement été développée après 1908, date de l'approbation de la Constitution AR (cons. 5.a. et 5.c.).

* Le TF rappelle que l'art. 6 Cst. féd. laisse une grande latitude aux cantons pour décider de leur organisation politique et de la participation démocratique. De plus, la Constitution révisée du canton de Glaris - qui maintient la Landesgemeinde de façon comparable à Appenzell A.Rh. - a été approuvée par l'Assemblée fédérale en 1989. Cette caution oblige le TF à une certaine retenue et l'empêche de purement et simplement remettre en cause la Landesgemeinde. Il n'y a d'ailleurs ici pas de motifs suffisants pour écarter la procédure de la Landesgemeinde lors de la votation sur la révision de la Constitution cantonale. Cette position est dans la droite ligne de la jurisprudence du TF qui a dit en 1990 que la décision sur l'abolition même de la Landesgemeinde n'avait pas besoin de se prendre par bulletin secret mais pouvait suivre la voie ordinaire de la Landesgemeinde. Les inconvénients de la Landesgemeinde sont bien réels, mais ils ne faussent pas l'expression de la volonté populaire au point de violer les garanties de l'art. 85 lit. a OJ, même dans le cadre d'une votation sur une question de l'importance de la révision totale de la Constitution cantonale. Il est difficile de condamner tout le système abstraitement, dès lors que les avantages et inconvénients inhérents se neutralisent et qu'il est impossible de dire quel facteur fait pencher la décision (cons. 5.b. et 5.d.).

* S'agissant de l'art. 25 lit. b Pacte II, le TF y fait référence sans que celui-ci n'ait été invoqué par le recourant. Les juges rappellent à cet égard que l'Assemblée fédérale a assorti la ratification du Pacte II d'une réserve s'appliquant justement au secret des urnes.

3. Les Pactes en Suisse

Il peut être renoncé à celui-ci lorsque les dispositions cantonales et communales le prévoient. Cette réserve vise justement à permettre le maintien de l'institution de la Landesgemeinde (cons. 5.b.). C'est du reste à juste titre que le recourant n'avait pas soulevé l'art. 25 lit. b Pacte II, dans la mesure où celui-ci concerne clairement les élections et non les votations (cons. 5.c.c.).

Résultat:

* Rejet du RDP (la révision totale de la Constitution A.R. peut être approuvée par la Landesgemeinde, il peut être renoncé au secret des urnes).

206. Arrêt René Noth c. Anne Colliard Arnaud et Chambre d'accusation du Tribunal cantonal FR

Tribunal fédéral, 1ère Cour de droit public

Recours de droit public

3 mai 1995

ATF 121 I 196

Faits:

Suite à un accident de la route, une poursuite pénale est intentée - en français - contre René Noth pour violation de la LCR et lésions corporelles par négligence. René Noth demande à ce que les autorités continuent la procédure en allemand, qui est sa langue maternelle. La plaignante Anne Colliard Arnaud - francophone - s'y oppose. La Chambre d'accusation refuse ce changement de la langue d'instruction, au motif que le français est la langue officielle dans le district de la Sarine (Saanen) et que l'autre partie s'exprime en français. René Noth interjette un RDP contre ce refus.

Droits invoqués:

* Les art. fédéral (116 Cst. féd.) et cantonal (21 Cst. FR) sur les langues.

* Liberté de la langue.

* Principe de territorialité.

* Les garanties minimales du procès pénal contenues dans la Cst. féd. (art. 4), la CEDH (art. 6 al. 3 lit. a et e) et le Pacte II (art. 14 al. 1 et 3 lit. a et f).

Considérends:

* Le TF expose longuement le contenu de l'art. 116 Cst. féd., du point de vue de la liberté de la langue et du principe de territorialité. La liberté de la langue (qui protège l'individu dans l'usage de sa langue maternelle ainsi que les minorités) et le principe de territorialité (qui, sous réserve de l'oppression d'une langue, permet de prendre des mesures visant à l'homogénéité linguistique d'une région) sont dans un rapport de tension. La combinaison de cette liberté et de ce principe garantit la paix linguistique (cons. 2.a. et 2.b.).

* Le principe de territorialité ne fixe pas toute la politique linguistique, les cantons conservent une grande latitude. Du fait de la proximité, c'est d'abord aux cantons qu'il revient de concrétiser la liberté de la langue et de définir les zones de chacune des langues officielles. C'est du reste ce que fait l'art. 21 de la Constitution FR lorsqu'il désigne l'allemand et le français comme les deux langues officielles dans le canton et établit leur répartition selon le principe de territorialité. Cet article de la Constitution FR doit être pris

en compte par le TF non pas parce qu'il étend la liberté de la langue au-delà de ce qu'accorde le droit fédéral, mais parce que les deux alinéas de son art. 21 établissent un lien intéressant entre le principe de territorialité et la nécessité de favoriser les échanges entre les communautés linguistiques (cons. 2.c. et 2.d.).

* Les juges examinent les dispositions relatives aux langues officielles dans les différents codes de procédure fribourgeois. En matière pénale (seule à nous intéresser ici), le code de procédure a été précisé par la Chambre d'accusation du Tribunal cantonal dans des lignes directrices à suivre lors de toute instruction. Il en ressort que la langue d'instruction puis de procès est déterminée par celle qui est en vigueur dans le district en cause (cons. 3). Le recourant ne conteste pas la répartition même des langues dans la procédure pénale, mais son application dans le cas concret et ce tant face au droit cantonal que fédéral. Il s'estime lésé dans sa liberté de la langue par la poursuite de la procédure en français, langue qu'il ne comprend pas (cons. 5).

* Lorsque le prévenu est seul face à l'Etat, il se justifie de plus tenir compte de sa langue maternelle. Quand il y a plusieurs parties, il convient aussi de tenir compte des victimes car il ne va pas de soi que la procédure se fasse dans la langue du prévenu, ni du reste dans celle de la majorité de parties en présence. Certes, dans un procès pénal, le prévenu jouit de certaines garanties minimales (art. 4 Cst. féd., 6 al. 3 lit. a et e CEDH et 14 al. 1 et 3 lit. a et f Pacte II) et ce indépendamment de la liberté de la langue. Afin de garantir la défense effective du prévenu il faut notamment que celui-ci puisse recevoir les informations dans une langue qu'il comprend et s'exprimer de la même façon, le cas échéant avec l'aide d'un interprète. Les circonstances du cas concret vont déterminer jusqu'à quel point les moyens complémentaires sont nécessaires à une bonne compréhension entre les diverses parties (cons. 5.a.). Il est à remarquer que les juges fédéraux appliquent sans autre le Pacte II au même niveau et dans la même perspective que les art. 4 Cst. féd. et 6 al. 3 CEDH. Les développements sur les notions que ces articles contiennent se font conjointement pour les trois textes, laissant ainsi entendre leur identité de contenu.

* Tous les principes ici décrits ne donnent pas une solution immédiate pour le cas présent. Une chose est sûre: le fait de mener une instruction en français avec un prévenu germanophone ne viole pas en soi la liberté de langue (cons. 5.b.). Dans le cas d'espèce, les juges concèdent que le refus de la Chambre d'accusation de mener l'instruction en allemand est peu tolérant. En effet, la victime, quoique francophone, est tout à fait à même de suivre la procédure en allemand (cons. 5.c.). Néanmoins, il y a ici clairement deux intérêts contradictoires qu'il est bien difficile de pondérer. Ainsi, il convient de laisser la liberté au canton de Fribourg de régler sa procédure pénale par le principe de territorialité, dans la mesure où, comme en l'espèce, les restrictions à la liberté de la langue des prévenus sont proportionnées et constitutionnelles (cons. 5.d.).

Résultat:

* Rejet du RDP (mener une instruction pénale fribourgeoise en français contre un germanophone ne viole pas la liberté de la langue).

207. Arrêt T. c. Caisse cantonale de compensation et Tribunal administratif NE

Tribunal fédéral des assurances, 1ère chambre.

3. Les Pactes en Suisse

Recours de droit administratif.

20 juillet 1995

ATF 121 V 246

Faits:

Un requérant d'asile, au bénéfice d'un permis B humanitaire qui a été renouvelé d'année en année, demande une rente AI. Cette rente lui est refusée, car au moment de la survenance de l'invalidité alléguée, le requérant ne comptait pas au moins 10 ans de cotisations ou 15 ans de domiciliation ininterrompue en Suisse.

Droits invoqués:

* Art. 4 al. 1 Cst. féd.: droit à l'égalité

* Art. 9 Pacte I: droit à la sécurité sociale et aux assurances sociales.

* Art. 2 al. 2 Pacte I: non-discrimination dans la garantie des droits du Pacte.

Considérends:

* Pas de possibilité de contester la validité de l'art. 6 al. 2 LAI car le juge n'a pas le pouvoir de contrôler la constitutionnalité d'une loi fédérale (art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst.féd.). Le recourant avait cité Duc/Greber et Mahon qui admettent que l'art. 6 al. 2 LAI viole ce principe d'égalité; le TF ne tranche pas.

* Le recourant invoque deux dispositions du Pacte I en relation l'une avec l'autre: l'interdiction de toute discrimination dans l'exercice des droits énoncés et le droit pour toute personne à la sécurité sociale et aux assurances sociales (art. 2 al. 2 et 9 Pacte I). Malgré l'immunité de la LAI qui empêche d'en revoir la constitutionnalité, le TFA peut en revoir la conventionnalité et profite de cet arrêt pour préciser sa position face au Pacte I.

* Enoncé des exigences de l'art. 2 al. 1 Pacte I pour la réalisation des droits contenus dans le catalogue des art. 6 à 15 Pacte I (mise en œuvre progressive, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, au maximum de ses ressources et par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives) (cons. 2.a.).

* Le Tribunal fédéral des assurances rappelle tout d'abord que seule peut être invoquée par des particuliers devant les tribunaux la violation de dispositions directement applicables (self-executing) contenues dans les traités internationaux. Pour voir si une norme est directement applicable, il faut la qualifier par voie d'interprétation, les deux types de normes pouvant coexister dans un même texte international. Le TFA reprend la formule déjà adoptée par le TF pour distinguer les deux types de normes: « Selon la jurisprudence, une norme est directement applicable si elle est suffisamment déterminée et claire par son contenu pour constituer le fondement d'une décision concrète. Les dispositions directement applicables doivent être distinguées avant tout des dispositions qui énoncent un programme, à savoir celles qui se bornent à esquisser la réglementation d'une matière ou qui laissent à l'Etat contractant une liberté d'appréciation ou de décision considérables ou encore qui ne comportent que des idées directrices, de sorte qu'elles s'adressent non pas aux autorités administratives ou judiciaires, mais bien au législateur national » (cons. 2.b.).

* Le TFA reconnaît de façon générale l'applicabilité directe aux normes du Pacte II, mais ne voit dans celles du Pacte I que des idées directrices, des objectifs à atteindre dans les divers domaines considérés, laissant d'ailleurs la plus grande latitude quant aux moyens à

mettre en oeuvre pour réaliser ces objectifs. Mis à part peut-être quelques exceptions (dont l'art. 8 al. 1 lit. a Pacte I, liberté syndicale) - formule qui autorise quelques espoirs dans une évolution future - les normes du Pacte I n'ont pas le caractère de normes directement applicables, ce que jurisprudence (ATF 120 Ia 1, cf. § 201) et doctrine (Nowak, Malinverni, Buergenthal/Kiss) confirment (cons. 2.c.). A l'appui de sa thèse, le TFA souligne la différence fondamentale de nature qui existe entre les normes du Pacte I et celles du Pacte II, différence perceptible également dans les mécanismes de contrôle divergents et la mise en oeuvre des droits reconnus (sans délai pour le Pacte II et progressivement pour le Pacte I) (cons. 2.d.).

* En l'espèce, le TFA nie l'applicabilité directe de l'art. 9 Pacte I qui n'a qu'une portée très générale et ne saurait fonder concrètement le droit à une prestation d'assurance donnée. L'art. 2 al. 2 Pacte I n'a, lui, pas de portée autonome et ne formule des garanties qu'en liaison avec des obligations programmatiques que les Etats s'engagent à réaliser progressivement (contrairement au droit indépendant à l'égalité et à une égale protection de la loi contenue à l'art. 26 Pacte II) (cons. 2.e.).

Résultat:

Rejet du RDA (il n'y a pas même lieu de vérifier si la LAI viole la Cst. féd. - contrôle de constitutionnalité fermé - ou le Pacte I - contrôle de conventionnalité irrecevable car norme non directement applicable - lorsqu'elle refuse une rente AI à un étranger qui n'a pas 10 ans de cotisation ou 15 ans de domiciliation).

208. Arrêt *Fremdenpolizei des Kantons ZH c. F.M.*

Tribunal de district, Zürich

Recours contre une décision de la police des étrangers du canton de ZH

29 août 1995

AJP/PJA 10/95, p.1347

Faits:

Suite à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions sur les mesures de contrainte à l'égard des étrangers, il a été ouvert à Zurich une prison provisoire de la police qui est - aux dires des autorités elles-mêmes - parfois surpeuplée. Le recourant, qui fait l'objet d'une procédure de renvoi, se plaint des conditions de sa détention.

Droits invoqués:

* Examen des conditions auxquelles les mesures de contrainte peuvent être utilisées à l'égard des étrangers: règles du standard minimal à observer pour le traitement de personnes privées de leur liberté.

* Conditions de mise en oeuvre de ces mesures (lieu de détention, régime pénitentiaire, activités,...)

* Art. 3 CEDH: interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

* Art. 7 Pacte II: interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

* Art. 10 al. 1 Pacte II: toute personne privée de sa liberté est traitée avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine.

Considérants:

* L'objet de la décision judiciaire est de vérifier la conformité des conditions de détention avec le droit constitutionnel et le droit international (cons. 1, 2.a. et 2.b.).

* Le Tribunal de district relève la similitude de rédaction entre les art. 3 CEDH et 7 Pacte II et leur reconnaît le caractère de normes directement applicables; elles sont donc une partie intégrante de l'ordre juridique dont il faut tenir compte dans le cadre d'une interprétation des mesures de contrainte qui soit conforme au droit constitutionnel et au droit international. Ces deux règles ne vont pas plus loin que le droit constitutionnel non écrit à la liberté personnelle; de plus, ces trois sources juridiques demeurent très relatives et demandent à être concrétisées. En outre, l'art. 10 al. 1 Pacte II oblige à traiter toute personne privée de sa liberté avec humanité et avec le respect de la dignité inhérente à la personne humaine, obligation qui s'impose sans doute possible dans le cadre de mesures de police des étrangers (cons. 2.c.).

* En raison de leur rédaction similaire, le Tribunal choisit d'interpréter les art. 3 CEDH et 7 Pacte II ensemble. Enoncé de la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme relative à l'art. 3 CEDH, notamment quant à la notion de traitement inhumain (cons. 2.c. et 2.c.aa.).

* Le Tribunal va se pencher également sur les actes de l'ONU (notamment les résolutions de l'Assemblée générale) qui ont été adoptés au cours des années pour concrétiser les notions floues contenues dans les textes internationaux en cause. Emergence, à travers les actes de l'ONU (par ex. : résolutions), d'un standard minimum auquel tous les Etats (même non membres de l'ONU, ce qui présage l'existence de *ius cogens*) doivent se conformer. De plus, la CEDH renvoie clairement - dans son préambule - aux textes de l'ONU, spécialement à la DUDH dont la CEDH se veut un instrument de mise en oeuvre. Cette connexion suffit au juge pour s'appuyer sur ces actes de l'ONU lors de l'interprétation des textes invoqués, quand bien même la Suisse en sa qualité de non membre de l'ONU ne paraîtrait de prime abord pas liée par ces actes complétant le traité international auquel elle est partie (cons. 2.c.bb.).

* Enoncé des conditions requises dans les résolutions des Nations Unies pour le respect de l'interdiction de la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, conditions que la prison ici en cause ne remplit pas. Dans cette perspective, seule une détention de courte durée est envisageable et si les conditions ne peuvent être améliorées, la libération du détenu s'impose (cons. 2.c.cc.).

* En résumé, la prison et la détention ne répondent dans le cas présent ni aux exigences de l'ordre interne, ni à celles de l'ordre international et de son standard minimum (cons. 2.c.dd et 2.d.).

* Intéressant: prise en considération de sources internationales secondaires (par ex. : résolutions et recommandations de l'ONU) pour interpréter les normes du Pacte et de la CEDH. Examen déjà méthodique des règles minima pour le traitement des détenus de l'ECOSOC aux ATF 97 I 45, 54 et 97 I 839, 844; règles minima reprises dans les directives CEDH de 1973 qui ont notamment trouvé application dans les ATF 111 Ia 341, 344 et 118 Ia 64, 69.

Résultat:

Le tribunal de district juge que les conditions de détention de la PROPOG sont inconstitutionnelles. Il faut donc limiter au maximum la durée de la détention dans de telles conditions.

209. Arrêt B. c. Caisse de compensation AVS commerce de gros et commerce de transit et Tribunal des assurances VD

TFA, 1ère Chambre

Recours de droit administratif

20 novembre 1995

ATF 121 V 229

Faits:

Le jour de ses 62 ans, B. présente une demande en vue d'obtenir une rente vieillesse, au motif que l'AVS est ouverte aux femmes dès cet âge. En dépit du principe d'égalité, la Caisse de compensation AVS la lui refuse, la loi plaçant clairement à 65 ans l'âge d'ouverture du droit à la rente pour les hommes. Les juges cantonaux refusent de revoir la constitutionnalité de la LAVS (art. 113 al. 3 Cst. féd.) et ne considèrent pas que la CEDH permette d'aller plus loin. B. agit en recours de droit administratif devant le TFA pour que celui-ci accorde les rentes AVS à 62 ans aux hommes comme aux femmes.

Droits invoqués:

- * Art. 4 Cst. féd. (principe d'égalité).
- * Art. 14 CEDH (interdiction de toute discrimination).
- * Art. 3 Pacte I (droit égal de l'homme et de la femme au bénéfice des droits énumérés dans ce Pacte I), 2 al. 2 Pacte I (interdiction de toute discrimination), en liaison avec l'art. 9 Pacte I (droit de toute personne à la sécurité sociale, y compris aux assurances sociales).
- * Art. 26 Pacte II (garantie autonome du droit à l'égalité).

Considérends:

- * Le recourant ne remplit - de manière évidente - pas les conditions pour recevoir une rente AVS. En raison de l'art. 113 al. 3 Cst. féd., ni l'autorité cantonale, ni le TFA ne vont examiner la constitutionnalité de cette disposition de la LAVS face à l'art. 4 Cst. féd. Néanmoins, les juges vont voir si d'autres sources (internationales comme la CEDH et les Pactes) imposent à la Suisse d'octroyer la rente conformément au principe d'égalité (cons. 2).
- * L'invocation de l'art. 14 CEDH et de l'interdiction de toute discrimination qu'il contient est également vaine. En effet, cette disposition ne consacre pas un droit de portée générale et autonome à l'égalité de traitement; elle ne peut être invoquée que lorsqu'une discrimination touche à la jouissance des autres libertés reconnues dans la CEDH. Or, il n'y a dans la CEDH aucun droit à des prestations sociales de l'Etat (cons. 2).
- * Le recourant invoque l'art. 3 Pacte I qui garantit le droit égal de l'homme et de la femme à bénéficier des droits inclus dans le Pacte I. Le TF rappelle que ces droits du Pacte I sont destinés à être mis en oeuvre progressivement, au maximum des ressources et par tous les moyens appropriés, y compris par des mesures législatives (art. 2 al. 1 Pacte I). L'art. 9 Pacte I consacrant le droit à la sécurité sociale et spécialement à des assurances sociales suit le même sort. Cet art. 9 se borne (comme les autres droits du Pacte I, à l'exception de son art. 8 al. 1 lit. a sur les syndicats) à prescrire aux Etats, sous la forme de lignes directrices, un objectif à atteindre. Les moyens à mettre en oeuvre pour ce faire peuvent être très variés et sont à la discrétion de l'Etat. En ce sens, les individus ne sauraient s'en prévaloir sans cet intermédiaire de mise en oeuvre et le droit à la sécurité sociale de l'art. 9 Pacte I n'est pas directement applicable (cons. 3.a.).

* S'agissant de l'art. 2 al. 2 Pacte I sur l'interdiction de toute discrimination, le TF lui dénie une portée autonome. Cet article ne peut être invoqué qu'en liaison avec une des normes programmatiques contenues dans le Pacte I. Ces normes programmatiques - dont l'art. 9 Pacte I - n'étant pas d'application directe, l'art. 2 al. 2 Pacte I ne peut pas être invoqué par des particuliers. Le TF ne fait ici que confirmer sa jurisprudence (121 V 246 ; § 207) et l'étendre à l'égalité entre les sexes contenue à l'art. 3 Pacte I (cons. 3.a.).

* L'art. 3 Pacte II (qui n'est pas ici invoqué par le recourant, mais que le TF profite d'éclaircir au passage) pose la même égalité entre les sexes. Cette égalité n'a toutefois de portée que dans la perspective des autres droits du Pacte II, dont elle suit le sort. En d'autres termes, elle ne peut être invoquée par le particulier qu'en relation avec un droit directement applicable du Pacte II; si le droit du Pacte II ne jouit pas de l'applicabilité directe, l'art. 3 Pacte II ne pourra pas être invoqué par le particulier. L'art. 26 Pacte II sur le droit à l'égalité est, au contraire, une garantie autonome. Il a une portée indépendante et son application n'est pas limitée aux droits du Pacte II. Il peut donc être invoqué par le particulier sans être forcément lié à un de ces droits. Sur la base de l'art. 26 Pacte II, il est ainsi possible de dénoncer une violation de l'égalité dans les assurances sociales, non pas du point de vue de la mise en oeuvre progressive de l'art. 9 Pacte I, mais du point de vue de l'égalité entre les sexes dans les lois de sécurité sociale déjà existantes. Une telle solution aurait pu s'offrir à B. si la Suisse, par sa réserve à l'art. 26 Pacte II, n'avait pas justement exclu la portée autonome de l'égalité de toutes les personnes devant la loi (cons. 3.b.).

Résultat:

Le RDA est rejeté (il n'y a pas lieu d'octroyer une rente vieillesse à un homme de 62 ans, quand bien même les femmes y ont droit dès 62 (64) ans).

210. Arrêt L., dame M. et Me D. c. X. et Chambre supérieure du Tribunal des mineurs du canton de Vaud

Tribunal fédéral, 1ère Cour de droit public

Recours de droit public

10 avril 1996

ATF 122 I 109

Faits:

Dans le cadre d'une poursuite pénale dans le canton de Vaud, le prévenu choisit pour défenseur un avocat établi à Neuchâtel. Les autorités vaudoises refusent de lui faire parvenir le dossier, dans la mesure où un tel envoi n'est pas un droit mais une facilité accordée aux seuls avocats établis dans le canton de Vaud. L'avocat neuchâtelois peut néanmoins venir consulter le dossier à Yverdon. L'avocat neuchâtelois et le prévenu contestent le refus d'envoyer le dossier.

Droits invoqués:

- * Libre circulation des personnes exerçant une profession libérale (art. 31 Cst. féd. et 5 Disp. trans. Cst. féd.).
- * Garanties de procédure (art. 6 al. 3 lit. b, 14 CEDH et 14 Pacte II).
- * Principe d'égalité (art. 4 Cst. féd.).

*Considéran*ts:

- * Le droit d'être entendu est garanti par le droit cantonal et par le minimum fédéral de l'art. 4 Cst. féd. Il comprend notamment la possibilité de prendre connaissance des pièces du dossier (consulter les pièces au siège de l'autorité, prendre des notes, photocopier). Souvent, les facilités sont plus étendues que ce minimum et comprennent celle de se faire envoyer les pièces, spécialement lorsqu'il s'agit d'un avocat. Le TF renonce ici à trancher la question de savoir si l'envoi des pièces du dossier entre dans le minimum de l'art. 4 Cst. féd., et ce dans la mesure où l'envoi - discriminatoire - de ces pièces aux avocats vaudois seuls et à l'exclusion des avocats établis dans d'autres cantons (dont Neuchâtel) permet déjà d'admettre le RDP sur la base du principe d'égalité (cons. 2).
- * Le TF rappelle la jurisprudence de Strasbourg relative à l'art. 6 al. 3 lit. b CEDH - considéré « sur ce point identique à l'art. 14 al. 3 lit. b du Pacte II » - et aux « facilités nécessaires à la préparation de la défense ». Sous ce point, nous n'apprenons rien sur l'envoi du dossier au défenseur (cons. 3.a.).
- * La Commission européenne des droits de l'homme a admis que le fait de demander, dans une affaire vadoise, à l'avocat tessinois de consulter le dossier auprès du Département de l'Intérieur du canton du Tessin ne violait pas l'art. 6 al. 1 CEDH (cons. 3.b.).
- * Ici cependant, les autorités vadoises n'ont même pas offert la possibilité à l'avocat neuchâtelois de consulter le dossier auprès d'une autorité du canton de Neuchâtel. Il n'est pas non plus établi que si un avocat vadois avait été mandaté, il aurait dû consulter le dossier auprès d'une autorité vadoise. En ce sens, le fait d'envoyer le dossier à l'avocat établi dans le canton de Vaud et pas à celui établi dans celui de Neuchâtel est discriminatoire. Il y a violation des art. 4 Cst. féd., 6 al. 3 lit. b CEDH en liaison avec art. 14 CEDH, 14 al. 1 Pacte II et 14 al. 3 lit. b en liaison avec art. 2 al. 1 et 26 Pacte II. Les juges soulignent que, dans leur domaine propre, et en dépit de quelques nuances rédactionnelles, ces diverses garanties de procédure ont une portée équivalente (cons. 3.c.).
- * Diverses raisons justifient de traiter différemment les avocats cantonaux et les autres, dont l'intégrité du dossier, les coûts et la surveillance nécessaire du Barreau. En l'occurrence, le refus d'envoyer le dossier hors du canton est une mesure inadéquate et disproportionnée pour atteindre le but prétendument visé. Et ce d'autant plus au regard du Concordat de 1992 sur l'entraide judiciaire et la coopération intercantonale en matière pénale et de l'art. 60 Cst. féd. qui interdit les discriminations entre justiciables pour tout ce qui concerne les voies juridiques (cons. 3.d. et 3.e.).
- * Le fait de forcer un avocat à se déplacer pour consulter un dossier est discriminatoire si un tel déplacement est épargné à une autre catégorie d'avocats par l'envoi du dossier à leur étude. En ce sens, le TF admet aussi une violation des art. 5 disp. trans. Cst. féd. (qui garantit l'égalité avec les avocats du canton d'accueil) et 31 Cst. féd. (qui interdit de défavoriser économiquement par des règles sur le domicile). La nouvelle loi sur le marché intérieur (LMI du 6.10.1995, entrée en vigueur le 1.7.1996) combat également ce type de discrimination (art. 3 LMI) (cons. 4).

Résultat:

Le RDP est admis (annulation du refus des autorités vadoises d'envoyer le dossier à l'avocat neuchâtelois).

211. Arrêt E.M. c. Administration fiscale SG et Tribunal administratif SG

Tribunal fédéral, 2ème Cour de droit public

Recours de droit public

24 mai 1996

ATF 122 I 101

Faits:

Une patiente épileptique au bénéfice d'une rente AI demande une exonération d'impôt dans la mesure où un prélèvement sur sa rente viole son droit au minimum vital. Selon les instances cantonales, le droit fondamental non écrit au minimum vital donne certes le droit à une exonération d'impôt, mais la limite de revenu annuel est de 7'900.- SFR et non pas l'équivalent des rentes complémentaires AVS/AI comme le prétend la recourante.

Droits invoqués:

* Droit fondamental non écrit au minimum vital.

* Art. 4 et 48 Cst. féd.

* Art. 11 al. 1 Pacte I: niveau de vie suffisant.

Considérends:

* D'emblée, le TF rappelle et confirme sa jurisprudence relative au Pacte I. Celui-ci contient des normes programmatiques, s'adressant au législateur et ne donnant aucun droit subjectif et justiciable au particulier. Laconiquement et sans même examiner ou énoncer l'article ici invoqué, les juges affirment qu'il n'existe en l'occurrence aucun motif pour s'écarter de cette position (cons. 2.a.).

* Sur la base de l'art. 4 Cst. féd. et particulièrement du principe de l'impôt selon la capacité contributive qui en est tiré, le Tribunal administratif SG a admis l'exonération fiscale du minimum vital (cons. 2.b.). Le BVerfG allemand a adopté la même position en fixant au niveau du minimum vital (droit fondamental en Allemagne aussi) la limite inférieure de l'impôt. Au surplus, il existe d'autres domaines où l'Etat se trouve limité par le minimum vital (LP, droit de la famille). Finalement - et c'est la raison pour laquelle il est parfois permis de déroger à un autre principe issu de l'art. 4 Cst. féd., soit celui de la généralité fût-elle symbolique de l'impôt - le droit au minimum vital contraint l'Etat à des prestations positives, prestations qu'il serait ensuite illogique de ne pas protéger de l'emprise de ce même Etat (cons. 2.b.).

* Le TF se montre moins large dans son interprétation de l'art. 4 Cst. féd. En effet, on ne saurait en tirer le droit à l'exonération d'un certain montant. Cependant, les cantons conservent une grande autonomie pour concrétiser les impôts, en tenant compte de leurs propres critères politiques, financiers et sociaux (cons. 3.a.).

* Du point de vue constitutionnel, on peut seulement exiger de ne pas être affecté dans son minimum vital par le fait de devoir payer quelque chose à l'Etat. C'est à la loi de concrétiser cette protection. Celle-ci se fait notamment par la LP qui protège le minimum vital si l'on met le contribuable aux poursuites pour réaliser l'impôt. Il y a ainsi un certain montant qui échappe d'office au fisc. Dans cette perspective, la solution saint-galloise est conforme à la Constitution et ce même si d'autres systèmes sont possibles (cons. 3.b.).

* Le TF n'a pas quantifié le droit à un minimum vital; celui-ci doit correspondre à un montant qui permet de vivre une vie digne et prévient la mendicité. Comme l'admet la recourante, il se peut très bien que le montant du minimum vital se situe au-dessous de

celui des rentes complémentaires AVS/AI (exonérées de par le droit fédéral, art. 7 al. 4 lit. k LHID) dont elle demande l'exonération. Les juges se basent sur les chiffres établis par les offices de poursuite et l'assistance publique, lesquels sont même un peu supérieurs au minimum vital strict. Dans le cas d'espèce, les ressources de la recourante, même après déduction du modeste impôt, restent supérieurs au minimum vital (cons. 4).

* S'agissant du principe d'égalité que la recourante invoque aussi, les juges l'écartent dans la mesure où à trop chercher l'égalité entre certaines catégories de contribuables, on favorise l'inégalité entre d'autres catégories. Le plus convaincant des arguments du TF est qu'à vouloir exonérer toute rente AVS/AI à concurrence du montant des rentes complémentaires et ce indépendamment de la part - ordinaire ou extraordinaire - de ces rentes, on crée une inégalité insupportable avec ceux qui gagnent le même montant que les rentes complémentaires mais par leur travail (cons. 5).

Résultat:

Rejet du RDP (pas de droit à une exonération fiscale étendue du minimum vital, qui correspondrait au montant des prestations complémentaires AVS/AI).

212. Arrêt Adir Cumali et Co c. Conseil d'Etat ZH

Tribunal fédéral, 2ème Cour de droit public

Recours de droit public

12 juillet 1996

ATF 122 I 222

Faits:

Suite à l'adoption de la loi fédérale sur les mesures de contrainte à l'égard des étrangers, il est devenu possible d'emprisonner un étranger dans l'attente d'une décision sur son renvoi durant 3 mois. Ce délai passe à 9 mois si la première instance pour le renvoi a déjà été ouverte. Dans le même temps, le gouvernement zurichois a modifié son ordonnance sur les prisons de la police (Polizeigefängnisse). Les recourants en contestent certaines modalités relatives à l'internement, notamment les conditions de la promenade, des visites, de la correspondance et de l'occupation des prisonniers en détention administrative ou en instance de renvoi.

Droits invoqués:

- * Liberté personnelle.
- * Liberté d'expression (art. 10 CEDH).
- * Art. 8 CEDH.
- * Art. 10 al. 1 Pacte II: conditions de détention respectant la dignité humaine.

Considérents:

* Les conditions de la détention administrative, fixées dans la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers (art. 13d LSEE), ont été désignées comme conditions minimales du droit fédéral (bundesrechtlichen Minimalanforderungen). Elles ont été concrétisées par le Message relatif à la loi sur les mesures de contrainte, par les délibérations parlementaires, par la jurisprudence de même que par les standards minimaux européens et internationaux pour le traitement des prisonniers (cons. 2.a.).

3. Les Pactes en Suisse

* S'agissant de ces standards minimaux, les juges fédéraux en rappellent ici les sources européennes et internationales et leur contenu exact. A côté des textes du Conseil de l'Europe, l'art. 10 al. 1 Pacte II (conditions de détention respectant la dignité humaine) et surtout le texte onusien de l'ECOSOC (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners, 31.7.1957 et 13.5.1977) servent de référence pour définir la détention conforme à la dignité humaine. Malgré le caractère non obligatoire de ces textes internationaux d'interprétation (le Pacte II mis à part), la plupart des Etats s'engagent à ne pas restreindre les libertés (et en particulier la liberté personnelle) des prisonniers au-delà de ce qu'exige le but de la détention et le bon fonctionnement de l'établissement pénitentiaire (cons. 2.a.aa.).

* Dans son Message relatif aux mesures de contrainte, le Conseil fédéral expose les modalités de la détention administrative, en précisant qu'une telle détention doit rester proportionnée et ne pas aller au-delà d'un but nécessaire. Il souligne notamment que la séparation entre les détenus administratifs et pénaux doit être visible pour montrer sans ambiguïté que le motif de la détention est différent. Dans la mesure où les détenus administratifs n'ont pas besoin d'être isolés, le but n'étant que de les garder avant leur renvoi, le régime personnel qui leur est appliqué doit être moins strict que celui des détenus soupçonnés pénalement (collusion, évasion). En ce sens, il faut prévoir des modalités de détention différentes (cons. 2.a.bb.).

* Le contrôle de constitutionnalité des dispositions cantonales doit ici être effectué dans la mesure où, même si la détention administrative devait être courte (ce qu'elle n'est en pratique souvent pas), elle est trop longue pour autoriser une restriction illimitée aux libertés du détenu (cons. 3).

* Par référence aux minima internationaux du Conseil de l'Europe et de l'ONU, le TF estime que les 30 minutes de promenade quotidienne prévues sont insuffisantes et que le but est d'en accorder 60. En ce sens, l'ordonnance zurichoise est inconstitutionnelle (cons. 4). Est aussi inconstitutionnelle et contraire à la liberté personnelle la surveillance systématique des visites, cette surveillance ne devant s'exercer que si des impératifs de sécurité l'obligent (cons. 5).

* Dans la mesure où la norme cantonale ne fixe pas strictement l'acuité du contrôle de la correspondance avec l'avocat, il est possible de l'interpréter en conformité avec la Constitution et la CEDH (liberté personnelle, art. 8 et 10 CEDH). Par contre, tant l'interdiction de correspondre avec d'autres (ex-)détenus que les restrictions d'accès aux livres et à la presse sont admissibles pour des détentions pénales mais pas administratives (cons. 6).

* L'interdiction faite aux étrangers de travailler viole l'art. 2 Disp. trans. Cst. féd. car la loi fédérale l'autorise. Si la détention est de courte durée, mettre en place un tel travail peut être si difficile qu'on peut alors y renoncer; dès que la détention se prolonge, il faut cependant le prévoir (cons. 7).

* Le détenu administratif ne risque pas de sanctions disciplinaires pour avoir eu des contacts avec d'autres détenus car il ne remplira souvent pas les conditions pour de telles sanctions. Dans cette mesure, l'interprétation de l'ordonnance peut se faire conformément à la Constitution, et ce d'autant plus que le contrôle concret reste possible subséquemment (cons. 8).

Résultat:

Le RDP est admis dans la mesure où il était recevable (notamment sur les conditions de la promenade, des visites et de la correspondance).

213. Arrêt X. c. Direction financière et Tribunal administratif ZH

Tribunal fédéral, 2ème Cour de droit public

Recours de droit public

24 septembre 1996

ATF 122 I 257

Faits:

X. se voit cumulativement condamné pour fraude fiscale (Steuerbetrug) et soustraction d'impôt (Steuerhinterziehung) par le Tribunal de district et par le Tribunal administratif du canton de ZH. Ce dernier confirme la condamnation dans la mesure où, pour fixer la peine de la soustraction d'impôt, il a été tenu compte de la peine déjà infligée pour la fraude. Le recourant conteste le cumul des deux peines.

Droits invoqués:

* Principe Ne bis in idem.

* Art. 4 Cst. féd.

* Art. 4 Prot. n° 7 CEDH.

* Art. 14 al. 7 Pacte II.

Considérants:

* Pour trancher la question de savoir si le cumul des peines pour fraude fiscale et pour soustraction d'impôt viole le principe ne bis in idem, les juges de la 2ème Cour de droit public vont procéder à un échange de vues avec la Cour de Cassation du TF. En effet, il faut savoir si la jurisprudence est à modifier dans le sens d'admettre qu'entre les deux infractions existe une véritable concurrence, soit une concurrence idéale (faits et cons. 6).

* Les juges commencent par rappeler le contenu du principe ne bis in idem. Formellement, ce principe provient du droit pénal, puis il s'est vu reconnaître le rang de garantie constitutionnelle par le biais de l'art. 4 Cst. féd. tout d'abord, ensuite des art. 4 Prot. n° 7 CEDH et 14 al. 7 Pacte II. Matériellement, ce principe garantit qu'une personne définitivement condamnée ou acquittée au plan pénal ne peut être jugée une nouvelle fois pour les mêmes faits. Ce principe découle de la même façon et dans les mêmes limites des art. 4 Prot. n° 7 CEDH et 14 al. 7 Pacte II, ce qui établit clairement le lien entre le système CEDH et du Pacte II. Ces systèmes visent et octroient la même protection. Du point de vue du pouvoir d'examen dont jouissent les juges lorsqu'une décision pénale cantonale est attaquée en RDP pour violation du principe ne bis in idem, il est identique quelle que soit la source sur laquelle le recourant se fonde (art. 4 Cst. féd., 4 Prot. n° 7 CEDH ou 14 al. 7 Pacte II). En d'autres termes, le TF jugera librement si le droit cantonal est en accord avec ces sources constitutionnelles et internationales, sauf pour la simple application du droit cantonal qui est, elle, revue sous l'angle de l'arbitraire (cons. 3).

* Pour le Tribunal administratif, il n'y a qu'apparence de cumul. La fraude fiscale implique toujours une soustraction d'impôts. Cette dernière est simplement moins grave car elle consiste à cacher une part de ses revenus alors que la fraude implique un dol appuyé par des faux dans les titres. Le bien protégé dans les deux cas est les finances de l'Etat. Les infractions se recoupent donc (l'une va seulement moins loin que l'autre). Un cumul ne viole pas le principe ne bis in idem, les autorités qui jugent les deux infractions étant différentes (cons. 4).

* Le TF approuve le résultat auquel le Tribunal administratif arrive, sans soutenir ses motifs (décision constitutionnelle avec motivation inconstitutionnelle). Si la condamnation pour fraude englobe déjà toute la soustraction (ce que semble dire l'autorité cantonale), une double condamnation violerait le principe *ne bis in idem*, même si ce sont deux autorités différentes qui l'ont infligée. Le résultat de l'autorité cantonale peut être maintenu si l'on décide de voir dans la fraude fiscale et la soustraction d'impôt deux infractions dans un rapport de concurrence idéale (substitution de motifs) (cons. 5).

* Après examen des dispositions fiscales et pénales du canton de ZH, les juges du TF en arrivent à la conclusion que les deux infractions peuvent être cumulées, en tant qu'elles se trouvent dans un rapport de concurrence idéale. Leur argument principal: la loi réserve souvent, en cas de condamnation pour fraude fiscale, la peine pour soustraction d'impôt. Ainsi, un revirement de jurisprudence s'impose dans le sens que la fraude fiscale n'englobe pas automatiquement la soustraction d'impôt, mais que les deux infractions entrent en concurrence idéale (cons. 6).

* En raison de cette concurrence idéale, le principe *ne bis in idem* tiré de l'art. 4 Cst. féd. n'est pas violé par cette double condamnation. Les art. 4 Prot. n° 7 CEDH et 14 al. 7 Pacte II n'offrent pas de garanties supplémentaires. Le Tribunal administratif n'a donc violé aucune de ces dispositions (cons. 7). Le TF vérifie que la peine n'est pas alourdie par le fait qu'il y ait deux instances et pas une seule. Ici, la deuxième autorité a tenu compte de la peine de la première (cons. 8).

Résultat:

Le RDP est rejeté (le TF confirme le résultat du Tribunal administratif ZH mais en corrige la motivation: le cumul des peines pour soustraction d'impôts et pour fraude fiscale ne viole pas le principe *ne bis in idem*).

214. Arrêts récents

Sans apporter ni révolution, ni même modifications substantielles dans l'attitude des juges face aux Pactes, les arrêts suivants n'en sont pas moins réjouissants dans la mesure où ils sont la preuve que les Pactes sont de plus en plus souvent traités par notre haute Cour. La liste est bien entendu exemplative, l'exhaustivité étant de plus en plus difficile à garantir au fur et à mesure que les arrêts se multiplient.

* 122 II 140

* 122 II 433

* 123 I 31

* 123 I 97

* 123 I 112

* 123 I 152

* 123 I 221

* 123 II 161

* 123 II 175.

3.5. Analyse de la jurisprudence relative aux Pactes

3.5.1. Le Pacte est-il invoqué par le particulier ou examiné d'office ?

215. La première chose qui frappe lorsqu'on appréhende les arrêts résumés plus haut est l'attitude très réceptive des instances judiciaires vis-à-vis des Pactes. En effet, tant le Tribunal fédéral (y compris le Tribunal fédéral des assurances) que les tribunaux inférieurs semblent rodés à l'exercice d'intégration des normes internationales protectrices des droits de l'homme dans notre ordre juridique interne (l'ignorance de l'Obergericht argovien²⁶² étant dans cette perspective d'autant plus étonnante). Le réflexe d'aller puiser dans les sources internationales commence à être bien ancré, à tel point que le Tribunal fédéral n'hésite pas à examiner la conformité des dispositions contestées avec les garanties des Pactes I et II, quand bien même ces textes n'ont pas été invoqués par le recourant. Y aurait-il signe plus évident de la volonté de nos juges d'encourager les recours sur cette base que cette forme « d'entrée en matière d'office »?
216. La série d'arrêts où les Pactes sont analysés à l'initiative des juges et non à la demande des recourants commence par l'affaire de la médication forcée²⁶³. Dans d'autres arrêts subséquents, particulièrement ceux concernant la langue de procédure à Fribourg²⁶⁴ et les mesures de contrainte à l'égard des étrangers telles qu'elles sont appliquées à Zurich²⁶⁵, les Pactes servent à confirmer ou à préciser l'interprétation donnée relativement à d'autres textes qui sont, eux, invoqués par les recourants. La technique des juges consiste alors à se référer à la conception large du droit en cause, en ce sens qu'ils vont en retenir les diverses acceptions en fonction des sources et les intégrer dans une interprétation finale. Plus concrètement, dans l'affaire des langues par exemple, les garanties linguistiques dans une procédure vont

²⁶² Cf. § 203.

²⁶³ Cf. § 199.

²⁶⁴ Cf. § 206.

²⁶⁵ Cf. § 208.

recevoir le contenu cumulé - et plus ou moins commun - de la Constitution fédérale, de la CEDH et du Pacte II, quand bien même ce dernier n'a pas été soulevé dans les griefs.

217. Cela dit, à la suite de ces « examens d'office » visant à stimuler l'attention portée aux Pactes, les recourants ont de plus en plus systématiquement inclus les Pactes dans leur argumentation. Sans atteindre l'ampleur qui a suivi l'entrée en vigueur de la CEDH, le mouvement vers une prise en compte plus fréquente des Pactes est largement perceptible. Si le texte européen a causé un véritable raz-de-marée du point de vue des recours qui ont été intentés avec succès sur sa base - spécialement pour les garanties de procédure, les conditions de détention et le droit à la vie de famille -, l'essor des Pactes ressemble plus à des vaguelettes. En effet, il paraît évident qu'ils servent moins souvent de référence que la CEDH - même là où ces textes se recoupent. Nous reviendrons plus bas sur les rapports entre ces deux textes²⁶⁶.
218. Il est néanmoins remarquable que, dans plusieurs affaires, les Pactes soient le motif principal du recours. Dans le domaine des assurances sociales, il existe ainsi deux arrêts²⁶⁷ où les recourants tentent d'obtenir gain de cause en se basant sur le droit aux assurances sociales contenu dans le Pacte I (art. 9), combiné avec le principe d'égalité. Pour s'opposer à l'augmentation des taxes universitaires, les étudiants zurichois invoquaient de la même façon le droit à l'éducation du Pacte I (art. 13)²⁶⁸. Il en ressort que, lorsque sont en jeu des droits de caractère social, le Pacte I a vocation à être le moyen principal du recours. Et ce dans la mesure où l'ordre juridique suisse ne reconnaît pas d'autres sources constitutionnelles pour de tels droits, qui sont de niveau légal en Suisse, en même temps qu'elle n'a pas ratifié la Charte sociale européenne.
219. S'agissant du Pacte II, ses garanties recoupent souvent des garanties similaires ou identiques à celles contenues dans d'autres sources de

²⁶⁶ Cf. 3.5.3. Examen autonome des Pactes ou en liaison avec d'autres droits, § 233 ss.

²⁶⁷ L'un est lié à l'obtention d'une rente AI par un étranger au bénéfice du permis B qui n'a pas rempli dix années de cotisation (cf. § 207) et l'autre à l'octroi de la rente AVS pour les hommes à 62 ans comme pour les femmes (cf. § 209).

²⁶⁸ Cf. § 201.

droits constitutionnels comme la Constitution fédérale et la CEDH, si bien que le Pacte II est invoqué comme un moyen au même titre que ces deux autres sources. Cette juxtaposition de différentes sources ayant à peu près le même contenu est flagrante pour le principe *ne bis in idem*²⁶⁹. Celui-ci, après avoir été développé et codifié en droit pénal, a été constitutionnalisé successivement par l'art. 4 Cst. féd., l'art. 4 Protocole 7 CEDH et l'art. 14 al. 7 Pacte II. Dans cette perspective, il est tout à fait logique que le particulier se base sur les quatre sources, sans les hiérarchiser dans son recours en motifs principaux et secondaires.

220. Du point de vue de l'entrée en matière sur les textes, les tribunaux n'essaient plus de protéger systématiquement l'ordre juridique suisse de toute interférence venant du niveau supérieur (que ce soit la CEDH ou les Pactes, notamment). Ils semblent décidés à ne plus dresser le rempart de l'ignorance des textes et l'obstacle de l'applicabilité directe (surtout valable pour le Pacte I et exposé au prochain point 3.5.2.) devant les efforts répétés pour rendre les droits garantis internationalement justiciables pour le particulier. Dans ce contexte et devant cette volonté (apparente?) d'ouverture, une question cruciale se pose quant aux réelles intentions du Tribunal fédéral: le but est-il d'élargir la panoplie des droits invocables par les justiciables ou plutôt d'ancrer fermement une jurisprudence (dont les générations futures auront grand-peine à se défaire lorsqu'on sait les difficultés à provoquer un revirement de jurisprudence) qui cantonne les droits du Pacte I et surtout du Pacte II à l'intérieur des limites déjà tracées par la CEDH (recoupement des droits qui n'apportent alors rien de nouveau) et le principe de l'applicabilité directe (surtout gênant pour le Pacte I)?
221. Avant de nous pencher plus longuement sur l'applicabilité directe²⁷⁰ et sur le rapport avec d'autres droits²⁷¹, nous formulerons ici un élément de réponse avec l'espoir suscité par l'utilisation des sources secondaires au sens large²⁷². En admettant les Pactes, avec leur application par les

²⁶⁹ Voir les deux arrêts sur la soustraction d'impôts et la fraude fiscale (cf. § 200 et 213).

²⁷⁰ Cf. 3.5.2. Applicabilité directe des Pactes, § 223 ss.

²⁷¹ Cf. 3.5.3. Examen autonome des Pactes ou en liaison avec d'autres droits (§ 233 ss.) et 3.5.6. Extension par rapport au droit suisse (§ 248 ss.).

²⁷² Cf. 3.5.7. Utilisation des sources secondaires, § 255 ss.

instances internationales, comme source d'interprétation des droits garantis au niveau national, les juges suisses se sont exposés à devoir reprendre des interprétations qui évoluent indépendamment de leur emprise. Il n'est pas certain que les droits, tels que compris par l'ONU aujourd'hui, soient toujours, à l'avenir, de même portée et de même contenu que ceux reconnus à Strasbourg ou dans notre ordre interne. Dans l'hypothèse où le Comité des droits de l'homme, par exemple, libéraliserait certaines de ses définitions restrictives ou augmenterait certaines de ses exigences, les tribunaux suisses se trouveraient confrontés à un épineux dilemme. En effet, il leur faudrait choisir entre soit se rétracter et ne plus reconnaître ces sources internationales d'interprétation pour sauvegarder leur autonomie de décision sur la portée des droits invoqués, soit accepter logiquement un élargissement pour conserver la ligne de réflexion adoptée dès le commencement et qui accorde toute leur importance interprétative aux sources internationales.

222. Selon nous, l'attitude des instances judiciaires dénote - à ce stade de la discussion - une réelle volonté d'ouverture, une réceptivité certaine des interprétations et recommandations internationales et non pas une volonté de limiter d'emblée et aveuglément la portée propre et autonome des Pactes²⁷³. Mais voyons cela de plus près.

3.5.2. *Applicabilité directe des Pactes*

223. La question de l'applicabilité directe est traitée de manière précise et récurrente par les juges fédéraux. C'est dans ce domaine que se perçoit le mieux la genèse et le développement de la jurisprudence relative aux Pactes. En effet, on y voit la détermination progressive d'une position

²⁷³ A cet égard, les juges pourraient bien à terme contrecarrer les volontés politiques originelles qui entendaient limiter l'importance et la portée juridique des Pactes en Suisse. Le Message relatif aux Pactes (FF 1991 I 1129) ne cachait guère une position très retenue et estimait que l'apport de ces textes serait nul (contrairement à celui de la CEDH à laquelle il est reconnu des effets innovateurs): « L'adhésion de la Suisse aux Pactes n'aurait dès lors pas pour effet principal de renforcer la protection des droits de l'homme dans notre pays - comme c'est le cas de la CEDH - mais réaliserait avant tout un objectif important de politique étrangère sur le plan universel. » (n°32).

arrêtée, à partir de deux arrêts topiques²⁷⁴, à laquelle il est ensuite renvoyé dans les arrêts subséquents. Cette création de tout un système structuré de jurisprudence stable sur l'applicabilité directe avait déjà été entreprise lorsqu'il s'était agi de résoudre le même problème pour la CEDH.

224. Si la manière dont le TF développe sa position relativement à la justiciabilité des Pactes ONU est comparable à ce qu'il a déjà eu l'occasion de fixer pour la CEDH, les conditions à l'applicabilité directe des textes onusiens s'inspirent aussi très largement de celles requises pour le texte européen. Cela découle clairement du fait que les juges appréhendent les deux justiciabilités dans les mêmes termes, renvoyant pour celle des Pactes à celle de la CEDH.
225. Dans l'affaire des taxes universitaires, les juges posent des bornes dont ils ne vont plus s'écarter. Ces limites ne laissent que peu d'espace pour modifier l'appréciation de base, à savoir que le Pacte II se voit globalement reconnaître l'applicabilité directe, alors que cette qualité est - sauf de rares exceptions - niée au Pacte I. Le ton du TF est à cet égard particulièrement péremptoire et sera repris de façon tout aussi tranchée par le TFA.
226. La première occasion qui fut réellement donnée au TF de se prononcer sur l'applicabilité directe des Pactes a donc été la contestation de l'augmentation des taxes universitaires zurichoises. Il est intéressant de relever que les juges examinent le Pacte I sous l'angle de la lettre c) de l'art. 84 al. 1 OJ et non pas de la lettre a) des droits constitutionnels. Nous y reconnaissons une volonté de se ménager la possibilité de nier l'applicabilité directe. En appréhendant le Pacte I sous l'angle des droits constitutionnels - notion de procédure mais qui présuppose normalement que le droit en question est directement applicable -, il aurait été presque impossible de ne pas en reconnaître la justiciabilité. En le faisant sous l'angle d'un traité international, il restait possible de la nier sans artifice²⁷⁵.

²⁷⁴ Le premier arrêt topique du TF est sans conteste celui de la taxe universitaire zurichoise (§ 201), confirmé dans des termes très proches par le TFA lorsqu'il doit trancher le droit à une rente AI d'un étranger ne comptant pas les dix années de cotisation requises (§ 207).

²⁷⁵ Cf. ATF 120 Ia 1, cons. 5.b., p. 11 ; § 201.

227. Pour ce qui est de l'applicabilité directe elle-même, le texte de l'arrêt précise un certain nombre de critères, repris de la jurisprudence déjà développée sur la base de la CEDH et adaptée aux Pactes²⁷⁶. Leur énoncé nous est ainsi familier: pour être directement applicable, la norme doit être suffisamment claire et précise pour fonder une décision concrète. Les normes programmatiques n'ont généralement pas ce degré de précision. Cette précision fait également défaut aux normes qui, soit ne font que décrire la matière en laissant à l'Etat partie une grande latitude d'appréciation ou de décision quant à sa mise en oeuvre, soit ne contiennent que des lignes directrices adressées au législateur et non pas aux juges ou à l'administration.
228. Une fois ces conditions de l'applicabilité directe rappelées, les juges les appliquent aux Pactes I et II. Ils arrivent à la conclusion que, analysé globalement, le Pacte I en est dépourvu, alors que le Pacte II est, lui, justiciable²⁷⁷. Le fait qu'il y ait ou non un système de contrôle autorisant

²⁷⁶ « Der Beschwerdeführer kann sich dabei aber nur auf Bestimmungen berufen, welche unmittelbar anwendbar (self-executing) sind; die Staatsvertragsbeschwerde dient lediglich der Durchsetzung solcher Völkerrechtsnormen (auf kantonaler Ebene), welche die Rechtsstellung des Einzelnen direkt regeln. Dies setzt voraus, dass die angerufene staatsvertragliche Regelung inhaltlich hinreichend bestimmt und klar ist, um im Einzelfall Grundlage eines Entscheides bilden zu können. Die erforderliche Bestimmtheit geht vor allem blossen Programmartikeln ab. Sie fehlt auch Bestimmungen, die eine Materie nur in Umrissen regeln, dem Vertragsstaat einen beträchtlichen Ermessens- oder Entscheidungsspielraum lassen oder blosses Leitgedanken enthalten, sich also nicht an die Verwaltungs- oder Justizbehörden, sondern an den Gesetzgeber richten. »; ATF 120 Ia I, cons. 5.b., p. 11. Cf. § 201.

²⁷⁷ « Der von den Beschwerdeführern angerufene Sozialpakt enthält in Art. 6-15 einen Katalog wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte, zu deren vollen 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 (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 über bürgerliche und politische Rechte, dem die Schweiz gleichzeitig ebenfalls beigetreten ist - nicht an den Einzelnen, sondern an die Gesetzgeber der Vertragsstaaten, welche die Vertragsbestimmungen als Richtlinien für ihre Tätigkeit zu beachten haben. Bundesrat und Parlament gingen dementsprechend davon aus, die Vorschriften des Sozialpaktes gewährten dem Einzelnen, von allfälligen wenigen Ausnahmen abgesehen, grundsätzlich keine

le particulier à agir influence la reconnaissance de la justiciabilité. Le fait que la Suisse ait ou non reconnu la compétence du Comité pour recevoir des plaintes de particuliers qui lui reprochent la manière dont elle les traite ne joue à l'inverse pas de rôle, comme nous le verrons plus bas²⁷⁸. Dans le cas d'espèce de l'admissibilité d'une augmentation des taxes universitaires au regard de l'art. 13 du Pacte I et de son droit à l'éducation, les juges estiment que cette disposition ne donne pas même une prétention directe pour le particulier d'exiger que ces taxes n'augmentent pas, et donc encore moins qu'elles baissent²⁷⁹.

229. L'autre arrêt topique, rendu par le TFA cette fois, résout le problème de l'applicabilité directe des Pactes par leur analyse parallèle et comparative. Après un rappel des conditions de la justiciabilité des normes internationales²⁸⁰, les juges procèdent à l'énumération des

subjektiven und justiziablen Rechte, welche der Bürger vor schweizerischen Verwaltungs- und Gerichtsbehörden anrufen könnte. Entsprechende Meinungsäusserungen finden sich auch in der Literatur (Malinverni, Nowak). Der dargelegte Unterschied zwischen dem Sozialpakt einerseits und dem Pakt über bürgerliche und politische Rechte andererseits kommt unter anderem darin zum Ausdruck, dass der erste Pakt in Art. 16 ff. als internationales Durchsetzungsinstrument lediglich die Prüfung der von den Vertragsstaaten abzuliefernden Berichte vorsieht, welche allenfalls zu Bemerkungen und Empfehlungen führen kann. Demgegenüber sieht der Pakt über bürgerliche und politische Rechte sowohl ein fakultatives Staatenbeschwerdeverfahren wie auch ein fakultatives Individualbeschwerdeverfahren vor, wobei sich die Schweiz aber nur dem Staatenbeschwerdeverfahren unterworfen hat. »; ATF 120 Ia 1, con. 5.b. et 5.c., p. 11-12. Cf. § 201.

²⁷⁸ Cf. § 232 et sa n. 290.

²⁷⁹ ATF 120 Ia 1, cons. 5.d., p. 12-13; Künzli critique cet arrêt du Tribunal fédéral, *SOZIALE MENSCHENRECHTE*, point 4.3., p. 533-534.

²⁸⁰ « Le Pacte contient à ses articles 6 à 15 un catalogue de droits économiques, sociaux et culturels que chacun des Etats parties s'engage à mettre en oeuvre progressivement, tant par son effort propre que par l'assistance et la coopération internationales, au maximum de ses ressources et par tous les moyens appropriés, y compris en particulier l'adoption de mesures législatives (art. 2 al. 1). (...) Seule peut être invoquée par les particuliers devant les tribunaux la violation de dispositions directement applicables (self-executing) contenues dans les traités internationaux. Comme ceux-ci peuvent renfermer des normes directement applicables et d'autres qui ne le sont pas, c'est par la voie de l'interprétation qu'il convient d'opérer une qualification à cet égard. Selon la jurisprudence, une norme est directement applicable si elle est suffisamment déterminée et claire par son

différences entre les deux textes²⁸¹. Tant les considérants relatifs aux conditions générales et abstraites de l'applicabilité directe que leur application aux Pactes reprend intégralement ce qui avait été posé par le TF dans l'arrêt des taxes zurichoises. Un argument s'y ajoute ici néanmoins, celui qui voit dans la rapidité attendue des Etats pour la mise en oeuvre - sans délai ou progressive - des Pactes la confirmation que le Pacte I n'est pas justiciable alors que le Pacte II l'est. Les juges de

contenu pour constituer le fondement d'une décision concrète. Les dispositions directement applicables doivent être distinguées avant tout des dispositions qui énoncent un programme, à savoir celles qui se bornent à esquisser la réglementation d'une matière ou qui laissent à l'Etat contractant une liberté d'appréciation ou de décision considérables ou encore qui ne comportent que des idées directrices, de sorte qu'elles s'adressent non pas aux autorités administratives ou judiciaires, mais bien au législateur national. »; ATF 121 V 246, cons. 2.a. et 2.b., p. 248-249. Cf. § 207.

²⁸¹ « A la différence des garanties découlant du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, dont l'applicabilité directe est généralement reconnue, les dispositions du Pacte invoqué par le recourant se bornent à prescrire aux Etats, sous la forme d'idées directrices, des objectifs à atteindre dans les divers domaines considérés. Elles leur laissent la plus grande latitude quant aux moyens à mettre en oeuvre pour réaliser ces objectifs. On doit donc admettre conformément d'ailleurs à la jurisprudence et à l'opinion de la doctrine, qu'elles ne revêtent pas, sous réserve peut-être de quelques exceptions, le caractère de normes directement applicables (ATF 120 Ia 1, Nowak, Malinverni, Buergethal/Kiss, Message du CF). Cette différence fondamentale de nature entre les deux Pactes se traduit d'ailleurs sur le plan des mécanismes de contrôle qu'ils instaurent respectivement. Le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels ne prévoit à la charge des Etats parties qu'une obligation de présenter des rapports sur les mesures adoptées et sur les progrès accomplis en vue d'assurer le respect des droits reconnus par le Pacte (art. 16 ss). En revanche, le Pacte relatif aux droits civils et politiques institue une procédure permettant au Comité des droits de l'homme de recevoir et d'examiner des communications émanant d'Etats au sujet de la violation du Pacte par un autre Etat (art. 41); le Protocole facultatif (instrument adopté sous forme de traité séparé, non ratifié par la Suisse) prévoit même la possibilité d'une saisine directe du Comité par les particuliers. Cette différence s'exprime aussi à propos de la mise en oeuvre des droits reconnus. Les Etats signataires du Pacte relatif aux droits civils et politiques s'engagent à respecter *sans délai* les droits reconnus par cet instrument, ce qui n'est pas le cas pour les droits proclamés dans le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, qui requiert seulement une mise en oeuvre progressive. »; ATF 121 V 246, cons. 2.c. et 2.d., p. 249-250. Cf. § 207.

Lucerne apportent une autre précision au jugement lausannois²⁸², puisqu'ils donnent un exemple d'une exception à l'absence d'applicabilité directe du Pacte I.

230. Une position claire sur l'applicabilité directe des Pactes étant fixée, les juges fédéraux vont décider, dans les affaires postérieures où la question se pose aussi, par renvois à ces arrêts topiques. Il n'y a rien de surprenant dans cette manière de juger, conforme à la technique employée dans d'autres domaines. L'utilisation généralisée de cette méthode prouve simplement que ces arrêts fondent une jurisprudence véritablement stable et structurée. Ces renvois se retrouvent notamment dans les affaires de l'accès à l'Untergymnasium de Saint-Gall²⁸³, de l'autorisation pour un avocat étranger de plaider devant un tribunal argovien²⁸⁴, de l'égalité d'âge des rentes AVS²⁸⁵ et encore plus clairement de l'exonération fiscale du minimum vital où les juges écartent le Pacte I dans un court paragraphe mentionnant nos deux arrêts de base²⁸⁶.

231. Après avoir précisé la jurisprudence relative à l'applicabilité directe de la CEDH et l'avoir étendue aux Pactes, les juges semblent de moins en moins vouloir s'attarder sur cette question. Ils la considèrent en effet comme déniée au Pacte I et acquise pour le Pacte II. Le signe principal qu'ils acceptent la justiciabilité du Pacte II réside dès lors dans le fait qu'ils en examinent sans autre la disposition invoquée par le particulier, que ce soit en parallèle avec des droits constitutionnels dont la justiciabilité ne fait pas de doute (Constitution fédérale, CEDH)²⁸⁷ ou

²⁸² « Certes, il n'est pas exclu, on l'a vu, que l'une ou l'autre des normes du Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels puisse être considérée comme directement applicable, notamment l'art. 8 al. 1 let. a concernant le droit de former des syndicats et de s'affilier au syndicat de son choix. »; ATF 121 V 246, cons. 2.e., p. 250. Cf. § 207.

²⁸³ Cf. § 202, cons. 3.c.

²⁸⁴ Cf. § 203, ATF 120 Ia 247, cons. 5.a., p. 254-255.

²⁸⁵ Cf. § 209, ATF 121 V 229, cons. 3.a., p. 232-233 (avec renvoi à nos deux arrêts de base).

²⁸⁶ Cf. § 211, ATF 122 I 101, cons. 2.a., p. 103.

²⁸⁷ Tel est, par exemple, le cas lorsque le TF examine le principe ne bis in idem conformément à ses quatre sources (droit pénal, Constitution fédérale, CEDH et

non²⁸⁸. Dans leurs considérants, les juges ne rappellent plus le débat sur l'applicabilité directe, tout au plus vont-ils l'admettre tacitement pour le Pacte II et l'exclure laconiquement pour le Pacte I.

232. Il reste finalement à répéter²⁸⁹ que, pour notre haute Cour, le fait d'admettre ou non la compétence du Comité des droits de l'homme pour recevoir et examiner des requêtes individuelles est sans effet sur l'applicabilité directe²⁹⁰. Ce raisonnement nous paraît correct. Il s'agit effectivement de deux aspects différents et indépendants: l'un touchant à la nature de la norme (suffisamment précise ou non pour être directement applicable) et l'autre à un engagement de l'Etat à admettre un contrôle supranational.

3.5.3. Examen autonome des Pactes ou en liaison avec d'autres droits

233. Une fois acquise l'applicabilité directe de la norme internationale invoquée (cette section concerne donc essentiellement le Pacte II), les juges vont en examiner le fond. En raison de la ressemblance des normes

Pacte II). Cf. § 200 et 213. Ou encore dans l'arrêt fribourgeois sur la langue de procédure où les garanties linguistiques de procédure contenues dans le Pacte II sont traitées en même temps que celles issues de l'art. 4 Cst. féd. et de la CEDH. Cf. § 206. Ou finalement quand il s'agit de dire si l'avocat neuchâtelois a le droit d'exiger l'envoi du dossier vaudois à son étude lorsqu'une telle facilité est offerte aux avocats vaudois, et ce au regard du principe d'égalité (non-discrimination) et des garanties de procédure. Cf. § 210. Le tribunal de district de Zurich procède de la même façon en examinant les conditions de détention dans le cadre des mesures de contrainte à l'égard des étrangers. Cf. § 208.

²⁸⁸ Dans l'affaire des incompatibilités entre la fonction d'enseignant et le mandat de député au Grand Conseil genevois, les juges entrent directement en matière sur l'art. 25 du Pacte II. Cf. § 204. Il en était allé de même lorsqu'il s'agissait de dire si la médication forcée violait l'interdiction de la torture contenue à l'art. 7 du Pacte II. Cf. § 199.

²⁸⁹ Cf. § 228.

²⁹⁰ L'arrêt sur l'admission d'un avocat allemand pour plaider devant un tribunal argovien est sans ambiguïté: «Dass sich die Schweiz für diesen Pakt keinem Individualbeschwerdeverfahren vor den Vertragsorganen unterworfen hat, ändert (an der unmittelbaren Anwendbarkeit) nichts. »; ATF 120 Ia 247, cons. 5.a., p. 255. Cf. § 203.

des Pactes avec d'autres sources valables en droit suisse, ils ont le choix entre une analyse autonome ou liée à ces autres droits similaires ou identiques. En d'autres termes, ils peuvent définir le contenu du Pacte indépendamment de tout autre texte ou, au contraire, le faire en parallèle et en comparaison avec les droits de la Constitution fédérale et de la CEDH. C'est cette dernière méthode qui s'est imposée avec constance. Elle présente l'avantage de bien montrer les fondements et les recoupements qui existent dans le système de protection des droits fondamentaux. Cependant, et nous y reviendrons dans notre section consacrée à l'extension par rapport au droit suisse²⁹¹, elle augmente le risque de voir le contenu des Pactes réduit aux droits de la Constitution fédérale et de la CEDH, dont l'élargissement est d'emblée exclu.

234. La seule affaire où le Pacte II fait réellement l'objet d'une attention indépendante des autres droits est celle de la médication forcée. En effet, l'art. 7 du Pacte II ajoute à la liberté personnelle (droit constitutionnel non écrit et art. 8 CEDH) et à l'interdiction de la torture (art. 3 CEDH) une dimension supplémentaire, à savoir celle de l'interdiction des expérimentations médicales ou scientifiques sur des humains, sans le consentement de l'intéressé. Bien qu'en l'occurrence la médication forcée ne soit pas considérée comme une expérimentation au sens de cet art. 7 du Pacte II et que ce moyen soit donc mal fondé, les juges ont incontestablement analysé cette disposition indépendamment des autres²⁹².
235. Il en va tout autrement dans nos autres arrêts, où le Pacte II - essentiellement, rappelons-le - est intégré à titre de simple source supplémentaire dans le raisonnement fondamental sur le droit en cause, raisonnement qui aurait été le même avec ou sans ce Pacte II²⁹³. Cet examen simultané est particulièrement flagrant dans les deux arrêts sur le principe ne bis in idem. Dans chacun d'eux, le TF rappelle les quatre sources de cette garantie de procédure, soit d'abord le droit pénal, ensuite constitutionnalisée par les art. 4 Cst. féd., 4 al. 1 Protocole 7 CEDH et 14 al. 7 Pacte II. L'analyse de ces sources se fera

²⁹¹ Cf. 3.5.6. Extension par rapport au droit suisse, § 248 ss.

²⁹² Zbl 1993, p. 504, cons. 4.d., p. 509. Cf. § 199.

²⁹³ Nous y reviendrons lorsque nous traiterons de l'extension par rapport au droit suisse; 3.5.6. Extension par rapport au droit suisse, § 248 ss.

simultanément, dans la mesure où les dispositions se recoupent et surtout où les normes de la CEDH et du Pacte II sont « fast gleichlautend »²⁹⁴.

236. Ces deux arrêts, identiques sur un point fondamental, apportent chacun une précision intéressante. Dans le premier²⁹⁵, les juges précisent, relativement au droit d'être entendu personnellement dans la procédure, que cette garantie est expresse - et donc plus claire - à l'art. 14 al. 3 du Pacte II, alors qu'elle est implicite à l'art. 6 CEDH²⁹⁶. Dans le second²⁹⁷, le TF dit sans ambiguïté que, non seulement les garanties de la CEDH et du Pacte sur le principe ne bis in idem sont de rédaction très proche (fast gleichlautend), mais encore et surtout que ces deux sources ne vont pas plus loin que la protection matérielle déjà offerte par le droit national (keine weitergehenden Garantien)²⁹⁸. Puisqu'il n'y a pas d'élargissement à attendre des normes internationales, celles-ci sont examinées en même temps que le droit interne traditionnel qui demeure la base de référence. Alors que le « fast gleichlautend » laissait déjà craindre que, du contenu de la CEDH et du Pacte II, il ne ressortirait aucun enrichissement, le « keine weitergehenden Garantien » tranche la question de façon péremptoire.
237. Lorsqu'il s'est agi de dire si une poursuite pénale à Fribourg pouvait être intentée en français contre un germanophone²⁹⁹, les juges fédéraux ont également puisé dans les sources parallèles des garanties linguistiques de procédure. En décrivant la protection commune offerte par les art. 4 Cst. féd., 6 al. 3 lit. a et e de la CEDH et 14 al. 1 et 14 al. 3 lit. a et f du Pacte II, il a implicitement été admis que leur contenu matériel était identique³⁰⁰.

²⁹⁴ ATF 119 Ib 311, cons. 3.a., p. 318 (Cf. § 200) et ATF 122 I 257, cons. 3, p. 259 (Cf. § 213).

²⁹⁵ ATF 119 Ib 311; cf. § 200.

²⁹⁶ Cons. 7, p. 331.

²⁹⁷ ATF 122 I 257; cf. § 213.

²⁹⁸ Cons. 7, p. 266.

²⁹⁹ ATF 121 I 196; cf. § 206.

³⁰⁰ Cons. 5.a., p. 204-205.

238. C'est du reste dans le domaine des garanties de procédure que le Pacte II est le plus aisément examinable - voire réductible - en même temps que l'art. 4 Cst. féd. et la CEDH. Dans l'affaire de l'admission de l'avocat allemand pour plaider dans le canton d'Argovie³⁰¹, les juges précisent que l'art. 14 al. 3 lit. d du Pacte II est consciemment inspiré par le texte de l'art. 6 al. 3 lit. c CEDH et qu'il convient donc d'interpréter les deux dispositions dans le même grief et sous le même éclairage³⁰². L'interprétation des dispositions n'est ici pas simultanée, mais, par ce dernier considérant, l'analyse qui a été faite dans le détail pour la CEDH est automatiquement et sans modification étendue au Pacte II. L'intérêt de cet arrêt réside surtout en ce qu'il enjoint de traiter le Pacte II comme la CEDH, tant procéduralement (cons. 5.a.) que matériellement (cons. 5.b.).
239. Cette position sera reprise et appliquée pour savoir si l'avocat neuchâtelois peut prétendre à ce que lui soit envoyé un dossier vaudois comme c'est le cas pour les avocats vaudois³⁰³. L'« identité » entre l'art. 6 al. 3 lit. b CEDH et l'art. 14 al. 3 lit. b Pacte II pousse à les traiter ensemble, et ce d'autant plus que « dans leur domaine propre, et en dépit de quelques nuances rédactionnelles, ces diverses garanties de procédure ont une portée équivalente »³⁰⁴. Une telle similitude rédactionnelle pousse de la même façon le tribunal de district de Zurich à examiner les conditions de la détention dans le cadre des mesures de contrainte à la lumière commune des art. 3 CEDH et 7 Pacte II³⁰⁵. Ces deux dispositions se recoupent en effet largement de par leur énoncé (« Art. 3 EMRK und Art. 7 Pakt II, welche in ihrem Wortlaut weitgehend übereinstimmen ... »).
240. Le fait néanmoins que les articles du Pacte II soient appréhendés dans la perspective de la jurisprudence des autorités de la CEDH laisse espérer que le système du Pacte II s'en enrichira, lequel enrichissement

³⁰¹ ATF 120 Ia 247; cf. § 203.

³⁰² Cons. 5.a. et 5.b., p. 254-255.

³⁰³ ATF 122 I 109; Cf. § 210.

³⁰⁴ Cons. 3.a. et 3.c., p. 113-114.

³⁰⁵ PJA, 10/95, p. 1347, 1350, cons. c ; § 208.

pourra ensuite profiter aux ordres nationaux. Nous verrons plus bas que nous en sommes encore loin³⁰⁶.

241. Pour conclure cette section consacrée à l'examen autonome ou lié à d'autres droits de Pactes, nous nous arrêterons brièvement sur un arrêt atypique de notre collection. Dans l'affaire de l'exonération fiscale du minimum vital³⁰⁷, il n'est pas question d'examiner le contenu du Pacte I qui se voit nier l'applicabilité directe, mais plutôt de comparer la solution suisse avec celle qui est en vigueur en Allemagne³⁰⁸. Les garanties suisses ne sont donc pas ici mesurées face à celles de l'ordre international, mais face à celles d'un autre ordre national. Nous ne ferons que relever cet appel au droit comparé, dans la mesure où, relativement rare dans le cadre de la jurisprudence suisse et notamment des recours de droit public ou de droit administratif, cette méthode comparatiste est très fréquente au Canada.

3.5.4. Portée autonome de certains droits ou seulement en relation avec d'autres droits

242. Les Pactes contiennent chacun des articles imposant la non-discrimination dans la jouissance ou la mise en oeuvre des droits qu'ils garantissent³⁰⁹. Ces articles sont dépourvus de portée autonome et ne sauraient être invoqués de manière isolée, en dehors de toute autre prétention précise. Ce que le particulier peut obtenir de ces garanties générales d'égalité dépend du droit du Pacte en liaison avec lequel il invoque l'égalité. En d'autres termes, pour espérer un résultat concret sur la base de la non-discrimination, il faudra que la discrimination touche un droit contenu dans une disposition dont il peut se prévaloir. La qualité d'applicabilité directe de cette disposition est à cet égard déterminante. Le test de la justiciabilité n'est donc pas pertinent pour la seule norme de non-discrimination invoquée par le particulier, mais aussi et surtout pour la norme dans laquelle est inclus le droit dans la

³⁰⁶ Cf. 3.5.6. Extension par rapport au droit suisse, § 248 ss.

³⁰⁷ ATF 122 I 101; cf. § 211.

³⁰⁸ Cons. 2.b.aa., p. 104.

³⁰⁹ Nous pensons principalement aux art. 2 et 3 de chaque Pacte.

jouissance duquel il se sent lésé. Une illustration de ce propos sur la base de nos arrêts de référence est particulièrement convaincante.

243. Lorsqu'ont été dénoncées les discriminations dans l'octroi d'une rente AI d'une part³¹⁰, et AVS d'autre part³¹¹, elles ont dû l'être en relation avec le droit à la sécurité sociale et aux assurances sociales de l'art. 9 du Pacte I. Ce dernier se voyant dénier l'applicabilité directe, le grief de la discrimination a été écarté. Par contre, lorsque l'avocat neuchâtelois se plaint d'être discriminé (art. 2 al. 1 et 26 Pacte II) lors de la préparation du procès pénal (art. 14 al. 1 et 14 al. 3 lit. b Pacte II)³¹², les juges entrent en matière sur le fond de ce grief puisque ces garanties de procédure sont directement applicables.
244. La doctrine³¹³ a critiqué cette liaison systématique du droit à la non discrimination avec un autre droit pour pouvoir donner un droit justiciable. Selon elle, l'art. 2 al. 2 Pacte I est suffisamment précis pour justifier une décision concrète. Au surplus, la doctrine internationale y voit une des rares dispositions du Pacte I qui soit directement applicable.
245. Le résultat de tous ces arrêts est de confirmer que les art. 2 et 3 des Pactes I et II sont tous quatre dépourvus de portée autonome. Les juges précisent bien que tel n'est pas le cas de l'art. 26 du Pacte II qui garantit un droit autonome à la non-discrimination. Dans le système suisse, cette disposition permettrait de contester, non pas la mise en oeuvre progressive des droits du Pacte I, mais les inégalités qui se trouveraient dans des lois déjà existantes dans les domaines couverts par le Pacte I. Cet art. 26 du Pacte II permettrait donc de contourner l'absence d'applicabilité directe du Pacte I³¹⁴. Tous ces effets potentiels sont néanmoins annulés par le fait que la Suisse a exclu - de manière discutable et discutée - la portée autonome de l'art. 26 du Pacte II par le biais d'une réserve lors de la ratification du Pacte II.

³¹⁰ ATF 121 V 246; cf. § 207.

³¹¹ ATF 121 V 229; cf. § 209.

³¹² ATF 122 I 109; cf. § 210.

³¹³ Notamment Mahon, *Droit et handicap*, 4/95, p.2 et Künzli, *SOZIALE MENSCHENRECHTE*, point 5.2.

³¹⁴ ATF 121 V 229, cons. 3.b., p. 233-234.

3.5.5. *Les réserves*

246. La réserve faite par la Suisse à l'art. 26 du Pacte II³¹⁵ a un réel impact sur ce que le particulier peut attendre des Pactes. En effet, sans elle, il n'aurait certes pas pu exiger le droit à des assurances sociales, mais il aurait pu exiger que toutes les assurances sociales existantes fonctionnent sans discriminations³¹⁶. Il n'est pas nécessaire de nous attarder sur ce point, en donnant les exemples d'autres domaines où l'égalité n'est pas encore complètement réalisée, pour saisir à quel point cette réserve limite l'impact des deux Pactes en Suisse. Et aussi des modifications qu'il aurait fallu apporter au plus vite à notre législation sans cette réserve.
247. Face à cette réserve à l'art. 26 du Pacte II, qui a visiblement pour but de soustraire la Suisse aux reproches de ses partenaires, celle faite à l'art. 25 du Pacte II nous paraît nettement plus défendable³¹⁷. Et ce dans la mesure où elle vise clairement, par le refus d'imposer systématiquement le secret des urnes lors d'élections et de votations, à protéger l'institution de la Landesgemeinde, laquelle aurait sinon pu apparaître aux instances onusiennes comme une particularité anachronique et malpratique³¹⁸. Les deux réserves dont il est question dans nos arrêts sont donc de nature, de but et de légitimité très différents.

3.5.6. *Extension par rapport au droit suisse*

248. Pour expliciter ce que notre point 3.5.3. sur l'examen autonome ou en parallèle avec d'autres des Pactes³¹⁹ avait déjà laissé transparaître, nous dirons que la tendance de la jurisprudence suisse n'est pas d'étendre les

³¹⁵ Cf. les réserves qui sont citées à la n. 122.

³¹⁶ ATF 121 V 229, cons. 3.b., p. 233-234.

³¹⁷ ATF 121 I 138, cons. 5.b., p. 145-146.

³¹⁸ Affaire de la Landesgemeinde, cf. § 205.

³¹⁹ Cf. § 233 ss. Ces deux points 3.5.3. et 3.5.6. développent du reste beaucoup de thèmes communs, si bien que les renvois seront fréquents et la lecture de l'une et de l'autre devrait se faire en gardant les deux à l'esprit.

droits déjà acquis au niveau national (par la Constitution fédérale et par la CEDH principalement), bien au contraire. L'accueil réservé aux Pactes est dans cette perspective bien loin de celui qu'avait reçu la CEDH, laquelle avait très vite constitué une source d'élargissements réguliers de l'ordre interne. Mais voyons de plus près comment les juges restreignent l'influence des Pactes.

249. Le moyen le plus immédiat pour ce faire consiste à nier l'applicabilité directe de la norme internationale invoquée par le particulier. Si cette norme n'est pas justiciable, il n'est pas nécessaire d'en examiner le contenu matériel qui ne peut donc venir améliorer la situation du particulier. Comme nous l'avons vu à notre point 3.5.2.³²⁰, la qualité d'applicabilité directe est généralement niée aux normes du Pacte I, alors que celles du Pacte II se la voient reconnaître. Cette jurisprudence topique a été suivie par le TF dans toutes les affaires où le Pacte I était invoqué, sans qu'il n'y ait une lueur de revirement. Plus concrètement, les arrêts sur l'augmentation des taxes universitaires à Zurich³²¹, sur l'accès à l'Untergymnasium de Saint-Gall³²² et sur l'exonération fiscale du minimum vital³²³ ont tous vu les arguments basés sur le Pacte I écartés laconiquement en raison de sa non-applicabilité directe.
250. En corollaire au point précédent, nous soulignerons que le fait de nier la portée autonome d'un droit - en l'occurrence le plus souvent le droit à la non-discrimination - constitue un moyen dérivé pour limiter la portée des Pactes. Comme nous l'avons vu précédemment³²⁴, l'applicabilité directe du droit spécifique qui est invoqué en relation avec le droit non-autonome est alors la question cruciale. Si celle-ci est niée, nous nous retrouvons dans le cas de figure exposé ci-dessus.

³²⁰ Cf. 3.5.2. Applicabilité directe des Pactes, § 223 ss.

³²¹ ATF 120 Ia 1, cons. 5.d., p. 12-13: l'art. 13 al. 2 lit. c du Pacte I ne donne pas de prétention justiciable. Cf. § 201.

³²² Arrêt du TF du 28 avril 1994, cons. 3.c., p. 11: l'art. 13 al. 1 du Pacte I n'est pas directement applicable, donc le particulier ne saurait en tirer un droit invocable devant les tribunaux. Cf. § 202.

³²³ ATF 122 I 101, cons. 2.a., p. 103: la jurisprudence constante nie l'applicabilité directe du Pacte I et il n'y a pas lieu de s'en écarter ici. Cf. § 211.

³²⁴ Cf. 3.5.4. Portée autonome de certains droits ou seulement en relation avec d'autres droits, § 242 ss.

251. A côté d'une limitation des Pactes qui passe par des arguments formels (tel est le cas de l'applicabilité directe), les juges ont également utilisé des arguments matériels pour cantonner les droits des Pactes (surtout ceux du Pacte II en tant qu'ils s'inspirent largement et ouvertement de la CEDH) à l'intérieur des droits déjà connus en droit suisse. En d'autres termes, le tribunal va examiner le contenu du droit invoqué au fond - sa justiciabilité étant admise - pour savoir s'il est plus généreux que le droit national, mais arriver à la conclusion invariable que ce droit international n'apporte rien de plus. La majorité de nos arrêts voit l'application de cette technique³²⁵.
252. Bien que décevant, ce résultat n'en répond pas moins à une logique: le libellé de la CEDH et des Pactes est souvent voisin, voire identique et ouvertement inspiré l'un par l'autre³²⁶, si bien qu'il ne reste qu'une marge extrêmement étroite - et même souvent inexistante - pour imposer des interprétations divergentes. Dans ce contexte, la différence formelle entre un examen simultané ou séparé ne change évidemment rien du point de vue du contenu des droits.
253. Devant ces propos pessimistes pour ce qui est d'une éventuelle extension du droit suisse par l'apport des textes internationaux, un espoir

³²⁵ Pour le cas de l'avocat allemand en Argovie (§ 203), les garanties de procédures du Pacte II sont circonscrites aux limites posées par le CEDH et sa jurisprudence; pour les incompatibilités genevoises (§ 204), la garantie de l'art. 25 du Pacte II vise des restrictions nettement plus incisives aux droits politiques; pour la procédure fribourgeoise en allemand ou en français (§ 206), les garanties du Pacte II ne vont ni plus, ni moins loin que ce que l'art. 4 Cst. féd. et la CEDH offrent déjà; dans les affaires fiscales de Zurich (§ 200 et 213), le principe ne bis in idem a le même contenu quelle que soit celle des quatre sources, tout au plus est-il plus explicite dans le Pacte II; pour la transmission du dossier vaudois à l'avocat neuchâtelois (§ 210), les trois sources des garanties de procédures ont un contenu identique en dépit de quelques différences rédactionnelles et, finalement, pour les mesures de contrainte à Zurich (§ 208), la CEDH et le Pacte II ne vont pas plus loin que le droit constitutionnel non écrit à la liberté personnelle. Dans cette dernière affaire cependant, de même que dans l'autre affaire traitant des conditions de détention à Zurich (§ 212), les sources secondaires de la CEDH et du Pacte II permettent d'assouplir ces conditions et d'élargir les droits; mais nous y reviendrons plus loin dans cette section (cf. § 253 et 254 S.) et au point 3.5.7. Utilisation des sources secondaires (cf. § 255 ss.).

³²⁶ Voir les citations démontrant cette identité au 3.5.3. Examen autonome des Pactes ou en liaison avec d'autres droits, cf. § 233 ss., spécialement les § 235 et 239.

demeure. Il est constitué par l'appel aux sources secondaires et annexes à ces textes, dont l'énoncé seul semble cantonner les droits à l'intérieur du droit national déjà en vigueur. Dans la section suivante³²⁷, nous nous pencherons sur ce processus qui permet d'enrichir l'ordre national grâce à une interprétation de celui-ci à la lumière de la jurisprudence et des recommandations développées dans les systèmes de la CEDH et onusien. L'évolution des jurisprudences et recommandations respectives pourront converger ou diverger, les expériences mutuelles serviront en tous cas à chaque ordre à confirmer ou modifier sa conception de tel ou tel droit. La diversité des sources est sans conteste un moyen d'enrichir chaque système, et même d'étendre les droits des particuliers.

254. En outre, nous donnerons trois exemples où le Pacte II ou un texte qui lui est rattaché va plus loin que ce que les tribunaux suisses doivent accorder du fait du droit interne, Constitution fédérale et CEDH en tête. Dans l'affaire de la médication forcée³²⁸, l'art. 7 du Pacte II ajoute effectivement à la liberté personnelle et à l'interdiction de la torture de la Constitution fédérale et de l'art. 3 CEDH l'interdiction de toute expérimentation humaine non librement consentie. Quand bien même les faits en cause ne relèvent pas de l'expérimentation humaine, il y a là une réelle extension par le biais du Pacte II. De la même façon, les autorités appenzelloises³²⁹ auraient dû imposer le vote à bulletin secret en lieu et place des élections ouvertes lors de Landsgemeinde si la Suisse n'avait pas justement émis une réserve pour bloquer cette extension du droit national³³⁰. C'est finalement dans le cadre des conditions de la détention administrative - ou de l'application des mesures de contrainte à l'égard des étrangers - que l'effet le plus palpable se fait sentir³³¹. En effet, les textes européens et onusiens recommandant une promenade quotidienne

³²⁷ Cf. 3.5.7. Utilisation des sources secondaires, § 255 ss.

³²⁸ Cf. § 199.

³²⁹ Cf. § 205. Par l'application de l'art. 25 du Pacte II, les votations auraient pu se faire à main levée, pas les élections. Cet article n'aurait donc rien changé dans l'affaire en cause, puisqu'était contestée l'acceptation de la nouvelle Constitution appenzelloise lors d'une Landsgemeinde.

³³⁰ Cf. 3.5.5. Les réserves, § 246 ss. et spécialement § 247.

³³¹ Cf. § 212.

d'une heure, la durée d'une demi-heure accordée dans les prisons zurichoises est insuffisante³³².

3.5.7. Utilisation des sources secondaires

255. Pour ce qui est de la jurisprudence relative à la CEDH, rien ne surprend dans le fait qu'il en soit scrupuleusement tenu compte, la Suisse risquant dans le cas contraire de se voir désavouée et condamnée par les instances de Strasbourg dont elle accepte la compétence obligatoire. De ce point de vue, il est plus étonnant de s'estimer lié par les textes onusiens, auxquels la Suisse, en sa qualité de non membre et en l'absence d'une adhésion au premier Protocole facultatif, pourrait à tout le moins largement se soustraire.
256. S'agissant du refus de la Suisse de ratifier le Protocole facultatif autorisant le particulier à porter sa plainte devant le Comité des Droits de l'homme, les juges ont estimé que cela ne devait pas les empêcher de tenir compte des décisions de ce Comité et des interprétations qu'elles fixent³³³. Dans la perspective d'une future adhésion de la Suisse à ce

³³² ATF 122 I 222, cons. 4.a., p. 229: « Gefangenen, die nicht im Freien arbeiten oder in einer offenen Anstalt untergebracht sind, ist nach den Europäischen Strafvollzugsgrundsätzen bzw. den Mindestgrundsätzen für die Behandlung der Gefangenen täglich mindestens eine Stunde Spaziergang oder geeignete Bewegung im Freien zu gestatten ». Les 30 minutes accordées par le règlement de prison sont dès lors insuffisantes et le règlement inconstitutionnel: « § 33 PVO ist im Rahmen der Anträge und der Beschwerdebegründung aufzuheben, soweit er die ausländerrechtlichen Administrativhäftlinge betrifft. »; (p. 230). Les textes européens dont il est question sont repris du système onusien: « Massstab (für die Auslegung menschenwürdiger Haftbedingungen) bilden die genannten Grundsätze, die vorerst vom Wirtschafts- und Sozialrat der Vereinten Nationen weltweit verabschiedet (Standard Minimum Rules for the Treatment of Prisoners - 31. Juli 1957, ergänzt 13. Mai 1977) und hernach im Rahmen des Europarats den europäischen Verhältnissen angepasst wurden » (p. 226).

³³³ Dans l'affaire des incompatibilités dans le canton de Genève (cf. § 204), la quasi-jurisprudence du Comité des droits de l'homme sert à interpréter la notion de « restrictions aux droits politiques », et ce même si la Suisse ne reconnaît pas sa compétence pour recevoir des plaintes individuelles. La position du TF est à ce titre très claire: « La Suisse n'ayant pas adhéré au protocole facultatif se rapportant à ce Pacte (II), elle ne reconnaît donc pas la compétence du Comité des droits de

Protocole, nous ne pouvons que saluer cette mise au diapason anticipée. Comme nous l'avons affirmé plus haut³³⁴, l'utilisation d'une jurisprudence (CEDH, Comité des Droits de l'homme) qui évolue indépendamment de toute emprise du TF laisse espérer un élargissement du droit interne, que les juges le souhaitent et le stimulent activement, ou non.

257. L'appel aux textes rattachés aux conventions du Conseil de l'Europe et de l'ONU s'inscrit dans une logique analogue et va même plus loin. En effet, il permet - et c'est ce qui est le cas dans les deux arrêts où sont revues les conditions de détention dans le cadre des mesures de contrainte³³⁵ - de se fonder sans autre sur le standard minimal international. Ce dernier, nous l'avons vu plus haut³³⁶, offre dans le domaine des conditions de détention des garanties plus larges que le seul droit suisse. Dans les deux cas, le TF dit clairement que ce sont ces textes aidant à la concrétisation des traités qui permettront de définir la notion de détention digne³³⁷.

258. Cette importance donnée à des textes émanant d'une organisation (l'ONU) dont la Suisse n'est pas membre peut surprendre. De tous nos arrêts, seul le tribunal de district de Zurich s'attache à motiver leur utilisation en droit interne. Son argumentation nous paraît très convaincante, empreinte d'une réelle volonté d'ouverture et prometteuse pour le développement de notre jurisprudence. Elle part du point de vue que, d'une part, le Pacte et les textes le complétant (Prot. add.) ou le précisant (ex. : General Comments, lignes directrices) doivent être pris en compte parce qu'ils font partie intégrante du droit national - peu importe leur applicabilité directe, comme cela se passe au Canada. Et que, d'autre part, ce sont plus largement tous les textes onusiens fondés sur la DUDH qui peuvent influencer le droit suisse, puisque le

l'homme pour recevoir et examiner des communications émanant de particuliers relevant de sa juridiction, même si les rapports établis par ce Comité peuvent servir à interpréter les dispositions du Pacte. »; cons. 3.c., p. 7 de la version inédite de l'arrêt du TF du 29 décembre 1994.

334 Cf. § 221.

335 Cf. § 208 et 212.

336 Cf. § 254.

337 Cf. n. 332.

Préambule de la CEDH présente cette dernière comme l'instrument de concrétisation de la DUDH³³⁸. Ainsi donc, s'il surprend, l'appel aux autres textes onusiens a sa justification juridique.

259. Face à cet étonnement, il faut néanmoins se souvenir que, dans le passé et bien avant l'entrée en vigueur des Pactes, le Tribunal fédéral s'est déjà appuyé sur des sources secondaires de l'ONU pour juger de l'admissibilité d'une détention (préventive) et de l'obligation de travailler au cours de celle-ci³³⁹. Finalement, nous pouvons nous demander si, au-delà de la motivation technique, nous ne sommes pas devant l'émergence, par l'admission de plus en plus large d'un « standard minimal » en matière de protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, de règles ayant le caractère de *ius cogens*, liant tous les Etats indépendamment de leur adhésion ou non. Nous pensons qu'il est préférable pour l'heure de laisser cette question ouverte.

3.5.8. Extension du contrôle par le TF: vers une fin progressive de l'immunité des lois fédérales?

260. Les art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd. excluent les lois fédérales d'un contrôle par le TF, c'est l'immunité des lois fédérales. En décrivant le système suisse, nous avons déjà relevé que cette immunité devrait être relativisée depuis que la Suisse s'est engagée plus largement en matière

³³⁸ AJP/PJA, 10/95, p. 1347, cons. 2.c.bb., et notamment: « (...) Und selbst wenn die Schweiz bekanntlich (noch immer) nicht Mitglied der Vereinten Nationen ist, so sind die darin enthaltenen und der Auslegung des allgemeinen Folterverbots dienenden Grundsätze zweifellos auch für sie in gewissem Sinne beachtlich. (...) Uebrigens folgt die (mittelbare) Beachtlichkeit der betreffenden UNO-Beschlüsse auch aus den Präambeln der EMRK und des Internationalen Paktes, welche ausdrücklich auf die Allgemeine Erklärung der Menschenrechte Bezug nehmen, wobei sich die EMRK sogar explizit als Vollzugsakt zu dieser versteht. Damit ist der Konnex zwischen der schweizerischen Rechtsordnung und den im Rahmen der zur Erklärung und zum Internationalen Pakt ergangenen Richtlinien genügend erstellt. (...) », p. 1350-1351.

³³⁹ Dans les arrêts 97 I 45 (54), 97 I 839 (844), 111 Ia 341 (344) et 118 Ia 64 (69), l'argumentation est notamment fondée sur une référence aux « Règles minima pour le traitement des détenus ».

de traités internationaux. Une hiérarchisation des sources - lois fédérales et traités internationaux - laissait espérer qu'un contrôle de conventionnalité pourrait peu à peu s'imposer sur les lois fédérales, à défaut d'un contrôle de constitutionnalité³⁴⁰.

261. La possibilité de contrôler les lois fédérales face aux traités internationaux - même si elles restent immunisées face à la Constitution fédérale - constitue une extension considérable au niveau de la procédure. En effet, c'est tout un pan de l'ordre national suisse, qui échappait par le passé à tout contrôle, qui peut maintenant être examiné par notre haute Cour. Il va de soi que cette augmentation des actes attaquables sur la base des traités internationaux n'apportera toutefois pas forcément avec elle une extension d'ordre matériel. En d'autres termes, le contrôle de conventionnalité ne signifie pas que le traité sera interprété de façon plus libérale que lors du contrôle ordinaire d'un acte cantonal, mais plutôt que l'acte à l'encontre duquel s'exerce le contrôle (une loi fédérale et non plus un acte cantonal) était normalement exclu et ne l'est plus.
262. Dans la mesure où les normes internationales incluses dans les traités peuvent recouper - nous l'avons longuement débattu plus haut, spécialement pour la CEDH et les Pactes - les droits issus de la Constitution fédérale, le contrôle de conventionnalité s'approche matériellement du contrôle de constitutionnalité. Le contrôle se fera face à un droit au contenu identique, mais de sources différentes: issu du droit national, le droit ne servira de référence que dans le cas d'actes cantonaux; issu d'un traité international, le même droit pourra servir de référence dans le cas de lois fédérales.
263. Le sort différent - servir de référence pour contrôler des lois fédérales ou non - de normes au contenu identique ressort particulièrement bien dans l'arrêt sur la fraude fiscale et la soustraction d'impôts à Zurich³⁴¹. Dans un premier temps, les juges fédéraux précisent que les quatre sources du principe ne bis in idem ont le même contenu, ensuite, ils excluent le contrôle d'une loi fiscale fédérale face à l'art. 4 Cst. féd.,

³⁴⁰ Cf. § 122.

³⁴¹ Cf. § 200.

mais l'admettent face aux art. 4 Protocole 7 CEDH et 14 Pacte II³⁴². Il y a donc clairement un contrôle de conventionnalité d'un texte normalement immunisé, et avec pour référence un droit de contenu identique à celui de la Constitution fédérale. Formellement cela reste un contrôle de conventionnalité seul, matériellement on s'approche sans conteste du contrôle de constitutionnalité.

264. Ce bouleversement de la conception classique de l'immunité des lois fédérales est également flagrant dans nos deux arrêts du TFA³⁴³. Si la LAVS et la LAI ne peuvent être revues face au principe d'égalité découlant de l'art. 4 Cst. féd., elles peuvent l'être face aux garanties de non-discrimination contenues dans les Pactes. Qu'ensuite ces garanties se voient nier la portée autonome et le droit spécifique invoqué nier l'applicabilité directe, il n'en demeure pas moins que le contrôle même a lieu. S'il échoue, les raisons sont à chercher dans l'absence de portée autonome et d'applicabilité directe³⁴⁴.

3.5.9. Quelques aspects du projet de réforme de la Constitution fédérale de 1996

265. Dans l'hypothèse où la réforme de la justice prévue dans le cadre de la révision totale de la Constitution était couronnée de succès³⁴⁵, l'immunité des lois fédérales disparaîtra pour les contrôles concrets seulement. Ce qui vient d'être dit sur le contrôle de conventionnalité restera ainsi partiellement valable, à savoir pour les contrôles abstraits

³⁴² « Soweit es um den aus Art. 4 BV hergeleiteten Grundsatz *ne bis in idem* geht, ist das Bundesgericht gemäss Art. 114bis/3 BV an die Bundesgesetzgebung, zu welcher auch der Bundesberatsbeschluss über die direkte Bundessteuer gehört, gebunden. Es könnte daher nur feststellen, dass die Regelung im Widerspruch zur Verfassung steht. Den angefochtenen Entscheid selbst könnte es jedoch nicht aufheben. Fragen kann sich somit nur, ob allenfalls der Grundsatz, wie er in Art. 4 des Protokolls Nr. 7 zur EMRK und in Art. 14 UNO-Pakt II enthalten, verletzt ist. »; ATF 119 Ib 311, cons. 3.b., p. 319.

³⁴³ Cf. § 207 et 209.

³⁴⁴ ATF 121 V 246, cons. 1 (et 2), p. 247 (à 250) et ATF 121 V 229, cons. 2 (et 3), p. 231 (à 234).

³⁴⁵ Message du Conseil fédéral du 20 novembre 1996, FF 1997 I p. 1 ss.

seulement³⁴⁶. En effet, le Projet C prévoit un contrôle concret concentré au TF des lois fédérales face à la Cst. féd. et face au droit international. Un tel contrôle reste non seulement fermé pour les lois fédérales en dehors de tout cas d'application (contrôle abstrait), mais semble aussi exclu sous la forme préjudicielle. Que faire dès lors, si un tribunal inférieur décèle l'inconstitutionnalité, dans la mesure où aucune procédure de renvoi n'est prévue et que le juge cantonal ne peut pas effectuer le contrôle préjudiciel ? Il existe ici une lacune dans le projet.

266. S'agissant du rapport entre l'ordre international et l'ordre interne, le projet de Constitution ne tranche pas non plus expressément en faveur du monisme ou du dualisme. Tout au plus trouvons-nous des indices analogues (art. 180 Projet A surtout³⁴⁷) à celui de l'art. 113 al. 3 Cst. féd., où il est dit que le TF applique les traités internationaux aux côtés des lois et arrêtés fédéraux, sans qu'il soit question d'un quelconque acte d'incorporation spécifique. Il en résulte la validité immédiate du droit international en droit national, attribut reconnaissable du monisme.
267. Finalement, la question de la primauté des normes internationales sur les lois fédérales en cas de conflit paraît encore controversée. Si le Projet A semblait critiquer la jurisprudence Schubert, le Projet C la maintient. En effet, son art. 178 al. 3 permet au juge de dire dans quelle mesure une loi fédérale doit être appliquée, et ce en dépit d'une inconstitutionnalité (inconventionnalité) qu'il aurait pu déceler sous l'art. 178 al. 1. Le Message confirme d'ailleurs cette volonté de conserver la possibilité de laisser prévaloir les textes d'un législateur qui aurait violé le droit international <en le sachant et le voulant>³⁴⁸ (issue de secours Schubert).

³⁴⁶ Art. 178 al. 1 Projet C : « En rapport avec un cas d'application, le Tribunal fédéral examine si une loi fédérale ou un arrêté fédéral de portée générale viole des droits constitutionnels ou le droit international ». Voir aussi le Message du Conseil fédéral, point 231.5, p. 513 à 522 : Développements de la juridiction constitutionnelle.

³⁴⁷ Art. 180 Projet A (Droit applicable) : « Les lois fédérales, les arrêtés fédéraux de portée générale et le droit international sont déterminants pour le Tribunal fédéral et pour les autres autorités chargées de l'application du droit ».

³⁴⁸ Art. 178 al. 3 Projet C : « Il (le TF) décide dans quelle mesure la loi fédérale ou l'arrêté fédéral de portée générale doit être appliqué ».
« Selon une jurisprudence qui remonte aux origines de notre Etat fédéral et qui a été récemment confirmée, le Tribunal fédéral et les autorités fédérales reconnaissent la

primauté de principe du droit international sur les lois fédérales. Depuis l'arrêt Schubert, ce n'est que dans les cas où le législateur a sciemment envisagé la violation du droit international que le Tribunal renonce, à titre exceptionnel, à s'opposer à l'application de la loi fédérale contraire au droit international. Cette pratique trouve sa justification dans la considération qu'il n'appartient pas au juge de censurer le législateur, alors que celui-ci a accepté d'assumer les conséquences d'une violation délibérée du droit international. C'est pourquoi la réforme de la justice doit préserver la faculté pour le Tribunal fédéral de renoncer exceptionnellement à l'application du principe de la primauté du droit international dans de tels cas, qui sont d'ailleurs rares », Message sur le Projet de Constitution de 1996, p. 521-522.

1408

4. Les Pactes en Allemagne

NB: Nous nous référons ici à la mise en oeuvre des Pactes par la République fédérale d'Allemagne, puis dans l'Allemagne telle que réunifiée par le traité entré en vigueur le 3 octobre 1990. L'approche de ces textes par la République démocratique d'Allemagne avant cette date n'est pas du ressort de cette étude.

4.1. Données relatives aux Pactes

268. En matière de promptitude à la ratification, le cas de l'Allemagne est exemplaire. Cet Etat a en effet ratifié le Pacte relatif aux droits économiques, sociaux et culturels le 17 décembre 1973 - avec entrée en vigueur le 3 janvier 1976, comme pour tous les 35 premiers Etats - et le Pacte relatif aux droits civils et politiques le 17 décembre 1973, également - avec entrée en vigueur le 23 mars 1976, de la même façon³⁴⁹. L'Allemagne a reconnu la compétence du Comité des Droits de l'Homme par une déclaration au sens de l'art. 41 du Pacte II le 28 mars 1979, allant jusqu'à octroyer aux individus le droit de présenter des requêtes individuelles devant ce même Comité (elle a ratifié le Premier protocole facultatif en 1993). Le 18 novembre 1992 est entré en vigueur dans cet Etat le Deuxième protocole facultatif visant à abolir la peine de mort.
269. S'agissant du Premier Protocole additionnel et de la procédure de plaintes individuelles qu'il met en place, la prudente acceptation tardive par l'Allemagne s'explique par sa crainte de voir cette nouvelle procédure entrer en conflit, voire écarter un système européen qui a fait ses preuves. Une fois levées les incertitudes quant à la concurrence entre

³⁴⁹ Intégrés au recueil de loi allemand ; BGBl 1973 II p. 1570 pour le Pacte I et BGBl 1973 II p. 1534 pour le Pacte II.

la Cour de Strasbourg et le Comité de New-York, elle a ratifié ce Protocole³⁵⁰.

270. Ces ratifications ont été accompagnées de certaines réserves et objections. Ainsi, l'Allemagne a émis une objection à la réserve faite par l'Algérie à propos de la liberté syndicale. Dans le cadre du Pacte II, elle a à nouveau objecté contre la réserve de l'Algérie, de même que contre celles de Trinité-et-Tobago et de la République de Corée. Au surplus, les art. 19, 21, 22, 14 al. 3 lit.d, 14 al. 5 et 15 al. 1 du Pacte II ont été complétés par une déclaration interprétative fixant le sens et l'étendue des droits que l'Allemagne entend reconnaître³⁵¹.

³⁵⁰ « Die Bundesrepublik Deutschland ist erst im Juni 1993 dem Fakultativprotokoll (FP) beigetreten. Ursächlich für die Verzögerung waren mehrere, nicht recht überzeugende Gründe. Vor allem bestand die Sorge, dass das Verfahren nach der EMRK ausgehöhlt werden könne: Geht nämlich ein Beschwerdeführer gegen den betroffenen Staat nach Erschöpfung der nationalen Rechtsbehelfe zuerst mittels des Fakultativprotokoll vor, so ist wegen Art. 27 Abs. 1b EMRK den europäischen Institutionen eine Befassung mit seinem Fall verwehrt. Umgekehrt lässt Art. 5 Abs. 2a FP die Befassung des UN-Menschenrechtsausschusses mit einem Fall erst dann zu, wenn das Verfahren vor einer anderen Institution abgeschlossen ist. Damit räumt Art. 5 Abs. 2a FP dem UN-Menschenrechtsausschuss die Kompetenz ein, die Ergebnisse anderer internationaler Untersuchungs- und Beilegungsinstanzen nachträglich überprüfen zu können. Dies beeinträchtigt den Stellenwert anderer internationaler Verfahren jedenfalls dann, wenn der UN-Menschenrechtsausschuss gegenüber einer anderen internationalen Instanz zu einer abweichenden Entscheidung gelangt. »; Klaus Stern, STAATSRRECHT III/2, p. 1601-1602. La déclaration (dont il est question en n. 113 et 120) que le Conseil de l'Europe a proposé à ses Etats membres de faire lors de la ratification du Protocole concerne également l'Allemagne. Cette déclaration pose notamment des règles de litispendance et d'autorité de la chose jugée.

³⁵¹ « 1. Les articles 19, 21 et 22, en conjonction avec l'article 2, paragraphe 1, du Pacte seront appliqués dans le contexte de l'article 16 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950.
2. L'alinéa d du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte sera appliqué comme il suit: il incombe à la juridiction de révision de décider si l'accusé qui n'est pas en liberté doit assister personnellement à ses débats.
3. Le paragraphe 5 de l'article 14 du Pacte sera appliqué de la manière suivante:
a) La possibilité d'un recours devant une juridiction supérieure ne doit pas être ouverte dans tous les cas par le simple fait que l'inculpé a été condamné pour la première fois par la juridiction d'appel.

271. Finalement, par la présentation ponctuelle des rapports périodiques³⁵², elle a rempli - partiellement à tout le moins - ses obligations résultant du Pacte II. Quoiqu'étant partie au Protocole additionnel reconnaissant au Comité des Droits de l'Homme la compétence pour examiner des requêtes individuelles, l'Allemagne n'a fait l'objet d'aucune des plaintes de ce type.

4.2. La place des textes internationaux dans l'ordre interne (en termes généraux)

4.2.1. Intégration des textes internationaux dans l'ordre interne

272. Les art. 24 et 25 de la Grundgesetz³⁵³ fondent une obligation globale de coopération internationale et revêtent - selon la doctrine allemande et dans le contexte actuel d'une intégration plus étroite à l'Union Européenne et d'un nombre croissant de traités mondiaux - une importance au moins aussi grande que les autres principes structurels de base qui établissent l'Etat démocratique, fédéral et social gouverné sur le modèle de l'Etat de droit (Rechtsstaat, rule of law). De ce concept admis de coopération internationale, la Cour constitutionnelle allemande³⁵⁴ a déduit une règle générale d'interprétation pour les cas où elle est confrontée à un texte international: lorsqu'il y a doute, les lois ordinaires

b) Lors d'infractions mineures, le pourvoi devant une juridiction supérieure n'est pas nécessairement admis dans tous les cas de condamnation à une peine non privative de liberté.

4. Le paragraphe 1 de l'article 15 du Pacte sera appliqué comme il suit: dans le cas d'un adoucissement des dispositions pénales en vigueur, dans certains cas exceptionnels précis, le droit en vigueur antérieurement reste applicable à des actes commis avant la modification de la loi. »

³⁵² Le rapport initial a été publié en 1978, puis d'autres rapports ont successivement été rendus publics en 1986, 1990 et 1994, conformément à ce que requiert l'art. 40 du Pacte II.

³⁵³ Ci-après, abrégé GG.

³⁵⁴ Ci-après, repris en allemand « Bundesverfassungsgericht », et abrégé BVerfG.

devront être interprétées autant que possible en accord avec les sources de droit international.

273. La raison de cette attitude est double: d'une part, le BVerfG suit l'approche positive des art. 24 GG et 25 GG et, d'autre part, il tient à éviter d'engager la responsabilité internationale de l'Allemagne en tant qu'Etat. Cette jurisprudence n'est néanmoins pas applicable dans les situations où la GG fixe elle-même l'ordre hiérarchique spécifique entre les deux niveaux interne et international³⁵⁵.
274. La GG reste muette sur la controverse dogmatique qui oppose traditionnellement monisme et dualisme³⁵⁶. Les quelques règles spécifiquement liées au droit international qu'elle contient ont été interprétées dans les deux sens, tout comme les arrêts du BVerfG qui n'a encore jamais été appelé à prendre clairement position dans cette alternative. Il ressort d'une analyse historique que le Parlement de 1949 semble avoir opté pour le dualisme, dans le prolongement de la République de Weimar de 1919³⁵⁷. Aujourd'hui, la majorité de la

³⁵⁵ Le BVerfG a à maintes reprises exprimé cette règle d'interprétation et notamment - très tôt déjà - dans l'arrêt BVerfGE, Band 59, n°4, p.63 (89), « Konkordat ». Considérant B. II. 2 a): «Auslegung und Anwendung der für die Bestimmung der internationalen Zuständigkeit einschlägigen Vorschriften obliegen in erster Linie den Fachgerichten. Das Bundesverfassungsgericht prüft im Verfahren der Verfassungsbeschwerde insoweit lediglich, ob hierbei Bundesverfassungsrecht verletzt worden ist. Im Rahmen seiner Gerichtsbarkheit hat das Bundesverfassungsgericht dabei allerdings in besonderem Masse darauf zu achten, dass Verletzungen des Völkerrechts, die in der fehlerhaften Anwendung oder Nichtbeachtung völkerrechtlicher Normen durch deutsche Gerichte liegen und eine völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Bundesrepublik Deutschland begründen könnten, nach Möglichkeit verhindert oder beseitigt werden.»

³⁵⁶ Les explications sémantiques du § 105 restent valables ici, si bien que nous renvoyons le lecteur à ce petit lexique.

³⁵⁷ Les motifs de 1919 éclairent bien cette tendance: l'influence de l'art. 178 al. 2 de la Constitution de Weimar qui prévoyait la prééminence du Traité de Versailles ne pouvait que mener à séparer autant que possible le système juridique interne de l'ordre international. Par là, bien qu'en maintenant la supériorité du Traité de Versailles, on évitait autant que possible ses incidences directes sur l'ordre interne. Subordonnés à une transformation, les effets en droit national de ce Traité dépendaient donc grandement du sort que lui réservaient les organes allemands. Le dualisme permit de circonscrire au maximum le Traité aux seules relations internationales.

doctrine penche encore pour un dualisme modéré³⁵⁸, modéré dans la mesure où les auteurs reconnaissent que l'Etat doit respecter ses obligations internationales et que bien des conflits peuvent être évités par des règles d'interprétation donnant la priorité à toute solution la plus en conformité avec les obligations étatiques internationales.

275. Bien que la GG et le BVerfG ne se réfèrent qu'à des règles spécifiques (règles générales de droit international public l'art. à 25 GG et traités à l'art. 59 GG) et non pas globales, il est admis que c'est l'ordre constitutionnel interne qui détermine pour chaque cas le rang de la règle internationale et la manière dont elle sera intégrée dans l'ordre interne. Ceci ne découle pas du système allemand seul puisqu'il s'agit d'une règle admise par le droit international lui-même, dans la perspective du respect de la souveraineté nationale. Les constitutionnalistes allemands la reprennent clairement, mais sans s'y attarder³⁵⁹. Seule une approche dualiste du droit international laisse aux autorités nationales une aussi grande latitude; celles-ci décident, en effet, tant du mode de transposition de la norme du niveau international vers le niveau national, que du rang qui leur sera attribué dans ce dernier système. Dans les Etats monistes, où le droit international est directement et automatiquement repris, seul le niveau hiérarchique (et son corollaire, l'applicabilité directe) reste à définir.
276. Dans un tel système dualiste - où un acte de niveau national est nécessaire pour incorporer la règle internationale dans l'ordre juridique interne et où c'est ce même ordre interne qui détermine comment et à quel niveau la règle internationale déploiera ses effets - la question de

Art. 178 al. 2, 2ème phrase de la Constitution de Weimar: «Die Bestimmungen des am 28. Juni 1919 in Versailles unterzeichneten Friedensvertrags werden durch die Verfassung nicht berührt.».

³⁵⁸ En dépit de cela sont apparus quelques monistes modérés, comme notamment Verdross et Simma, confirmant une évolution future pressentie vers le monisme. Ce système s'impose particulièrement en relation avec le développement de l'Europe ainsi que des textes de droit international public de plus en plus nombreux à s'adresser directement aux individus et couvrant des domaines autrefois monopolisés par l'ordre interne.

³⁵⁹ « Wie das Völkerrecht, besser die völkerrechtlichen Regeln und Verträge, in die staatliche Rechtsordnung einbezogen werden, bestimmt nicht das Völkerrecht, sondern das staatliche Recht. »; Erich Bülow, GESETZGEBUNG, p. 1466.

l'incorporation s'avère cruciale. Deux théories d'incorporation s'affrontent: la transformation (avec possibles modifications de la règle d'origine, spécialement quant aux personnes ou pouvoirs de l'Etat à qui elle s'adresse ou destinataires) et l'adoption (reprise fidèle du texte de base). Exceptées les règles de ses art. 25 et 59, la GG reste muette.

277. Alors que le dualisme traditionnel exigeait une transformation, l'approche du droit international par le BVerfG - précisément son souci d'éviter les conflits entre les deux ordres et de mettre davantage l'accent sur la coopération internationale - s'est notoirement modérée. L'incorporation se fait dès lors après modification éventuelle et limitée du destinataire de la norme tout en conservant la substance même de la norme, base pour l'interprétation. Dans cette perspective, la transformation se rapproche beaucoup de l'adoption.
278. Cette évolution a été stimulée par la jurisprudence. Les juges allemands avaient d'abord posé la fiction un peu artificielle que le législateur voulait voir le traité s'appliquer en droit interne dans les termes et de la façon qu'il s'applique en droit international. Peu à peu, ils ont abandonné la théorie de la transformation ainsi interprétée pour celle de l'ordre d'exécution (Vollzugsbefehl) : la loi de réception ne transforme pas le traité en droit interne mais enjoint aux tribunaux d'appliquer le traité (ou du moins celles de ses dispositions directement applicables) en tant que tel. Il n'y a ainsi plus de rupture entre le droit international et le droit interne, les normes se modifient en même temps dans les deux ordres et les règles d'interprétation propres à chacun des ordres s'appliquent. Le droit des gens est appliqué en droit interne sans changer de nature.
279. La distinction entre une incorporation par transformation ou par adoption (ou pour nous rapprocher d'une terminologie allemande, par exécution - <Vollzug>) est toutefois de plus en plus perçue comme un problème secondaire. Ce qui apparaît aux yeux de la doctrine comme le véritable obstacle est la question de l'applicabilité directe des normes incorporées selon l'un de ces deux modes³⁶⁰.

³⁶⁰ « Der Theorienstreit, ob damit der völkerrechtliche Vertrag in innerstaatliches Recht <transformiert> wird, oder ob er nur <in Vollzug gesetzt> wird, hat in der Praxis keine nennenswerte Auswirkung. Von grösserer Bedeutung ist die Frage, ob ein völkerrechtlicher Vertrag so klar und eindeutig abgefasst ist, dass er von den

280. Outre le mode d'incorporation des normes internationales, il faut également déterminer si le texte sera repris dans son ensemble ou bien seulement dans ses règles <self-executing> (créant des droits et obligations pour les individus). La conception actuelle incorpore le texte dans son ensemble - comme lignes directrices ou comme normes <self-executing> - et ce dans la mesure où le législateur a donné son accord pour la totalité du texte. Ce n'est que dans un deuxième temps que les juridictions vont interpréter les normes l'une après l'autre pour trancher entre d'une part celles qui sont directement applicables et donnent des droits et obligations aux individus et d'autre part celles qui ne lient que les organes de l'Etat. Les textes internationaux dans leur ensemble influencent ainsi toute l'activité étatique, ce qui ne serait pas possible s'ils n'étaient repris que dans leurs parties <self-executing>.
281. A cet égard, nous pensons qu'il est logiquement correct de dissocier la question de l'incorporation de celle de l'applicabilité directe. En effet, l'incorporation détermine le passage de la norme de l'ordre international à l'ordre interne, alors que l'applicabilité directe concerne la nature de la norme, particulièrement le problème de son destinataire juridique (droits et obligations pour le particulier ou lignes directrices pour le législateur). Il s'agit donc de deux aspects bien distincts³⁶¹. C'est à notre point suivant (4.2.2. Rapport aux autres normes de protection des droits fondamentaux) que l'applicabilité directe retiendra notre attention.
282. La GG ne contient que des règles spécifiques en relation avec l'incorporation des textes internationaux. L'art. 25 GG incorpore directement les règles générales de droit international public³⁶², tant au

Behörden und Gerichten wie ein innerstaatliches Gesetz angewendet werden kann. »; Bülw, GESETZGEBUNG, p. 1467.

³⁶¹ « Von der Frage der unmittelbaren Anwendbarkeit des Vertrages zu unterscheiden ist, ob der Vertrag subjektive Rechte und Pflichten Einzelner begründet. Dies hängt von einer ausdrücklichen oder im Wege der Auslegung zu ermittelnden Regelung im Vertrag oder im Vertragsgesetz ab. »; Klaus Stern, STAATSRRECHT III/2, p. 1624.

³⁶² A savoir: les principes généraux de droit international public au sens de l'art. 38 al. 1 du Statut de la Cour Internationale de Justice et les coutumes générales à caractère universel pour autant que l'Allemagne ne se soit pas formellement opposée à leur formation. La délimitation concrète du catalogue de ces principes généraux ne va pas sans soulever quelques controverses.

niveau du Bund que des Länder évidemment (art. 31 GG). L'art. 59 GG prévoit à son alinéa 2 une procédure pour l'incorporation des traités touchant aux relations politiques ou concernant des domaines de législation fédérale; les organes législatifs compétents devront les incorporer par un acte spécial³⁶³. Un tel acte s'impose même si l'ordre interne contient déjà des règles identiques ou parallèles à celles contenues dans le texte international³⁶⁴. L'art. 24 GG a été invoqué pour justifier la validité des actes de la Communauté Européenne puis de l'Union Européenne. Finalement, l'art. 100 al. 2 GG³⁶⁵ donne au BVerfG la compétence pour dire si une règle générale de droit international public fait partie intégrante du droit national allemand (en d'autres termes, si elle lie les autorités allemandes en dépit du fait qu'elle n'ait pas été formellement incorporée) et le cas échéant si la norme invoquée octroie des droits et obligations pour l'individu (caractère self-executing)³⁶⁶. Cet art. 100 al. 2 GG peut donc être perçu comme le corollaire de l'art. 25 GG, dont il est le prolongement juridictionnel.

283. L'art. 25 GG pose le principe que les règles générales de droit international public font partie intégrante du droit fédéral allemand (sind Bestandteil des Bundesrechtes). Encore faut-il déterminer quelles sont ces règles générales de droit international qui seront intégrées sans qu'aucun acte formel ne soit nécessaire. C'est ici qu'en cas de doute³⁶⁷ la procédure de l'art. 100 al. 2 GG permettra de trancher judiciairement

³⁶³ Art. 59 al. 2 GG:

« Verträge, welche die politischen Beziehungen des Bundes regeln oder sich auf Gegenstände der Bundesgesetzgebung beziehen, bedürfen der Zustimmung oder der Mitwirkung der jeweils für die Bundesgesetzgebung zuständigen Körperschaft in der Form eines Bundesgesetzes. Für Verwaltungsabkommen gelten die Vorschriften über die Bundesverwaltung entsprechend. »

³⁶⁴ Cf. Meinhard HILF, *GENERAL PROBLEMS*, p.186; contra: Theodor MAUNZ, cité à la note 36 de HILF. Cf. § 284 et sa n. 370.

³⁶⁵ Art. 100 al. 2 GG:

« Ist in einem Rechtsstreit zweifelhaft, ob eine Regel des Völkerrechtes Bestandteil des Bundesrechtes ist und ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt (Artikel 25), so hat das Gericht die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes einzuholen. »

³⁶⁶ Raisonement en deux étapes dont il a déjà été question aux § 280-281.

³⁶⁷ Comme ce fut notamment le cas dans l'affaire sur la portée internationale ou seulement nationale du principe ne bis in idem, § 399.

entre des règles internationales qui seront pratiquement d'effet direct (non pas encore forcément d'applicabilité directe) en droit allemand et celles qui ne déploieront d'effet qu'après un acte d'incorporation au sens de l'art. 59 al. 2 GG. Avant de nous pencher sur les exigences d'un tel acte, signalons que l'analyse de la seconde phrase de l'art. 25 GG - très intéressante dans la mesure où elle pose la primauté de ces règles de droit international sur les lois ordinaires allemandes et leur applicabilité directe - nous occupera un peu plus bas³⁶⁸.

284. La plupart des normes internationales qui pourraient affecter la situation de l'Allemagne ne sont néanmoins pas des règles générales de droit international, mais sont incluses dans des traités pour lesquels cet Etat s'est engagé. C'est spécialement le cas des normes contenues dans les Pactes, lesquelles - mises à part éventuellement quelques normes pouvant prétendre au statut de règle générale de droit international - suivent le sort réservé aux instruments conventionnels ordinaires³⁶⁹. Selon ce qui ressort de l'art. 59 al. 2 GG, une loi d'exécution doit être édictée pour intégrer en droit national allemand des traités dont l'objet relève du droit fédéral ou a un caractère politique. Cette loi - d'autorisation pourrions-nous dire, par référence à la <Zustimmungsgesetz> - s'impose quand bien même les dispositions qu'elle intègre ont déjà leur pareil en droit allemand³⁷⁰.

285. La fonction de cette loi d'autorisation est triple: elle autorise l'engagement international, elle transcrit cet engagement en droit interne

³⁶⁸ Cf. § 289 ss., sous le point 4.2.2. Rapport aux autres normes de protection des droits fondamentaux.

³⁶⁹ «Die meisten internationalen Menschenrechte sind indessen nicht durch Völkergewohnheitsrecht gewährleistet und in dieser Eigenschaft in das deutsche Recht inkorporiert, sondern durch Völkervertragsrecht. Das gilt namentlich für die beiden Internationalen Pakte über bürgerliche und politische Rechte sowie über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. Sie sind ebenso wie andere Konventionen im Wege des Art. 59 Abs. 2 Satz 1 GG in das deutsche Recht übernommen.»; Stern, STAATSRICHT III/2, p. 1623.

³⁷⁰ «Auch wenn das innerstaatliche Recht bereits den Bestimmungen des völkerrechtlichen Vertrags entspricht, muss ein Vertragsgesetz (Parallelgesetz) ergehen. Denn die gesetzgebenden Körperschaften sollen die durch das Vertragsgesetz und den völkerrechtlichen Vertrag entstehende Bindung erkennen und akzeptieren.»; Bülow, GESETZGEBUNG, p. 1471.

et elle attribue une place hiérarchique aux normes contenues dans cet engagement³⁷¹.

286. Nous dirons de la première fonction qu'elle relève plus généralement de l'organisation de l'Etat et de la séparation des pouvoirs. Si elle autorise la ratification et l'entrée en vigueur, celles-ci peuvent très bien pour diverses raisons ne jamais aboutir (refus ultérieur de ratifier, nombre d'Etats parties insuffisant, etc., ...). La deuxième fonction est la plus pertinente pour le point qui nous occupe: grâce à cette loi, le traité devient partie intégrante du droit allemand, qu'il s'adresse aux autorités ou directement aux particuliers. La loi d'autorisation a pour effet de transformer le traité en droit national ordinaire, de le rendre valable en droit interne sans qu'il soit forcément directement applicable. La dernière fonction de hiérarchisation, tout comme la question de savoir jusqu'où la loi d'autorisation donne des droits et devoirs aux particuliers, sera débattue au point suivant, dans le cadre du conflit qui peut exister entre cette loi d'autorisation - et donc indirectement la norme internationale qu'elle reprend - et le droit interne allemand de quelque niveau qu'il soit.
287. Avant de voir plus précisément quel régime définira le rang des Pactes en droit interne, particulièrement par rapport aux autres droits fondamentaux, arrêtons-nous brièvement sur le schéma général qui va s'appliquer aux lois d'incorporation au sens de l'art. 59 al. 2 GG. Le principe clair est que le traité se verra reconnaître le même rang que celui de l'acte qui l'incorpore. La <Zustimmungsgesetz> étant une loi

³⁷¹ « Dieses Zustimmungsgesetz besitzt zum einen die hier nicht näher zu erörternde Ermächtigungsfunktion, zum zweiten die Uebernahmefunktion, sowie schliesslich Rangordnungsfunktion. Die Uebernahmefunktion des Zustimmungsgesetzes bewirkt, dass der Vertrag in das innerstaatliche Recht einbezogen und für alle Normadressaten verbindlich wird. Unerheblich ist, ob es sich um einen Vertrag handelt, der staatliche Organe oder Individuen unmittelbar berechtigt oder verpflichtet. Dies ist eine Frage der von der Geltung des Vertrages zu unterscheidenden Anwendbarkeit (Vollzugsfähigkeit) des Vertrages. Der Vertrag ist in diesem Sinne self-executing. Fehlt diese, so verpflichtet das Zustimmungsgesetz zum Erlass einer dem Inhalt des Vertrages entsprechenden Ausführungsgesetzgebung. Insoweit handelt es sich um non-self-executing-Verträge. »; Stern, STAATSRECHT III/2, p. 1623. Bülow revient également sur cette triple fonction de la <Zustimmungsgesetz>, GESETZGEBUNG, p. 1471-1472, n° 28.

fédérale, elle aura au sein de l'ordre allemand la même valeur que toute autre loi édictée par le Parlement fédéral. Les normes reprises du droit international par ce biais n'auront donc pas la valeur constitutionnelle et vont entrer en concurrence avec des lois ordinaires. Cela signifie que les conflits vont être soumis aux règles ordinaires que sont les adages *lex posterior derogat priori* et *lex specialis derogat generali* qui fixeront l'ordre de priorité entre les deux textes de niveau légal, l'art. 31 GG réglant les conflits entre le droit fédéral et celui des Länder au profit du premier.

288. La position - nullement privilégiée - des normes internationales dans l'ordre juridique allemand est ainsi fragile. Le législateur conserve toute la liberté de déroger à l'accord international en édictant une simple loi le contredisant. Le risque de violer les obligations internationales est dès lors accepté et loin d'être purement hypothétique. Cette éventualité étant tout à fait possible, il n'en demeure pas moins que le législateur placé devant l'alternative de violer ou non le droit international aura, à notre sens, quelques réticences à choisir la première solution si des motifs impérieux ne l'y poussent pas. Certains auteurs voient dans cette retenue un signe que le droit international incorporé est un tout petit peu au-dessus du niveau légal auquel la loi d'incorporation l'intègre³⁷².

³⁷² « Die Rangordnungsfunktion besagt, dass der völkerrechtliche Verträge, sofern er self-executing ist, den Rang des Vertragsgesetzes teilt, das ihn ins innerstaatliche Rechts einbezieht. Es geht daher z. B. jedem Landesrecht vor. Da sich der innerstaatliche Gesetzgeber keines Vertragsbruchs schuldig machen möchte, haben die völkerrechtlichen Verträge und die Ausführungsgesetze hierzu de facto eine grössere Bestandskraft als normale innerstaatliche Gesetze. »; Bülow, *GESETZGEBUNG*, p. 1472. Et le même auteur de dire également: « Erlässt der Bundesgesetzgeber ein Gesetz, das einem geltenden völkerrechtlichen Vertrag widerspricht, so ist das Gesetz innerstaatlich gültig und anzuwenden. Die Bundesrepublik begeht aber möglicherweise gegenüber dem Vertragspartner völkerrechtlich eine Vertragsverletzung und ist entsprechend haftbar. Sofern durch eine völkerrechtsfreundliche Auslegung des innerstaatlichen Rechts eine Kollision mit dem völkerrechtlichen Vertrag vermieden werden kann, ist diese Auslegung zu wählen. Der frühere völkerrechtliche Vertrag als solcher hat somit grundsätzlich keinen Vorrang vor späterem innerstaatlichem Recht. »; *GESETZGEBUNG*, p. 1467. De son côté, Stern abonde dans le même sens: « Die Rangordnungsfunktion bedeutet, dass der Rang des Rechtsetzungsaktes, der die Transformation bzw. den Vollzug des Vertrages bewirkt, zugleich den Rang der übernommenen vertraglichen Regelung bestimmt. Demnach nimmt eine völkervertragliche

4.2.2. Rapport aux autres normes de protection des droits fondamentaux

289. Cette question du rapport aux autres normes protectrices des droits fondamentaux constitue un cas particulier de la hiérarchie entre les normes internationales et les normes constitutionnelles nationales. Tant le monisme que le dualisme prévoient que c'est le droit constitutionnel national qui détermine le rang des normes de droit international incorporées en droit interne³⁷³. Nous sommes ici dans le prolongement de ce qui a été dit précédemment pour les art. 25 et 59 al. 2 GG. Ces deux catégories de normes - principes généraux de droit international incluant le *ius cogens* et normes de traités incorporés par une *<Zustimmungsgesetz>* - peuvent chacune potentiellement entrer en conflit avec les autres droits fondamentaux de l'ordre allemand. C'est pourquoi ces deux types de conflits seront maintenant examinés successivement.
290. Pour les premières - soit pour celles des normes des Pactes qui peuvent prétendre au statut de règle générale de droit international³⁷⁴ -, l'opinion majoritaire de la doctrine et la pratique du BVerfG se refusent à les placer au-dessus de la Constitution, admettant qu'elles peuvent à la limite être de même niveau que la GG³⁷⁵. Leur prééminence - clairement posée à l'art. 25 GG - sur les lois nationales a diverses conséquences, que nous allons analyser successivement pour les différents types de

Bestimmung aufgrund der Zustimmung in Form eines Bundesgesetzes innerstaatlich den Rang eines Bundesgesetzes ein. Ein widersprechendes späteres Bundesgesetz ginge also aufgrund der lex-posterior-Regel vor. Völkerrechtlich läge darin allerdings ein Vertragsbruch, so dass spätere Gesetze in der Regel einen praktischen Vorrang des Völkerrechts beachten. »; STAATSRECHT III/2, p. 1624.

³⁷³ Cf. n. 359, la citation de Bülow.

³⁷⁴ Von Stackelberg a bien souligné la nature des deux types de droits inclus dans la CEDH, observation transposable aux Pactes: « Innerstaatlich hat also die EMRK eine Doppelnatur: Durch Transformation ist sie als deutschsprachiges Bundesgesetz in das innerdeutsche Recht übernommen worden. Gleichzeitig ist sie als Konvention Bestandteil des Völkerrechts geblieben - und zwar im Originaltexte - und insofern über Art. 25 GG in der Bundesrepublik Deutschland anwendbar (dualistische Lehre). »; VERFAHREN, p. 87.

³⁷⁵ Parmi les auteurs soutenant cette égalité hiérarchique, on trouve Doehring, Partsch et Rojahn; cf. HILF, GENERAL PROBLEMS, note 45.

conflits qui peuvent se présenter. En effet, les règles générales de droit international automatiquement intégrées selon l'art. 25 GG sont - théoriquement, entendons-nous bien - susceptibles d'être contraires aux normes obligatoires de droit européen (y compris de la CEDH), à la GG, aux Constitutions des Länder et aux lois fédérales ou provinciales.

291. La première hypothèse d'un conflit avec les normes de droit européen relève plus du cas d'école que d'un risque réel. Il est en effet difficilement pensable que les organes européens édictent des normes qui violent les règles générales de droit international, dont ils préconisent eux aussi une application plus rigoureuse et plus étendue. Si tel devait toutefois être le cas, nous pensons qu'il reviendrait alors aux autorités allemandes de donner la priorité aux règles générales de droit international public, fut-ce au prix de violer le droit européen.
292. La deuxième hypothèse, dans laquelle la GG serait incompatible avec une règle générale de DIPU, relève également de la plus absolue rareté³⁷⁶. N'étant techniquement et théoriquement pas impossible, il nous faut cependant trancher ce cas. Nous penchons pour une application de la règle de DIPU ici aussi, et ce même si l'ordre juridique allemand n'impose pas cette solution. Il ressort de l'esprit de la GG et du principe de <Rechtsstaat> qu'elle entend instaurer et protéger que cette solution devrait s'imposer. Il en va ici d'ailleurs également de l'image que l'Allemagne véhiculerait si elle prenait le parti de violer sciemment les règles minimales que tant d'Etats ont acceptées. Il est difficilement imaginable qu'un tel Etat, qui a tant cherché à promouvoir son catalogue de droits fondamentaux et un contrôle efficace, renonce à accepter la notion d'un minimum international transcendant et surpassant son ordre interne. Mais, encore une fois, ces considérations s'appuient plus sur la

³⁷⁶ « In der Literatur wird den allgemeinen Regeln des Völkerrechts zum Teil Verfassungsrang oder gar Ueberschrankungsrang eingeräumt. Die Frage (des Vorrangs der allgemeinen Regeln des Völkerrechts) dürfte kaum praktische Relevanz haben, weil ein Konflikt der allgemeinen Regeln des Völkerrechts mit dem Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland ganz unwahrscheinlich ist. »; Bülow, op. cit., p. 1467-1468. Ou encore: « In aller Regel werden jedoch die als allgemeine Regeln des Völkerrechts inkorporierten internationalen Menschenrechte den Grundrechten nicht widersprechen, sondern in ihrem Gewährleistungsgehalt hinter den Grundrechten des Grundgesetzes zurückbleiben. Richtigerweise gilt dann das Günstigkeitsprinzip. »; Stern, STAATSRRECHT III/2, p. 1622.

politique juridique générale que sur un ordre strict et technique que la Constitution dicterait clairement.

293. Dans le cas où une règle générale de DIPU entre en conflit avec une loi fédérale, l'art. 25 GG tranche sans ambiguïté en faveur de la première: « Sie gehen den Gesetzen vor ». Cette loi non conforme à la règle générale de droit international public n'en est pas pour autant nulle: les tribunaux inférieurs se contentent de ne pas l'appliquer. Il en va de même pour une décision qui serait contraire à une règle générale de droit international public (pas de nullité de la décision, seulement inapplicabilité)³⁷⁷. Le tribunal inférieur n'est pas habilité à prononcer la nullité de l'acte attaqué, cet effet est attaché aux seuls arrêts du BVerfG (contrôle de constitutionnalité concentré), selon les art. 78 et 79 BVerfGG³⁷⁸.
294. Finalement et conformément au principe posé à l'art. 31 GG selon lequel le droit fédéral brise le droit des Länder, les règles générales de DIPU prévalent également face aux constitutions et lois des Länder qui serait incompatibles. En effet, les principes généraux de droit international sont intégrés en qualité de droit fédéral (... sind Bestandteil des Bundesrechts.) et jouissent donc de la priorité qui lui est attachée. Les conséquences en terme de nullité et d'inapplicabilité seront identiques à celles prévues pour les lois fédérales. Une violation - tant par le législateur fédéral que par ceux des Länder - des règles générales de DIPU est toutefois difficilement concevable.
295. Pour les secondes - soit pour celles des normes des Pactes qui ne font pas partie des règles générales de DIPU -, un conflit avec les autres normes protectrices des droits fondamentaux ne pourra naître que si elles

³⁷⁷ Cf. Hilf, GENERAL PROBLEMS, p.189. Voir aussi Stern, STAATSRECHT III/2, p. 1621: « In späteren Entscheidungen spricht das BVerfG hingegen nur davon, dass die allgemeinen Regeln des Völkerrechts kollidierendes innerstaatliches Recht verdrängen. (...) Für die Annahme, dass entgegenstehende innerstaatliche Vorschriften zwar verdrängt, nicht aber gebrochen werden, spricht ein Vergleich des Wortlauts von Art. 25 GG mit dem des Art. 31 GG. Auch schreiben weder das Grundgesetz noch sonstige Vorschriften die Nichtigkeit von Normen vor, die den allgemeinen Völkerrechtsregeln widersprechen. Daraus folgt, dass den allgemeinen Regeln des Völkerrechts widersprechendes Recht wieder auflebt, wenn die allgemeine Regel des Völkerrechts nicht mehr besteht. ».

³⁷⁸ Les art. 78 et 79 BVerfGG sont cités en n. 431 et étayés dans les § 378 à 341.

sont directement applicables³⁷⁹. Les normes qui ne créent pas de droits et d'obligations pour les particuliers devront encore être concrétisées par des mesures législatives d'application, avant d'éventuellement entrer en collision avec le reste de l'ordre juridique national. Ainsi, avant d'établir des priorités en cas de tels conflits, il convient d'exposer à quelles conditions une des normes reprises des Pactes se verra reconnaître d'application directe en droit allemand.

296. Paradoxalement, la doctrine allemande s'est beaucoup attachée à fonder l'applicabilité directe des droits fondamentaux de la GG et beaucoup moins celle des droits issus du niveau international comme c'est le cas dans les autres Etats. Les hésitations à reconnaître la nature directement applicable des droits de la GG venaient de leur très large rédaction et de la nécessité impérative de leur donner un contenu plus palpable par le biais de la jurisprudence. Et ce avec le risque de laisser au juge, sur la demande d'un citoyen, la tâche et le pouvoir de décider des grandes orientations que certains auraient préféré voir tranchées par le législateur. Le débat s'est finalement clos par le résultat que les droits de la GG peuvent être directement invoqués par les particuliers, quand bien même ils seraient imprécis³⁸⁰. Personne ne songe aujourd'hui à revenir sur cet acquis.

³⁷⁹ Selon la seconde phrase de l'art. 25 GG, cette question ne se pose pas pour les règles générales de droit international public: « Sie gehen den Gesetzen vor und erzeugen Rechte und Pflichten unmittelbar für die Bewohner des Bundesgebietes. ».

³⁸⁰ « Die Grundrechte sind unmittelbar anwendbar. Das bedeutet, dass sie trotz ihrer relativen Unbestimmtheit zum Massstab des staatlichen Handelns gemacht worden sind, dass insbesondere das BVerfG sie in diesem Sinne unmittelbar anwenden kann. Eine äusserste Grenze findet die unmittelbar Anwendbarkeit, wenn das Grundrecht so unbestimmt ist, dass aus ihm keine Richtlinie für die Entscheidung mehr abgeleitet werden kann, der Richter damit entgegen dem Gewaltenteilungsprinzip also rein politisch-gesetzgeberisch tätig werden müsste. (...) Wir können also festhalten, dass heute alle Grundrechte justitiabel sind. Dies gilt aber nur für die Funktion der Grundrechte als Abwehrrechte, als institutionelle Garantie und als Wertordnung. Soweit die Grundrechte Teilhaberechte, positive Leistungsansprüche begründen, sind diese Ansprüche in der Tat so unbestimmt, dass sie nicht justitiabel sind. »; Albert Bleckmann, GRUNDRECHTE, p. 65-66. Voir aussi Stern, STAATSRRECHT III/1, p. 1191 ss.

297. L'applicabilité directe des droits fondamentaux repris du droit international a été nettement moins discutée. Cela dit, il nous est possible par le recoupement des principales opinions de proposer les critères qui distingueront les normes directement applicables de celles qui ne le sont pas. Les droits directement applicables seront ceux dont la formulation est suffisamment précise pour ne pas nécessiter une mise en oeuvre législative³⁸¹.
298. En d'autres termes, ils devront être rédigés de manière claire et sans équivoque (<klar und eindeutig>), afin que les autorités et les tribunaux puissent s'y référer comme à une loi interne ordinaire³⁸². Celles des normes intégrées selon la procédure de l'art. 59 al. 2 GG qui ne répondent pas à ce degré de précision ne seront que la transposition en droit interne des injonctions faites au législateur de prendre les mesures qui s'imposent. Le particulier ne pourra rien en espérer aussi longtemps que le législateur n'aura pas agi³⁸³. Transposés aux Pactes, ces critères excluent l'applicabilité directe du Pacte I, alors qu'ils confirment celle du Pacte II³⁸⁴.

381 « ... so präzise formuliert sind, dass sie der Ausgestaltung durch jeweiliges nationales Recht nicht notwendigerweise bedürfen. »; Stern, STAATSRECHT III/2, p. 1547.

382 « ... so klar und eindeutig abgefasst ist, dass er von den Behörden und Gerichten wie ein innerstaatliches Gesetz angewendet werden kann. »; Bülow, GESETZGEBUNG, p. 1467.

383 « Oftmals sind völkerrechtliche Verträge so angelegt, dass sie erst noch durch ein staatliches Durchführungsgesetz auf die innerstaatlichen Verhältnisse zugeschnitten werden müssen. Dann hat der völkerrechtliche Vertrag keine self-executing-Wirkung und wird durch das Vertragsgesetz nach Art. 59 GG nicht in innerstaatliches Recht transformiert, vielmehr wird lediglich eine Staatenverpflichtung auf innerstaatliche Umsetzung der Vertragspflichten binnen angemessener Zeit begründet. »; Bülow, GESETZGEBUNG, p. 1467.

384 « Wendet man die vorangegangenen Ausführungen auf die für den Geltungsbereich des Grundgesetzes in Frage kommenden internationalen Verträge zum Schutz der Menschenrechte an, so bedeutet dies, dass der Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im innerstaatlichen Rechtsraum Geltung erlangt hat, es aber an der unmittelbaren Anwendbarkeit fehlt. Hingegen ist die unmittelbare Anwendbarkeit des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte zu bejahen. »; Stern, STAATSRECHT III/2, p. 1624.

299. Notre conception des droits fondamentaux de source internationale voit dans l'applicabilité directe le premier d'une série de problèmes sur lesquels une autorité d'application est appelée à se pencher. Ce premier pas va déterminer la nature procédurale de cette norme, spécialement par rapport aux recours que le particulier peut fonder sur elle. Si cet écueil est passé avec succès - à savoir s'il est habilité à se prévaloir directement de cette norme - et avant même de regarder ce que le contenu peut apporter en plus de ce qui est déjà octroyé par l'ordre interne, il faudra déterminer le niveau hiérarchique de cette norme dans l'ordre juridique interne (niveau constitutionnel, loi ou autres). Cette deuxième étape va nous intéresser maintenant.
300. Comme déjà décrit plus haut de façon générale³⁸⁵, le rang hiérarchique dans l'ordre national des traités repris selon la procédure de l'art. 59 al. 2 GG est déterminé par le rang de l'acte qui l'incorpore. Ainsi, un traité incorporé par une loi du Parlement aura la valeur qu'a toute loi issue de cet organe. Les conflits entre les normes sont régis par l'adage *lex posterior derogat priori*; toutefois, la doctrine contemporaine appelle l'application de la règle *lex specialis derogat generali* lorsqu'on est en présence d'un traité relatif aux droits fondamentaux. La tendance est de vouloir appliquer cette règle de la spécialité à tous les traités pour généraliser le respect du droit international public. Examinons plus précisément ce qu'il en est dans les quatre cas de figure envisagés pour le conflit avec les règles générales de droit international.
301. S'agissant tout d'abord du conflit entre le traité incorporé par la *<Zustimmungsgesetz>* et les normes liant l'Allemagne du fait de son appartenance à l'Union Européenne et de son obligation à respecter la CEDH, ce qui a été dit plus haut dans le cadre de l'art. 25 GG³⁸⁶ reste valable. En effet, nous imaginons mal une règle issue d'un traité international relatif aux droits de l'homme être en contradiction avec une norme ayant la même fonction au sein de l'ordre supranational le plus avancé en ce domaine à ce jour. Il pourrait arriver qu'au moment de son incorporation la norme internationale corresponde aux exigences de l'UE et de la CEDH, mais qu'elle devienne incompatible suite à un progrès ou un élargissement de l'approche législative ou judiciaire

³⁸⁵ Cf. § 287 à 288.

³⁸⁶ Cf. § 290 à 294.

européenne. En ce cas, il ne fait aucun doute que, en vertu du principe de faveur³⁸⁷, les autorités allemandes devraient appliquer la norme la plus libérale et écarter la norme de la <Zustimmungsgesetz>. Cette dernière, dont la modification dépend de la modification de la norme du traité au niveau international, serait inapplicable aussi longtemps qu'elle reste en deça du niveau européen³⁸⁸.

302. Plus intéressante et aussi plus critiquable est la solution actuellement en vigueur en cas de conflit entre la norme intégrée par la <Zustimmungsgesetz> d'une part et, d'autre part, soit la Constitution, soit les lois fédérales. Plus haut, nous avons constaté que la norme internationale incorporée l'était à la même place hiérarchique que l'acte qui l'incorporait. La détermination du rang de la norme internationale au sein de l'ordre interne allemand est du reste l'une des fonctions de la loi d'incorporation³⁸⁹. En l'application de ce principe, il est clair que la norme incorporée aura la valeur d'une loi fédérale, éventuellement un peu plus élevée, sans toutefois atteindre le niveau d'une norme constitutionnelle et encore moins se placer au-dessus de la GG.
303. Les outils à disposition pour régler les conflits sont dès lors constitués par les traditionnels adages latins (valable pour le conflit avec les lois fédérales), par une interprétation de la Constitution et des lois fédérales en accord avec les normes internationales incorporées et par un principe de faveur que la doctrine allemande accorde dans la quasi-totalité des cas à la GG, qu'elle juge presque par définition plus généreuse que le droit international. Nous aurons l'occasion de revenir sur ce préjugé en faveur de la GG.
304. Il n'est pas besoin d'insister sur le fait que ni les adages latins, ni l'interprétation conforme au traité de la Constitution et des lois fédérales ne sauraient résoudre toutes les incompatibilités qui peuvent apparaître entre ces trois ordres. Le motif premier en est que le principe de l'interprétation conforme au droit international est une notion difficile à

387 Cf. n. 376, où il est question du <Günstigkeitsprinzip>.

388 Cf. § 293 ce qui a été dit à propos de l'inapplicabilité par rapport à la nullité d'une norme insuffisante.

389 Cf. n. 372, les citations de Bülow, GESETZGEBUNG, p. 1472 et Stern, STAATSRICHT III/ 2, p. 1624.

saisir. Elle est aujourd'hui plus assimilée à une ligne directrice qu'à une véritable méthode d'interprétation de la Constitution³⁹⁰. Au surplus, lorsque le conflit ne peut être vidé par le biais de la seule interprétation, il est nécessaire de trancher. La doctrine et la jurisprudence continuent alors à donner la priorité à la GG. Un conflit avéré avec une loi fédérale - étant du strict point de vue technique au même niveau que la <Zustimmungsgesetz> - se verra en plus appliquer l'ordre de priorité imposé par les principes *lex posterior derogat priori* et *lex specialis derogat generali*. Il en résulte que du droit allemand édicté par le seul Parlement peut déroger au droit repris du niveau international, posant la délicate question de la responsabilité internationale³⁹¹.

305. Le législateur national garde donc un pouvoir certain et le sort des textes internationaux dépend encore grandement de la place que ce législateur veut bien leur réserver. A cet égard, il est admis en droit interne allemand qu'une loi nationale puisse dévier d'un traité international, fût-ce au risque d'engager la responsabilité de l'Etat³⁹². Il est au surplus admis que le législateur allemand peut maintenir dans une loi ultérieure une ou plusieurs dispositions légales que le BVerfG avait

390 « So einig man sich in der deskriptiven Verwendung des Begriffs der Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ist, so unklar ist, welche konkreten Rechtsfolgen sich hieran knüpfen lassen. Sofern hierzu überhaupt Vorstellungen geäußert werden, reichen sie von einer Bewertung als blosser Auslegungshilfe über die Beurteilung als verfassungsrechtlicher Leitlinie oder Leitmaxime, einem Gebot zur völkerrechtsfreundlichen Auslegung des Grundgesetzes bis hin zu einem selbständigen Verfassungsgrundsatz, der auch zu Grundrechtseinschränkungen führen könne. (...) Die Völkerrechtsfreundlichkeit des Grundgesetzes ergibt nichts für die Grundrechtsauslegung. Sie hat den Charakter einer verfassungsrechtlichen Leitlinie. Sie ist bei der Sinnermittlung und der Anwendung innerstaatlicher Rechtsvorschriften zwar zu beachten, schlägt aber im Prozess der Interpretation schon deshalb nicht durch, weil ansonsten ausdrückliche Vorschriften der Verfassung zur Uebernahme und zum Rang völkerrechtlicher Regeln in den Geltungsbereich des Grundgesetzes über den Grundsatz der Völkerrechtsfreundlichkeit eingegeben würden. »; Stern, STAATSRRECHT III/2, p. 1614-1615.

391 Cf. Bülw, GESETZGEBUNG, p. 1467, cité en n. 372.

392 Cf. Hilf, GENERAL PROBLEMS, p.189 et sa note 50 qui renvoie à d'autres auteurs. C'est un des signes de la prééminence du législateur national, même par rapport au BVerfG. Face au droit international et à sa suprématie, la Suisse a également une position fluctuante, illustrée par quelques arrêts marquants regroupés sous le terme générique de jurisprudence Schubert (cf. n. 143).

jugées inconstitutionnelles. Sans qu'il y ait dans la Constitution allemande une injonction claire (l'art. 20 al. 3 GG soumet néanmoins les organes exécutifs et judiciaires à la loi, oeuvre du Parlement) plaçant le Parlement au sommet des trois pouvoirs, la doctrine juridique défend là une forme de suprématie du Parlement. En cas de conflit avec le judiciaire, le législatif décide; de même qu'il peut légiférer en contradiction avec ce que l'exécutif avait cru bon négocier au plan international.

306. Soulignons ici que le seul texte allemand pour lequel la responsabilité internationale ne saurait être engagée est le Traité d'Union consacrant la réunification des deux Allemagne en 1990. Ceci ne surprend guère compte tenu des circonstances particulières de son élaboration et notamment de la collaboration, voire de la surveillance étroite qu'ont alors exercé les puissances étrangères concernées. De plus sa nature spéciale de traité international automatiquement repris en droit interne et apportant des modifications constitutionnelles lui donne un statut différent de celui d'une loi d'incorporation usuelle.
307. Cette importante latitude dont bénéficie le Parlement a évidemment trouvé dans la doctrine des avis partagés quant à son opportunité. Hilf³⁹³ et Bülow³⁹⁴ semblent admettre sans autre que la loi postérieure puisse déroger à la <Zustimmungsgesetz> incorporant une norme internationale et par-là même s'appliquer en lieu et place de cette dernière, d'autres auteurs se montrent plus réticents.
308. Sacker offre lui une vision plus nuancée de cet ordre de priorité. Il semble pour sa part admettre qu'en principe le législateur ne peut pas réintroduire une loi déclarée nulle par le BVerfG, sauf s'il y a changement dans les rapports sociaux ou dans la perception du droit³⁹⁵.

³⁹³ « In general it may not be supposed that the legislature wanted to violate prior treaty obligations. But it is recognized that the legislature can deviate from prior treaty law by adopting an internal law contrary to the relevant treaty rules. »; Hilf, GENERAL PROBLEMS, p. 189

³⁹⁴ Cf. n. 372.

³⁹⁵ « Daraus, dass ein für nichtig erklärtes Gesetz nicht sogleich noch einmal mit demselben Inhalt von den gesetzgebenden Körperschaften beschlossen werden darf, folgt aber nicht, dass dies auch im Falle eines seit dem Richterspruch eingetretenen grundlegenden Wandels der Lebensverhältnisse oder der allgemeinen

Il estime cependant que les tribunaux ne devraient pas substituer leurs évaluations politico-factuelles à celles des députés et ne pas agir en leur place, en qualité de législateur³⁹⁶. Cette limite au pouvoir de décision des tribunaux devant des motifs de seule opportunité les oblige à respecter les orientations prises par le législatif quand il s'agit de valeurs politico-sociales. Dans cette perspective, le législateur devrait, par exemple, être habilité à maintenir ou à réintroduire une conception en matière d'avortement, fût-ce par des dispositions légales déclarées auparavant inconstitutionnelles.

309. Plus par souci de préserver l'équilibre des pouvoirs étatiques, nous exprimons quelques réserves face à la suprématie du Parlement - qui

Rechtsauffassung gelten würde. Ferner ist an eine Fehlprognose des Bundesverfassungsgerichts selbst zu denken, die durch die Tatsachenentwicklung widerlegt wird. Hier kann die Bindungswirkung einer neuen Initiative des Gesetzgebers nicht entgegenstehen. »; Horst Sacker, BVERFG, p. 194. Cet auteur adopte une position moins large que le BVerfG lui-même, puisque selon un arrêt BVerfGE 77 n° 3 p. 84 ss. (cité n. 422), la réintroduction de normes déclarées inconstitutionnelles est possible sans conditions particulières (« Die Bindungswirkung des § 31 BVerfGG und die Rechtskraft normverwerfender verfassungsgerichtlicher Entscheidungen hindern den Gesetzgeber nicht, eine inhaltsgleiche oder inhaltsähnliche Neuregelung zu beschliessen. »). En l'occurrence, dans cette affaire concernant les sociétés privées de mise à disposition de personnel, le BVerfG admet qu'une telle pratique puisse être prohibée dans le secteur de la construction, et ce quand bien même il avait jugé des restrictions du même ordre (instauration d'un monopole d'Etat pour la mise à disposition de personnel) contraires à l'art. 12 al. 1 GG dans un autre arrêt (BVerfGE 21, 261, Adia). Puisque le législateur a décidé de maintenir les restrictions en dépit du premier arrêt du BVerfG, les juges les admettent dans le second.

- ³⁹⁶ « Es ist dabei nicht Aufgabe des Bundesverfassungsgerichts, Entscheidungen der gesetzgebenden Körperschaften darauf zu überprüfen, ob diese von ihrem durch die Verfassung eingeräumten Ermessen einen zweckmässigen und weisen Gebrauch gemacht haben. Insbesondere darf das Gericht nicht seine eigenen politisch-sachlichen Erwägungen an die Stelle der Erwägungen der anderen Verfassungsorgane setzen. Deshalb ist das Gericht ein Parlamentsgesetz nicht schon dann zu beseitigen befugt, wenn es dieses aus politischen oder sonstigen Zweckmässigkeitsgründen für inopportun hält. (...) Aus der Gesetzeskraft bestimmter Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts darf vor allem nicht geschlossen werden, das Gericht dürfe unter Missachtung des Gewaltenteilungsprinzips selbst aktiv gesetzgeberisch tätig werden. Es darf nicht an Stelle des Gesetzgebers eine alte Rechtsnorm durch eine neue Rechtsnorm ersetzen. »; Sacker, BVERFG, p. 194-195.

n'est autre que celle, par le biais des élections, du peuple - dans les cas où il faut décider de questions aussi délicates, voire douloureuses. Nous reviendrons dans notre partie comparatiste sur la question de savoir s'il est judicieux, dans une démocratie, de laisser trancher de cette façon par les élus du peuple des problèmes comme le droit de vote des femmes ou la peine de mort. Les députés sont en effet sensibles à la réélection et de ce fait à l'émotion de leur électorat. De plus, il ne faut pas oublier l'autre pierre angulaire de tout système démocratique qu'est le contrôle de constitutionnalité. Ce sont les juges qui assument la tâche si importante que constitue la confrontation des actes inférieurs face à la référence qu'est la Constitution. Et plus la question est délicate, plus le renvoi à une référence supérieure et stable doit aussi entrer en ligne de compte.

310. Devant cette suprématie du Parlement discutable et discutée, de même qu'en raison du mouvement de plus en plus marqué au niveau international en faveur de la protection des droits fondamentaux, ne conviendrait-il pas d'élever les lois d'approbation (*Zustimmungsgesetz*) - spécialement celles incorporant les Pactes - au niveau de la GG, voire même au niveau des textes européens ? Plusieurs motifs militent pour un tel classement. Tout d'abord la responsabilité de l'Allemagne face à ses partenaires internationaux avec qui elle s'engage. Est-il concevable de dénoncer une situation contraire aux droits fondamentaux dans un autre Etat, alors qu'on accepte cette éventualité au sein de son propre ordre juridique ? De plus, la proximité de rédaction entre les Pactes et la CEDH commande un traitement identique. Comment admettre au niveau logique qu'une norme de la CEDH (par exemple, les garanties judiciaires de l'art. 6) se place au-dessus de la GG³⁹⁷ et que son pendant dans le Pacte II (art. 14) reste au niveau légal, avec toutes les conséquences qui y sont attachées ? Plus que du libéralisme du système, c'est de sa logique qu'il en va.

311. Quatrième et dernier cas de conflit possible, l'incompatibilité entre la *<Zustimmungsgesetz>* et le droit des Länder pose, encore plus que dans le cadre de l'art. 25 GG, la question du rapport entre la norme générale de primauté du droit fédéral (art. 31 GG) et la latitude laissée aux Länder de forger leur propre conception des droits fondamentaux (art. 142 GG). A priori, cette dernière latitude doit être interprétée

³⁹⁷ Cf. § 315 à 316.

comme autorisant certaines dérogations au droit fédéral et même à la Constitution fédérale. En raison de leur rapport de spécialité, l'art. 142 GG prend effectivement le pas sur l'art. 31 GG³⁹⁸.

312. La lettre de l'art. 142 GG indique que les droits fondamentaux inclus dans les constitutions des Länder restent valables s'ils respectent le catalogue des droits fondamentaux contenu aux art. 1 à 18 GG. En d'autres termes cela signifie que seules peuvent dévier du catalogue fédéral les normes qui sont plus généreuses que ce standard minimum. Une partie de la doctrine avance une interprétation un peu différente: il est certes souhaitable de garantir dans les Länder au moins le minimum fédéral, la garantie fédérale des Constitutions des Länder peut néanmoins être acquise quand bien même une de ces Constitutions resterait un peu en-deça. Les nouveaux critères absolus deviennent dès lors identiques à ceux des restrictions admissibles aux droits fondamentaux, sous réserve de leur noyau essentiel³⁹⁹.

³⁹⁸ « Art. 142 GG ist also für seinen Anwendungsbereich Spezialregelung zur generellen Rangaussage des Art. 31 GG. »; Stern, STAATSRICHT III/2, p. 1458.

³⁹⁹ « Die herrschende Meinung legt Art. 142 GG in Verbindung mit Art. 31 GG dahin aus, dass die Landesverfassungen zwar dem GG gleiche und über das GG hinausgehende Grundrechte festlegen können, aber hinter dem Grundrechtsschutz des GG nicht zurückbleiben dürfen. (...) Andererseits soll nach Art. 31 GG alles Bundesrecht, also nicht nur die Grundrechte des GG, den Grundrechten der Länderverfassungen vorgehen. Auch das BVerfG ist der Auffassung, dass durch Art. 31 GG nur Landesverfassungsrecht gebrochen wird, das inhaltlich mit der Bundesverfassung unvereinbar ist. (...) Für diese Vorschrift (28/1 GG) ist aber generell anerkannt, dass zumindest hinsichtlich der <Demokratie> eine volle Übereinstimmung der Landesverfassungen mit der Bundesverfassung nicht verlangt wird, sondern dass sie den Ländern einen gewissen Spielraum hinsichtlich der Ueber- und Unterschreitung des GG-Standards gewährt. Dasselbe muss man daher aber auch hinsichtlich des Rechtsstaats annehmen. Die Homogenität erfordert auch insoweit nicht eine volle Übereinstimmung. Art. 28/1 GG gestattet also sowohl Ueberschreitungen des Grundrechtsstandards des Grundgesetzes als auch eine Unterschreitung, wenn nur ein gewisser Mindeststandard nicht unterstritten wird, der in Art. 19/2 und 79/3 GG zum Ausdruck gelangt. (...) Besteht aber ein solches rechtsstaatliches Bedürfnis der Gesamtheit nicht, muss es dem im Bundesstaat geltenden Prinzip der Verfassungsfreiheit der Länder den Ländern überlassen bleiben, wieweit sie die Grundrechte vorsehen und die Kontrolle der Landesverfassungsgerichte erstrecken. Da die Länder zur Errichtung der Landesverfassungsgerichte bundesrechtlich nicht verpflichtet sind, muss es dem

313. Cette approche originale et particulière à l'Allemagne dans le rapport entre l'Etat central et ses entités fédérées éveille nos doutes, en ce sens qu'elle conduit à de grandes difficultés lorsqu'il s'agit de résoudre un conflit entre le droit du Land et la loi d'approbation. Celle-ci étant du droit fédéral au sens de l'art. 31 GG et non pas incluse dans le catalogue mentionné à l'art. 142 GG, elle prévaudra sur la disposition contraire contenue dans le droit du Land. Cette solution a ceci de paradoxal que la Constitution du Land pourra - sous réserve de respecter l'essence des droits fondamentaux de la GG - déroger à la GG, alors que le droit du Land (Constitution et lois) devra respecter la loi d'incorporation du traité international, et ce même si au niveau fédéral la GG surpasse la *<Zustimmungsgesetz>*. Il en résulte un illogisme qui peut être formulé de la manière suivante: *Zustimmungsgesetz* > Cst. Land, Cst. Land > GG, mais *Zust.G* < GG.
314. Pour sortir de cette impasse, il nous faut écarter Bleckmann et pencher pour la coexistence des deux systèmes. Elle implique qu'il y a deux procédures parallèles, une à chaque niveau. La première permet de faire contrôler la compatibilité avec la GG devant le BVerfG et la seconde la compatibilité avec la Constitution du Land devant le Landesgericht. Une Constitution d'un Land qui resterait en-deça de la GG n'évince pas cette dernière, elle s'y juxtapose. Au particulier qui s'estime lésé dans un droit fondamental que la Constitution du Land ne protège qu'imparfaitement, il reste la possibilité d'agir par la procédure fédérale. Dans cette perspective, la supériorité de la GG sur le droit du Land est rétablie et les entorses logiques précédemment décrites disparaissent.
315. Comme certains auteurs le relèvent⁴⁰⁰, le fait que les traités sur les droits de l'homme soient intégrés par une loi et aient donc le même rang que les lois dans l'ordre constitutionnel interne ne change rien à leur importance qui approche pratiquement celle de la GG. Cela est d'autant plus vrai pour la CEDH: les droits de la GG devront être interprétés au regard de la CEDH et de la jurisprudence de la Cour (dont un arrêt condamatoire a un impact bien plus que simplement politique, notamment en raison de l'engagement que l'Allemagne a pris de s'y

Bund auch gleichgültig sein, wie weit die Kontrolle der frei eingerichteten Landesverfassungen reicht. »; Albert Bleckmann, GRUNDRECHTE, p. 431-432.

⁴⁰⁰ Notamment Konrad Hesse, GRUNDZUEGE, n°278 et sa note. Aussi l'article de Riedel, PROTECTION, dont il sera question plus bas (§ 356 et la n. 451).

conformer - art. 53 CEDH). La doctrine allemande se montre réservée quant à savoir si les Pactes des Nations Unies de 1966 auront des effets comparables, pour le motif que les droits qui y sont reconnus sont souvent déjà inclus dans la GG ou la CEDH⁴⁰¹ et que la menace d'une critique par le Comité des droits de l'homme est autrement moins dangereuse qu'une condamnation par les instances de Strasbourg (art. 5 al. 4 Prot. add. contre art. 53 CEDH).

316. Ce hiatus entre la position théorique et l'importance pratique des droits internationaux des droits de l'homme est justement perceptible dans le cadre de la CEDH. Techniquement, rien n'oblige encore les autorités allemandes à reconnaître à la CEDH une place privilégiée par rapport à la GG, mise à part la menace de condamnations récurrentes par Strasbourg⁴⁰². Pratiquement, la doctrine a bien compris que ces mêmes autorités allemandes n'ont plus le contrôle total de la politique des droits de l'homme. Ainsi, si juridiquement la CEDH est l'équivalent de n'importe quelle autre loi fédérale, concrètement elle est de valeur nettement supérieure, au point que son sort n'est plus qu'en apparence entre les mains du législateur allemand⁴⁰³. Il n'est pas exclu qu'à terme

⁴⁰¹ Nous renvoyons le lecteur au tableau synoptique du point 2.3.5., § 63 et 64 qui met en évidence les recoupements et les lacunes des textes étudiés. Voir également les références faites en particulier à Hesse, GRUNDZUEGE, et Riedel, PROTECTION, au sujet de ce recoupement des contenus.

⁴⁰² «Hinsichtlich der EMRK ist dies (die Rangordnungsfunktion des Zustimmungsgesetzes) bereits früher als unbefriedigend empfunden worden. Versuche, den Rang der EMRK über Art. 25 GG oder Art. 1/2 GG zu erhöhen und somit die Anwendbarkeit der lex-posterior-Regel auszuschliessen, sind jedoch gescheitert. (...) Die Menschenrechte und Grundfreiheiten der EMRK stehen in Gesetzesrang, nicht in Verfassungsrang. »; Stern, STAATSRRECHT III/2, p. 1624-1625.

⁴⁰³ Partagée, voire mitigée est cependant l'opinion de Stern: «Zugleich gilt er (Art. 1/2 GG) als Auftrag, für die Verwirklichung der Menschenrechte weltweit beizutragen. Darin liegt vor allem seine internationale Komponente. In diesem Sinne mag man von einer <aussenpolitischen Richtlinie> für eine <offensive Menschenrechtspolitik> sprechen. Ob daraus auch innerstaatlich Folgerungen etwa in Richtung einer Auslegung der deutschen Grundrechte im Lichte der internationalen Menschenrechte abgeleitet werden können, erscheint zweifelhaft. Dagegen spricht der diese Deutung nicht intendierende Wortlaut der Bestimmung und namentlich der Umstand, dass das deutsche Grundrechtssystem dadurch von Interpretationen abhängig gemacht würde, die nicht in der Hand deutscher Staatsgewalt,

les Pactes accentuent cet effet, que lui nient actuellement encore la plupart des auteurs.

317. La divergence entre la théorie et la pratique disparaît dans le cadre de l'Union européenne. Dans ce système, les tribunaux nationaux ont cédé une part importante de leurs compétences dans le transfert général de compétences nationales vers l'Union. Cet abandon de compétences a eu pour effet de réserver des compétences exclusives aux tribunaux de Luxembourg et, de ce fait, d'exclure les conflits de compétences avec le BVerfG. Le plus important pour nous est la cession en faveur de la Cour de Justice de certaines prérogatives en matière de contrôle des droits fondamentaux par le BVerfG, spécialement depuis un arrêt <Solange II> de 1986⁴⁰⁴. En ce sens, l'impact de l'UE dépasse de loin celui de la CEDH⁴⁰⁵.

insbesondere deutscher Gerichtsbarkeit, stehen. Gleichwohl hat das Bundesverfassungsgericht zumindest die EMRK als Auslegungshilfe für die Interpretation der Grundrechte des Grundgesetzes herangezogen. »; STAATSRECHT III/2, p. 1622-1623.

- ⁴⁰⁴ Matthias Hartwig décrit bien ce phénomène et écrit quelque chose de très intéressant pour notre étude et qui corrobore ce que nous affirmions plus haut: « Ueber kurz oder lang wird es unabwendbar, den in der EMRK niedergelegten Grundrechten einen verfassungsgerichtlichen Schutz zukommen zu lassen, sei es, dass man die Freiheitsgewährleistungen der Konvention zum Bestand von Art. 2 Abs. 1 GG garantierten Rechten zählt, sei es, dass man sie als allgemein anerkannte Völkerrechtsgrundsätze im Sinne von Art. 25 GG ansieht, die vom Bundesverfassungsgericht berücksichtigt werden müssen. »; ZUKUNFTIGE POSITION, p. 180. Aussi intéressante pour le lecteur est la contribution de Rainer Arnold au sujet de la coopération entre le Tribunal de Première Instance de Luxembourg et la Cour constitutionnelle allemande (Rainer Arnold, Das <Kooperationsverhältnis> zwischen europäischem Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht in der Zukunft, in: Piazzolo, p. 273).
- ⁴⁰⁵ « Nachdem sich das Bundesverfassungsgericht aus der Kontrolle des sekundären europäischen Gemeinschaftsrechts auf seine Grundrechtsgemässheit praktisch zurückgezogen hat, gewann die Rechtsprechung der Gerichte der Europäischen Gemeinschaft im Grundrechtsbereich herausragende Bedeutung. Sie übertrifft die der Rechtsschutzorgane der EMRK bei weitem. Das ist zum einen im wechselnden Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das Rechts-, Wirtschafts- und Sozialleben in der Bundesrepublik Deutschland begründet, der den der EMRK hinter sich gelassen hat. »; Stern, STAATSRECHT III/2, p. 1628. Aussi: « Dies macht die Europäischen Gemeinschaften zu einer neuartigen internationalen Organisation sui generis mit präföderalem Charakter, zu einer Art <parastaatlicher Superstruktur>

4.2.3. Valeur et effets juridiques des décisions et arrêts internationaux

318. Cette vaste question n'intéressant qu'indirectement notre étude - basée sur la jurisprudence nationale relative aux textes internationaux et non pas à la «jurisprudence» internationale relative à ces mêmes textes, la seconde influençant néanmoins la première -, nous nous bornerons à présenter succinctement le système⁴⁰⁶. Pour le reste, les développements consacrés à cette problématique dans la perspective générale des Pactes pour tous les Etats s'étendent également à l'Allemagne⁴⁰⁷.
319. En raison de son appartenance à des organisations internationales⁴⁰⁸ dont l'intégration institutionnelle et donc la part de souveraineté cédée est variable, l'Allemagne verra sa position diversement affectée en fonction de l'instance qui aura rendu la décision ou émis les recommandations qui lui sont adressées. A notre sens, il y a lieu de distinguer deux situations fondamentalement différentes: d'une part, les actes émanant de l'Union Européenne (organes législatifs et Cour de Luxembourg) et du Conseil de l'Europe (principalement organes de contrôle de la CEDH) et, d'autre part, les actes élaborés par l'ONU.

mit einer Rechtsordnung, die zwischen dem Völkerrecht und dem staatlichen Recht steht. Die Notwendigkeit einer im gesamten Gebiet der Gemeinschaft gleichen und einheitlichen Geltung des unmittelbar anwendbaren Europäischen Gemeinschaftsrechts erfordert dessen Vorrang vor jedwedem nationalen Recht der Mitgliedstaaten - gleich welcher Rangstufe! Den Vorrang durchgesetzt zu haben ist ein Verdienst der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften. Das Bundesverfassungsgericht hat nach gewissen Zögern in bezug auf den Grundrechtsschutz inzwischen den Vorrang des Gemeinschaftsrechts akzeptiert. Die Rangordnung zwischen Europäischem Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht entspricht also im wesentlichen der zwischen Bundes- und Landesrecht in Deutschland. »; Bülou, GESETZGEBUNG, p. 1468. Le droit de l'UE est ici appréhendé comme supérieur à tout le droit allemand.

⁴⁰⁶ Pour d'éventuels compléments, nous renvoyons à Bülou, GESETZGEBUNG, § 18; Stern, STAATSRRECHT III/2, p. 1626-1630 et von Stackelberg, VERFAHREN, p. 87-88.

⁴⁰⁷ Cf. 2.4. Les instruments de mise en œuvre et de contrôle, § 69 à 94.

⁴⁰⁸ Nous pensons ici à l'Union Européenne, au Conseil de l'Europe et à l'Organisation des Nations Unies, à l'exclusion des autres organisations dans lesquelles l'Allemagne est impliquée.

320. Alors que les premiers lient indiscutablement les autorités allemandes, les seconds ont une valeur plus politique que juridique. Certes, il est des obligations⁴⁰⁹ incombant à l'Allemagne du fait de sa participation à l'ONU et de sa ratification de traités et conventions; ces obligations n'étant pas appuyées par des sanctions en cas de non-respect, leur valeur juridique s'en trouve incontestablement affaiblie. Mais examinons un peu plus précisément ces deux types d'actes et décisions.
321. Les actes des organisations européennes déploient des effets propres à leur degré d'intégration, donc différents selon qu'il s'agit de l'UE ou du Conseil de l'Europe. Pour ce qui est du système mis en place par les traités de Rome, puis de Maastricht et d'Amsterdam, il impose non seulement sans conteste le caractère obligatoire de la juridiction de Luxembourg, mais fait aussi entrer les textes législatifs de l'UE, de par les domaines spécifiques qu'ils touchent, directement dans le quotidien de chaque citoyen (ex. : protection des consommateurs, normes techniques). Le cortège de sanctions (notamment les très efficaces pressions financières exercées par le biais de l'octroi des subventions et la condamnation à des amendes) assure une application des arrêts rendus et la transformation en droit allemand de toute la législation de l'UE. L'Allemagne peut difficilement braver des décisions européennes sans s'attirer l'opprobre de ses partenaires au sein de l'UE. La Cour de Luxembourg devant respecter les droits de la CEDH (art. F al. 2 du Traité de Maastricht), la place des droits fondamentaux issus de cette source s'en trouve d'autant renforcée, même s'ils continueront à être invoqués prioritairement selon la voie qui leur est originellement attribuée (à savoir devant les instances de Strasbourg).
322. Du point de vue du seul caractère contraignant en droit national, les arrêts de la Cour CEDH de Strasbourg ont un effet identique à ceux de la Cour de Justice de l'UE, sauf que les premiers concernent seulement les droits de l'homme. Cet effet des arrêts de la CEDH s'approche plus de ce qu'à terme le système du Premier Protocole au Pacte II peut engendrer. Leur importance en droit allemand a été soulignée par la

⁴⁰⁹ Par exemple, la présentation de rapports périodiques dans le cadre du Pacte II (art. 40).

doctrine, en ce sens que la GG et la CEDH s'influencent mutuellement, de même que les arrêts de leurs juridictions respectives⁴¹⁰.

323. Ainsi, dans la mesure où l'Allemagne a, par son adhésion même à la CEDH, accepté l'effet obligatoire des arrêts de la Cour⁴¹¹, ceux-ci auront des effets tangibles en droit interne allemand. Si à proprement parler la Cour CEDH ne fait que constater une violation des droits inclus dans la CEDH⁴¹², la possibilité qui lui est aménagée de condamner l'Etat fautif à verser une indemnité équitable contraint en pratique cet Etat à modifier au plus vite sa législation⁴¹³. A défaut d'une telle adaptation, il s'expose à des condamnations récurrentes. Et c'est sans compter les mesures de rétorsion que peuvent décider les autres Etats du Conseil de l'Europe à l'encontre d'un Etat particulièrement récalcitrant et qui peuvent aller

⁴¹⁰ « Rechtsvergleichend wird daher die Spruchpraxis der europäischen und internationalen Institutionen auch für die Auslegung der Grundrechte des Grundgesetzes und umgekehrt herangezogen. »; Stern, STAATSRECHT III/2, p. 1140.

⁴¹¹ Art. 53 CEDH, cité en n. 204.

⁴¹² « (Die Menschenrechtsbeschwerde) unterscheidet sich aber von der Verfassungsbeschwerde dadurch, dass sie im Gegensatz zur Verfassungsbeschwerde grundsätzlich nur zu einem Feststellungsurteil führt. Die Organe der Konvention, insbesondere der Gerichtshof in Strassburg, können in die innerstaatliche Gerichtsbarkeit der Mitgliedstaaten nicht eingreifen. (...) Es ist dann Aufgabe des beklagten Mitgliedstaates, die Konsequenzen zu ziehen. »; von Stackelberg, VERFAHREN, p. 87-88.

⁴¹³ « Wenn auch die Urteile des Gerichtshofs nur im konkreten Streitfall ergehen, so reichen ihre Wirkungen doch über den Einzelfall weit hinaus. Die Staaten müssen sich nach dem Urteil richten (Art. 53 EMRK); Kassationswirkung besitzt das Urteil jedoch nicht. Beruht die Rechtsverletzung auf einem konventionswidrigen Gesetz, so ist der belangte Staat zu einer Gesetzesänderung verpflichtet. Zusehends ziehen auch die Gerichte der Mitgliedstaaten die Rechtsprechung der Konventionsorgane bei ihren Entscheidungen heran. »; Stern, STAATSRECHT III/2, p. 1609. Voir aussi Riedel, PROTECTION, à la note 104 qui voit dans l'art. 50 CEDH et la satisfaction équitable un moyen de contraindre un Etat à modifier son système (notamment: « The impact of that Strasbourg decision on the German legal order was enormous, and went well beyond the actual case in point »).

jusqu'à l'exclusion⁴¹⁴. Politiques, ces pressions n'en sont pas moins les garantes efficaces de ce système.

324. En dépit de l'engagement de se conformer aux décisions de la Cour de Strasbourg (art. 53 CEDH), les indemnités prévues à l'art. 50 CEDH ne sont pas à strictement parler exécutables en droit allemand et les autorités allemandes ne sont pas contraintes d'offrir au recourant la révision du procès entaché d'une violation de la CEDH⁴¹⁵. A la différence de certains autres Etats, l'Allemagne ne voit pas encore dans les arrêts de Strasbourg un motif à la révision du procès.
325. Les décisions prises dans le cadre des Pactes - les recommandations suite à la présentation des rapports périodiques et surtout les constatations de violations des droits contenus dans le Pacte II suite à une plainte individuelle au sens du Protocole additionnel - ne sont pas assorties de mesures de contrainte efficaces (l'art. 5 al. 4 Prot. add. parle des « constatations » du Comité). La CEDH, par son art. 53 sur le caractère obligatoire des arrêts de la Cour et par son indemnité équitable de l'art. 50 CEDH, dispose d'instruments nettement plus puissants. Dans cette perspective, elle aura sans doute en Allemagne la faveur des

⁴¹⁴ La Grèce avait par exemple fait l'objet d'une telle mise à l'écart lorsqu'elle était soumise durant les années 1967 à 1974 au régime dit <des Colonels>, lequel bafouait crassement les droits de la CEDH.

⁴¹⁵ « Der Gesetzgeber sei von Völkerrechts wegen nicht verpflichtet, eine rechtskraftdurchbrechende Wiederaufnahme gerichtlicher Verfahren in Fällen der in Rede stehenden Art zu ermöglichen. Eine Pflicht der Vertragsstaaten der MRK, eine rechtskraftdurchbrechende Wiederaufnahme strafgerichtlicher Verfahren für den Fall zu ermöglichen, dass der (Strassburger-Gericht) eine das Verfahren betreffende Konventionsverletzung festgestellt hat, ergebe sich auch nicht aus Art. 13 MRK. Art. 13 MRK gewährleiste demjenigen, der geltend macht, er sei in einem in der Konvention garantierten Rechte verletzt worden, eine <wirksame Beschwerde bei einer nationalen Instanz>. Der Beschwerdeführer habe die Möglichkeit gehabt, vor dem Bundesgerichtshof und dem BVerfG geltend zu machen, dass die Ablehnung seines Antrags auf unentgeltlichen Beistand eines Pflichtverteitigers ihm zustehende Rechte verletzt. Damit sei der Anspruch des Beschwerdeführers auf eine <wirksame Beschwerde> erfüllt. Einen darüber hinausgehenden Anspruch auf eine Erweiterung der im innerstaatlichen Recht vorgesehenen Gründe für die Wiederaufnahme rechtskräftig abgeschlossener strafgerichtlicher Verfahren enthalte Art. 13 MRK nicht. »; von Stackelberg, VERFAHREN, p. 126. Le fait que l'Allemagne refuse le droit à la révision ne viole pas non plus les art. 52 et 53 CEDH.

plaideurs dont le but bien compris est d'obtenir un changement concret de leur situation, que ce soit par une nouvelle appréciation de leur situation juridique ou par une indemnisation de leur dommage.

326. Le rapport de concurrence qui existe entre les voies de droit ouvertes sous la CEDH ou sous le Pacte II est à l'origine des réticences, levées en 1993, qu'avait l'Allemagne à ratifier le premier Protocole additionnel au Pacte II⁴¹⁶. La possibilité pour l'individu de porter sa plainte devant le Comité des droits de l'homme est tempérée par les règles de litispendance et d'autorité de la chose jugée. Par ce biais, les Etats du Conseil de l'Europe ont essayé d'harmoniser les procédures, sans octroyer les deux à la fois - ni simultanément, ni successivement⁴¹⁷.
327. Un citoyen allemand peut donc faire usage de la procédure de plainte individuelle devant le Comité des droits de l'homme. Des soucis d'efficacité le pousseront souvent à préférer la procédure européenne, si bien que jusqu'à présent, l'Allemagne n'a encore jamais été attaquée sur la base onusienne. Il nous est difficile, dans ces circonstances, de dire si une éventuelle condamnation par ces instances onusiennes aura une incidence sur la situation du particulier d'une part et l'adaptation de la législation d'autre part. La doctrine allemande est plutôt réservée quant à l'impact d'une plainte engagée selon le Protocole additionnel au Pacte II, lui attachant un écho avant tout politique⁴¹⁸. Nous sommes d'avis qu'une condamnation de l'Allemagne imposera à cet Etat quelques mesures concrètes comme l'indemnisation de la victime ou la modification de la législation incriminée, sans toutefois que l'urgence et

⁴¹⁶ Cf. § 269.

⁴¹⁷ L'autorité de chose jugée des arrêts CEDH est posée à l'art. 52 CEDH qui rend ces arrêts définitifs. Un texte du Conseil de l'Europe (Cf. n. 120) interdit le cumul simultané ou successif des procédures de Strasbourg et de New-York, combinant ainsi les principes de litispendance et d'autorité de chose jugée (ne bis in idem). Finalement, l'art. 44 Pacte II réserve les autres procédures en matière de protection des droits de l'homme, notamment européennes, alors que l'art. 5 al. 2 lit. a Protocole 1 règle la litispendance. Voir aussi notre point 2.4.4., § 89 à 94.

⁴¹⁸ « Dass das sogenannte 1503-Verfahren als Rechtsschutzzinstrument zugunsten des Einzelnen besonders effektiv wäre, lässt sich schwerlich behaupten. Eine gewisse Bedeutung des Verfahrens liegt aber zum einen darin, dass trotz seiner Vertraulichkeit gelegentlich bekannt wird, welcher Staat <auf der Anklagebank sitzt>. »; Stern, STAATSRECHT III/2, p. 1604.

le caractère impératif de ces mesures ne soit comparable avec celles imposées par une violation de la CEDH (pas de pendant de l'art. 53 CEDH dans le Protocole additionnel au Pacte II ; cf. art. 5 al. 4 Prot. add.).

328. Obligation de base du Pacte II comme du Pacte I, la présentation de rapports périodiques exposant la situation des Pactes donne lieu à des recommandations par les Comités respectifs des deux Pactes. Celles-ci sont relativement peu contraignantes, dans la mesure où elles n'entraînent aucune sanction exécutable en droit allemand. L'obligation de tenir compte des critiques et d'améliorer la situation de rapport en rapport est à cet égard très diffuse, notamment quant à ses répercussions en droit allemand. Tout juste imaginons-nous que cet Etat consciencieux en tiendra compte, malgré la révérence qu'il a pour son propre catalogue de droits fondamentaux⁴¹⁹.

4.2.4. Valeur et effets juridiques des décisions et arrêts nationaux

329. Les arrêts du BVerfG lient toutes les autorités nationales et ont force de loi; la règle de l'art. 31 al. 1 de la loi sur le BVerfG⁴²⁰ est sans ambiguïté à cet égard⁴²¹. L'alinéa 2 prévoit que dans certains cas - procédures de compatibilité du droit du Bund et des Länder avec la GG sur demande des autorités (§ 13 ch. 6 BVerfGG), de Verfassungsbeschwerde (§ 13 ch. 8a BVerfGG), de renvoi par un tribunal inférieur pour trancher une

⁴¹⁹ Cf. § 407 à 410.

⁴²⁰ Bundesverfassungsgerichtsgesetz, abrégé BVerfGG.

⁴²¹ § 31 BVerfGG, Verbindlichkeit der Entscheidungen:

«1. Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts binden die Verfassungsorgane des Bundes und der Länder sowie alle Gerichte und Behörden.
2. In den Fällen des § 13 Nr. 6, 11, 12 und 14 hat die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts Gesetzeskraft. Das gilt auch in den Fällen des § 13 Nr. 8a, wenn das Bundesverfassungsgericht ein Gesetz als mit dem Grundgesetz vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt. Soweit ein Gesetz als mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht vereinbar oder unvereinbar oder für nichtig erklärt wird, ist die Entscheidungsformel durch den Bundesminister für Justiz im Bundesgesetzblatt zu veröffentlichen. Entsprechendes gilt für die Entscheidungsformel in den Fällen des § 13 Nr. 12 und 14. »

question de droit (§ 13 ch. 11 BVerfGG) ou établir l'existence ou l'absence d'une règle générale de droit international public (§ 13 ch. 12 BVerfGG) -, la décision du BVerfG a force de loi (Gesetzeskraft) et impose la publication du dispositif de l'arrêt (Entscheidungsformel).

330. Selon la doctrine, ceci ne s'oppose pas à ce que le législateur adopte à nouveau une réglementation de contenu identique à celui de la norme remise en question par un arrêt constitutionnel⁴²². Cette solution peut paraître choquante tant au regard du principe de la séparation des pouvoirs que de la lettre du § 31 BVerfGG.
331. Il en découle en effet que le législateur peut persister dans la voie déclarée judiciairement inconstitutionnelle en se cantonnant au texte litigieux voté une seconde fois. La liberté lui est ainsi laissée de passer outre le désaveu du BVerfG. Le risque est dès lors grand d'aboutir à un système où il serait en quelque sorte possible de maintenir ou de réintroduire des lois inconstitutionnelles. L'ultime décision dépend ainsi du vote des parlementaires plus que du contrôle de constitutionnalité, ce qui est un moyen d'affirmer la suprématie du Parlement⁴²³.
332. Les juristes suisses penseront ici au verrou de l'art. 113 al. 3 Cst. féd. qui met quant à lui les lois fédérales votées par le Parlement à l'abri de tout contrôle et assied clairement la supériorité de ce Parlement lorsqu'il

⁴²² Voir à ce propos Hesse, GRUNDZUEGE, n° 688, note 29: «Doch hindern § 31 BVerfGG und die Rechtskraft normverwerfender verfassungsgerichtlicher Entscheidungen den Gesetzgeber nicht, eine inhaltsgleiche oder inhaltsähnliche Neuregelung zu beschliessen.». L'arrêt cité par Hesse précise jusqu'où le législateur est lié par une décision du BVerfG et quelle latitude lui est laissée de passer outre les avis de la juridiction constitutionnelle (voir BVerfGE, Band 77, n°3, p.84, considérant C. II., p.103 ss.). Cf. n. 395.

⁴²³ La doctrine a toutefois souligné l'influence des décisions du BVerfG sur le processus législatif, dans la mesure où le Parlement en tient compte afin d'éviter autant que faire se peut des contrôles ultérieurs: «Um ein Gesetz <verfassungsgerichtsfest> zu machen, werden bereits Andeutungen oder beiläufig Gesagtes in den Entscheidungen des Verfassungsgerichts gewissermassen in vorausseilendem Gehorsam befolgt. Dadurch kommt der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts eine <Beteiligung> am Gesetzgebungsverfahren in dem Sinne zu, dass die gesetzgebenden Organe, um spätere erfolgreiche Normenkontrollen zu vermeiden, bei ihrer Tätigkeit die bisher erfolgte Interpretation der Verfassung durch das Gericht berücksichtigen.»; Säcker, BVerfG, p. 221-222.

s'agit de décider d'une loi violant la Constitution. A la différence de ce système qui exclut d'emblée tout contrôle, le BVerfG a au moins la compétence de se prononcer. Si les élus du peuple veulent s'entêter, c'est en toute connaissance de la violation de la GG qu'ils voteront la loi une seconde fois⁴²⁴.

333. A côté des effets généraux de l'art. 31 BVerfGG, cette loi prévoit des effets spéciaux qui les complètent. C'est en fonction du type de saisine et donc de la divergence des faits qui y sont à la base que les effets vont varier. Soulignons que c'est la GG qui fonde directement les procédures qui sont explicitées dans le BVerfGG et dont il sera également question plus bas, du point de vue des conditions à l'action⁴²⁵. Parmi les cas où le BVerfG est compétent (§ 13 BVerfGG), cinq situations méritent notre attention dans le cadre de cette étude.
334. D'une part - et principalement -, il s'agit du recours constitutionnel⁴²⁶ dans la mesure où, plus que toute autre procédure, il octroie un pouvoir à l'individu qui pourra solliciter lui-même le respect de ses droits fondamentaux. D'autre part, il est des procédures⁴²⁷ qui, bien que réservant le pouvoir de saisine à des autorités gouvernementales, législatives ou judiciaires, s'inscrivent dans le cadre général de la mise en oeuvre de textes relatifs aux droits de l'homme, mise en oeuvre qui ne saurait se passer du concours des autorités. Ces dernières jouent effectivement un rôle de premier plan dans le développement du système allemand - grâce entre autres à ce pouvoir de saisine qui leur est largement octroyé - et influencent fortement la situation des particuliers - notamment ce qu'ils peuvent attendre de la mise en oeuvre des textes internationaux relatifs aux droits de l'homme.
335. L'idée que cette mise en oeuvre se ferait par le seul intermédiaire des actions judiciaires des particuliers est plus fausse ici que partout ailleurs. Les autorités jouissant du pouvoir de saisine peuvent, par leur bienveillance à l'égard des textes internationaux, encourager l'intégration de ceux-ci et en favoriser une plus large prise en compte.

⁴²⁴ Cf. § 304 à 310, où la suprématie du Parlement en Allemagne est aussi examinée.

⁴²⁵ Cf. § 353 ss.

⁴²⁶ § 13 ch. 8a BVerfGG: Verfassungsbeschwerde.

⁴²⁷ § 13 ch. 2, 6, 11 et 12 BVerfGG.

La position du particulier sera inévitablement modifiée si les autorités agissent de la sorte et créent les conditions - factuelles et institutionnelles - propices à l'extension des droits fondamentaux, tant du point de vue de leurs sources (nationales, européennes, internationales) que de leur contenu.

336. Examinons les cas de saisine susmentionnés. L'interdiction des partis politiques inconstitutionnels au sens de l'art. 21 al. 2 GG se requiert devant le BVerfG, dont la compétence est fondée sur cet art. 21 al. 2 GG et sur le § 13 ch. 2 BVerfGG⁴²⁸. Les § 43 ss. BVerfGG règlent plus précisément cette interdiction. Le § 46 BVerfGG⁴²⁹ prévoit la constatation d'inconstitutionnalité du parti en entier ou d'une de ses entités, juridique ou organisationnelle, seule, la dissolution du parti ou de son entité en cause et la saisie des biens en faveur du Bund ou du Land.
337. Du point de vue des Pactes, une telle sanction sera prononcée à l'encontre d'un parti ne respectant lui-même pas les droits les plus élémentaires qui y sont inclus ou enjoignant ses adhérents à ne pas les respecter (par exemple: un parti violant l'interdiction de la torture, la liberté de croyance, ou de façon plus tristement banale incitant à la haine raciale, etc.). Les tribunaux allemands se montrent néanmoins circonspects lorsqu'il s'agit de prononcer une telle interdiction dont la gravité ne saurait nous échapper. Une mesure aussi radicale n'a d'ailleurs été prise que dans deux cas, au début des années 50.

⁴²⁸ § 13 ch. 2 BVerfGG:

« Das Bundesverfassungsgericht entscheidet in den vom Grundgesetz bestimmten Fällen, und zwar (...)

2. über die Verfassungswidrigkeit von Parteien (Artikel 21 Abs. 2 des Grundgesetzes) (...). ».

⁴²⁹ § 46 BVerfGG:

« 1. Erweist sich der Antrag als begründet, so stellt das Bundesverfassungsgericht fest, dass die politische Partei verfassungswidrig ist.

2. Die Feststellung kann auf einen rechtlich oder organisatorisch selbständigen Teil einer Partei beschränkt werden.

3. Mit der Feststellung ist die Auflösung der Partei oder des selbständigen Teiles der Partei und das Verbot, eine Ersatzorganisation zu schaffen, zu verbinden. Das Bundesverfassungsgericht kann in diesem Fall ausserdem die Einziehung des Vermögens der Partei oder des selbständigen Teiles der Partei zugunsten des Bundes oder des Landes zu gemeinnützigen Zwecken aussprechen. ».

338. L'examen de la compatibilité du droit du Bund ou des Länder avec la GG et du droit des Länder avec le droit du Bund (Art. 93 al. 1 ch. 2 GG et § 13 ch. 6 BVerfGG⁴³⁰) est appréhendé par les § 76 ss. BVerfGG. Les § 78 et § 79 BVerfGG⁴³¹ sont d'importance cardinale pour cette procédure comme pour les suivantes. Selon ces articles, le BVerfG déclare nulle (nichtig) la loi incompatible (unvereinbar) avec la GG, ou avec le droit du Bund s'il s'agit d'une loi d'un Land.
339. Cette déclaration de nullité peut s'étendre à toutes les dispositions de la loi jugées incompatibles et non pas aux seules directement attaquées (§ 78 BVerfGG). Les effets des arrêts du BVerfG se déploient en principe ex tunc. La conséquence en est que la révision d'un procès pénal fondé sur une norme incompatible est ouverte sur action et que les décisions

430 § 13 ch. 6 BVerfGG:

« Das Bundesverfassungsgericht entscheidet in den vom Grundgesetz bestimmten Fällen, und zwar (...)

6. bei Meinungsverschiedenheiten oder Zweifeln über die förmliche oder sachliche Vereinbarkeit von Bundesrecht oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder die Vereinbarkeit von Landesrecht mit sonstigem Bundesrecht auf Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages (Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2 des Grundgesetzes) (...). »

431 § 78 BVerfGG:

« Kommt das Bundesverfassungsgericht zu der Ueberzeugung, dass Bundesrecht mit dem Grundgesetz oder Landesrecht mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht unvereinbar ist, so erklärt es das Gesetz für nichtig. Sind weitere Bestimmungen des gleichen Gesetzes aus denselben Gründen mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht unvereinbar, so kann sie das Bundesverfassungsgericht gleichfalls für nichtig erklären. ».

§ 79 BVerfGG:

« 1. Gegen ein rechtskräftiges Strafurteil, das auf einer mit dem Grundgesetz für unvereinbar oder nach § 78 für nichtig erklärten Norm oder auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist, ist die Wiederaufnahme des Verfahrens nach den Vorschriften der Strafprozessordnung zulässig.

2. Im übrigen bleiben vorbehaltlich der Vorschrift des § 95 Abs. 2 oder einer besonderen gesetzlichen Regelung die nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen, die auf einer gemäss § 78 für nichtig erklärten Norm beruhen, unberührt. Die Vollstreckung aus einer solchen Entscheidung ist unzulässig. Soweit die Zwangsvollstreckung nach den Vorschriften der Zivilprozessordnung durchzuführen ist, gilt die Vorschrift des § 767 der Zivilprozessordnung entsprechend. Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung sind ausgeschlossen. ».

définitives (nicht mehr anfechtbaren Entscheidungen), bien que restant inchangées, ne font plus l'objet d'une exécution forcée et ne sauraient fonder une action en restitution de l'enrichissement illégitime (§ 79 BVerfGG). En d'autres termes, cette nullité impose le maintien des actes juridiques accomplis de façon définitive et la renonciation à tous les actes qui n'ont pas encore été accomplis sans retour⁴³². Si un dommage consécutif à l'application d'une norme inconstitutionnelle peut être prouvé, l'indemnisation sera fixée par un tribunal ordinaire. Celui-ci ne pourra pas être saisi en invoquant l'enrichissement illégitime, mais selon les règles générales de responsabilité⁴³³. Dans le domaine pénal, l'indemnisation sera fixée en conformité avec la loi sur le dédommagement suite à des mesures de poursuite pénale⁴³⁴. En ce sens, ce système de nullité est bien loin de la nullité absolue et stricte que l'on attendrait sous l'appellation <ex tunc>⁴³⁵.

432 « Demgegenüber aber sind ebenfalls dem Rechtsstaatsprinzip entspringenden Forderungen nach Rechtsfrieden und Rechtssicherheit zu beachten. In Orientierung an der Regelung des § 79/2 BVerfGG, die eben diesen Interessenkonflikt zu lösen versucht, ist davon auszugehen, dass der Gesetzgeber eine rückwirkende Regelung so zu treffen hat, dass zwar alle rechtskräftig abgeschlossenen Verfahren unberührt bleiben dürfen, die nicht abgeschlossenen hingegen in die Neuregelung einbezogen werden müssen. »; Peter Hein, UNVEREINBARERKLÄRUNG, p. 37-38.

433 Cf. von Stackelberg, VERFAHREN, p. 29-31.

434 Gesetz über die Entschädigung für Strafverfolgungsmassnahmen (StrEG), vom 8.3.1971 (BGBl. I S. 157).

435 « Limitée aux décisions pénales, la rétroactivité intégrale apparaît comme un régime particulier, dérogatoire au régime général qui est celui de la rétroactivité limitée. Or, même en matière pénale, la règle de la nullité avec effet ex tunc est nuancée: les condamnations pénales prises sur la base d'une loi annulée ne sont pas automatiquement nulles et les procédures de révision ne sont pas entamées d'office. La déclaration de nullité ouvre seulement à celui qui a été condamné la possibilité de déclencher une procédure de révision dans les conditions fixées par le code pénal. On peut certes considérer que cette réglementation est seule compatible avec les principes généraux du droit pénal et avec le respect de la chose jugée. Il reste qu'on est très loin de la fiction de la nullité ipso jure qui voudrait qu'on considère que la norme n'ait jamais existé. La Cour a d'ailleurs précisé que l'interdiction d'exécuter des décisions devenues incontestables ne s'applique pas aux décisions pénales: le régime des décisions pénales prises sur la base d'une loi annulée est réglé exclusivement par le § 79/1 BVerfGG; il appartient à la personne condamnée de demander la réouverture du procès. »; Béguin, CONTROLE, p. 214. Ce même auteur souligne du reste la position ambivalente du BVerfG en tant « qu'elle a

340. Il n'est pas inutile à ce stade d'étayer quelque peu les implications attachées à la nullité des normes jugées inconstitutionnelles. Cette nullité n'est pas uniforme, elle varie en fonction du type de contrôle (abstrait ou concret) et du type d'acte attaqué, entre autres facteurs. Dans cette perspective, nous parlerons volontiers de <nullité à géométrie variable>⁴³⁶.
341. L'étendue de l'annulation varie ainsi en fonction des procédures. Une loi n'est que très rarement déclarée nulle dans sa totalité et le délicat problème de la délimitation des normes à annuler se pose dès lors fréquemment. Les juges constitutionnels vont devoir se prononcer en fonction du degré d'indépendance ou d'interdépendance des normes inconstitutionnelles par rapport à l'ensemble de la loi en cause. Plus le degré de dépendance est fort, moins il sera possible de limiter la nullité à quelques normes seulement.
342. A côté de la nature cassatoire du jugement d'inconstitutionnalité - qui va annuler une loi ou une décision -, le BVerfG a également un rôle plus actif lorsqu'il indique aux autres autorités, soit dans quel sens il faudra décider, soit surtout dans quel sens il faudra légiférer. Basées sur l'art. 35 BVerfGG (modalités d'exécution d'une décision), ces mesures positives vont du règlement transitoire d'une situation qui ne saurait rester sans qualification juridique (très proche donc du comblement d'une lacune) à de véritables lignes directrices desquelles le législateur

plutôt opté pour la sécurité et la stabilité juridique à l'encontre du principe de la nullité avec effet ex tunc auquel elle n'a jamais renoncé théoriquement. », (p. 218). Voir aussi von Stackelberg, VERFAHREN, p. 31, qui précise l'exécutabilité des sanctions pénales contre lesquelles aucune procédure en révision n'est intentée par le condamné (« Selbst die Nichtigerklärung der strafrechtlichen Norm, auf der das Strafurteil beruht, hat an sich noch nicht die Unwirksamkeit der Straferkenntnisse oder ein Vollstreckungsverbot zur Folge. Wird ein Wiederaufnahmeverfahren nicht durchgeführt, so bleibt das Straferkenntnis vollstreckbar. »).

⁴³⁶ « Notons qu'en principe, l'étendue des pouvoirs d'annulation du juge n'est pas la même dans les différentes procédures. C'est dans la procédure de contrôle abstrait des normes sur requête d'organes politiques que les pouvoirs d'annulation sont les plus larges: dans ce cas, le juge peut étendre l'annulation au-delà des dispositions contestées. Dans le contrôle concret des normes, l'annulation ne peut porter que sur la partie de la norme qui est déterminante (entscheidungserheblich) pour le règlement du cas d'espèce qui est à l'origine du contrôle. »; Béguin, CONTROLE, p. 165-166.

ne peut ensuite que très peu dévier, sous peine d'édicter consciemment une législation inconstitutionnelle et risquant d'être à nouveau annulée par le BVerfG.

343. La doctrine⁴³⁷ est hésitante, voire ouvertement critique face à ce qu'elle assimile parfois à une usurpation par les juges du pouvoir législatif. Cette usurpation est d'autant plus pernicieuse qu'elle se fait par le biais de lignes directrices ou d'une réglementation transitoire⁴³⁸ et non pas au grand jour.

⁴³⁷ Le plus révélateur de l'attitude ambivalente des auteurs face à cette faculté d'édicter des solutions transitoires en lieu et place du législateur est la position défendue par Säcker : « Neben der kassatorischen Befugnis, vermittle derer das Bundesverfassungsgericht Verletzungen der Verfassung durch den Gesetzgeber rückgängig macht, nimmt das Gericht auch positive oder konstruktive Befugnisse ihm gegenüber in Anspruch. Ihre dogmatische Begründung erweist sich als schwieriger als die der herkömmlichen negativen Entscheidungen. (...) Kritiker haben demgegenüber beanstandet, das Gericht usurpiere mit einer solchen <gesetzesvertretenden Notverordnung> die Funktionen der Legislative und verweise die gesetzgebenden Körperschaften auf eine nachgeordnete Vollzugstätigkeit. », VERFAHREN, p. 208-212. Critique dans l'extrait qui précède, Säcker se montre mieux disposé à l'égard du juge-législateur un peu plus bas : « Es handelt sich um eine legitime Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit, selbst positive Entscheidungen in Fällen zu treffen, in denen der Gesetzgeber verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter nur unzureichend oder gar nicht berücksichtigt oder wo er einseitig handelt. Das Gericht legt entweder dar, dass die Verfassung eine bestimmte Regelung zwingend erfordert, oder es erläutert dem Gesetzgeber mehrere Möglichkeiten zur Gestaltung einer Ausschlussregelung. Insoweit handelt es sich um eine vorweggenommene Normenkontrolle, mit der das Gericht - sich faktisch selbst bindend - dem Gesetzgeber die verfassungsrechtlich gebotenen oder doch möglichen Wege weist. », VERFAHREN, p. 218. Et de tracer la limite de cette forme de contrôle préventif : « Es wäre also untunlich, schon vorher die Verfassungsmässigkeit eines Entwurfs zu prüfen. Die notwendige Begrenzung des Verfassungsgerichts auf die Rechtmässigkeitskontrolle fordert grösste Zurückhaltung, solange der politische Willensbildungsprozess im Parlament noch im Gange ist. Das gilt allgemein für Regelungs- und Detailvorgaben, die das Parlament in seinem politischen Gestaltungsauftrag binden. Sie dürfen nicht zur Bevormundung des Gesetzgebers führen. », VERFAHREN, p. 219.

⁴³⁸ Béguin décrit bien comment la réglementation transitoire en matière d'avortement et son caractère punissable, par sa formulation même, impose la structure que le législateur devra adopter. Béguin, CONTROLE, p. 171-174.

344. Finalement, outre la mesure radicale qui consiste à annuler une ou des dispositions légales, le moyen parfois utilisé par les juges est celui de les interpréter conformément à la Constitution et de limiter leur champ d'application par ce moyen⁴³⁹.
345. La question de la compatibilité du droit du Bund et des Länder avec la GG ou du droit du Land avec le droit du Bund peut aussi être soumise au BVerfG par un tribunal inférieur ou même par les cours fédérales (art. 100 al. 1 GG et § 13 ch. 11 BVerfGG⁴⁴⁰). Les effets de la décision du BVerfG dans cette procédure spéciale (§ 80 ss. BVerfGG) sont identiques à ceux du cas précédent (le § 82 BVerfGG renvoie aux § 78 et § 79 BVerfGG): nullité ex tunc d'une loi incompatible.
346. Cette dernière procédure implique qu'un juge, convaincu de l'inconstitutionnalité d'une norme qu'il devrait appliquer, va suspendre le procès en cours et s'adresser au BVerfG. Le juge de l'instance inférieure et même le juge d'une Cour fédérale spécialisée ne décide pas de la constitutionnalité d'une norme, il la détecte certes, mais c'est le BVerfG qui a la compétence exclusive de la décision. Il faut y voir une manifestation claire du caractère concentré du contrôle de la compatibilité du droit inférieur avec les textes de niveau constitutionnel.
347. Il est intéressant de noter ici qu'au niveau de l'UE, une procédure très proche existe également. L'art. 177 UE prévoit en effet une procédure dite <préjudicielle>. Celle-ci oblige, sous certaines conditions, le juge national à saisir la Cour de Luxembourg pour interpréter le droit européen et indirectement trancher la compatibilité du droit national avec le droit de l'UE.

⁴³⁹ Cf. § 304, sur l'interprétation conforme des Pactes à la Constitution. Voir aussi Béguin, *CONTROLE*, p. 178-182, qui décrit bien cette <annulation partielle dite qualitative>, où aucune amputation du texte ne s'impose. On ne fait que limiter l'application du texte à certains objets ou à certaines conditions, sans modifier le texte même de la loi.

⁴⁴⁰ § 13 ch. 11 BVerfGG:
« Das Bundesverfassungsgericht entscheidet in den vom Grundgesetz bestimmten Fällen, und zwar (...)
11. über die Vereinbarkeit eines Bundesgesetzes oder eines Landesgesetzes mit dem Grundgesetz oder die Vereinbarkeit eines Landesgesetzes oder sonstigen Landesrechts mit einem Bundesgesetz auf Antrag eines Gerichts (Artikel 100 Abs. 1 des Grundgesetzes) (...). ».

348. Lorsqu'un tribunal doute de l'appartenance ou non d'une règle générale de droit international public à l'ordre juridique allemand et du fait que cette règle crée des droits et obligations directement invocables par les particuliers (art. 100 al. 2 GG et § 13 ch. 12 BVerfGG⁴⁴¹), il demande au BVerfG de se prononcer sur l'existence ou l'absence d'une telle règle (§ 83 BVerfGG). Ici, il y aura suspension de la procédure inférieure en cours, pour permettre un contrôle concentré du contenu des règles générales de droit international (art. 25 GG) qui vont lier l'Allemagne et ses autorités, tant face aux autres Etats que face aux particuliers.
349. Finalement, c'est dans le cadre du recours constitutionnel (Verfassungsbeschwerde - § 93 al. 1 ch. 4a et ch. 4b et § 13 ch. 8a BVerfGG⁴⁴²) que l'individu est le mieux à même d'obtenir la compatibilité du droit national avec les droits fondamentaux garantis par la GG et les autres textes servant de mesure dans ce domaine (Massstab). Cette procédure (§ 90 ss. BVerfGG) prévoit - selon les situations - un contrôle concret avec renvoi à l'instance inférieure (§ 95 al. 2 BVerfGG⁴⁴³) et un contrôle abstrait sanctionné par la nullité ex tunc au sens des § 78 et § 79 BVerfGG (§ 95 al. 3 BVerfGG⁴⁴⁴).

⁴⁴¹ § 13 ch. 12 BVerfGG:

« Das Bundesverfassungsgericht entscheidet in den vom Grundgesetz bestimmten Fällen, und zwar (...)

12. bei Zweifeln darüber, ob eine Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist und ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für den Einzelnen erzeugt, auf Antrag des Gerichts (Artikel 100 Abs. 2 des Grundgesetzes) (...). ».

⁴⁴² § 13 ch. 8a BVerfGG:

« Das Bundesverfassungsgericht entscheidet in den vom Grundgesetz bestimmten Fällen, und zwar (...)

8a. über die Verfassungsbeschwerden (Artikel 93 Abs. 1 Nr. 4a und 4b des Grundgesetzes) (...). ».

⁴⁴³ § 95 al. 2 BVerfGG:

« 2. Wird der Verfassungsbeschwerde gegen eine Entscheidung stattgegeben, so hebt das Bundesverfassungsgericht die Entscheidung auf, in den Fällen des § 90 Abs. 2 Satz 1 verweist es die Sache an ein zuständiges Gericht zurück. ».

⁴⁴⁴ § 95 al. 3 BVerfGG:

« 3. Wird der Verfassungsbeschwerde gegen ein Gesetz stattgegeben, so ist das Gesetz für nichtig zu erklären. Das gleiche gilt, wenn der Verfassungsbeschwerde gemäss Absatz 2 stattgegeben wird, weil die aufgehobene Entscheidung auf einem verfassungswidrigen Gesetz beruht. Die Vorschrift des § 79 gilt entsprechend. ».

350. Nous procéderons au prochain point⁴⁴⁵ à l'étude détaillée de la procédure du Verfassungsbeschwerde - pendant allemand du recours de droit public suisse. Cette étude s'impose sans conteste lorsqu'on connaît l'importance pratique de cette procédure pour le particulier qui souhaite voir ses droits fondamentaux respectés. C'est une des raisons pour lesquelles la doctrine est si prolixe sur le sujet. Pour l'heure, nous nous contenterons de compléter les quelques considérations sur les effets d'une nullité obtenue par un particulier ayant agi en Verfassungsbeschwerde.
351. Dans sa monographie consacrée aux voies de recours en droit allemand et dans le cadre de la CEDH, von Stackelberg a bien délimité ce que le particulier peut exiger par un Verfassungsbeschwerde et quelles en sont les limites⁴⁴⁶. Le particulier peut requérir l'annulation d'une loi inconstitutionnelle ou d'une décision judiciaire que le tribunal mis en cause devra réexaminer; il ne peut obtenir une injonction au législateur d'agir dans tel ou tel sens.
352. La séparation des pouvoirs est ainsi un obstacle pour les décisions des juges comme pour les recours des particuliers. Influencer sur le processus législatif se fait par les élections et non par les recours constitutionnels. Les effets du Verfassungsbeschwerde sont dans cette perspective analogues à ceux attachés aux autres procédures décrites plus haut. Les § 78 et § 79 BVerfGG s'étendent à tous les cas appréhendés, véhiculant une notion plus ou moins uniforme de la nullité des actes attaqués, quelle que soit la procédure.

⁴⁴⁵ Cf. 4.3.1. Procédure et autorités compétentes, § 353 ss.

⁴⁴⁶ « Das Bundesverfassungsgericht kann die Verfassungswidrigkeit eines Aktes der öffentlichen Gewalt feststellen, ein Gesetz für nichtig erklären oder eine verfassungswidrige Entscheidung aufheben und die Sache an ein zuständiges Gericht zurückverweisen. (...) Der einzelne Staatsbürger hat grundsätzlich auch keinen mit der Verfassungsbeschwerde verfolgbaren Anspruch auf ein bestimmtes Handeln des Gesetzgebers. »; von Stackelberg, VERFAHREN, p. 28.

4.3. Voies nationales pour faire valoir les textes internationaux (en termes généraux)

4.3.1. Procédure et autorités compétentes

353. L'autorité exclusivement compétente pour revoir la compatibilité des actes nationaux (principalement des lois) avec la GG et les autres textes de niveau constitutionnel est le Bundesverfassungsgericht auquel est laissé plus largement tout le contrôle de constitutionnalité (art. 93 et 100 GG). Ce contrôle est donc de type concentré. Cette affirmation est certaine pour les lois du Bund postérieures à 1949. Pour celles qui sont antérieures à la date d'entrée en vigueur de la GG, ainsi que pour les ordonnances du gouvernement, le contrôle est concret et diffus. Finalement, les lois des Länder peuvent être revues par les tribunaux supérieurs des Länder (Landesgerichte).
354. Avant de décrire les procédures allemandes, réglons d'abord un problème crucial. Comme dans tout contrôle de constitutionnalité, la référence (Massstab) par rapport à laquelle le contrôle est effectué est déterminante. Disons-le d'emblée, la question demeure pour l'heure encore ouverte: « Bereits die ersten Debatten um die Verfassungsbeschwerde zeigten mithin das Grunddilemma auf, das sich im Verhältnis der sog. Fachgerichtsbarkeit und dem Bundesverfassungsgericht bei der Ueberprüfung von Gerichtsurteilen am Massstab der Grundrechte nahezu zwangsläufig einstellen musste. Was darf, was kann, was soll, was muss das Bundesverfassungsgericht in der <Urteilsverfassungsbeschwerde> kontrollieren? Trotz einer umfangreichen Literatur und einer reichhaltigen bundesverfassungsgerichtlichen Rechtsprechung zu diesem Thema sind diese Fragen noch nicht restlos geklärt. Sie stehen nach wie vor im Zentrum der Grundrechtsbindung der Rechtsprechung »⁴⁴⁷.
355. Une chose est d'ores et déjà sûre, il faut nuancer ce que dit Weber-Fas en parlant de la CEDH: « Die dort verbürgten Grundfreiheiten sind keine Grundrechte im Verfassungssinn, können folglich nicht durch

⁴⁴⁷ Stern, STAATSRECHT III/1, p. 1491-1492.

Verfassungsbeschwerde geltend gemacht werden»⁴⁴⁸. Incorporée par une loi et ayant donc le niveau d'une loi dans la hiérarchie de l'ordre juridique allemand, la CEDH s'est longtemps vu nier la qualité de référence pour le contrôle⁴⁴⁹. Il était particulièrement contesté que la CEDH puisse à elle seule être le moyen autonome et distinct d'un recours constitutionnel. Quand elle était invoquée, elle devait obligatoirement l'être en liaison avec un droit fondamental de la GG⁴⁵⁰. Cette situation a dû évoluer sous la menace des sanctions de Strasbourg et pour mieux respecter l'engagement assumé de se conformer aux arrêts de la Cour CEDH.

448 Weber-Fas, WORTERBUCH, p. 115-116.

449 Cf. Riedel, PROTECTION, p.208: «In addition, the fact that the ECHR in Germany was not accorded constitutional law status but was enacted by ordinary legislation, and consequently was excluded from review by the Federal Constitutional Court unless a violation of Basic Law provisions could be claimed concurrently, helped to belittle the importance of the Convention at the national level.».

450 «Fraglich ist, ob die Verletzung eines EMRK-Rechtes auch im Verfassungsbeschwerdeverfahren korrigiert werden kann, und ob ein die EMRK verletzendes Bundesgesetz, das den Beschwerdeführer selbst, gegenwärtig und unmittelbar betrifft, mit der Verfassungsbeschwerde erfolgreich angegriffen werden kann. In nunmehr ständiger Rechtsprechung verneint das Bundesverfassungsgericht die Zulässigkeit einer allein auf die Verletzung von EMRK-Rechten gestützten Verfassungsbeschwerde. Misslich ist dies dann, wenn ein Individualrecht der EMRK inhaltlich über eine vergleichbare Grundrechtsvorschrift des Grundgesetzes hinausgeht. Die vom Bundesverfassungsgericht für zulässig erachtete Rüge, dass ein den Beschwerdeführer belastendes Verhalten gegen Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 25 GG verstösst, hilft im Falle der Verletzung von EMRK-Rechten nicht weiter, weil es sich bei ihnen gerade nicht um allgemeine Regeln des Völkerrechts handelt. Sinnvoll erschiene es, den Art. 2 Abs. 1 GG dadurch heranzuziehen, dass man Verstösse gegen die EMRK als nicht zur verfassungsmässigen Ordnung gehörig betrachtet. J.A. Frowein bemerkt zu Recht, dass es nicht einleuchtet, warum Verstösse gegen allgemeine Regeln des Völkerrechts über Art. 2 Abs. 1 GG gerügt werden können, nicht aber solche gegen die EMRK. Eindeutige Verletzungen der EMRK könnten auch als Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG betrachtet werden. Auch hierin zeigt sich, dass die EMRK als Auslegungshilfe für das Bundesverfassungsgericht Bedeutung gewinnt.»; Stern, STAATSRECHT III/2, p. 1627. Voir aussi Hesse, GRUNDZUEGE, n°278, p. 111-112, où cet auteur voit dans la CEDH du droit incorporé au niveau légal («Sie gilt mit der Kraft eines einfachen Bundesgesetzes»), ne pouvant être le moyen principal d'un recours au BVerfG. Si la CEDH va plus loin que la GG, sa valeur est celle d'une loi; si elle va moins loin, c'est la GG qui a la priorité (imposée aussi par l'art. 60 CEDH).

356. En effet, il était - au niveau du droit interne allemand - admissible d'ignorer l'impact global des condamnations par la Cour CEDH et de laisser les lois contraires à la CEDH mais compatibles avec la GG intouchées; néanmoins, l'engagement contenu à l'art. 53 CEDH de se conformer aux arrêts de la Cour et la pression financière des satisfactions équitables dues sur la base de l'art. 50 CEDH⁴⁵¹ a contraint dans les faits à tenir compte de la CEDH lors du contrôle d'une loi par le BVerfG. Nous pouvons dire que la CEDH est la référence du contrôle de constitutionnalité pour des raisons pratiques et en raison de ses art. 50 et 53, plus que parce que l'organisation judiciaire allemande lui attribuait cette valeur. Une lecture immédiate des art. 93 et 100 GG nous apprend que les « Grundrechte » dont l'application est demandée visent ceux de la GG seulement. Une interprétation de ces art. 93 et 100 GG - en plus des menaces pécuniaires, de réprobation ou d'exclusion de Strasbourg - permettrait d'inclure la CEDH dans la référence du contrôle : en soutenant notamment que les « Grundrechte » sont une notion matérielle dans laquelle les droits de la CEDH entrent aussi. Pour l'instant, cette interprétation qui permettrait de revoir aussi la conventionnalité des lois allemandes ne semble pas encore convaincre le BVerfG en toutes circonstances.
357. Une évolution vers un contrôle de conventionnalité n'est pas à exclure non plus pour les Pactes (et se dessine d'ailleurs implicitement dans les arrêts analysés où le BVerfG les prend comme référence pour le contrôle), en raison de leur importance pour l'Allemagne en tant qu'Etat respectant ses obligations internationales. Et ce en dépit du fait que ce respect n'est pas rendu impératif dans le Protocole additionnel et qu'il y a absence de sanctions (comme le paiement d'une <satisfaction équitable> à l'individu que l'Etat allemand aurait lésé, comme c'est le cas sur la base de l'art. 50 CEDH). Mais nous sommes encore loin de

⁴⁵¹ Cf. Riedel, PROTECTION, p.209-210: «The impact of that Strasbourg decision (condemnation pour n'avoir pas garanti l'assistance gratuite par un interprète lors d'un procès pénal) on the German legal order was enormous, and went well beyond the actual case in point. That case, as such, could no longer affect the final decisions of the German courts for the *res iudicata* rule applied fully. However, via Art. 50 ECHR, damages such as «just satisfaction» could be awarded for breach of the Convention by Germany. (...) And again (dans le cas de la violation des délais de procédure), human rights guarantees at the international level could be rendered effective at the domestic level by the indirect mechanism of Art. 50 ECHR.»

leur voir attribuer automatiquement la qualité de référence du contrôle ; plus loin pour les Pactes que pour la CEDH à tout le moins. A l'heure actuelle, les traités internationaux, complétés par l'interprétation qui en a été donnée au niveau international, permettent d'espérer une application plus libérale de la GG. Cependant, si la GG ne veut pas garantir un droit bien précis, les recourants seront impuissants devant le BVerfG sur la base des seuls Pactes et CEDH, et ce quand bien même un de ces textes contiendrait ce droit.

358. Certains auteurs semblent dire que c'est le traité et sa loi de transformation qui subissent un contrôle de constitutionnalité face à la référence qu'est la GG; non pas le contraire et encore moins les lois ordinaires face à cette loi de transformation. De leur point de vue, la loi de transformation suit le sort de n'importe quelle loi ordinaire⁴⁵². En appliquant cette théorie aux Pactes, il ne fait pas de doute que ceux-ci passeront avec succès ce test de constitutionnalité.

359. Que la constitutionnalité des lois incorporant les Pactes est pratiquement acquise nous réjouit bien entendu. Il n'en reste pas moins que l'assimilation des Pactes au niveau d'une loi ordinaire ne saurait nous satisfaire pour plusieurs raisons. Personne ne songe à contredire le fait qu'en matière de respect des droits fondamentaux des particuliers, le Verfassungsbeschwerde est la procédure la plus importante⁴⁵³. En exclure les Pactes, parce qu'on leur dénie la qualité de référence du contrôle, revient à diminuer leur importance pratique, de même que le respect des droits qu'ils comprennent.

⁴⁵² « Die verfassungsgemäss transformierten vertraglichen Bestimmungen unterliegen, wie sonstiges innerstaatliches Recht, der Kontrolle durch das Bundesverfassungsgericht, etwa in den Verfahren der abstrakten und konkreten Normenkontrolle sowie der Verfassungsbeschwerde. Eine vom Gericht erkannte Verfassungswidrigkeit erstreckt sich auf die einschlägige Vertragsbestimmung und auf das Vertragsgesetz, soweit es diese Norm betrifft », Weber-Fas, WORTERBUCH, p. 344; « Die Verfassungsbeschwerde ist auch gegen ein - bereits verkündetes - Gesetz zulässig, und zwar gegen ein Zustimmungsgesetz zu einem völkerrechtlichen Vertrag. », Bleckmann, GRUNRECHTE, p. 436.

⁴⁵³ « Im Prozess der Sicherung der Grundrechtsbeachtung durch die Gerichte kommt ohne Zweifel dem Bundesverfassungsgericht die zentrale Funktion zu. Es ist, namentlich im Verfassungsbeschwerde-verfahren (Art. 93 Abs. 1 Nr. 4a GG, § 90 ff. BVerfGG), die zum Schutz der Verfassung und damit auch der Grundrechte letztverbindlich entscheidende Instanz. », Stern, STAATSRRECHT III/2, p. 1190.

360. Les affaires de droit civil, de droit pénal et de droit administratif présentent souvent, à côté de leur volet spécifique à ces matières, un lien plus ou moins fort avec le respect des droits fondamentaux⁴⁵⁴. Que l'on pense simplement pour s'en convaincre à la réparation du préjudice subi par une personne injustement et illégalement placée en détention préventive. Une telle réparation matérielle devra se faire pour et dans le respect des principes et droits fondamentaux. Pareille application des droits fondamentaux, notamment ceux des Pactes, ne devrait toutefois pas les cantonner à n'être appliqués que par les juridictions ordinaires. Bien au contraire.
361. Plusieurs motifs, de politique juridique tout d'abord, plaident en faveur d'une analyse des Pactes lors de l'interprétation de la GG, qu'ils vont venir enrichir par leur formulation et conception complémentaire ou différente. La perspective d'une meilleure compréhension, voire d'une extension de la GG par le biais des Pactes justifie à elle seule leur prise en compte à un niveau qui dépasse celui du droit ordinaire. Pour ce faire, reconnaître qu'ils puissent être invoqués comme moyens à l'appui d'un recours constitutionnel semble indispensable, fût-ce à titre de simple complément des droits de la GG. Il faudrait ainsi leur attribuer la valeur de référence, à tout le moins accessoire et, mieux, principale.
362. Au surplus, il faut éviter que l'engagement international assumé par le biais des Pactes soit de la pure cosmétique. Rendre les Pactes inutiles ou presque amènerait une perte de crédit de l'Allemagne face à ses partenaires. Pour conserver ce crédit au sein du Conseil de l'Europe, l'Allemagne a - dans les faits et ce même si juridiquement rien ne l'y obligeait dans le droit interne - réévalué la place octroyée à la CEDH. Nous attendons qu'elle en fasse de même pour les Pactes et c'est la raison pour laquelle notre casuistique⁴⁵⁵ se basera sur les quelques arrêts rendus par le BVerfG, selon les procédures décrites ici et en les prenant comme référence du contrôle ou au moins pour l'interprétation de cette référence (GG). Ces procédures sont à nos yeux les voies qui doivent servir à l'invocation des Pactes, afin de leur ménager la place qui est

⁴⁵⁴ Voir 4.5. Analyse de la jurisprudence relative aux Pactes, 4.5.9. Les Pactes dans la jurisprudence des cours ordinaires allemandes, § 461 ss.

⁴⁵⁵ Cf. § 397 ss., 4.4. Casuistique sélective de l'application des Pactes.

téléologiquement la leur, afin d'assurer leur rôle et fonction véritables et surtout afin de promouvoir le respect des obligations internationales.

363. A ce qui précède vient s'ajouter un argument plus strictement juridique qui devrait convaincre les plus réticents. Le contenu des Pactes, pris du point de vue matériel, recoupe celui d'autres textes en vigueur dans l'ordre juridique allemand. Nous pensons ici évidemment aux similitudes - voire à l'identité - qui existent entre les droits tels que rédigés dans les Pactes et ceux codifiés dans la GG⁴⁵⁶ et dans la CEDH⁴⁵⁷. Ces similitudes, respectivement identités, ont pour conséquence la présence en droit national de plusieurs textes de même contenu, sans que ceux-ci aient le même niveau procédural⁴⁵⁸. Une telle situation défie manifestement la logique juridique.

364. Comment imaginer, en effet, qu'un même droit - par exemple la liberté de croyance - soit une fois de niveau constitutionnel et serve de

⁴⁵⁶ Plusieurs auteurs s'arrêtent sur la liste des droits qui ouvrent le <Verfassungsbeschwerde>. Nous retiendrons celle de Stern (STAATSRECHT III/1, p. 350-387) qui expose les droits énumérés par l'article 93/1 ch. 4a GG, ainsi que les <grundrechtgleiche Rechte> et les <grundrechtsähnliche Rechte>. Il y ajoute aussi des principes généraux tels que le <Rechtsstaatsprinzip> et le <Demokratieprinzip>. Comme déjà dit, nous souhaiterions une interprétation moins strictement nationale des art. 93 et 100 GG, dans le sens d'assimiler matériellement les droits de la CEDH et des Pactes à ceux de la GG et de leur octroyer la même position procédurale que les Grundrechte.

⁴⁵⁷ La CEDH vaut en Allemagne par l'adhésion de cet Etat au Conseil de l'Europe, mais aussi et surtout par son appartenance à l'Union Européenne. Ce dernier ordre supranational impose son respect à ses Etats membres (art. F/2 du Traité de Maastricht) et dans la mesure où le droit de l'Union surpasse le droit national (force dérogatoire du droit de l'UE), la CEDH se voit par ricochet attribuer une position supérieure en droit allemand.

⁴⁵⁸ Bleckmann a bien souligné que pour constater judiciairement la violation des droits fondamentaux, il faut répondre à une double exigence; d'un côté un volet matériel et de l'autre un volet procédural: « Die Verfassungsbeschwerde ist also nicht bei allen Grundrechtverletzungen im materiellen Sinne gegeben. Neben den Begriff der Grundrechtsverletzung im materiellen Sinne tritt der engere Begriff der Grundrechtsverletzung im prozessualen Sinne. So wird der Eingriff, wie wir gesehen haben, im materiellen Sinne dahin verstanden, dass jede faktische Beeinträchtigung der Grundrechte ausreicht. Im prozessualen Sinne ist unter der Grundrechtaverletzung aber nur die rechtliche Verletzung der Grundrechte zu verstehen. »; GRUNDRECHTE, p. 435.

référence au contrôle de constitutionnalité (l'art. 4 GG), une autre fois à un niveau supérieur à l'ordre interne allemand pour y servir de référence pour le contrôle - peut-être - de la GG elle-même (l'art. 9 CEDH) et une dernière fois au niveau d'une loi ordinaire donc contrôlable face à la GG et indirectement face à la CEDH (l'art. 18 du Pacte II) ? Ce simple exemple suffira à nous convaincre qu'une telle catégorisation, en niveaux différents du point de vue procédural de droits identiques du point de vue matériel, n'est pas défendable. Un même droit ouvrirait un type de recours différent en fonction du texte que le recourant invoquera. Les impératifs de clarté interdisent une telle solution et imposent d'interpréter les Grundrechte des art. 93 et 100 GG comme une notion matérielle, incluant directement et explicitement les droits de la GG, indirectement et implicitement ceux de la CEDH et des Pactes.

365. Finalement, à l'adresse de ceux qui jugent les Pactes trop imprécis et vagues pour servir de mesure au contrôle de constitutionnalité dans le cadre d'un <Verfassungsbeschwerde>, nous relèverons le caractère tout aussi imprécis et vague de la GG. Sacker - dans son paragraphe consacré à la <Verfassung als Prüfungsmassstab> - dénonce sans ambages les difficultés à donner à la GG un contenu concret et immédiat, au même titre que celui qu'on attend d'une loi ordinaire⁴⁵⁹. Pourquoi dès lors

⁴⁵⁹ « Während z.B. das BGB mit seinen über 2300 Paragraphen alle - jedenfalls zur Zeit seiner Entstehung alle - denkbaren privatrechtlichen Konflikte in den Beziehungen der Rechtsgenossen untereinander und zu den Sachen bis in die Einzelheiten zu regeln suchte, enthält unsere Verfassung eher knappe Grundsatzaussagen in Form von Staatsfundamentalnomen über Organisation, Kompetenz und Funktion der obersten Staatsorgane sowie über die Grundrechte des Bürgers im Staat. Man kann sich fragen, ob die Eigenart der Verfassung nicht derart ist, dass dadurch ihr Gesetzescharakter - zumindest interpretationsmethodisch - aufgehoben wird. Wenn zum Wesen des Gesetzes ein hohes Mass an inhaltlicher Bestimmtheit und begrifflicher Durchbildung im Sinne einer inhaltsgewissen Verbindung von Tatbestand und Rechtsfolge, und nicht einer blossen Zielprogrammierung gehört, so ist die Verfassung schwerlich Gesetz in diesem Sinne. Sie enthält kaum zu judiziellen Gebrauch schon vollzugsfähige Einzelregelungen, sondern eher eine Rahmenordnung, die erst ausgefüllt und konkretisiert werden muss, bevor sie im Sinne einer Rechtsanwendung vollziehbar ist. (...) Seine strukturelle Offenheit, die nur unscharf konturierte Weite seiner Grundzüge, die Kürze und der hohe Abstraktionsgrad seines Textes erzeugen jene starke Konkretisierungsbedürftigkeit des Grundgesetzes, die eine schlichte Subsumtion des Sachverhalts unter die Verfassungsnormen regelmässig nicht zulässt. (...) Gewiss lassen sich aus den vage und knapp formulierten Artikeln des

reconnaîtrait-on le rôle de référence à un texte imprécis et refuserait-on ce même rôle à un autre texte - souvent rédigé de façon analogue, rappelons-le - du fait justement de la difficulté à le préciser et à le concrétiser ?

366. Pour régler plus précisément l'activité du BVerfG prévue à l'art. 93 GG, une loi - à laquelle nous avons déjà largement fait référence plus haut - a été édictée: la Bundesverfassungsgerichtsgesetz (BVerfGG). Datant du 12 mars 1951, elle est actuellement valable dans sa version du 11 août 1993⁴⁶⁰. Cette BVerfGG prévoit, pour chaque cas de compétence prévu aux art. 93 et 100 GG, explicités au § 13 BVerfGG, une procédure spéciale dont les règles s'ajouteront en tant que *lex specialis* aux autres règles de la BVerfGG et aux règles générales de procédure de la *Gerichtsverfassungsgesetz* (§ 17 BVerfGG)⁴⁶¹.
367. Dans le catalogue des compétences dressé au § 13 BVerfGG, une étude cherchant à mettre en évidence les moyens de protéger les droits fondamentaux issus de textes internationaux s'attardera sur les points 2, 6, 8a, 11 et 12 de cet article. Dans la mesure où la mise en oeuvre de ces droits fondamentaux des particuliers dépend grandement du pouvoir de saisine qui leur est réservé, le point 8a basant le *Verfassungsbeschwerde* jouit d'une prééminence évidente sur les autres.
368. Ceci dit, les droits des individus sont également tributaires du développement de tout un système axé sur la protection des droits fondamentaux et de l'intégration à un ordre national plus proche du particulier de ces mêmes droits inclus dans les textes internationaux⁴⁶².

Grundgesetzes, insbesondere seines Grundrechtskatalogs nicht unmittelbar abrufbare Rechtssätze ablesen. »; Säcker, BVERFG, p. 224-225. Dans son article du volume anniversaire de la Société suisse des Juristes de 1955, consacré aux sources du droit en droit suisse, Hans Huber disait déjà en substance la même chose (ZBJV, Band 91bis, 1955, p. 95-116, spécialement : point IV, p. 107 ss.).

⁴⁶⁰ Référence: BGBl. I. S. 1473 et BGBl. III. 1104-I. Recueil des lois: BVerfGG 40.

⁴⁶¹ Recueil des lois: GVG 95. Loi fédérale qui règle - entre autres - la composition des cours fédérales, des cours des Länder et autres cours inférieures, ainsi que les procédures correspondantes. L'Allemagne a ainsi réglé au niveau fédéral ce qui est inclus en Suisse dans les codes de procédure cantonaux ou dans les lois cantonales d'organisation judiciaire.

⁴⁶² Cf. § 334 à 335.

Dans cette perspective, nous ne saurions sous-estimer l'effet par ricochet d'une action intentée par des organes qui peuvent prendre à leur compte une revendication suggérée par un particulier (surtout dans le cadre des renvois par des tribunaux - § 13 ch. 11 et 12 BVerfGG) ou contribuer par leur propre initiative au respect et au développement des droits fondamentaux de source internationale (surtout le conflit sur la compatibilité avec la GG - §13 ch. 6 BVerfGG).

369. Les conditions et la qualité pour agir dans les cas nous intéressant s'organisent comme suit. L'interdiction d'un parti politique peut être demandée par le Bundestag, le Bundesrat ou le Bundesregierung - accessoirement le Landesregierung pour un parti politique géographiquement limité dans ses activités (§ 43 BVerfGG⁴⁶³). Ce sont donc les représentants du peuple et les dirigeants de l'administration qui ont ici la charge de faire respecter les droits fondamentaux de la collectivité. A ce titre, nous pouvons parler d'action pour le bien général plus que de défense des intérêts privés. Le pouvoir de suggestion⁴⁶⁴ du particulier est plus faible lorsqu'un organe agit que lorsqu'un tribunal renvoie une question de constitutionnalité au BVerfG.
370. Autre action dans l'intérêt général, le conflit sur la compatibilité avec le droit supérieur peut être porté devant le BVerfG par le gouvernement du Bund ou d'un Land ou par un tiers des membres du Bundestag (§ 76 BVerfGG⁴⁶⁵).

⁴⁶³ § 43 BVerfGG:

« 1. Der Antrag auf Entscheidung, ob eine Partei verfassungswidrig ist (Artikel 21 Abs. 2 des Grundgesetzes), kann von dem Bundestag, dem Bundesrat oder von der Bundesregierung gestellt werden.

2. Eine Landesregierung kann den Antrag nur gegen eine Partei stellen, deren Organisation sich auf das Gebiet ihres Landes beschränkt. »

⁴⁶⁴ Du § 346, on pourrait déduire que le juge est le seul acteur en cas de renvoi par un tribunal inférieur; il n'échappera cependant à personne que l'individu peut le rendre attentif à une éventuelle inconstitutionnalité et l'inciter ainsi à suspendre le procès.

⁴⁶⁵ § 76 BVerfGG:

« Der Antrag der Bundesregierung, einer Landesregierung oder eines Drittels der Mitglieder des Bundestages gemäss Artikel 93 Abs. 1 Nr. 2 des Grundgesetzes ist nur zulässig, wenn einer der Antragsberechtigten Bundes- oder Landesrecht

1. wegen seiner förmlichen oder sachlichen Unvereinbarkeit mit dem Grundgesetz oder dem sonstigen Bundesrecht für nichtig hält oder

371. Lorsque la décision dans le cas concret en dépend, les tribunaux inférieurs et les cours fédérales ont la faculté de soumettre leur certitude sur l'inconstitutionnalité d'une norme à l'examen du BVerfG (§ 80 BVerfGG⁴⁶⁶). Ce n'est alors que la question de droit qui sera tranchée, non l'affaire qui se trouve pendante devant la juridiction questionnante (§ 81 BVerfGG⁴⁶⁷).
372. Il en va de même si le tribunal inférieur ou la cour fédérale a une hésitation sur l'existence d'une règle générale de droit international public et ses effets pour les individus (§ 83 BVerfGG⁴⁶⁸).
373. Le Verfassungsbeschwerde (équivalent plus étendu du recours de droit public suisse) est ouvert à quiconque invoquant une violation de ses droits fondamentaux⁴⁶⁹ par une autorité (durch die öffentliche Gewalt), à

2. für gültig hält, nachdem ein Gericht, eine Verwaltungsbehörde oder ein Organ des Bundes oder eines Landes das Recht als unvereinbar mit dem Grundgesetz oder sonstigem Bundesrecht nicht angewendet hat. »

⁴⁶⁶ § 80 BVerfGG:

« 1. Sind die Voraussetzungen des Artikels 100 Abs. 1 des Grundgesetzes gegeben, so holen die Gerichte unmittelbar die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts ein.

2. Die Begründung muss angeben, inwiefern von der Gültigkeit der Rechtsvorschrift die Entscheidung des Gerichts abhängig ist und mit welcher übergeordneten Rechtsnorm sie unvereinbar ist. Die Akten sind beizufügen.

3. Der Antrag des Gerichts ist unabhängig von der Rüge der Nichtigkeit der Rechtsvorschrift durch einen Prozessbeteiligten. »

⁴⁶⁷ § 81 BVerfGG:

« Das Bundesverfassungsgericht entscheidet nur über die Rechtsfrage. »

⁴⁶⁸ § 83 BVerfGG:

« 1. Das Bundesverfassungsgericht stellt in den Fällen des Artikels 100 Abs. 2 des Grundgesetzes in seiner Entscheidung fest, ob die Regel des Völkerrechts Bestandteil des Bundesrechts ist und ob sie unmittelbar Rechte und Pflichten für den einzelnen erzeugt.

2. Das Bundesverfassungsgericht hat vorher dem Bundestag, dem Bundesrat und der Bundesregierung Gelegenheit zur Äusserung binnen einer zu bestimmenden Frist zu geben. Sie können in jeder Lage des Verfahrens beitreten. »

⁴⁶⁹ A côté des droits fondamentaux (Grundrechte), les droits des art. 20 al. 4, 33, 38, 101, 103 et 104 GG peuvent fonder un recours constitutionnel lorsqu'ils ne sont pas respectés. En outre, les communes et associations de communes peuvent agir en Verfassungsbeschwerde pour violation de leur autonomie (art. 28 GG et § 91 BVerfGG). En traitant de la Massstab (§ 354 ss., spécialement § 356), nous avons

condition d'avoir épuisé les autres voies de droit (subsidiarité: erst nach Erschöpfung des Rechtswegs) - sauf exception (§ 90 BVerfGG⁴⁷⁰). Le délai pour agir est d'un mois dès la décision dans une procédure dirigée contre un acte d'application (contrôle concret ; § 93 al. 1 BVerfGG) et d'un an dès l'entrée en vigueur de l'acte dans une procédure dirigée contre une norme (contrôle abstrait ; § 93 al. 2 BVerfGG).

374. L'importance du Verfassungsbeschwerde justifie que nous nous y attardions un peu plus longuement, tout en restant suffisamment général pour ne pas allonger outre mesure cette étude⁴⁷¹. Parmi les définitions qui nous sont proposées pour cette procédure, celle de Bleckmann nous paraît couvrir le mieux cette institution, en tant qu'elle en énumère les composantes essentielles: «Die Verfassungsbeschwerde kann von jedermann mit der Behauptung erhoben werden, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Art. 20 IV, 33, 38, 101, 103 und 104 GG enthaltenen Rechte verletzt zu sein (Art. 93 I Ziff. 4a GG; § 90 I BVerfGG). Die Verfassungsbeschwerde ist erst nach der Erschöpfung des Rechtswegs (§ 90 II BVerfGG) und nur innerhalb einer bestimmten Frist (§ 93 BVerfGG) zulässig. Ausserdem

avancé une interprétation des art. 93 et 100 GG visant à inclure aussi les droits CEDH et les Pactes dans une conception matérielle de ces Grundrechte.

⁴⁷⁰ § 90 BVerfGG:

« 1. Jedermann kann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte verletzt zu sein, die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erheben.

2. Ist gegen die Verletzung der Rechtsweg zulässig, so kann die Verfassungsbeschwerde erst nach Erschöpfung des Rechtswegs erhoben werden. Das Bundesverfassungsgericht kann jedoch über eine vor Erschöpfung des Rechtswegs eingelegte Verfassungsbeschwerde sofort entscheiden, wenn sie von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde.

3. Das Recht, eine Verfassungsbeschwerde an das Landesverfassungsgericht nach dem Recht der Landesverfassung zu erheben, bleibt unberührt. »

⁴⁷¹ Pour plus de précisions, nous renvoyons à la doctrine allemande de droit constitutionnel et spécialement aux ouvrages suivants: von Stackelberg, VERFAHREN, p. 5 à 31; Béguin, CONTROLE, p. 105 à 155 et Bleckmann, GRUNDRECHTE, p. 435 à 441.

muss nach der Rechtsprechung des BVerfG ein Rechtsschutzbedürfnis vorliegen »⁴⁷².

375. Avant de commenter brièvement les différentes conditions de cette procédure, il faut comprendre que celle-ci n'est pas la voie ordinaire de recours pour les individus. Elle a au contraire une nature subsidiaire par rapport aux autres voies de droit offertes pour contester une situation juridique, spécialement une décision s'appliquant au particulier. Le corollaire ou le pendant de cette subsidiarité est le nécessaire épuisement préalable des voies de droit inférieures⁴⁷³. Ce critère de l'épuisement des autres voies de droit est appréhendé avec souplesse par le BVerfG, notamment en raison de l'article 90 al. 2 BVerfGG⁴⁷⁴.

376. Cette nécessité entraîne une double conséquence. D'une part, les contrôles concrets s'exerceront principalement sur des décisions rendues par des cours spécialisées. D'autre part, ils se feront après que les cours

⁴⁷² Bleckmann, GRUNDRECHTE, p. 435. Aussi von Stackelberg: « Jedermann kann Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erheben, wenn er sich durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte (vgl. Art. 1 bis 19 GG) oder bestimmter grundrechtsähnlicher Rechte (Art. 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103, 104 GG) verletzt glaubt. », VERFAHREN, p. 28.

⁴⁷³ « Die Annufung des Bundesverfassungsgerichts ist grundsätzlich erst dann zulässig, wenn der Bürger zuvor alle ihm sonst durch die Rechtsordnung eingeräumten Rechtsbehelfe vergeblich ausgenutzt hat und keine anderweitige Möglichkeit besteht (oder bestand), die Grundrechtsverletzung zu beseitigen oder ohne Inanspruchnahme des Bundesverfassungsgericht im praktischen Ergebnis dasselbe zu erreichen. »; von Stackelberg, VERFAHREN, p. 29.

⁴⁷⁴ « Die Verfassungsbeschwerde ist kein ordentliches Rechtsmittel, sondern ein ausserordentlicher Rechtsbehelf. Sie steht nur subsidiär zur Verfügung, wenn alle Rechtsmittel erfolglos erschöpft sind. Sie ist nicht als sogenannte Popularklage ausgestaltet, sondern sie kann nur von dem jeweiligen Beschwerkten erhoben werden, der sich durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in seinen in Art. 20 Abs. 4, 33, 38, 101, 103 und 104 GG enthaltenen Rechten verletzt fühlt. (...) Voraussetzung ist grundsätzlich die Erschöpfung des ordentlichen Rechtswegs, weil die Verfassungsbeschwerde als ausserordentlicher Rechtsbehelf nur subsidiär zum Zuge kommt. Ausnahmsweise kann das Bundesverfassungsgericht über eine vor Erschöpfung des Rechtswegs eingelegte Verfassungsbeschwerde sofort entscheiden, wenn sie von allgemeiner Bedeutung ist oder wenn dem Beschwerdeführer ein schwerer und unabwendbarer Nachteil entstünde, falls er zunächst auf den Rechtsweg verwiesen würde. »; von Stackelberg, VERFAHREN, p. 6.

inférieures auront chacune eu la possibilité de soupçonner l'inconstitutionnalité et suspendre l'affaire pour demander au BVerfG de trancher par la procédure de l'article 80 BVerfGG⁴⁷⁵. L'initiative de l'individu vient donc - du point de vue chronologique - après celle, éventuelle, des tribunaux.

377. Les conditions à l'action, que l'on retrouve sous une forme ou une autre dans chaque Etat, sont très similaires en Allemagne et dans les autres Etats étudiés. La qualité pour agir est reconnue aux titulaires des droits énoncés à l'art. 90 al. 1 BVerfGG, soit des droits fondamentaux des art. 1 à 19 GG et des autres droits analogues énumérés à cet article (avec éventuellement, sous réserve d'une interprétation extensive des art. 93 et 100 GG, des droits de la CEDH et des Pactes également). Le recours constitutionnel est essentiellement le fait de personnes physiques, il est néanmoins plus largement ouvert selon les cas. Ainsi, les personnes morales de droit privé, et même occasionnellement de droit public pourront dans certaines circonstances agir en <Verfassungsbeschwerde>. Les personnes physiques de nationalité étrangère seront limitées dans leur action selon le droit en cause.

378. La qualité pour agir en <Verfassungsbeschwerde> ne présente pour nous aucune surprise. La nature même du litige est néanmoins à souligner, puisqu'il s'agit d'une procédure objective. Celle-ci n'oppose pas à strictement parler deux parties, mais vise à trancher une question constitutionnelle seulement. Le résultat des considérations du BVerfG sera évidemment à la faveur d'une ou l'autre des parties, sans que le

⁴⁷⁵ « Si le requérant conteste la constitutionnalité intrinsèque de la loi, il n'en doit pas moins en principe, épuiser préalablement les voies de droit ordinaires et soulever cette question devant les juges de droit commun. Certes, aucun plaideur ne peut imposer par ses seules allégations à une quelconque juridiction l'obligation de surseoir à statuer et de requérir de la Cour constitutionnelle fédérale l'invalidation de la disposition législative contestée. Tout se passe comme s'il se bornait à attirer l'attention du juge dans l'instance en cours, sur une question de régularité constitutionnelle. Or, chaque tribunal doit examiner d'office la validité des règles qu'il doit mettre en oeuvre et le cas échéant, déclencher la procédure de contrôle concret des normes. Si le tribunal devant lequel l'affaire est pendante soulève une telle question préjudicielle, il dispense par là même le particulier de former un recours constitutionnel. En définitive, l'épuisement des voies de droit ordinaires multiplie les chances de voir le contentieux des droits fondamentaux <épongé> par la procédure du contrôle concret des normes. »; Béguin, CONTROLE, p. 115.

tribunal ne l'exprime en ces termes. Le BVerfG ne départage pas les parties au litige, il dicte seulement ce qui deviendra du droit objectif après publication dans un arrêt. Béguin souligne que « le requérant ne fait que déclencher une procédure de type objectif où il n'y a point de parties en litige. L'objet de la procédure est la vérification de la validité d'une disposition ou d'une décision appartenant au droit objectif »⁴⁷⁶.

379. Le contrôle constitutionnel n'étant pas à disposition des redresseurs de torts⁴⁷⁷, le requérant devra justifier d'un intérêt à agir. Celui-ci est donné lorsqu'il est atteint personnellement dans ses droits, de manière directe et actuelle (selbst, unmittelbar, gegenwärtig). De plus, l'issue du recours doit être de nature à modifier la situation juridique du lésé, et non pas seulement sa situation dans les faits (Rechtsschutzbedürfnis).
380. Les griefs que le requérant pourra faire valoir peuvent se résumer en ce que toute violation des droits qui servent de référence au contrôle ouvre la voie du recours constitutionnel. Ces droits fondamentaux sont assurément ceux énumérés à l'art. 90 al. 1 BVerfGG. A ces derniers devraient s'ajouter, à notre sens, tous les droits fondamentaux analogues mais inclus dans des textes de source internationale. Nous renvoyons le lecteur à la question de la <Massstab>, longuement débattue plus haut⁴⁷⁸.
381. Les exemples ne manquent pas de situations où une violation des droits fondamentaux est avérée, sous une forme ou une autre⁴⁷⁹. Ceci dit, il faut vraiment qu'il s'agisse d'une violation d'un droit fondamental, dans la mesure où le recours constitutionnel ne saurait en aucun cas être une procédure de <Superrevision>. En d'autres termes, il est exclu d'utiliser le <Verfassungsbeschwerde> comme ultime recours dans un litige ordinaire, jugé définitivement par une des Cours fédérales, contre

⁴⁷⁶ Béguin, CONTROLE, p. 124.

⁴⁷⁷ Cf. n. 474. Le <Verfassungsbeschwerde> n'est pas une <Popularklage>.

⁴⁷⁸ Cf. § 354 à 365.

⁴⁷⁹ « Spezifisches Verfassungsrecht ist beispielweise verletzt, wenn Verfassungsrecht nicht beachtet worden ist, wenn die Bedeutung eines Grundrechts verkannt ist, wenn die Reichweite oder Wirkkraft, die Ausstrahlungswirkung oder Tragweite eines Grundrechts verkannt ist, wenn der Richter von Erwägungen ausgegangen ist, die ein Grundrecht verletzen, oder wenn sein Auslegungsergebnis mit einem Grundrecht nicht vereinbar ist. »; von Stackelberg, VERFAHREN, p. 7.

lesquelles il n'y a plus de recours sauf si leur décision présente une violation d'un ou plusieurs droits fondamentaux⁴⁸⁰.

382. L'acte attaqué est celui rendu par une autorité allemande, ou mieux, par une autorité allemande détenant la puissance publique (<öffentliche Gewalt>). Il en résulte que les recours contre les actes de l'Union européenne sont exclus, quand bien même ceux-ci ont des effets juridiques immédiats sur le territoire allemand. En tenant compte du but de l'UE qui est l'intégration croissante, une telle cession de souveraineté nationale n'est pas surprenante et s'impose même tout logiquement.
383. L'acte attaqué sera de deux types: d'une part, les décisions des tribunaux (avec épuisement préalable des voies de recours) et, d'autre part, les lois au sens formel et matériel⁴⁸¹. Selon certains, même une carence du législateur peut être attaquée en recours constitutionnel⁴⁸².

⁴⁸⁰ « Für das Verständnis der Verfassungsbeschwerde ist entscheidend, dass sie die spezifischer Rechtsbehelf zur Verteidigung der Grundrechtssphäre ist. Ihre Aufgabe ist es nicht, die Fachgerichte bei der Anwendung des einfachen Rechts zu kontrollieren. Das Bundesverfassungsgericht ist keine Superrevisionsinstanz. Eine klare Abgrenzung ist aber deshalb oft schwierig, weil die Verletzung des einfachen Gesetzesrechts durch fehlerhafte Auslegung und Anwendung durchaus zugleich grundrechtsrelevant sein kann. »; Eckart Klein, ZUKUNFT, p. 228. « Nur die Verletzung <spezifischen Verfassungsrechts> soll Gegenstand eines Verfassungsbeschwerdeverfahrens sein können. Deshalb setzt die Verfassungsbeschwerde voraus, dass sich der Beschwerdeführer in einem seiner Grundrechte oder grundrechtsähnlichen Rechte verletzt fühlt. Keinesfalls darf die Verfassungsbeschwerde gegen Gerichtsentscheidungen zu einer <Superrevision> werden. Die Grenzziehung bereitet allerdings Schwierigkeiten, denn das <einfache Recht> muss verfassungsrechtlich durchdrungen sein, so dass auch das <einfache Recht> Verfassungsrecht enthält. Eine befriedigende Lösung für die Grenzziehung zwischen spezifischem Verfassungsrecht und dem einfachen Recht ist noch nicht gefunden. »; von Stackelberg, VERFAHREN, p. 6.

⁴⁸¹ La notion d'acte législatif doit être entendue dans son acception la plus large: « Il n'y a pas de restriction de recevabilité tenant à la nature des lois susceptibles d'être attaquées. Ainsi les lois de ratification des accords internationaux peuvent être contestées avant leur promulgation. »; Béguin, CONTROLE, p. 137. Cet auteur rappelle d'ailleurs que les lois d'application des Traités de Moscou et de Varsovie avaient été attaquées en 1972 par des particuliers invoquant la liberté de circuler, en vain. Plus récemment, c'est le Traité de Maastricht (UE) qui avait été remis en cause au motif qu'il limitait excessivement les pouvoirs du Parlement allemand. Dans ce même cadre de l'UE, des recourants prétendaient que la répartition des

384. L'acuité du contrôle va, elle, varier en fonction du droit touché. D'une façon générale, le contrôle sera d'autant plus sévère et le droit de regard du BVerfG étendu, que ce sont des droits strictement individuels qui sont touchés (par exemple, la liberté personnelle). Le contrôle sera un peu moins aiguisé lorsque ce sont des considérations plus sociales ou politiques qui sont en cause (par exemple, le droit d'ouvrir les magasins le dimanche ou le soir en regard de la liberté économique et de la liberté de croyance)⁴⁸³. Tout contrôle, quelle que soit son intensité se fera du point de vue de la seule violation des droits fondamentaux, à l'exclusion des autres aspects, notamment des faits, de l'affaire⁴⁸⁴. Signe du pouvoir laissé aux juges, c'est la maxime d'office qui préside les débats⁴⁸⁵.

compétences entre Bund et Länder était violée par la réglementation communautaire en matière de radio-TV. Cet arrêt du 22 mars 1995 (BVerfGE 92, n° 14, p. 203) a été l'occasion pour le BVerfG de poser des lignes directrices du partage des compétences national en rapport avec l'UE.

- 482 Dans ce sens, Béguin: « Le contrôle abstrait et le contrôle concret des normes ne peuvent avoir pour objet que l'examen de la validité d'une disposition du droit positif. La carence du législateur par défaut de réglementation ou par une réglementation incomplète n'est donc pas justiciable dans le cadre de ces procédures. Par contre, elle peut être l'objet d'un recours constitutionnel. Le paragraphe 92 de la BVerfGG dispose: <Dans la motivation du recours, il faut indiquer le droit dont la violation est alléguée ainsi que l'action ou l'ommission de l'organe ou de l'autorité par laquelle le requérant s'estime être lésé>. Le paragraphe 95/5 BVerfGG précise: <si le recours constitutionnel est admis, la décision doit indiquer quelle règle de la Loi fondamentale a été violée et par quelle action ou omission elle l'a été> »; CONTROLE, p. 137.
- 483 « Aus den Beispielen lässt sich die Schlussfolgerung ziehen, dass die kassatorischen Befugnisse des Bundesverfassungsgerichts um so weiter reichen, je unmittelbarer die inhaltliche Substanz der Verfassung, besonders der Grundrechte berührt ist. Je weniger die persönlichen und politischen Rechte des Einzelnen und die organisatorischen Grundprinzipien der Verfassung betroffen sind, und je mehr nur deren weitere Ausgestaltung und die Feststellung der Sozial- und Wirtschaftsordnung in Frage steht, desto geringer ist die Ermangelung präziser Vorgaben der Verfassung die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte. »; Säcker, BVERFG, p. 207.
- 484 « Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts führen Verfassungsbeschwerden gegen gerichtliche Entscheidungen nicht zur Ueberprüfung im vollen Umfang, sondern nur zur Nachprüfung auf verfassungsrechtliche Verstösse. Dass die Gestaltung des Verfahrens, die Feststellung und Würdigung des Tatbestandes, die Auslegung eines Gesetzes oder

385. Finalement, une dernière condition doit être respectée pour assurer la recevabilité du <Verfassungsbeschwerde>, à savoir les délais. Comme déjà relevé plus haut, ceux-ci sont de un mois dès la publication de la décision ou sa communication au particulier dans le cas d'un contrôle concret et de un an dès l'entrée en vigueur de la loi dans le cas du contrôle abstrait. Ces deux délais sont des délais de forclusion, leur dépassement entraîne l'extinction du droit d'action⁴⁸⁶.
386. Une fois introduit, le recours constitutionnel est encore loin de son dénouement et il peut se passer un laps de temps relativement long avant la décision de BVerfG. Pour atténuer, voire écarter les inconvénients de cette attente, les juges peuvent prononcer des mesures provisoires là où les circonstances le commandent⁴⁸⁷.

4.3.2. Accessibilité: chances d'invoquer les traités internationaux et chances d'obtenir gain de cause

387. Notre propos dans cette thèse étant justement de déterminer la perméabilité des systèmes nationaux - de l'Allemagne en particulier - face aux Pactes des Nations Unies par l'étude de la jurisprudence puis d'explorer un certain nombre de voies permettant d'améliorer cette perméabilité, le lecteur comprendra que nous nous limiterons ici à

seine Anwendung auf den einzelnen Fall möglicherweise Fehler enthalten, bedeutet für sich allein nicht schon eine Grundrechtsverletzung. »; von Stackelberg, VERFAHREN, p. 29. Aussi les pages 22 et 27, ainsi que l'art. 26 BVerfGG.

⁴⁸⁵ Le système de la maxime d'office - qui permet au BVerfG d'examiner aussi des moyens de droit que les recourants n'ont pas soulevés - est particulièrement bienvenu dans le contexte des Pactes. Leur application par le BVerfG s'est, dans un certain nombre des arrêts étudiés, justement faite d'office, sans que les recourants ne l'aient sollicitée. Cf. 4.4, § 397 ss. et 4.5.2., § 414 ss.

⁴⁸⁶ « Die Verfassungsbeschwerde gegen Entscheidungen der Gerichte und Behörden ist nur innerhalb eines Monats (§ 93/1 BVerfGG), die Verfassungsbeschwerde gegen Rechtsvorschriften nur binnen eines Jahres seit deren Inkrafttreten (§ 93/2 BVerfGG) zulässig. Gegen die Fristversäumung gibt es keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, gleichgültig, auf welchen Gründen die Säumnis beruht. »; von Stackelberg, VERFAHREN, p. 29.

⁴⁸⁷ Cf. von Stackelberg, VERFAHREN, p. 26-28.

quelques observations faites a priori. Nous nous pencherons succinctement sur quelques signes révélateurs de l'accessibilité des instances judiciaires en se fondant sur des textes internationaux, notamment ceux protégeant les droits de l'homme.

388. D'une manière générale, les chances d'amener une affaire jusque devant les juridictions supérieures sont faibles en Allemagne. La fréquence des arrêts rendus est éloquent et encore plus éloquent est le pourcentage de succès. Quoiqu'en constante augmentation, les affaires soumises au BVerfG sont relativement peu nombreuses pour un Etat de cette taille. Alors qu'en 1951, lors de la première livraison des arrêts rendus par le BVerfG, 26 des 48 arrêts étaient des <Verfassungsbeschwerde>, intentés donc par des particuliers, ce nombre n'a cessé de croître. Parallèlement, le nombre de tentatives a également crû de manière vertigineuse, passant de 423 en 1951 à 4'214 en 1992, puis à 5'246 en 1993.
389. Ces chiffres sont bien vite tempérés par celui des affaires ayant été déclarées bien fondées: sur l'ensemble des <Verfassungsbeschwerde> intentés (91'831 sur les 95'944 affaires soumises au BVerfG depuis 1951), seuls 2,73 % ont vu le requérant obtenir gain de cause⁴⁸⁸. A la lumière de ces statistiques, si intenter un recours constitutionnel semble aisé, le gagner est assurément très ardu.
390. Il serait erroné de voir dans ce taux de réussite si bas un signe entièrement négatif. En effet, la plupart des actes de puissance publique dont le réexamen a été demandé au BVerfG respectaient donc la GG, ce qui n'est pas en soi critiquable, bien au contraire. Certains auteurs ne voient du reste dans l'augmentation des affaires portées devant le BVerfG, non pas la révélation de l'incompétence de la puissance publique, mais plutôt l'expression d'une tendance générale à porter en justice de plus en plus de conflits autrefois réglés en dehors des tribunaux. Cette tendance est accentuée par un accès facilité aux conseils légaux et à la prise en charge des frais par les assurances juridiques. En

⁴⁸⁸ Source: Gesamtstatistik des BVerfG für das Geschäftsjahr 1993.

plus de cela, le BVerfG a étendu la notion de puissance publique à un plus grand nombre d'actes⁴⁸⁹.

391. S'agissant du nombre - nettement inférieur - d'actions entamées dans les Länder de l'ancienne Allemagne de l'Est, il s'explique par le fait que cette société n'a pas encore développé chez les individus le réflexe de porter leurs litiges devant les tribunaux. A côté de cette <Streitkultur> qui leur fait pour l'heure encore défaut, mais qui aux dires des observateurs ne saurait tarder à s'imposer, la nouveauté du système juridique incite sans doute les plaideurs à une certaine prudence. Une fois cette trêve finie, une augmentation de l'ordre du tiers des recours constitutionnels est attendue.
392. Les grandes difficultés que les requérants rencontrent lorsqu'ils agissent sur la base des législations ordinaires ou de la Grundgesetz seule, sont d'autant plus patentes quand ils agissent en se fondant sur un texte international. Mais une fois de plus⁴⁹⁰, il nous faut différencier selon les textes internationaux en cause.
393. Alors que les textes issus de l'activité législative de l'Union Européenne sont invoqués à intervalles plus ou moins réguliers, les textes onusiens (de même que ceux du Conseil de l'Europe) le sont avec une parcimonie remarquable. Nous expliquons ce phénomène par une meilleure connaissance des textes européens de l'UE, qui ont des incidences immédiates sur nombre d'aspects de la vie quotidienne des ressortissants de l'UE, appuyés par un cortège de sanctions plus efficaces. Le fait d'appartenir à la réalité quotidienne des citoyens focalise incontestablement l'attention sur ces textes, au détriment de

⁴⁸⁹ « Während es früher allgemeine, auch vom Bundesverfassungsgericht geteilte Meinung war, dass die Grundrechte des GG nur die deutsche öffentliche Gewalt zu binden vermögen, ist das Bundesverfassungsgericht in seinem Urteil zum Maastrichter Vertrag von dieser Ansicht ausdrücklich abgetückt: Nunmehr konstituieren die Grundrechte zugunsten aller Bewohner des Bundesgebiets einen Grundrechtsraum, dessen Verteidigung gegen Eingriffe von woher auch immer dem Bundesverfassungsgericht obliegt. Dass damit auch der Verfassungsbeschwerde ein weiteres Anwendungsfeld erschlossen wird, liegt auf der Hand »; Klein, ZUKUNFT, p. 231. Voir aussi n. 481.

⁴⁹⁰ Comme nous l'avons déjà fait en traitant de la valeur et des effets juridiques des décisions internationales (4.2.3., § 318 ss.).

textes plus méconnus et dépourvus de contrôle supranational contraignant comme les Pactes.

394. S'ajoute à ce qui vient d'être dit l'absence d'un véritable courant dans la doctrine juridique qui stimulerait à développer une jurisprudence sur les Pactes. Plus habitués aux droits fondamentaux de la GG qui sont régulièrement perçus comme un catalogue exhaustif⁴⁹¹ - éventuellement affiné par la CEDH et sa jurisprudence -, les juges sont bien peu enclins à envisager une extension de ce catalogue par le biais des Pactes. Découragés par l'assimilation systématique du contenu des Pactes à d'autres textes comme la GG⁴⁹² et la CEDH, les requérants rechignent à les invoquer, fût-ce subsidiairement. Quel est en effet le sens d'invoquer un tel moyen s'il est systématiquement ignoré⁴⁹³ ? Les cas où le BVerfG examine les Pactes sont du reste régulièrement le fruit de l'initiative des juges (sortes d'examins d'office)⁴⁹⁴.

395. Nous dirons donc que l'ordre juridique allemand est peu réceptif aux sources internationales, ou du moins qu'il rend leur invocation devant les juridictions nationales très difficile⁴⁹⁵. Signe que l'Etat allemand entend garder une emprise maximale sur son activité interne, le législateur se voit reconnaître un droit très large à s'écarter des textes

⁴⁹¹ « Die Zurückhaltung gegenüber der EMRK in der innerstaatlichen Rechtsanwendungspraxis der Bundesrepublik Deutschland mag mit dem gut ausgebauten nationalen Grundrechtssystem und seinen Schutzeinrichtungen zusammenhängen. »; Stern, STAATSRRECHT III/2, p. 1627.

⁴⁹² Des motifs de procédure et de hiérarchie au sein de l'ordre interne ont longtemps justifié une telle attitude vis-à-vis de la CEDH également, avant que le BVerfG, sous la pression des arrêts de Strasbourg, ne soit contraint à modifier sa position. Riedel, PROTECTION, démontre comment le BVerfG a dans un premier temps admis que la CEDH soit plus généreuse pour les garanties de procédure, puis également pour certains droits substantiels. Rien ne s'oppose juridiquement à ce que tôt ou tard le BVerfG n'opte pour une attitude similaire face aux Pactes.

⁴⁹³ Cf. § 399, où le Procureur général d'Allemagne parle avec précision du Pacte II dans sa prise de position alors que la Cour ne fait que le survoler, préférant d'autres sources internationales ou étrangères.

⁴⁹⁴ Cf. 4.5.2., § 414 ss.

⁴⁹⁵ Sur le germano-centrisme du BVerfG, voir § 407 à 410. Aussi n. 491 et n. 501.

internationaux, particulièrement des Pactes⁴⁹⁶. Déjà peu accessible sur la base de la GG, le BVerfG verrouille encore plus l'accès au contrôle de constitutionnalité sur la base des textes d'organisations européennes intégrées et à plus forte raison des Pactes de l'ONU.

396. Le nombre réduit d'arrêts du BVerfG se référant aux Pactes⁴⁹⁷ s'explique donc a priori tant par la difficulté générale et intrinsèque au système de saisine de la Cour constitutionnelle que par le manque de tenacité des particuliers, peu aidés en cela par la doctrine.

4.4. Casuistique sélective de l'application des Pactes

397. Arrêt Kaufmann B.

Bundesverfassungsgericht, I. Senat
Verfassungsbeschwerde
13 janvier 1981
BVerfGE, Band 56, Nr. 3, p. 37 ss.

Faits:

Dans le cadre d'une poursuite intentée contre ses biens, B. est appelé à répondre à quelques questions. Il refuse de coopérer au motif principal que les informations qu'il pourrait donner sont susceptibles de révéler des actes punissables qui lui sont imputables. L'ordonnance sur les faillites ne prévoyant aucun droit à refuser de témoigner, il existe une obligation illimitée d'informer. Le silence de B. lui vaut une détention de contrainte (Beugehaft).

Droits invoqués:

- * Art. 1 GG: dignité humaine.
- * Art. 2 al.1 GG: liberté personnelle et liberté d'action (Handlungsfreiheit).
- * Principe nemo tenetur se ipsum accusare et droit de se taire en procédure pénale (Schweigerecht).
- * Art. 14 al. 3 llt. g Pacte II: droit à ne pas être forcé de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable.

⁴⁹⁶ Cf. Hesse, GRUNDZUEGE, n° 278: « (...) dagegen hindern sie (die Grundrechte der EMRK) den Bundesgesetzgeber innerstaatlich nicht, entgegenstehendes Recht zu setzen, dies freilich nur um Preis einer Völkerrechtsverletzung. (...) ».

⁴⁹⁷ Nous ne relèverons qu'un seul chiffre éloquent: alors que le BVerfG a rendu moins de dix arrêts sur la base des Pactes en l'espace de 20 ans, les juridictions suisses en ont rendu plusieurs fois ce nombre en six ans.

Considérants:

* Une personne faisant l'objet d'une procédure de faillite peut-elle être obligée de témoigner si ce témoignage l'amène à révéler des actes punissables qu'elle aurait commis ? Il n'existe pas de réglementation générale permettant de refuser de témoigner, même si par ce témoignage on s'accuse soi-même. Une différenciation de l'obligation de témoigner selon les situations est en accord avec l'art. 2 al. 1 GG.

* En procédure pénale, le droit du prévenu de refuser de témoigner appartient depuis longtemps aux garanties fondamentales. C'est dans ce domaine - et dans ceux qui peuvent avoir un effet de sanction analogue, comme lors d'une procédure disciplinaire - que la protection contre l'auto-accusation est la plus étendue, et donc l'obligation de témoigner la plus souvent écartée.

* L'art. 14 du Pacte II exprime l'adage *nemo tenetur se ipsum accusare*, dont le corollaire est l'absence de valeur juridique de tout renseignement extorqué en violation de ce principe. Selon la doctrine allemande, les art. 2 al. 1 et 1 al. 1 GG combinés commandent que l'intérêt public à la poursuite pénale s'efface devant l'intérêt du prévenu à ne pas s'auto-accuser. Le droit au silence s'étend aussi à la phase préparatoire du procès (cons. B.I.2.a), p. 42 ss).

* Ce droit de refuser de témoigner existe aussi dans d'autres domaines que le droit pénal (droit civil, droit des assurances sociales). La législation règle différemment ce droit selon les domaines et la gradation va d'un droit absolu à se taire à une obligation illimitée de témoigner.

* Dans une procédure de faillite, le débiteur est le mieux à même et parfois le seul à pouvoir renseigner les autorités. Dans l'intérêt du public et des tiers-créanciers, il faut donc distinguer sa situation de celle d'un prévenu. L'art. 2 al. 1 GG (liberté personnelle) trouve sa limite dans le respect des droits de la personnalité des tiers. Une loi qui contraint à témoigner ne viole pas la dignité humaine, respecte l'intérêt public et des tiers et n'est donc pas inconstitutionnelle. Néanmoins, pour préserver le droit absolu à se taire en procédure pénale, il faut garantir que les éléments révélés dans la faillite ne soient pas utilisés contre le débiteur dans une procédure pénale ultérieure. L'obligation de témoigner est ainsi concrètement et réellement limitée à la procédure de faillite.

* Dans son opinion dissidente, le juge Heussner estime que, pour éviter toute fuite des révélations faites au cours de la procédure de faillite vers une procédure pénale, il faut en interdire la publicité à quiconque n'y a pas droit (Unbefugte).

Résultat:

Rejet du recours constitutionnel: il est possible de forcer une personne à témoigner dans le cadre d'une faillite, même si son témoignage risque de révéler des actes punissables qu'elle aurait commis.

398. Arrêt Deutscher Arbeitnehmer-Verband (DAV)

Bundesverfassungsgericht, 1. Senat

Verfassungsbeschwerde

20 octobre 1981

BVerfGE, Band 58, Nr. 18, p. 233 ss.

Faits:

Le Deutscher Arbeitnehmer-Verband (DAV) est une association dont le but est la défense des intérêts des travailleurs de toutes les branches. Ses membres, au nombre de 14'300, sont répartis sur un large territoire et entre tous les secteurs, notamment la construction et l'énergie. Ses tentatives pour conclure des conventions collectives de travail (Tarifvertrag) échouent toutes, à l'exception d'une seule. Sur recours d'un syndicat concurrent, la qualité de « syndicat » et, par voie de conséquence, la capacité à conclure des conventions collectives lui sont retirées en 1972. Le DAV conteste cette décision.

Droits invoqués:

* Art. 9 al. 3 GG: liberté syndicale.

* Art. 2 al. 1 GG: liberté d'action (Handlungsfreiheit).

* Art. 3 al. 1 GG: égalité devant la loi.

* Art. 20 GG: ordre public et état social.

* Textes internationaux protégeant la liberté syndicale, pas invoqués par le recourant mais examinés par le BVerfG: art. 11 al. 1 CEDH, 5 Charte sociale européenne, Convention n° 87 BIT et 8 al. 1 lit. a Pacte I.

Considérends:

* La loi sur les conventions collectives de travail (Tarifvertragsgesetz) définit les conditions, les modalités et les effets de leur conclusion. Elle fixe quelles sont les parties (employeurs et syndicats) susceptibles de les négocier, sans préciser à qui la qualité de syndicat peut être reconnue.

* C'est la jurisprudence du Bundesarbeitsgericht qui a posé les conditions minimales pour reconnaître la compétence de conclure des conventions collectives: être en mesure de négocier des accords qui déploient des effets analogues à des normes juridiques générales, jouir d'une certaine influence et représentativité, pouvoir exercer certaines pressions pour imposer les conventions collectives et la paix du travail, être à même de remplir les obligations qui incombent à un syndicat de par la loi et avoir, finalement, une certaine autorité sur les travailleurs et les employeurs afin de les pousser à négocier, ce qui passe par une bonne organisation et la faculté d'offrir des prestations aux membres.

* Le BVerfG juge que la loi qui fonde l'exclusion du DAV - le Tarifvertragsgesetz - n'est pas inconstitutionnelle lorsqu'elle impose, avec l'appui du Bundesarbeitsgericht, des conditions minimales pour être habilité à conclure des conventions collectives. Certes, l'art. 9 al. 3 GG (qui recoupe aussi la liberté syndicale telle que garantie par les textes internationaux - CEDH, Charte sociale, Convention n°87 OIT, Pacte I) protège la liberté syndicale. Cette liberté peut être

restreinte, sous réserve de son noyau dur (Kernbereich), notamment lorsque son but même l'impose. Pour jouer efficacement le rôle de syndicat, il faut jouir d'une certaine influence et d'une large représentativité, être à même d'exercer des pressions sur les partenaires et assurer une organisation et des prestations suffisantes. Exclure des discussions sur les conventions collectives un syndicat comme la DAV qui ne remplit visiblement pas ces conditions ne viole pas l'art. 9 al. 3 GG.

* Une intéressante comparaison avec les partis politiques soutient l'argumentation du BVerfG: ils sont libres quant à leur formation, mais ne bénéficient des facilités financières utiles voire indispensables qu'à la condition qu'ils atteignent le minimum des 5 % de suffrages.

* S'agissant du droit international examiné (CEDH, Charte sociale européenne, Pacte I et Convention BIT), il n'étend pas la garantie de l'art. 9 GG dans la perspective de la conclusion de conventions collectives. Cet art. 9 GG couvre même plus largement la liberté syndicale que ne le font ces textes internationaux. Le BVerfG ne tranche pas si la Charte sociale est d'applicabilité directe, si elle lie le juge et le législateur ou si elle sert à guider l'interprétation. Il en va de même pour le Pacte I qui ne règle la liberté syndicale que de manière générale, sans aborder spécifiquement la qualité de syndicat et la compétence pour conclure des conventions collectives. La valeur juridique que le BVerfG entend reconnaître au Pacte I semble être identique à celle reconnue à la Convention n° 87 du BIT, à savoir celle d'une loi interne simple (« einfachen innerstaatlichen Recht ») puisqu'elle a été incorporée par une loi (« Zustimmungsgesetz ») (cons. B.I.5., p. 253 ss.).

* Dans la procédure des prises de position par les organes, autorités ou syndicats intéressés, le Christliche Bau- und Holzarbeiterverband Deutschlands (CBHV) se fondait sur le Pacte I et sur la Convention n° 87 BIT pour interpréter l'art. 9 al. 3 GG dans le sens du DAV. En substance, l'art. 9 al. 3 GG garantirait le droit à fonder un syndicat non pas en fonction du degré d'influence que ce syndicat pourrait exercer, mais en fonction du but même du syndicat qui est la défense des travailleurs (cons. A.III.4., p. 245).

Résultat:

Rejet du Verfassungsbeschwerde (refuser la qualité de syndicat et la compétence pour signer des conventions collectives de travail à une association dont l'influence et la taille sont réduites ne viole pas la liberté syndicale).

399. Arrêt de l'extradition vers la Turquie

Bundesverfassungsgericht, 2. Senat

Procédure de l'art. 100 al. 2 GG (reconnaître la qualité de règle générale de droit international public à la norme en cause)

31 mars 1987

BVerfGE, Band 75, Nr. 1, p. 1 ss.

4. Les Pactes en Allemagne

Faits:

X. a été condamné à 18 ans de réclusion en Turquie. Auparavant et pour les mêmes faits, il avait purgé une peine de 3 ans en Grèce. La durée de la peine turque tient compte des mois de détention préventive, mais pas des années purgées en Grèce. La Turquie demande l'extradition de X. depuis l'Allemagne où il se trouve, en vue de lui faire purger sa peine. X. est mis en détention préventive. L'Oberlandesgericht de Munich saisit le BVerfG d'une question dont dépend la légalité de l'extradition, à savoir si le principe ne bis in idem a une portée internationale.

Droits invoqués:

* Art. 103 al. 3 GG: ne bis in idem.

* Art. 14 al. 7 Pacte II: ne bis in idem (double jeopardy, Doppelbestrafung).

Considérends:

* Existe-t-il une règle générale de droit international public au sens de l'art. 25 GG qui s'oppose à l'extradition d'un individu qui a purgé une peine de prison dans l'Etat A, ou y a été acquitté, et dont l'Etat B requiert l'extradition auprès de l'Etat C sur la base des mêmes faits ? Si non, l'Etat B devra-t-il au moins tenir compte de la durée de la peine déjà purgée dans l'Etat A ? En d'autres termes et en toute généralité, quelle est la portée territoriale du principe ne bis in idem (art. 103 al. 3 GG et 14 al. 7 Pacte II) ? Va-t-il lier l'Etat C qui veut extraditer (l'Allemagne) lorsque les Etats A et B (la Grèce et la Turquie) sont ceux qui condamnent et exécutent deux fois une peine pour les mêmes faits ? Telles sont les questions que l'Oberlandesgericht de Munich adresse au BVerfG, sur la base de la procédure de renvoi de l'art. 100 al. 2 GG.

* Après examen du droit international conventionnel (notamment la Convention européenne d'extradition, la Convention interaméricaine, le système CEDH avec le Protocole 7), des constitutions nationales et des lois internes, la Cour constitutionnelle nie l'existence d'une telle règle de droit international au sens de l'art. 25 GG. Les juges vont dans le sens du Procureur général d'Allemagne qui limite la garantie de l'art. 14 al. 7 du Pacte II à l'intérieur du même Etat et refuse de l'étendre à un jugement rendu à l'étranger. Il existe certes une tendance à tenir compte des condamnations dans d'autres Etats et à imputer la durée des peines déjà purgées, cette tendance n'atteint toutefois pas le degré de principe général de droit international public. Les discussions et travaux préparatoires dans le cadre de l'ONU pour l'élaboration du Pacte II confirment l'absence de portée supranationale du principe ne bis in idem (cons. A-II., p. 9 ss et C.2.a), p. 21 ss).

* Le principe ne bis in idem a une portée nationale largement reconnue; il s'oppose à juger deux fois dans un même Etat pour les mêmes faits et interdit l'extradition d'une personne déjà condamnée dans l'Etat requis. Par contre, et ce malgré une tendance à davantage tenir compte d'un jugement antérieur sur les mêmes faits dans un Etat tiers, ne bis in idem ne s'étend pas à deux procès sur la base des mêmes faits dans deux Etats différents. A fortiori, il ne lie pas l'Etat requis (l'Allemagne) lorsque les condamnations doubles sont le fait de l'Etat requérant

(la Turquie) et d'un Etat tiers (la Grèce). Une telle règle n'existe ni dans le droit international conventionnel, ni parmi les règles générales de droit international public.

* Aucune règle générale de droit international public au sens de l'art. 25 GG ne s'oppose donc à l'extradition de X. vers la Turquie, bien qu'il ait déjà purgé sa peine en Grèce. Le fait que la Turquie n'impute pas les années grecques de prison n'y change rien.

* Signalons une comparaison intéressante avec le droit national suisse de l'extradition (au considérant C.2.b)bb), p. 31 s.), lequel droit suisse tendrait à ne pas extraditer celui qui a déjà purgé sa peine ou a été acquitté dans un Etat tiers.

Résultat:

Il n'existe pas de règle générale de droit international public au sens de l'art. 25 GG qui étendrait la portée du principe ne bis in idem au niveau international et s'opposerait à l'extradition depuis l'Etat C vers l'Etat B d'une personne qui a déjà purgé, ou a été acquittée, dans l'Etat A une peine pour les mêmes faits.

400. Arrêt Frau S. et Kind F.

Bundesverfassungsgericht, 2. Senat

Verfassungsbeschwerde

12 mai 1987

BVerfGE, Band 76, Nr. 1, p. 1 ss.

Faits:

Il s'agit d'un recours joint de plusieurs ressortissants turcs et yougoslaves qui s'opposent au « délai de carence » imposé avant qu'il ne leur soit permis de faire venir leurs proches en Allemagne. Plus concrètement, ces ressortissants turcs et yougoslaves vivant légitimement en Allemagne s'opposaient au délai de trois ans qui leur était imposé avant d'être autorisés à faire venir leurs épouses ou leurs familles proches en Allemagne.

Droits invoqués:

* Art. 6 GG: protection du mariage et de la vie de famille.

* Art. 8 CEDH: protection de la vie familiale.

* Traité d'association et traité d'établissement entre l'Allemagne et la Turquie.

* Art. 17 al. 1 et 23 al. 1 Pacte II: protection de la vie privée et de la famille.

* Art. 19 al. 6 Charte sociale et 2 al. 1 et 10 al. 1 Pacte I: protection de la famille et liberté du mariage.

Considérends:

* Le BVerfG a nié que les alinéas 1 et 2 de l'art. 6 GG offrent un droit constitutionnel à rejoindre son conjoint ou ses proches vivant légitimement en Allemagne et par-là même le droit constitutionnel au regroupement familial.

Néanmoins, cet art. 6 GG oblige les autorités à tenir compte de la situation familiale de la personne requérant le regroupement. Le fait d'exiger un délai de trois ans de mariage pour admettre le regroupement des conjoints est une restriction trop importante aux intérêts protégés de la famille. Cette restriction n'est pas justifiée par un intérêt public suffisant.

* Au point C. IV., le BVerfG précise qu'il ne limite pas son examen d'un recours recevable aux seuls moyens soulevés par les requérants, mais qu'il reste au contraire libre d'en examiner d'autres. La Cour dit notamment que: «Ist eine Verfassungsbeschwerde in zulässiger Weise erhoben worden, so ist das Bundesverfassungsgericht nicht darauf beschränkt zu prüfen, ob der gerügte Grundrechtseingriff vorliegt. Vielmehr kann es den angegriffenen Hoheitsakt unter jedem in Betracht kommenden verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt prüfen»; p.74.

* Elle se base sur cette liberté pour examiner toute une série de textes internationaux que les requérants n'avaient pas invoqués: la CEDH, les traités d'association et d'établissement germano-turc, les Pactes I et II et la Charte sociale européenne. En d'autres termes, les juges vont vérifier si la restriction à la vie familiale - qui est déjà contraire à l'art. 6 GG - s'accorde avec les obligations que l'Allemagne doit assumer du fait du droit international conventionnel ou général. Les sources internationales ne s'opposent ici pas au délai de 3 ans, si bien que ces garanties internationales restent bien en deça de ce qu'offre la GG.

* Plus précisément, le BVerfG estime que le droit international général laisse les Etats libres d'autoriser plus ou moins largement le regroupement familial. L'art. 8 CEDH respecte aussi une large autonomie des Etats et ne les oblige pas à prévoir le regroupement familial. Les traités d'association et d'établissement liant l'Allemagne à la Turquie ne sont pas non plus violés par le refus de ce regroupement.

* S'agissant des Pactes, les art. 17 al. 1 et 23 al. 1 du Pacte II ont la même portée que ce que la Cour CEDH a délimité. Ce n'est donc pas à la seule CEDH que les juges se réfèrent, mais à la jurisprudence qui a été développée sur sa base. Les art. 2 al. 1 et 10 al. 1 du Pacte I (et l'art. 19 al. 6 Charte sociale) n'obligent pas non plus l'Allemagne à juger plus favorablement la demande de séjour du requérant. Le BVerfG ne tranche pas l'applicabilité directe du Pacte I et se montre très laconique sur son contenu (cons. C.V, p. 78 ss, et spécialement C.V.2.c), p. 81 s.).

Résultat:

Le recours constitutionnel est jugé bien fondé dans la mesure où le délai de 3 ans imposé avant de pouvoir faire venir ses proches en Allemagne, s'il ne viole pas en soi l'art. 6 GG sur le droit à la vie de famille, constitue néanmoins une restriction disproportionnée à ce droit.

401. Arrêt Herrn T.

Bundesverfassungsgericht, 2. Senat

Verfassungsbeschwerde

21 octobre 1987

BVerfGE, Band 77, Nr. 7, p. 137 ss.

Faits:

T. s'est vu attribuer la nationalité est-allemande à l'âge de 14 ans. Après sa majorité, il rejoint l'Allemagne de l'Ouest à la faveur d'un passeport italien hérité de son père. Il vit en RFA, se présentant même à des élections, jusqu'au jour où les autorités lui retirent sa nationalité allemande au sens de l'art. 116 al. 1 GG. Les autorités le justifient par le doute qui pèse sur l'acquisition de sa nationalité est-allemande et par le fait que les autorités italiennes le considèrent comme leur ressortissant (il n'est donc pas apatride).

Droits invoqués:

* Art. 116 al. 1 GG: notion d'« allemand ».

* Art. 16 al. 1 GG: citoyenneté allemande.

* Art. I al. 1 Pacte I et 1 al. 1 Pacte II: droit des peuples à décider d'eux-mêmes.

Considérends:

* Celui qui reçoit la nationalité est-allemande reçoit-il de plein droit la nationalité allemande au sens des art. 116 al. 1 et 16 al. 1 GG lorsqu'il s'établit du côté ouest-allemand ? L'intéressé, d'origine italienne, s'était vu attribuer la nationalité est-allemande à l'âge de 14 ans, sur la base de critères est-allemands qui ne correspondaient pas à ceux requis en Allemagne de l'Ouest.

* En raison de l'obligation constitutionnelle de maintenir l'unité de la nationalité allemande en vue de la réunification des deux entités, cette notion de nationalité et les critères de son attribution sont à percevoir de façon évolutive et non pas statique. En outre, les critères doivent être revus à la lumière de l'ordre public ouest-allemand, mais avec une grande retenue du BVerfG.

* Pour permettre un jour le juste exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes par tous les Allemands, la GG se doit de reconnaître les critères est-allemands pour l'octroi de la nationalité et voir dans tous les citoyens de la RDA des titulaires de la nationalité allemande au sens des art. 116 al. 1 et 16 al. 1 GG. Les deux systèmes juridiques est- et ouest-allemands interfèrent donc sur certains points et ceci durera tant que les deux parties n'auront pas été séparées ou réunies après le libre exercice du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Cette position est ici d'autant plus justifiée que les critères adoptés par la RDA ne violent pas l'ordre public de la RFA.

* Octroyer la nationalité allemande à celui qui a eu la nationalité est-allemande n'est contraire ni au droit international général, ni à des traités bilatéraux entre la

RDA et la RFA. La séparation des deux entités a toujours été perçue comme transitoire, prouvant ainsi la continuité de l'Allemagne en tant qu'Etat. Pour qu'il y ait réellement deux Etats, il est impératif de respecter le principe général de droit international public qu'est le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes (notamment les art. 1 al. 1 de chaque Pacte). Tant que l'ensemble du peuple allemand n'aura pas pu se prononcer sur une scission, il faut maintenir cette notion de « nationalité allemande » qui couvre tous les Allemands susceptibles de voter sur cette question (cons. C.I.I.d), p. 161 ss).

* Dans une opinion dissidente, le juge Niebler reconnaît qu'il faut sauvegarder la notion de nationalité allemande en vue de se prononcer un jour sur la réunification ou la séparation, mais que la seule limite de l'ordre public ouest-allemand pour accepter les critères est-allemands est insuffisante. Il n'admet pas que les faits qui permettent d'octroyer la nationalité est-allemande soient unilatéralement étendus et imposés à la RFA. De son point de vue, le recourant ne possède donc pas la nationalité allemande.

Résultat:

Le recours constitutionnel est admis: le recourant a bien la nationalité allemande au sens des art. 16 al. 1 et 116 al. 1 GG, parce qu'il avait acquis la nationalité est-allemande sans que cela ne contredise l'ordre public ouest-allemand.

402. Arrêt Herrn W.

Bundesverfassungsgericht, 2. Senat

Verfassungsbeschwerde

14 novembre 1990

BVerfGE, Band 83, Nr. 8, p. 119 ss.

Faits:

W. est condamné à 10 mois de prison avec sursis et 20'000 DM d'amende pour tentative d'escroquerie et diffamation. Etant incapable de payer l'amende, il obtient le sursis à l'exécution puis l'échelonnement du paiement. Celui-ci restant erratique et très partiel, la peine pécuniaire est convertie en 300 heures de travail d'intérêt général et en un paiement échelonné des 10'000 DM restants. W. estime que cette conversion viole ses droits fondamentaux et spécialement l'interdiction de tout travail forcé.

Droits invoqués:

* Art. 1 al. 1 GG: dignité humaine.

* Art. 2 al. 1 et 2 GG: liberté personnelle.

* Art. 12 al. 1: liberté de choisir son métier.

* Art. 12 al. 2 et 12 al. 3 GG: interdiction du travail forcé.

* Art. 4 al. 3 lit. a CEDH et 8 al. 3 lit. c Pacte II: interdiction du travail forcé.

* Art. 103 al. 2 GG: exigences de précision de la norme pénale, avant que cet acte ne soit commis.

Considérants:

* Le recourant conteste les 300 heures de travail d'intérêt général (TIG) censées remplacer 10'000 DM dans la mesure où ce travail est assimilable à du travail forcé. Les ministères de la justice, fédéral et du Land de Baden-Württemberg, sans aller jusqu'à remettre en cause le principe de la conversion des amendes en heures de travail prévu par le code pénal allemand, émettent ici des doutes quant à la proportionnalité (300 heures représentent 38 journées complètes de travail).

* Le BVerfG rappelle qu'il admet le travail comme modalité d'exécution d'une sanction pénale. Le TIG est ici la commutation d'une peine en une autre et est par là même limité dans le temps. Pour voir si la charge que le TIG impose au particulier est admissible, il faut en examiner les répercussions sur la vie du prévenu pour éviter de rendre l'atteinte disproportionnée.

* En outre, le TIG est conforme au droit international conventionnel (art. 4 al. 3 lit. a CEDH et 8 al. 3 lit. c Pacte II) liant l'Allemagne et qui est significatif pour l'interprétation des droits fondamentaux de la GG. Le fait que certains Etats du Conseil de l'Europe limitent le TIG à 240 heures n'y change rien (cons. C.II.1.c), p. 128).

* Ainsi, la conversion d'une amende de 10'000 DM en 300 heures de TIG ne viole pas la GG (art. 12, 2 al. 1, 103 essentiellement) - sous réserve des circonstances de chaque cas qui pourraient rendre sa durée disproportionnée.

Résultat:

Le recours constitutionnel est rejeté: la conversion de 10'000 DM d'amende en 300 heures de TIG ne viole pas les droits fondamentaux et n'est pas disproportionnée.

403. Arrêt de l'avortement

Contrôle de constitutionnalité demandé par le gouvernement de Bavière et 249 députés du Bundestag (Normenkontrollverfahren).

Bundesverfassungsgericht, 2. Senat

28 mai 1993

BVerfGE, Band 88, Nr. 21, p. 203 ss.

Faits:

Un projet de révision du code pénal allemand prévoit de libéraliser l'avortement. L'interruption de grossesse sera à l'avenir non punissable lorsque certaines conditions sont remplies. Le nouvel art. 218a du code pénal autorise l'avortement selon la solution dite des indications, durant un certain délai et après consultations d'organes de conseil. En outre, des prestations sociales sont fournies à la femme qui avorte. Le gouvernement de Bavière ainsi que 249 députés du Bundestag contestent la constitutionnalité de ce projet de loi, qui violerait les droits fondamentaux.

4. Les Pactes en Allemagne

Droits invoqués:

* Art. 2 al. 2 GG en liaison avec l'art. 1 al. 1 GG pour la protection de l'enfant à naître.

* Art. 3 al. 2, 4 et 6 GG, art. 3 et 7 Pacte I: obligations d'assistance à la future mère.

Considéransts:

* Un projet de révision du code pénal contient de nouvelles dispositions autorisant l'interruption de grossesse lorsque certaines conditions sont réunies, dans un certain délai et après consultation par la future mère d'organes prodiguant des conseils. Face au caractère libéral de cette solution, les députés au Bundestag et le gouvernement de Bavière se basent sur les art. 93 al. 1 n° 2 GG et 13 n° 6 BVerfGG pour remettre en cause sa constitutionnalité dans une procédure de contrôle des normes (Normenkontrollverfahren).

* Sur le fond, les recourants invoquent les art. 1 al. 1 et 2 al. 2 GG pour la protection de l'enfant à naître et contestent la constitutionnalité de cette solution qui mêle le délai et les indications. Le BVerfG attache à ces art. 1 al. 1 et 2 al. 2 GG l'obligation de protéger l'enfant à naître contre l'intervention de l'Etat, mais aussi et surtout de la mère et de tiers. Les juges posent une interdiction fondamentale relative de l'avortement, violée en l'espèce par les exceptions du projet de loi qui vont trop loin.

* Des art. 6 al. 1 et 4 GG, ils tirent l'obligation d'assistance à la future mère. Des art. 6 et 3 al. 2 GG (en liaison avec les art. 3 et 7 du Pacte I), ils déduisent que le législateur doit tenter de donner à la femme une chance égale à la réinsertion professionnelle après la maternité. De ce point de vue, le projet de loi remplit les exigences (cons. D.I.3.b), p. 260 s.).

* La voie choisie par le législateur respecte ici certes en soi ces deux obligations, mais elle ne les respecte que sous réserve que le système de conseils et d'assistance avant et après la grossesse soit suffisant. Or, la procédure de conseils telle que prévue par la SFHG (Gesetz zum Schutz des vorgeburtlichen/werdenden Lebens, zur Förderung einer kinderfreundlicheren Gesellschaft, für Hilfen im Schwangerschaftskonflikt und zur Regelung des Schwangerschaftsabbruchs - complétant les modifications du code pénal) n'est pas assez développée pour garantir le respect de la vie à naître. La loi se doit de régler avec plus de précision les modalités de l'encadrement des futures mères (notamment les conseils qui leur sont prodigués), sous peine d'être inconstitutionnelle.

Résultat :

Le recours du gouvernement de Bavière et des députés du Bundestag est accepté, les dispositions attaquées sont déclarées nulles car elles ne respectent pas la protection constitutionnelle du droit à la vie et manquent de précision quant à l'assistance offerte à la future mère.

404. Arrêt des espions est-allemands

Bundesverfassungsgericht, 2. Senat

Renvoi par le Tribunal de Berlin (Vorlageverfahren) et Verfassungsbeschwerde

15 mai 1995

BVerfGE, Band 92, Nr. 17, p. 277 ss.

Faits:

Dans une procédure qui relève à la fois d'un renvoi par un tribunal de Berlin (Vorlageverfahren) et d'un contrôle de constitutionnalité à l'initiative de particuliers (Verfassungsbeschwerde), le BVerfG doit principalement se prononcer sur l'existence d'une règle générale de droit international public au sens de l'art. 25 GG qui interdirait de poursuivre sur la base du Code pénal allemand celui qui a espionné de façon non punissable à l'époque des faits, pour le compte de la RDA, depuis le territoire de la RDA, contre les intérêts de la RFA ou de l'OTAN et qui réside en RDA au moment de la réunification.

Droits:

* Existence d'une règle de droit international public dépénalisant les actes des services secrets d'un ancien Etat qui s'est pacifiquement rallié au nouvel Etat.

* Violation du principe de proportionnalité dans la restriction des art. 2 al. 2, 33 al. 2 et 38 al. 2 GG.

* Violation des art. 3 al. 1 et 103 al. 2 GG (et des art. 7 CEDH et **15 Pacte II** - légalité et non-rétroactivité des peines) en punissant les seuls espions de la RDA et pas ceux de la RFA.

Considérends:

* La Cour a tout d'abord jugé conforme à l'art. 2 GG la disposition du Code pénal allemand qui punit ceux qui ont agi contre la RFA depuis la RDA, sous réserve du principe de proportionnalité.

* Le fait de punir les espions de l'ex-RDA et pas ceux de l'ex-RFA ne viole pas le principe d'égalité (art. 3 al. 1 GG).

* Suivant notamment une expertise commandée à l'Institut Max-Planck, le BVerfG nie l'existence d'une règle générale de droit international public qui interdirait de poursuivre les espions RDA après la réunification. Il n'y a pas lieu de traiter de façon particulière les espions de l'entité qui s'ajoute (la RDA) lorsqu'elle rejoint l'entité espionnée (la RFA).

* Les art. **15 Pacte II** et 7 CEDH - de même contenu et de même portée que l'art. 103 al. 2 GG - n'imposent pas que la punissabilité soit établie par le droit du lieu de commission de l'acte. Le droit international public permet de punir des actes commis dans un autre Etat où ils peuvent très bien ne pas être punissables. Tel est le cas en l'occurrence: les actes d'espionnage contre la RFA au profit de la RDA n'étaient pas punis par le droit est-allemand, ils peuvent cependant l'être dans l'Allemagne réunifiée. La RDA n'a pas non plus renoncé à punir des actes d'espionnage dirigés contre elle et venant d'un autre Etat où ils n'étaient pas punissables. Les articles du Pacte II et de la CEDH ne font que codifier le principe

4. Les Pactes en Allemagne

de non rétroactivité des lois pénales. Ce principe de non-rétroactivité n'est pas violé si la punissabilité des actes est définie par le droit en vigueur à l'époque des faits en RFA (cons. A.III.1.b), p. 309 et C.III.2.d)cc), p. 323).

Résultat:

Il n'existe pas de règle générale de droit international public au sens de l'art. 25 GG qui s'opposerait à la poursuite dans l'Etat B (RFA - Allemagne réunifiée) d'actes d'espionnage, non punissables dans l'Etat A (RDA) à la solde duquel ils ont été faits, commis depuis l'Etat A par des résidents de cet Etat A contre l'Etat B, et ce même si l'Etat A a rejoint pacifiquement l'Etat B après réunification.

405. Arrêt B.

Bundesverfassungsgericht, 2. Senat
Verfassungsbeschwerde
14 mai 1996
BVerfGE, Band 94, Nr. 4, p. 115 ss.

Faits:

La modification de l'article constitutionnel sur le droit d'asile permet dorénavant de classer les Etats d'où les requérants sont originaires entre ceux qui sont « sûrs » et ceux qui ne le sont pas. Si l'Etat en cause est sûr, le renvoi est possible puisqu'il est alors présumé que le requérant n'est pas exposé à des « poursuites politiques ». Deux Ghanéens, ayant participé à des manifestations contre l'actuel gouvernement et menacés de poursuites pénales suite aux détériorations faites à cette occasion, demandent l'asile politique en Allemagne. Leur demande est rejetée, le Ghana figurant sur la liste des Etats sûrs et les recourants n'ayant pas prouvé la menace de poursuites politiques à leur encontre.

Droits invoqués:

- * Art. 16a GG: droit d'asile.
- * Art. 3 CEDH et 7 Pacte II: interdiction de la torture, interdiction des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

Considérents:

- * Les recourants contestent la constitutionnalité de l'art. 16a GG en tant qu'il demande au législateur de qualifier les Etats comme « sûrs » ou non, ainsi que le fait que les requérants d'un Etat sûr sont présumés ne pas risquer de poursuites politiques et surtout le classement du Ghana parmi les Etats sûrs. A l'appui de ce dernier point, ils rappellent que le tribunal doit se convaincre que les peines qu'ils risquent n'ont pas un caractère politique. Ceci n'est pas à exclure dans un Etat comme le Ghana, qui pratique encore d'une part des peines ou traitements inhumains ou dégradants et d'autre part la peine de mort.
- * Le BVerfG rejette le recours constitutionnel, néanmoins recevable. S'agissant de l'art. 16a GG et spécialement de son alinéa 3 qui permet au législateur d'établir

une liste d'Etats sûrs, il s'accorde tout à fait avec la GG. Les critères suivants ont été retenus pour trancher de la sûreté de l'Etat: y procède-t-on à des poursuites à caractère politique, fût-ce régionalement; des peines ou traitements inhumains ou dégradants y sont-ils infligés; la peine de mort y est-elle en vigueur; quelle est la situation juridique et judiciaire globale; comment le droit y est-il quotidiennement appliqué; jusqu'où la surveillance internationale est-elle acceptée; quelle est la structure générale de l'Etat, son respect de la démocratie et des droits fondamentaux et quelle est, finalement, son degré général de stabilité.

* Le critère de la peine de mort ne permet pas en soi de nier la sûreté de l'Etat qui la pratique. Il faut bien examiner quelles infractions (normalement graves) l'appellent, avec quelle précision l'infraction et la peine sont décrites, quelles garanties de procédure sont offertes, à quelle fréquence elle est prononcée, si et comment elle est exécutée. Si la peine est infligée avec trop de facilité et de célérité, l'Etat ne sera pas sûr; sinon, il peut très bien l'être indépendamment de cette peine. Par contre, si le requérant risque lui-même la peine de mort en cas de renvoi, il sera protégé par l'Allemagne quand bien même il vient d'un Etat sûr. En d'autres termes, l'Allemagne ne renvoie pas les requérants exposés à la peine capitale.

* Les peines ou traitements inhumains ou dégradants (au sens des art. 3 CEDH et 7 Pacte II) peuvent être un indice que l'Etat procède à des poursuites d'ordre politique. Même si l'art. 16a al. 3 GG n'inclut pas expressément la torture dans les critères, les peines et traitements inhumains ou dégradants sont néanmoins à prendre en compte dans le jugement de la situation d'un Etat et pour savoir si des poursuites politiques y ont lieu (cons. C.II.1.b)aa), p. 136 s.). Le respect des textes internationaux (dont le Pacte II) protégeant contre la torture et les peines ou traitements inhumains ou dégradants figure par contre dans les critères légaux pour savoir si l'Etat est sûr ou pas (cons. A.I.2, p. 119 ss et cons. C.II.2.a), p. 139 s.).

* Tout le système est ensuite basé sur la présomption que les ressortissants d'Etats sûrs ne sont pas menacés de poursuites politiques en cas de renvoi, sauf s'ils prouvent le contraire. Cette présomption respecte le droit d'asile contenu dans la GG.

* Dans le cas concret du Ghana, cet Etat a été porté sur la liste des Etats sûrs, depuis qu'en 1992 y ont été tenues des élections libres et démocratiques, qu'une nouvelle Constitution est entrée en vigueur en 1993 et que quelques lois restrictives des droits fondamentaux ont été abrogées. Peu de demandes ont émané de ressortissants ghanéens et les organismes internationaux considèrent le standard de cet Etat comme suffisant, même si la peine de mort y est encore pratiquée. La torture n'y est plus pratiquée, bien que le Ghana n'ait pas adhéré aux textes internationaux contre la torture. Le Ghana étant donc un Etat sûr et les recourants n'ayant pas prouvé que les poursuites pénales suite aux manifestations auront un caractère politique et non pas simplement pour dommage à la propriété, leur demande d'asile peut être rejetée sans violer la Constitution.

Résultat:

Rejet du recours constitutionnel: inclure le Ghana dans la liste des Etats sûrs ne viole pas la GG, le principe de cette liste et les critères pour l'établir étant également conformes à la GG.

406. Arrêt plus récent : les victimes de la surveillance à la frontière RDA-RFA

Cet arrêt du 24 octobre 1996 (BVerfGE, Band 95, Nr. 7, p. 96 ss.) traite de recours contre des jugements condamnant les responsables de l'ex-RDA qui avaient été à l'origine de la mort de plusieurs personnes ayant tenté de franchir, entre 1971 et 1989, la frontière séparant les deux Allemagne. Le problème principal de l'arrêt consistait à admettre la rétroactivité de la punissabilité de ces actes en dépit de l'art. 103 al. 2 GG. Et ce parce que le principe de confiance qui est à la base de cet art. 103 al. 2 GG doit céder lorsque les actes commis au nom de l'autorité publique l'ont été au mépris des droits de l'homme reconnus par la communauté internationale au point d'en devenir criminels. Cette position est confirmée par les art. 12 al. 2 et 6 al. 1 phrases 1 et 3 du Pacte II (p. 112). S'agissant de la RDA, le BVerfG rappelle qu'elle a ratifié le Pacte II sans le transformer. L'obligation qui en découle est donc de nature internationale ; le Pacte II n'a pas d'effet direct sur les rapports juridiques entre l'Etat et les particuliers (p. 121). Il est perçu comme la concrétisation de valeurs reconnues par la communauté internationale (« als eine Konkretisierung (...), was als die allen Völkern gemeinsame, auf Wert und Würde des Menschen bezogene Rechtsüberzeugung verstanden werde » ; p. 123).

4.5. Analyse de la jurisprudence relative aux Pactes

4.5.1. Généralités

407. Comme déjà brièvement évoqué plus haut, la jurisprudence allemande relative aux Pactes des Nations Unies est peu abondante⁴⁹⁸; l'invocation et l'examen de ces textes restent extrêmement marginaux, à tout le moins pour ce qui en est de la fréquence. A la lecture des quelques arrêts⁴⁹⁹ du BVerfG en la matière, ce qui frappe de prime abord est leur

⁴⁹⁸ Cf. 4.3.2. Accessibilité: chances d'invoquer les traités internationaux et chances d'obtenir gain de cause; § 387 ss.

⁴⁹⁹ Une dizaine à notre connaissance.

longueur imposante. L'argumentation du BVerfG se fonde cependant presque exclusivement sur des éléments de droit interne (sauf, tout logiquement, pour les arrêts traitant de l'existence ou non d'une règle générale de droit international public⁵⁰⁰) et puise la plupart des justifications concernant les droits fondamentaux dans le catalogue de la GG.

408. Cette attitude du BVerfG est si marquée que nous n'hésiterons pas à parler de centrisme sur la GG⁵⁰¹. Cette analyse est confirmée par le sociologue allemand Jürgen Habermas qui estime, lui, que les Allemands ont face à leur GG un <patriotisme constitutionnel>. Certes, le catalogue de la GG est historiquement précurseur et remarquablement ordonné, large et doté d'un système de contrôle sans égal au monde, il nous paraît néanmoins risqué de présenter ce texte - comme tout autre texte d'ailleurs - comme la panacée. La tentation d'affirmer péremptoirement - sans références ni développements aucuns - que les textes internationaux sur les droits de l'homme - en soi susceptibles de compléter le catalogue de la GG - restent en deçà des garanties nationales peut s'avérer stérile. On bloque ainsi concrètement toute tentative d'insuffler des éléments nouveaux dans le débat sur les droits fondamentaux.

⁵⁰⁰ Cf. § 399 et 404.

⁵⁰¹ Cf. Riedel, PROTECTION, p.207: «While this may be a correct statement, as far as the general rights situation is concerned, closer analysis, in fact, reveals that the German Basic Law too, despite its elaborate and in many ways admirably differentiated system of basic rights protection, exposes some *lacunae* which have only come to light after test cases have gone all the way to the Federal Constitutional Court in Karlsruhe and, subsequently, to the Strasbourg human rights institutions. These cases, reviewed below, have exploded the all-too-confident attitude of some commentators and practitioners in Germany, prevailing for many years, which had generally maintained that the chief advantage of the ECHR consists in serving as a human rights standard catalogue for those Member States which lack a fully comprehensive system of basic rights protection. As the Basic Law protection level was regarded as more effective and all-embracing, the ECHR really was considered to be a <sleeping beauty> in Germany: one knew of its existence, but paid little attention to its substantive guarantees, believing that the rights standards laid down there had long been materialized in the Basic Law system.»

409. Ce germano-centrisme présente - en plus de constituer un obstacle aux apports positifs de l'extérieur - un danger qui guette tout système se développant refermé sur lui-même, à savoir celui de se faire rectifier par les organes de contrôle supranationaux, dans la mesure où ceux-ci existent et sont un tant soit peu contraignants. Cela est le cas des instances de la CEDH⁵⁰² et éventuellement du Comité des Droits de l'Homme. Ce dernier Comité a une influence d'une autre nature que celle de la Cour CEDH, compte tenu de l'effet juridique limité de ses recommandations qui se réduisent à un impact seulement politique.
410. La position du BVerfG, qui vise à se donner raison à lui-même en rendant sa décision sans la justifier pleinement, ne saurait néanmoins perdurer qu'aussi longtemps qu'aucune instance internationale n'est habilitée à contredire ces positions avec des conséquences juridiques contraignantes pour l'Allemagne. Le catalogue des droits fondamentaux de la GG est peut-être remarquable intrinsèquement, mais le jour où une telle instance avec des décisions obligatoires existera pour les Pactes des Nations Unies, le BVerfG se verra contraint d'argumenter plus complètement avec le droit international. Ce jour-là, affirmer ne signifiera plus avoir raison. Et même lorsque le BVerfG fondera ses jugements avec soin, il ne sera pas exclu que - ne correspondant pas au standard minimum international - l'un ou l'autre de ces jugements ne soit remis en cause et n'engage alors la responsabilité de l'Etat allemand. Cela est du reste déjà le cas dans le système de la CEDH.
411. Un tel système n'existant pas à l'heure actuelle pour les Pactes, rien ne s'oppose juridiquement à ce que le BVerfG écarte les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme sans le justifier rigoureusement. L'argumentation laconique du BVerfG ménage cependant parfois des ouvertures dont les juges de Karlsruhe n'ont sans

⁵⁰² Cf. Riedel, PROTECTION, p.209: «Moreover, the general public seemed to have realized that Germany, too, despite its elaborate system of rights protection, effectively watched over by the Federal Constitutional Court, was prone in particular instances to breaches of the human rights standards laid down in the ECHR.». Un des effets des condamnations de Strasbourg a ainsi été de démythifier la GG. L'ensemble du système national doit atteindre un standard minimum, peu importe quel texte est appliqué. Riedel, PROTECTION, p.212: «These cases are but illustrations of the contention that rather than concentrate on the normative text of human rights standard, attention should be focused on the application of that standard in practice. ».

doute pas même conscience. En d'autres termes, à force de passer rapidement sur les textes internationaux, ils risquent de leur donner un sens tout à l'opposé de leur volonté d'en limiter la portée.

412. Lorsque - devant la question, par exemple, de savoir si les espions de l'ex-RDA peuvent faire l'objet d'une poursuite sur la base du Code pénal allemand - le BVerfG cantonne l'art. 15 Pacte II dans les limites de l'art. 103 al. 2 GG⁵⁰³, il se débarrasse du problème dans l'affaire en cause, tout en créant un potentiel éventuellement exploitable par la suite. En effet, en analysant une disposition du Pacte II en parallèle avec un article de la GG de nature à fonder notamment un recours constitutionnel (Verfassungsbeschwerde)⁵⁰⁴, le BVerfG fait à notre sens un pas non seulement en direction de l'applicabilité directe d'une telle disposition du Pacte II, mais aussi de sa qualité de référence du contrôle. Pour se mettre à l'abri d'une telle interprétation - extensive -, il lui aurait fallu comparer le contenu des deux normes tout en précisant qu'elles étaient de nature juridique différente. Ne l'ayant pas fait, le BVerfG admet implicitement que les art. 15 du Pacte II et 103 al. 2 GG sont de même nature juridique, voire de même niveau hiérarchique. La possibilité offerte au particulier de se prévaloir devant le BVerfG de l'art. 103 al. 2 GG s'étend ainsi à l'art. 15 du Pacte II, qui devient par-là même directement applicable et référence du contrôle. Le fait qu'ensuite les contenus de ces deux normes se recoupent - et donc qu'invoquer les deux dispositions de concert revient au même qu'un recours fondé sur la seule GG - est une autre question.
413. Contraste saisissant avec ce qui vient d'être dit, le BVerfG - dans plus de la moitié des quelques rares arrêts rendus sur les Pactes - examine l'affaire qui lui est soumise spontanément sous l'angle de la compatibilité avec les Pactes, alors que ceux-ci ne sont pas même invoqués par les recourants. Autant la Cour constitutionnelle se montre-t-elle réticente à motiver explicitement son approche réservée de ces textes, autant elle surprend par ces sortes d'examins d'office⁵⁰⁵. Mais

⁵⁰³ Cf. § 404, cons. C.III.2.d)cc), p. 323.

⁵⁰⁴ Cf. § 13 ch. 8a BVerfGG.

⁵⁰⁵ Voir également ce qui a été dit à ce propos dans les cas d'examen par le Tribunal fédéral suisse de ces Pactes sans qu'ils n'aient été invoqués par les recourants. Nous pensons ici tout particulièrement au premier arrêt rendu en la matière par le

examinons ce phénomène de plus près, avant de revenir sur la question centrale de l'applicabilité directe des Pactes.

4.5.2. Le Pacte est-il invoqué par le particulier ou examiné d'office ?

414. De ce point de vue, l'attitude des juges de la Cour constitutionnelle allemande est variable. Deux faits retiennent toutefois l'attention. Premièrement, dans la plupart de nos arrêts, les dispositions des Pactes examinées par le BVerfG n'avaient pas été invoquées par le recourant, tout au plus avait-il pu suggérer leur pertinence. Deuxièmement, dans le cadre des procédures liées à l'art. 25 GG - où il est demandé aux juges de dire si une norme fait partie des règles générales du droit international public -, la nature même du litige pousse logiquement les juges à s'intéresser aux normes internationales et spécialement aux Pactes⁵⁰⁶.
415. Dans l'arrêt des requérants d'asile ghanéens⁵⁰⁷, il aurait pu paraître que ceux-ci avaient invoqué le Pacte II à leur seule propre initiative. Il n'en est rien puisque parmi les critères légaux pour désigner un Etat comme sûr ou non, l'interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants, telle que codifiée dans les textes internationaux, figure en bonne place. Il aurait donc été curieux de ne pas le rappeler aux juges dans le recours, lesquels juges en auraient probablement aussi tenu compte à la simple lecture de la loi. Dans un autre cas d'examen d'office, celui de la protection contre l'auto-accusation dans une procédure de faillite⁵⁰⁸, cette façon de procéder des juges s'imposait également sans que le recourant n'ait besoin d'intervenir. En effet, le principe *nemo tenetur se ipsum accusare*, tel que contenu dans le code pénal allemand, a été codifié et interprété au niveau international - particulièrement dans la jurisprudence CEDH. Il

Tribunal fédéral. Confronté au problème de la médication forcée, il s'est penché sur le Pacte II sans que ce soit un des moyens fondant le recours. Cf. § 199; aussi 3.5.1. Le Pacte est-il invoqué par le particulier ou examiné d'office ?, § 215 ss.; § 866 ss.

⁵⁰⁶ Cf. § 399 et 404.

⁵⁰⁷ Cf. § 405.

⁵⁰⁸ Cf. § 397.

aurait été incompréhensible de ne pas s'en inspirer pour l'interprétation en droit interne.

416. Ceci dit, ces cas isolés où les juges examinent les textes internationaux⁵⁰⁹ par eux-mêmes ne sauraient nous cacher l'extrême imperméabilité du système allemand aux textes internationaux du type des Pactes et, en corollaire, l'extrême prudence des plaideurs à se lancer dans des argumentations essentiellement basées sur ces textes. Il est certes bon que les juges prennent l'initiative et montrent la voie pour étendre la mise en oeuvre des textes internationaux relatifs aux droits de l'homme. Mais, cette mise en oeuvre se fera néanmoins le mieux si les particuliers peuvent y jouer un rôle actif, ce qui semble n'être pour l'heure malheureusement pas le cas en Allemagne.
417. Nous l'avons vu, le sort des textes internationaux dépend de la volonté des juges et de leurs initiatives spontanées pour les examiner. Ce sont en quelque sorte les juges qui dictent la marche: ils décident quand un examen du droit international peut aider à résoudre l'affaire et quand ils peuvent s'en passer (à savoir étonnamment souvent). Cette liberté, ils la revendiquent et entendent bien la garder: pour preuve ce passage de l'affaire du regroupement familial, où il est précisé que l'examen n'est pas limité aux seuls moyens soulevés par les recourants⁵¹⁰: «Ist eine Verfassungsbeschwerde in zulässiger Weise erhoben worden, so ist das Bundesverfassungsgericht nicht darauf beschränkt zu prüfen, ob der gerügte Grundrechtseingriff vorliegt. Vielmehr kann es den angegriffenen Hoheitsakt unter jedem in Betracht kommenden verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt prüfen».
418. Nous avons déjà eu l'occasion de souligner l'idée générale que le particulier joue un rôle privilégié dans la promotion des droits fondamentaux invocables devant les juridictions. Cette assertion est pleinement confirmée pour l'Allemagne⁵¹¹, à la réserve près que le citoyen allemand, s'il se montre très revendicateur pour les droits de la

⁵⁰⁹ Nous pensons ici aux textes internationaux de protection des droits fondamentaux seulement. Les textes en vigueur dans l'Union européenne, entité supranationale, valent en droit allemand comme des lois ordinaires et sont donc exclus des considérations faites dans cette section.

⁵¹⁰ Cf. § 400; cons. C.IV, p. 74.

⁵¹¹ Cf. § 334 à 335 et § 367 à 368.

GG, reste très circonspect pour les droits du niveau international. Les arrêts que nous avons analysés illustrent cet état de fait.

419. La procédure de saisine du BVerfG est - dans la majorité des cas - engagée par un ou plusieurs particuliers sous la forme d'un recours constitutionnel (Verfassungsbeschwerde). Cependant, leur saisine se fait sur la base de la seule GG, entre autres parce que les textes internationaux ne sont pas encore aussi clairement les références du contrôle. Ce sont les juges qui étendent éventuellement leur raisonnement à d'autres sources. Si le particulier est bien l'instigateur du contrôle global, il ne l'est souvent pas de la norme internationale en particulier. A cet égard, lorsqu'est en cause l'existence d'une règle générale de droit international public, celui qui pose la question - le particulier ou plus souvent un tribunal inférieur - sera pratiquement forcé de baser sa demande sur les sources internationales. Mais c'est bien le seul cas de figure où l'appel immédiat au droit international est indispensable, autrement il peut rester secondaire. En ce sens, l'examen - d'office ou requis - des normes internationales par le BVerfG dépend du type de procédure intenté.

4.5.3. Applicabilité directe des Pactes

420. La question de l'applicabilité directe des Pactes est, pour leur mise en oeuvre en Allemagne comme dans les autres Etats, d'importance première. Toute l'attitude face à ces textes en dépend, que l'on se place du point de vue du législateur, du juge ou encore évidemment du particulier. Il est dès lors surprenant de ne pas retrouver dans la jurisprudence allemande une analyse complète de cette problématique, fixant clairement les critères pour distinguer les normes directement applicables de celles qui ne le sont pas.
421. En d'autres termes, nous regrettons l'absence d'un arrêt topique en la matière⁵¹², sorte de référence à laquelle il aurait pu être renvoyé chaque fois que l'applicabilité directe des Pactes était en cause, sous réserve

⁵¹² Un arrêt allemand qui aurait pu avoir le rayonnement des arrêts 120 Ia 1 (Verband Studierender an der Universität Zürich) et 121 V 246 (rente AI) pour la Suisse du point de vue de l'applicabilité directe des dispositions des Pactes. Cf. § 201 et 207.

d'un revirement de jurisprudence. Ceci dit et quoiqu'il n'aborde pas la question de façon systématique, le BVerfG a pris position sur le sujet à l'occasion de plusieurs de ses décisions.

422. Le contrôle de la constitutionnalité des dispositions autorisant l'interruption de grossesse sous certaines conditions⁵¹³ a sans doute donné lieu à la plus claire prise de position du BVerfG, s'agissant de l'applicabilité directe du Pacte I à tout le moins. En effet et bien que basant son argumentation principale sur la protection de l'enfant à naître des art. 1 al. 1 GG et 2 al. 2 GG, le BVerfG examine marginalement les art. 6 GG et 3 al. 2 GG en relation avec les art. 3 et 7 du Pacte I pour imposer l'égalité des chances de réinsertion après la maternité. Pour réaliser cette égalité que l'Allemagne est tenue de promouvoir tant en raison de sa GG que des textes internationaux, le législateur - à qui s'adressent ces dispositions - doit créer des conditions favorables par des mesures juridiques et concrètes allant dans ce sens.
423. Le BVerfG nie clairement l'applicabilité directe des art. 3 et 7 du Pacte I, tout en précisant ce à quoi ils engagent les autorités allemandes: « Der Schutz des ungeborenen Lebens, der Schutzauftrag für Ehe und Familie (Art. 6 GG) und die Gleichstellung von Mann und Frau in der Teilhabe am Arbeitsleben (vgl. Art. 3/2 GG sowie Art. 3, 7 des Internationalen Paktes über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte) verpflichten den Staat und insbesondere den Gesetzgeber, Grundlagen dafür zu schaffen, dass Familientätigkeit und Erwerbstätigkeit aufeinander abgestimmt werden können und die Wahrnehmung der familiären Erziehungsaufgabe nicht zu beruflichen Nachteilen führt. Dazu zählen auch rechtliche und tatsächliche Massnahmen, die ein Nebeneinander von Erziehungs- und Erwerbstätigkeit für beide Elternteile ebenso wie eine Rückkehr in eine Berufstätigkeit und einen beruflichen Aufstieg auch nach Zeiten der Kindererziehung ermöglichen »⁵¹⁴.
424. Les art. 3 et 7 du Pacte I s'adressent donc clairement au législateur. Celui-ci doit créer les conditions non seulement juridiques, mais aussi factuelles pour permettre l'égalité réelle des chances professionnelles

⁵¹³ Cf. § 403.

⁵¹⁴ BVerfGE, Band 88, n°21, cons. D.I.3.b), p. 260; cf. § 403.

après la maternité. Plus loin, les juges précisent que ces obligations internationales doivent être prises en compte même lorsque les moyens se font rares. Elles deviennent des priorités. Il s'agit de véritables obligations à la charge de l'Etat allemand, d'une part de son législateur pour ce qui est de poser un cadre légal prévoyant institutions et prestations, et d'autre part de ses autorités gouvernementales pour ce qui est des modalités notamment budgétaires et financières. Dans le cas où ces organes intermédiaires et exécutants restent passifs, le particulier ne saurait pourtant réclamer directement devant les tribunaux l'attribution des prestations attendues. L'applicabilité directe des art. 3 et 7 du Pacte I est ainsi exclue.

425. La Charte sociale européenne est elle aussi appréhendée du point de vue de l'applicabilité directe dans l'affaire relative à la faculté d'un syndicat de conclure des conventions collectives⁵¹⁵. La question est en fait soulevée sans que le BVerfG ne tranche la nature de l'obligation étatique qu'il y reconnaît. Compte tenu cependant de la proximité formelle et matérielle de la Charte Sociale avec le Pacte I, nous pouvons étendre ce qui est dit à propos de la première au second.

426. Se contentant d'évoquer les différentes attitudes qu'il peut potentiellement adopter face à la Charte sociale et sans opter pour une des possibilités, le BVerfG a néanmoins énoncé les effets que cette Charte pourrait avoir: « In Art. 5 der Europäischen Sozialcharta vom 18. Oktober 1961 (ESC) wird das nationale und internationale Koalitionsrecht nur als reine Staatenverpflichtung wiederholt. Ob die Europäische Sozialcharta unmittelbar geltendes Bundesrecht ist oder ob sie lediglich den Gesetzgeber und den rechtsfortbildenden Richter bindet oder wenigstens Auslegungsmittel für das nationale Recht ist, kann dahinstehen. Aus Art. 5 ESC folgt für den Beschwerdeführer und sein Begehren jedenfalls nichts. In der Rechtsordnung der Bundesrepublik Deutschland ist die in Art. 5 ESC genannte Koalitionsfreiheit durch Art. 9 Abs. 3 GG gewährleistet. Selbst wenn aus Art. 5 ESC die Verpflichtung herzuleiten wäre, das nationale Recht und seine Anwendung dem Grundgedanken der Gewährleistung und Förderung der Koalitionen anzugleichen, so ergibt sich daraus noch nicht, dass jede Arbeitnehmervereinigung auch tariffähig sein und die

⁵¹⁵ Cf. § 398.

Gewerkschaftseigenschaft haben muss. Die Arbeitnehmer müssen lediglich frei sein, Koalitionen zu bilden und diese zu tariffähigen Gewerkschaften entwickeln zu können. Das ist durch Art. 9 Abs. 3 GG gesichert »⁵¹⁶.

427. L'argumentation du BVerfG pour éviter de trancher l'applicabilité directe semble pour le moins curieuse. L'applicabilité directe de la Charte sociale serait vraisemblablement niée, mais sans qu'elle le soit ici de manière péremptoire. Les juges peuvent laisser la question en suspens, puisqu'au niveau matériel les garanties de la Charte - et des autres textes internationaux - sont déjà couvertes et même étendues par l'art. 9 GG⁵¹⁷. C'est donc un argument rattaché à la substance du droit invoqué qui permet d'écarter - ou de laisser incertaine - une caractéristique procédurale (le caractère directement applicable de la norme). L'ordre logique du raisonnement est ainsi inversé, ou à tout le moins les deux étapes (applicabilité directe de la norme internationale en droit interne, puis éventuellement extension matérielle de ce droit national) sont-elles mélangées.

428. Dans le même arrêt sur les droits syndicaux, le BVerfG admet que la Convention n° 87 du BIT donne des droits directement aux particuliers, pas en raison de sa source internationale mais par son incorporation. Le niveau attribué à ces droits justiciables au sein de l'ordre allemand reste celui d'une loi ordinaire⁵¹⁸. La Zustimmungsgesetz qui l'incorpore fixe

⁵¹⁶ BVerfGE, Band 58, n°18, cons. B.I.5.b), p.254 s.; cf. § 398.

⁵¹⁷ Par exemple, le rapport entre l'article 9 GG et la liberté syndicale de la CEDH se résout à l'avantage de la GG qui offre une garantie plus large: « Art. 11 Abs. 1 MRK anerkennt das Recht, zum Schutz der Interessen der Arbeitnehmer Gewerkschaften zu bilden und diesen beizutreten. Dem entspricht Art. 9 Abs. 3 GG. Diese Bestimmung räumt <jedermann> das Recht ein, Vereinigungen zur Wahrung und Förderung der Arbeits- und Wirtschaftsbedingungen zu bilden. Art. 11 Abs. 2 MRK lässt Beschränkungen des Grundrechts der Vereinigungsfreiheit zu, begrenzt sie aber auf solche, die gesetzlich festgelegt sind. Dagegen enthält Art. 9 GG hinsichtlich der Koalitionsfreiheit keinen Vorbehalt zu staatlichen Eingriffen und gewährt so einen weitergehenden Schutz als die Menschenrechtskonvention. »; cons. B.I.5.a), p. 253 s.

⁵¹⁸ « Das Uebereinkommen gehört nur zum einfachen innerstaatlichen Recht (Zustimmungsgesetz vom 20. Dezember 1956, in Kraft seit dem 20. März 1958 laut Bekanntmachung vom 2. Mai 1958). Es gewährleistet die Koalitionsfreiheit nur in ganz allgemeiner Form und geht nicht über die Grundsätze hinaus, die ohnehin

en effet ce niveau, niveau qui ne saurait qu'être inférieur à la GG et exclure ainsi toute concurrence ou collision entre les deux textes. Si les juges en venaient à considérer que la même chose est valable pour le Pacte I, également incorporé par une *Zustimmungsgesetz*, celui-ci sera incontestablement de niveau légal.

429. Il ressort de ce qui précède que la jurisprudence hésite devant une alternative affectant la place procédurale du Pacte I, alternative dont les deux voies sont inconciliables et s'excluent mutuellement. Le BVerfG n'a pas encore tranché en faveur de l'une ou l'autre des positions qui dépendent du texte avec lequel on établit le parallèle. Soit le Pacte I est apparenté à la Charte sociale, auquel cas c'est l'écueil de l'applicabilité directe qui contrarie les revendications des particuliers. Soit l'on considère le Pacte I comme intégré au droit allemand à la façon de la Convention n° 87 du BIT, auquel cas c'est le rang et la nature de la *Zustimmungsgesetz* qui déterminent le rang et la nature des droits du Pacte I. Ni l'une ni l'autre de ces deux perspectives n'est réjouissante: entre l'absence d'applicabilité directe et la relégation des normes au niveau de simple loi, il est bien difficile de dire ce qui profite le plus au particulier.

430. Dans ces conditions et devant les autres arrêts où le BVerfG élude la question de l'applicabilité directe de principe des Pactes en examinant simplement leurs normes en parallèle avec les normes de droit national, nous regretterons une nouvelle fois que les juges n'aient pas posé les conditions et critères généraux et abstraits de l'applicabilité directe dans un arrêt qui pourrait servir de référence. Le système jurisprudentiel en aurait gagné en clarté et les particuliers se montreraient peut-être plus audacieux dans leurs recours, puisqu'ils cerneraient mieux leurs chances de succès ou d'échec. En fait, le BVerfG ne s'embarrasse pas de la question de l'applicabilité directe lorsque cela ne s'avère pas incontournable. Le besoin de clarifier la position du particulier - à commencer par ses attentes procédurales - n'est à aucun moment palpable. Ces silences, qui ressemblent parfois à des manœuvres d'évitement, marquent le manque de progressisme de la Cour constitutionnelle allemande de ce point de vue.

durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich abgesichert sind.»; cons. B.I.5.c), p. 255.

431. Au lieu d'aborder le problème de l'applicabilité directe de front et d'en déterminer les conditions générales et abstraites, les juges du BVerfG, quand ils l'admettent, le font tacitement. En effet, en analysant certaines dispositions du Pacte II en parallèle avec des droits dont la justiciabilité pour les particuliers ne fait pas de doute, ils octroient implicitement cette même qualité à la norme internationale. Ainsi, pour justifier la conversion des amendes en travail d'intérêt général⁵¹⁹, l'art. 8 al. 3 lit. c du Pacte II est placé sur le même plan que les art. 12 GG et 4 al. 3 lit. a CEDH (interdiction du travail forcé), lesquels sont eux-mêmes directement applicables. Dans l'arrêt des espions est-allemands⁵²⁰, l'art. 15 du Pacte II est de la même façon assimilé aux art. 103 al. 2 GG et 7 CEDH (légalité et non rétroactivité des peines). Ici aussi, les articles que le Pacte II vient compléter ont vocation à s'appliquer directement au particulier et à influencer sur sa situation juridique.
432. Les juges ne sont pas seuls à établir des parallèles entre le Pacte II et des droits dont la justiciabilité est incontestable, et donc à risquer d'étendre les qualités des seconds au premier. La position du Procureur général d'Allemagne face à l'éventuelle portée interétatique du principe ne bis in idem⁵²¹ va également dans le sens d'une potentielle justiciabilité de certaines dispositions du Pacte II. Le Procureur, en examinant le contenu de l'art. 14 du Pacte II, donne effectivement à penser qu'il considère cette disposition comme liant l'Etat allemand face à l'individu. Ce dernier pourrait s'en prévaloir - donc applicabilité directe - si ce contenu lui était plus favorable que ce que la GG lui octroie déjà. Les juges semblent confirmer cette tendance en liant l'art. 14 al. 7 du Pacte II à l'art. 103 al. 3 GG.
433. Le fait de limiter la portée de l'art. 14 al. 7 du Pacte II à l'intérieur de l'Etat qui voudrait condamner la même personne une seconde fois pour les mêmes actes constitue une interprétation de son contenu, et en aucun cas une limitation de sa justiciabilité. Le silence du BVerfG sur l'applicabilité directe de l'art. 14 du Pacte II n'a rien de choquant, tant il est vrai que la procédure fondée sur l'art. 100 al. 2 GG vise à trancher l'existence ou l'absence d'une règle générale de droit international

⁵¹⁹ Cf. § 402.

⁵²⁰ Cf. § 404; voir aussi les § 411 et 412.

⁵²¹ Affaire de l'extradition vers la Turquie, cf. § 399; cons. A.II, p. 10.

public et non à définir la nature juridique intraétatique d'une norme de droit international positif. Le Pacte II est ici un signe de la vie juridique internationale susceptible de confirmer l'émergence d'une règle internationale qui aurait alors en droit interne allemand la place que lui réserve l'art. 25 GG.

434. Pour connaître les attentes que le particulier pourrait avoir face à l'art. 14 du Pacte II, il aurait fallu poser la question au BVerfG différemment: non pas demander s'il existe une règle générale de droit international public interdisant la double condamnation dans deux Etats distincts, mais au contraire agir en Verfassungsbeschwerde au motif que l'art. 14 du Pacte II interdit cette double condamnation. Le BVerfG aurait ainsi été contraint de décider si l'on est en présence d'une source directement invocable par l'individu ou non, en plus de dire d'abord s'il s'agit bien d'une source qu'il peut invoquer en Verfassungsbeschwerde. Au vu de la fonction interprétative souvent attribuée aux Pactes, il est fort vraisemblable que les juges auraient accepté ce moyen en combinaison avec la GG, pour tenter d'obtenir une interprétation plus libérale de cette dernière.
435. Pour clore finalement cet état des lieux de la jurisprudence allemande concernant l'applicabilité directe des Pactes, nous évoquerons encore l'arrêt rendu à propos de l'obligation de témoigner lors d'une poursuite en faillite⁵²². Le BVerfG ne s'y prononce pas ouvertement sur la justiciabilité du Pacte II. Il voit dans ce texte la codification internationale de l'adage latin *nemo tenetur se ipsum accusare* et par voie de conséquence une justification de son application en droit allemand par l'intermédiaire du code de procédure pénale⁵²³. Ce code de procédure pénale ayant par excellence vocation à s'appliquer au particulier et à influencer sur sa situation juridique, la norme du Pacte II de même contenu devrait être traitée de façon identique. La Cour fonde son jugement sur cette loi nationale, en se référant au Pacte II pour confirmer la pertinence du principe qui y est inclus. Du point de vue de l'applicabilité directe du Pacte II, le fait de lier ce texte à des droits légaux - s'appliquant sans conteste aux individus - est un indice favorable.

⁵²² Cf. § 397.

⁵²³ Strafprozessordnung; plus précisément ses art. 136, 163a et 243 al. 4.

4.5.4. Examen autonome des Pactes ou en liaison avec d'autres droits

436. Nous venons de voir la signification du point de vue de l'applicabilité directe d'une analyse parallèle des Pactes avec d'autres droits. Cette méthode est-elle systématiquement employée par le BVerfG, en particulier dès qu'il n'est plus seulement question de la nature procédurale de la norme internationale? En d'autres termes, cette technique, qui permet dans les faits d'élargir la justiciabilité sans trancher la question de façon générale et abstraite, est-elle fréquemment appliquée lors de l'analyse du contenu des droits, avec le danger de contenir ou restreindre les extensions matérielles? D'emblée nous dirons que les juges allemands semblent privilégier l'examen matériel des droits de source internationale en liaison avec les droits déjà valables en droit national.
437. Dans nos remarques générales⁵²⁴, nous avons mis en évidence la propension marquée du BVerfG à centrer son examen principalement sur les dispositions de la GG et seulement très marginalement sur d'autres sources de droits fondamentaux, notamment les textes internationaux. Les Pactes des Nations Unies souffrent ainsi d'un manque d'attention qui s'inscrit dans la logique de ce germanocentrisme. Une interprétation complète et autonome de leurs dispositions est dès lors inexistante, le BVerfG ne les appréhendant qu'en relation avec les normes de la GG ou - et dans ce cas, nous le verrons, il existe un potentiel pour un développement intéressant - de la CEDH. En incluant presque d'office les normes des Pactes dans les limites du catalogue de la GG, la Cour constitutionnelle tue dans l'oeuf tout mouvement vers un élargissement de ce catalogue grâce aux apports du système international. L'absence de contrôle supranational contraignant pour les Pactes fait que cette position est - pour l'heure - juridiquement irréprochable, quoique regrettable. L'existence d'une Cour CEDH avec des prérogatives et pouvoirs plus étendus a contraint les juges allemands à prendre totalement en compte la CEDH; peut-être en ira-t-il un jour de même pour les Pactes ONU ?

⁵²⁴ Cf. § 407 ss.

438. La place des Pactes par rapport aux autres normes protectrices des droits fondamentaux, sans être celle d'une subordination hiérarchique, est donc actuellement plutôt en retrait. En cantonnant systématiquement les normes des Pactes à l'intérieur des normes de la GG ou de la CEDH et en leur reconnaissant même souvent une portée plus limitée, on donne de prime abord l'impression de les considérer comme matériellement - non pas formellement, ni procéduralement, ce sont d'autres problèmes - inférieures. Mais regardons plus attentivement ce qu'affirme le BVerfG avant d'en tirer les conclusions qui s'imposent.
439. Dans ses arrêts relatifs à la faculté de conclure de conventions collectives⁵²⁵ et aux espions est-allemands⁵²⁶, le BVerfG détermine le contenu des dispositions invoquées des Pactes principalement à l'aune de dispositions correspondantes de la GG. Dans l'un et l'autre cas, les normes internationales se voient reconnaître un contenu égal⁵²⁷ ou inférieur⁵²⁸ à celui de la GG. D'autres sources internationales (notamment la Charte sociale européenne) sont également prises en compte pour cerner la liberté syndicale, sans bouleversement majeur.

⁵²⁵ Cf. § 398.

⁵²⁶ Cf. § 404.

⁵²⁷ Face à la question de la punissabilité des actes des espions de l'ex-RDA, la Cour constitutionnelle constate que les art. 15 du Pacte II et 7 CEDH fondent juridiquement l'interdiction de la rétroactivité des lois pénales. Ce principe étant déjà inclus dans la même mesure dans l'art. 103 al. 2 GG, les deux normes internationales vont céder face à la norme interne dans l'argumentation du BVerfG. Décevant quant à l'interprétation du contenu des dispositions du Pacte, n'oublions pas l'éventuelle extension que nous en espérons au niveau procédural par l'invocabilité du texte international pour un Verfassungsbeschwerde au même titre que sur la base de l'art. 103 al. 2 GG (Cf. § 411 et 412). S'agissant du rapport entre le Pacte II et la CEDH, le BVerfG les assimile clairement au même niveau et leur attribue le même contenu: « Art. 15 IPbürgR und Art. 7 EMRK garantierten das Verbot rückwirkender Strafnormen. (...) (Sie) forderten nicht, dass die Strafbarkeit aus dem Recht des Tatorts folgen müsse. »; cons. A.III.1.b), p. 309.

⁵²⁸ Dans le cas de la liberté syndicale, le BVerfG dit à juste titre que l'art. 9 al. 3 GG a un contenu plus large que les dispositions internationales. Celles-ci ne font que garantir tout généralement la liberté syndicale, sans imposer une définition de la notion de syndicat, ni préciser auxquels de ces syndicats devrait être reconnue la capacité de conclure des conventions collectives de travail. Voir le considérant B. 1. 5.; notamment les extraits cités à nos n. 517 et 518.

440. La jurisprudence est davantage porteuse d'espoirs lorsqu'elle renvoie à la CEDH et aux arrêts de la Cour de Strasbourg pour étayer les Pactes. En effet, la CEDH - qui doit être directement applicable dans la mesure où l'engagement de se conformer aux arrêts de la Cour et la menace des sanctions par les instances du Conseil de l'Europe obligent à une application la plus conforme possible au niveau national déjà - et sa jurisprudence européenne sont évolutives. Elles tendent à imposer et élargir le respect d'un standard minimal de droits de l'homme.
441. Pour trancher le problème du regroupement familial⁵²⁹, le BVerfG, après un examen laconique et décevant du Pacte I en relation avec la Charte sociale, se montre un peu plus convaincant en accordant au Pacte II l'étendue de la jurisprudence de la CEDH relative à l'art. 8 de la Convention⁵³⁰. Même s'il n'en découle aucune extension matérielle, il est intéressant de relever accessoirement tous les autres textes internationaux appréhendés pour préciser la notion de droit à la vie de famille en droit allemand (art. 6 GG): Pactes I et II, CEDH, Charte sociale, traités germano-turcs d'association et d'établissement. La conversion de l'amende en travail d'intérêt général⁵³¹ a également été réglée par rapport à la position des instances CEDH à ce sujet⁵³².

⁵²⁹ Cf. § 400.

⁵³⁰ Cf. considérant C.V.2.c), p.81: « Für Art.17 Abs.1 und Art.23 Abs.1 des Internationalen Paktes über bürgerliche und politische Rechte gilt das, was der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte zu Art.8 EMRK ausgeführt hat, entsprechend. ». La position des organes de la CEDH relativement à l'article 8 CEDH est présentée au considérant C.V.2.a), p.79 s.

⁵³¹ Cf. § 402.

⁵³² Cf. considérant C.II.1.c), p.128: « In der dargelegten Begrenzung stimmt der Schutzbereich des Art. 12 Abs. 2 und 3 GG mit dem auch für die Auslegung der Grundrechte bedeutsamen Standard der völkerrechtlich garantierten Menschenrechte überein. Art.4 Abs.3 Buchst.a EMRK nimmt ausdrücklich Arbeit aufgrund bedingter Entlassung vom Verbot der Zwangsarbeit aus. In gleicher Weise definiert Art.8 Nr.3 Buchst.c Nr.1 des Internationalen Übereinkommens über die zivilen und politischen Rechte vom 19. Dezember 1966 die Reichweite des Verbots von Zwangsarbeit. ». Le BVerfG se range ici derrière l'interprétation littérale des deux textes qui sont suffisamment clairs. Il leur donne à chacun le même contenu et la même portée.

442. En se plaçant du point de vue de la jurisprudence de la CEDH, les expectatives pour un élargissement des droits reconnus sont ouvertes. Les arrêts de Strasbourg sont évolutifs, tiennent compte des modifications de fait et de droit, suivent les développements sociaux et introduisent des standards minimaux à observer dans tous les ordres juridiques nationaux. Nous rappellerons que tous les Etats parties à la CEDH se doivent de respecter la jurisprudence de la CEDH, même celle qui n'est pas directement rendue à leur encontre. La raison en est très simple: aucun de ces Etats n'est à l'abri d'une plainte d'un de ses nationaux, lésé par un droit interne qui ne tiendrait pas compte de la position des instances de Strasbourg. Ces standards auront très bien pu être développés à partir d'affaires ne concernant à l'origine qu'un seul des Etats parties. Ce qui se passe dans un des Etats parties à la CEDH est ainsi susceptible d'influer sur la jurisprudence de Strasbourg et par voie de conséquence indirectement sur tous les autres Etats parties.

443. Une simple assimilation d'un texte - les Pactes, principalement le Pacte II - à un autre - la CEDH -, alors qu'elle aurait pu laisser craindre une réduction de l'un à l'autre cache donc un potentiel non négligeable. Par pure logique⁵³³, en ayant pris le risque de se référer pour l'interprétation de la GG à la jurisprudence de la CEDH, le BVerfG se voit contraint de conserver cette méthode pour les arrêts subséquents. Et rien n'exclut que les organes de la CEDH n'amènent ici à l'avenir une plus grande ouverture que les seuls textes des Pactes. En voulant réduire l'un à l'autre, on étend en fait l'un à l'autre.

⁵³³ Nous avons déjà eu l'occasion de nous pencher sur l'attitude que nous attendons des tribunaux suisses, lesquels, en se référant une fois aux travaux annexes des Nations Unies pour fonder leur interprétation des Pactes, s'exposent à devoir reprendre à l'avenir tous les travaux annexes de ces mêmes instances. Il n'est effectivement pas souhaitable d'utiliser ces travaux de façon isolée lorsque cela s'avère soutenir la voie que l'on entend suivre et de les ignorer lorsqu'ils risqueraient de contredire cette vision. La logique élémentaire s'oppose à un tel opportunisme. Il est vrai que certaines sources internationales secondaires (par exemple, les résolutions et recommandations de l'ONU) ont été prises en considération par le tribunal de district de Zurich lors de l'examen des conditions de détention suite à une mesure de contrainte à l'égard d'un étranger (AJP/PJA 10/95, p.1347, arrêt Y.). Néanmoins, rien ne s'oppose à ce que le Tribunal fédéral s'y réfère aussi, comme il l'a déjà fait par le passé (97 I 45 et 97 I 839). Cf. 3.5.7. Utilisation des sources secondaires, § 255 ss. Nous y reviendrons également pour l'Allemagne. Cf. 4.5.7. Utilisation des sources secondaires, § 456 ss.

444. Certains auteurs⁵³⁴ vont même plus loin: bien que ne liant pas l'Etat au niveau de la technique juridique, les décisions des <cours> internationales (par exemple, le Comité des droits de l'homme saisi dans le cadre du Prot. add. par un ressortissant d'un Etat ayant ratifié ce protocole) sont des précédents influençant l'activité judiciaire de tous les Etats. Ces précédents sont à terme invocables à titre des sources de droit international - devant les juridictions internes notamment - même s'ils sont de nature juridique non contraignante.
445. Sans aller jusqu'à espérer des élargissements réguliers du droit interne par le biais des textes internationaux et surtout de leur jurisprudence, il est acquis que ceux-ci peuvent aider à clarifier ce droit interne. Dans l'affaire de l'extradition vers la Turquie⁵³⁵, le Procureur général d'Allemagne souligne que le principe *ne bis in idem* est bien connu en droit allemand et dans la jurisprudence de la CEDH, mais que le Pacte II l'exprime en toutes lettres⁵³⁶. L'adage sera repris dans le Protocole 7 complétant la CEDH, il ne figure néanmoins pas dans le texte de base. Grâce à la précision du Pacte II, le particulier sait mieux à quoi s'en tenir. Cet arrêt fournit en outre un autre exemple de ce que nous avons relevé précédemment: l'appel à d'autres sources internationales (Convention européenne d'extradition, Convention interaméricaine) pour préciser les sources nationales.
446. Le respect du droit international par d'autres Etats sert aussi à définir certaines notions délicates en droit allemand, ainsi celle de la sûreté d'un Etat dont proviennent des requérants d'asile⁵³⁷. La loi allemande énumère un certain nombre de critères pour faciliter la décision de l'administration. La liste comprend le respect spécifique de certains droits fondamentaux internationaux et de certains traités globaux en ce domaine. Bien que nous nous éloignons ici du traditionnel examen, décrit plus haut, du droit interne à la lumière complémentaire de

⁵³⁴ Entre autres SCHREUER, ANWENDUNG, p.245: «Schliesslich gehört auch die Spruchpraxis internationaler Gerichte und Schiedsgerichte zu jenem weiteren Bereich der Völkerrechtsquellen, der zwar durchaus rechtserheblich ist, dem aber keine Bindungswirkung im technischen Sinne zukommt.»

⁵³⁵ Cf. § 399.

⁵³⁶ Considérant A.II., p. 10.

⁵³⁷ Cf. § 405.

quelques sources internationales, le lien entre le niveau national et le niveau international devait être mis en évidence.

4.5.5. Niveau hiérarchique dans l'ordre interne

447. Ce que nous apprenons par la Cour constitutionnelle sur la position hiérarchique des Pactes est - disons-le d'emblée - limité. Les juges allemands n'éclairent que très timidement un aspect qui n'est pourtant pas sans importance. Nous expliquons ceci par le fait d'une part que, niant ou ne tranchant pas l'applicabilité directe, le BVerfG ne se voit pas contraint de se pencher sur cette question qui vient subséquentement dans la logique de l'examen. Son raisonnement se satisfait le plus souvent d'un survol de la première étape, sans qu'il lui soit alors indispensable de s'engager dans la deuxième. D'autre part, l'examen parallèle avec les droits de la GG révèle que ceux-ci sont plus étendus que ceux des Pactes⁵³⁸. Il n'est alors pas nécessaire de se pencher sur leur concurrence éventuelle puisque le particulier obtient déjà ce qu'il veut sur la base de la GG. Il n'est pas non plus nécessaire d'établir l'ordre des priorités qui se serait imposé si le droit international était plus large et libéral.
448. La problématique n'est du reste appréhendée qu'une seule fois, dans l'affaire des syndicats et de leur capacité à conclure des conventions collectives⁵³⁹. Il semble y être dit que la Convention n° 87 de l'OIT a la valeur d'une loi nationale. En raison des similitudes dans leur incorporation - la Convention n° 87 de l'OIT tout comme le Pacte I ont été incorporés par une loi d'approbation (Zustimmungsgesetz) - notre opinion est que nous pouvons étendre ce que le BVerfG dit pour le premier texte au second, à tout le moins du point de vue de la hiérarchie. Les paragraphes de l'arrêt concernés paraissent confirmer nos dires⁵⁴⁰.

⁵³⁸ Cf. 4.5.4. Examen autonome des Pactes ou en liaison avec d'autres droits, § 436ss.; et 4.5.6. Extension par rapport au droit allemand, § 449 ss.

⁵³⁹ Cf. § 398.

⁵⁴⁰ Considérants B.I.5.c) et B.I.5.d), p. 255: « c) Das Uebereinkommen Nr. 87 der Internationalen Arbeitsorganisation über die Vereinigungsfreiheit und den Schutz des Vereinigungsrechtes vom 9. Juli 1948 führt zu keinem anderen Ergebnis. Das Uebereinkommen gehört nur zum einfachen innerstaatlichen Recht

4.5.6. Extension par rapport au droit allemand

449. La tendance de la jurisprudence allemande est claire: les textes internationaux sur les droits de l'homme et spécialement les Pactes restent en-deçà de la protection offerte par la GG. Tout au plus peuvent-ils parfois préciser ou recouper cette GG. L'arrêt où ce résultat ressort sans ambiguïté est celui du regroupement familial⁵⁴¹. Le délai de trois ans imposé à des travailleurs étrangers avant d'être autorisés à faire venir leurs familles en Allemagne constitue une restriction disproportionnée à l'art. 6 GG, sans toutefois être interdit par les normes internationales en la matière. En d'autres termes, les recourants auraient été déboutés sur la base des Pactes et de la CEDH, alors qu'ils obtiennent gain de cause sur la base de la GG. De façon moins spectaculaire, la GG apparaît une nouvelle fois comme plus libérale que les textes internationaux quand elle protège et précise les droits syndicaux plus largement que tous les textes internationaux, spécialisés ou non⁵⁴².
450. La GG n'est toutefois pas toujours aussi ouvertement perçue comme plus complète que les sources internationales. Le plus souvent, dans une argumentation qui reste principalement centrée sur le texte allemand, les

(Zustimmungsgesetz vom 20. Dezember 1956, in Kraft seit dem 20. März 1958 laut Bekanntmachung vom 2. Mai 1958). Es gewährleistet die Koalitionsfreiheit nur in ganz allgemeiner Form und geht nicht über die Grundsätze hinaus, die ohnehin durch Art. 9 Abs. 3 GG verfassungsrechtlich abgesichert sind. Die Tariffähigkeit und die Gewerkschaftseigenschaft sind nicht unmittelbar angesprochen. d) Gleiches gilt für den Internationalen Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte vom 19. Dezember 1966, den die Bundesrepublik Deutschland mit Gesetz vom 23. November 1973 ratifiziert hat. Auch hier sind, insbesondere in Art. 8 Abs. 1 Buchst. a) des Paktes, Tariffähigkeit und Gewerkschaftseigenschaft nicht geregelt.».

⁵⁴¹ Cf. § 400.

⁵⁴² Cf. § 398. Aux pages 254 et 255 de cet arrêt (déjà partiellement citées aux n. 517, 518 et 540), les juges voient dans l'art. 9 GG une protection plus précise, non pas de la liberté syndicale générale, mais des qualités requises pour être un syndicat et des compétences pour conclure des conventions collectives de travail. En ce sens, n'apportant rien de plus que ce que la GG contient déjà, les Pactes I et II, la Charte sociale européenne, la CEDH et la Convention n° 87 de l'OIT cumulés restent même en-deçà de la GG du point de vue de leur précision.

juges se rassurent en trouvant dans les textes internationaux une confirmation de la construction élaborée à partir de la GG. Dans ces cas, nous pensons que les textes internationaux recourent exactement la GG et sont mêlés aux considérants secondaires, non pas dans le but d'étendre éventuellement la GG mais dans celui d'avaliser le raisonnement germano-centré. Cette attitude explique du reste partiellement pourquoi si peu d'arrêts font appel aux Pactes: ne servant systématiquement et laconiquement qu'à confirmer les développements relatifs à la GG, il peut en être fait l'économie.

451. Les arrêts sur l'avortement⁵⁴³, sur l'extradition vers la Turquie⁵⁴⁴ et sur les espions est-allemands⁵⁴⁵ illustrent ce qui vient d'être dit. Dans le premier, les art. 3 et 7 du Pacte I rappellent sans les expliciter l'obligation d'assistance à la (future) mère, déjà contenue aux art. 3 et 6 GG. Dans le deuxième, l'art. 14 al. 7 du Pacte II exprime comme l'art. 103 al. 2 GG le principe *ne bis in idem*, de portée seulement nationale. Le renvoi qui y est fait au droit suisse - qui semble être plus large - retiendra notre attention dans la partie comparatiste⁵⁴⁶. Dans le dernier, les art. 7 CEDH et 15 Pacte II sont de même contenu et de même portée que l'art. 103 al. 2 GG. L'interprétation faite au niveau international de ces articles internationaux s'étend à l'art. 103 al. 2 GG pour en confirmer l'acception retenue dans le seul droit interne. Lentement, les textes internationaux - et l'interprétation qui en est faite dans l'ordre international - passent du rôle de simple confirmation de la GG à celle d'outil d'interprétation de cette même GG. Ils passent d'un rôle passif à un rôle plus actif et plus dynamique⁵⁴⁷.

452. Postérieurement et dans la perspective du Pacte II, le BVerfG attribue expressément la valeur d'outil d'interprétation des droits fondamentaux à ce texte: « In der dargelegten Begrenzung stimmt der Schutzbereich

⁵⁴³ Cf. § 403.

⁵⁴⁴ Cf. § 399.

⁵⁴⁵ Cf. § 404.

⁵⁴⁶ Cf. point C.2.b); p. 31 s. de l'arrêt. Il sera aussi question de l'approche différente dans les arrêts suisses du principe *ne bis in idem* et notamment de l'énumération plus systématique de ses sources successives (légale, constitutionnelle non écrite, CEDH et Pacte II).

⁵⁴⁷ Cf. § 411 et 412.

des Art. 12 Abs. 2 und 3 GG mit dem auch für die Auslegung der Grundrechte bedeutsamen Standard der völkerrechtlich garantierten Menschenrechte überein. Art. 4 Abs. 3 Buchst. a EMRK nimmt ausdrücklich Arbeit aufgrund bedingter Entlassung vom Verbot der Zwangsarbeit aus. In gleicher Weise definiert Art. 8 Nr. 3 Buchst. c Nr. 1 des Internationalen Übereinkommens über die zivilen und politischen Rechte vom 19. Dezember 1966 die Reichweite des Verbots von Zwangsarbeit »⁵⁴⁸.

453. Du point de vue de l'extension matérielle, cet arrêt n'apporte rien puisque l'art. 12 GG n'est que confirmé par la CEDH et le Pacte II, dont le contenu est identique. C'est par contre la valeur d'outil d'interprétation qui laisse présager des perspectives intéressantes. Pour le reste, le Pacte II n'est pas justiciable dans cet arrêt, tout en étant intégré avec la CEDH dans le standard minimum que l'Allemagne doit respecter du fait de ses engagements internationaux⁵⁴⁹. Son contenu recoupe ainsi celui de la CEDH, sans que sa nature procédurale (la CEDH doit être directement applicable car le particulier est susceptible d'aller aux instances supérieures⁵⁵⁰) n'y soit assimilée. Et comme très fréquemment, le BVerfG se contente dans cet arrêt d'argumenter presque exclusivement sur la base de la GG.
454. L'analyse en parallèle avec le droit allemand des dispositions internationales apporte un dernier résultat que nous ne saurions négliger. Si l'appel au droit international n'est généralement pas propre à étendre le contenu du droit allemand, il peut néanmoins aider à le clarifier. Deux types d'exemples s'offrent à nous.
455. D'une part, les sources internationales sont mentionnées parmi les critères légaux pour décider de la sûreté d'un pays, alors que l'art. 16a

⁵⁴⁸ Affaire de la conversion des amendes en TIG, cf. § 402; considérant C.II.1.c), p.128 ss; déjà cité en note 532.

⁵⁴⁹ Simma voit aussi dans le Pacte I un moyen d'interprétation du droit interne conformément au droit international: «Ganz unabhängig vom Vorliegen oder Nichtvorliegen unmittelbarer Anwendbarkeit seiner Bestimmungen wird schliesslich auch der Pakt der Wirkungen des Gebots völkerrechtsfreundlicher Auslegung des innerstaatlichen Rechts teilhaftig.»; SOZIALE GRUNDRECHTE, p. 91.

⁵⁵⁰ Cf. ce qui est dit à propos de la pression des art. 50 et 53 CEDH, § 356 ss.

GG ne le prévoyait pas. Les critères légaux, par le biais de ces textes internationaux, précisent le cadre général posé par la GG⁵⁵¹. D'autre part, les textes internationaux peuvent parfois codifier des principes généraux que le droit allemand connaît - plus largement souvent, mais de niveau hiérarchique inférieur - dans de simples lois ou sous-entend. Ainsi, l'adage *nemo tenetur se ipsum accusare*, connu dans le code pénal allemand, dans sa procédure et même dans d'autres domaines non pénaux où des sanctions peuvent être prises, gagne en importance par le fait que le Pacte II l'exprime à son art. 14 alors que la GG en avait fait l'économie⁵⁵². De la même façon, le Pacte II exprime en toutes lettres le principe *Ne bis in idem*⁵⁵³. Sans aller jusqu'à constitutionnaliser des notions tues par la GG, le droit international les introduit en droit allemand en leur donnant plus d'importance et en y liant toute une interprétation spécifique, élaborée hors du système de la GG ou des lois allemandes.

4.5.7. Utilisation des sources secondaires

456. Nous avons déjà eu l'occasion de souligner le potentiel d'ouverture qui résulte du renvoi à la jurisprudence CEDH⁵⁵⁴. Cette source, également secondaire par rapport au texte de base, est évolutive. Et c'est dans ce caractère évolutif que résident tous les espoirs. La ratification par

⁵⁵¹ Cf. § 405. « Der Begriff <unmenschliche oder erniedrigende Bestrafung oder Behandlung> erfasst staatliche Massnahmen, die nicht notwendig zugleich politische Verfolgung im asylrechtlichen Sinne darstellen. Die vom Verfassungsgesetzgeber gewählte Formulierung knüpft in Wortlaut und Inhalt erkennbar an die Bestimmung des Art. 3 EMRK an, wonach niemand der Folter oder unmenschlicher oder erniedrigender Strafe oder Behandlung unterworfen werden darf (vgl. hierzu auch Art. 7 Satz 1 Pakt II). Auch wenn Art. 16a Abs. 3 Satz 1 GG die Folter nicht ausdrücklich erwähnt, wird sie vom Begriff der unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung erfasst. »; cons. C.II.1.b)aa), p. 136 s. Nous le voyons bien, la loi et par extension les textes internationaux qu'elle cite comme critères vont exprimer une dimension que l'art. 16a GG contient déjà mais n'explicite pas.

⁵⁵² Cf. § 397.

⁵⁵³ Cf. § 445.

⁵⁵⁴ Cf. § 440 ss.

l'Allemagne du Premier protocole facultatif du Pacte II - ouvrant la voie aux individus pour déposer des plaintes devant le Comité des droits de l'homme⁵⁵⁵ - nous autorise à étendre ce qui a été dit sur la jurisprudence CEDH à la pratique ONU. Celle-ci, rappelons-le, est également évolutive.

457. Le même espoir d'une évolution vers plus d'ouverture est attaché à des arrêts fondés sur des travaux des Nations Unies⁵⁵⁶. Cet espoir est plus modeste cependant puisque c'est aux travaux préparatoires et aux discussions ayant abouti aux textes tels que nous les connaissons, donc à des sources d'interprétation non évolutives qu'il est renvoyé. A la différence du Tribunal fédéral suisse qui avait intégré à son arrêt bien plus que ces seuls travaux de genèse en incorporant les travaux et avis de commissions spécialisées des Nations Unies⁵⁵⁷, le BVerfG se borne à des travaux achevés ayant peu de chance d'apporter un revirement spectaculaire. Néanmoins, nous restons convaincus que plus les sources d'interprétation sont variées et riches, plus la perspective d'un élargissement sera défendable.

⁵⁵⁵ Cf. § 269.

⁵⁵⁶ Le principe *ne bis in idem* dans le cas de l'extradition du ressortissant turc a notamment été clarifié par référence aux travaux préparatoires du Pacte II. Ceux-ci confirment l'absence de portée supranationale de *ne bis in idem*. Cf. § 399; cons. C.2.a), p.21 ss. et spécialement p. 24: « Dagegen besteht derzeit noch keine allgemeine Regel des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG (...). Dies wird insbesondere an der Tatsache deutlich, dass keines der genannten, universell oder regional geltenden völkerrechtlichen Menschenrechtsinstrumente nach seinem Wortlaut die Geltung des Grundsatzes *ne bis in idem* oder des Verbots des double jeopardy auf vorangegangene Strafverfahren in einem anderen Staat erstreckt (vgl. die Denkschrift der Bundesregierung zum Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte (...)) wo ausgeführt wird, dass <in den Diskussionen in den Vereinten Nationen weiter festgestellt wurde, dass mit Art. 14 Abs. 7 keine grenzüberschreitende Bedeutung, sondern Verurteilungen im jeweils eigenen Land angesprochen sein sollten>; vgl. ferner die Darstellung der einschlägigen Beratungen in UN DOC. (...); vgl. zu Art. 4 des Siebten Zusatzprotokolls zur EMRK das Explanatory Memorandum, wo betont wird, dass <the words under the jurisdiction of the same State limit the application of the Article to the national level> ».

⁵⁵⁷ Cf. n. 533. Aussi 3.5.7. Utilisation des sources secondaires, § 255 ss.

4.5.8. *Brèves remarques sur un arrêt atypique*

458. Nous ne saurions clore cet état des lieux de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande relative aux Pactes des Nations Unies de 1966 sur les droits de l'homme sans nous arrêter brièvement sur l'arrêt qui se démarque clairement du reste de la série. L'approche qu'a faite le BVerfG du droit des peuples à disposer d'eux-mêmes⁵⁵⁸ - droit collectif et donc de nature différente par rapport à la plupart des autres droits des Pactes - est surtout intéressante du point de vue de la méthode d'interprétation.
459. Ce droit des peuples à disposer d'eux-mêmes - garanti dans les mêmes termes dans chacun des deux Pactes et reconnu comme principe général de droit international public⁵⁵⁹ - n'est pas invoqué ici par les particuliers auxquels il n'octroie aucun droit individuel⁵⁶⁰; il sert à justifier l'approche dynamique de la nationalité allemande que le BVerfG adopte dans la perspective d'une réunification des deux entités. Nous sommes dès lors en présence d'un examen d'office par la Cour⁵⁶¹; non pas dans la perspective de l'individu qui pourrait en tirer des droits, mais pour appuyer la position - politique - face aux deux nationalités est- et ouest-allemandes, et plus largement face à la question aujourd'hui tranchée de la réunification de l'Allemagne.
460. La particularité de cette affaire nous fait penser qu'elle restera isolée et ne saurait être trop directement liée à la mise en oeuvre des Pactes pour le particulier. Il est en outre incontestable que la nature de droit collectif constitue un obstacle insurmontable entre ce droit des peuples à disposer d'eux-mêmes et les droits classiquement individuels des Pactes. En ce sens, il se justifie de n'accorder à ce droit et à son interprétation qu'une importance limitée dans la perspective de notre thème. Ceci s'impose

⁵⁵⁸ Cf. § 401.

⁵⁵⁹ «Grundsatz des universalen Völkerrechts»; Cf. § 401; cons. C.II.1.d), p.161 ss.

⁵⁶⁰ Doctrine, jurisprudence, travaux préparatoires et interprétation téléologique concordent pour affirmer qu'il s'agit d'un droit collectif. Cf. considérant C.II.1.d), p.161 ss., spécialement le point cc), p.162: «Das deutsche Volk ist Träger des Selbstbestimmungsrechts im Sinne des allgemeinen universalen Völkerrechts».

⁵⁶¹ Cf. 4.5.2.; § 414 ss.

avec d'autant plus de force que le BVerfG a lui-même appréhendé l'affaire avec circonspection et limité son examen de l'octroi de la nationalité est-allemande à la seule compatibilité avec l'ordre public ouest-allemand. Cette retenue s'explique clairement en raison des conditions politiques qui entouraient la question en 1987. Et ce n'est pas d'un arrêt à forte connotation de politique internationale que l'individu peut raisonnablement attendre une amélioration de sa situation individuelle et quotidienne au niveau des droits de l'homme.

4.5.9. Les Pactes dans la jurisprudence des cours ordinaires allemandes

461. Les Pactes n'étant pas avec certitude les références du contrôle par le BVerfG au même titre que la GG, une application privilégiée de ces textes internationaux - ou plutôt de leur loi d'incorporation (*Zustimmungsgesetz*) - pourrait se faire par le biais des cours nationales ordinaires. Les Pactes seraient alors appréhendés comme de simples lois allemandes. Nous avons dès lors cherché à savoir si, comme en France, ce sont les tribunaux ordinaires qui appliquent les traités internationaux, alors que les cours constitutionnelles (BVerfG ou Conseil constitutionnel) ne traitent que de la Constitution nationale. Pour vérifier si les tribunaux ordinaires accordent plus d'attention aux Pactes que le BVerfG, nous avons consulté les décisions des cours fédérales en matière civile, pénale et administrative.
462. Le résultat a le mérite de la clarté : il n'y a que très peu d'affaires où les Pactes servent - fût-ce de manière seulement accessoire - à trancher le litige. Si peu même qu'il est possible d'en dresser une liste exhaustive⁵⁶². Remarquons que les arrêts des cours fédérales faisant

⁵⁶² Arrêts du Bundesgerichtshof, Zivilsachen :

- du 29.9.1977, vol. 69, n° 38, p. 295 ; art. 12 Pacte II (liberté de circulation et d'établissement) ;

- du 11.10.1994, vol. 127, n° 18, p. 195 ; art. 12 Pacte II (liberté de circulation et d'établissement).

Arrêts du Bundesgerichtshof, Strafsachen :

- du 15.3.1984, vol. 32, n° 54, p. 314 ; art. 7, 9, 14 et 15 Pacte II (interdiction de la torture, liberté personnelle, garanties de procédure, légalité des peines) ;

- du 13.12.1993, vol. 40, n° 5, p. 30 ; art. 15 Pacte II (légalité des peines) ;

appel à la CEDH sont presque aussi rares que ceux faisant appel aux Pactes. Du point de vue de ces derniers, ce sont principalement les art. 12 et 15 du Pacte II qui sont invoqués. La concentration des affaires en matière de liberté de circulation et de résidence (art. 12 Pacte II) ou de légalité (non rétroactivité) des lois pénales (art. 15 Pacte II) est à mettre en rapport avec les liens, parfois difficiles à définir juridiquement, entre l'ordre ouest- et est-allemand. S'agissant des extensions matérielles, elles sont inexistantes dans la mesure où les Pactes sont examinés en parallèle et comme confirmation des textes allemands. Plus précisément, l'art. 12 Pacte II complète l'art. 11 GG, l'art. 15 Pacte II l'art. 103 al. 2 GG, l'art. 19 Pacte II l'art. 5 GG et les art. 17, 23 Pacte II, 10 Pacte I l'art. 6 GG.

463. Si nous pouvons tirer une conclusion de toute la jurisprudence allemande (constitutionnelle et ordinaire) relative aux Pactes, elle est plutôt critique. Certes, les problèmes dont la solution a donné lieu à une application des Pactes rivalisent d'importance et d'intérêt (nous pensons notamment à la question de la validité en droit de la RFA d'un contrat portant sur une aide à fournir à une personne souhaitant fuir la RDA). Il n'empêche que l'ensemble de cette jurisprudence déçoit, tant par son faible volume que par la place secondaire qu'elle réserve aux Pactes, et plus largement aux textes internationaux. Dans l'immense majorité des arrêts, les juges allemands se basent exclusivement sur leur droit national. Lorsqu'ils élargissent leurs sources en y incluant les Pactes, ceux-ci ne servent qu'à guider l'interprétation du droit national, toujours en le confirmant.

- du 26.7.1994, vol. 40, n° 34, p. 241 ; art. 12 Pacte II (liberté de circulation et d'établissement);

- du 6.10.1994, vol. 40, n° 37, p. 272 ; art. 12 Pacte II (liberté de circulation et d'établissement);

- du 20.3.1995, vol. 41, n° 17, p. 101 ; art. 15 Pacte II (légalité des peines);

- du 5.7.1995, vol. 41, n° 27, p. 157 ; art. 15 Pacte II (légalité des peines);

- du 15.9.1995, vol. 41, n° 38, p. 247 ; art. 12 et 19 Pacte II (liberté de circulation et d'établissement, liberté d'opinion et d'expression) ;

- du 16.11.1995, vol. 41, n° 47, p. 317 ; Prot. Fac. sur la peine de mort.

Arrêts du Bundesverwaltungsgericht :

- du 23.6.1981, vol. 62, n° 47, p. 325 ; art. 19 al. 1 Pacte II (liberté d'opinion);

- du 26.3.1982, vol. 65, n° 30, p. 188 ; art. 17 al. 1, 23 al. 1 Pacte II et 2 al. 1, 10 Pacte I (protection de la famille).

464. Le germano-centrisme est quantitatif et qualitatif donc. L'étude de la jurisprudence des cours fédérales permet d'étendre aux lois ordinaires ce qui a été constaté pour la GG. Les juges allemands négligent les textes internationaux (CEDH, Pactes, à l'exception du droit de l'UE) que ce soit face à la GG ou même face aux lois nationales ordinaires⁵⁶³. Il en résulte une diminution supplémentaire de la valeur des Pactes au sein de l'ordre juridique allemand : ils deviennent une aide à l'interprétation et un complément à l'application de textes nationaux qui ne sont pas eux-mêmes au sommet de l'ordre interne. Il est décevant de voir des textes, dont le contenu matériel aurait pu être assimilé aux droits fondamentaux énoncés par les art. 93 et 100 GG et donc servir de référence au contrôle de constitutionnalité aux côtés des droits de la GG⁵⁶⁴, relégués au mieux au second plan.

⁵⁶³ A cet égard, il est très révélateur de voir que dans les affaires de regroupement familial tranchées par le BVerfG (arrêt *Frau S. et Kind F.* ; § 400) et le Bundesverwaltungsgericht (Band 65, n° 30, p. 188), ce sont les mêmes articles des Pactes I et II qui ont été examinés et sur le même niveau dans chaque cas. La Cour constitutionnelle voit ces Pactes de la même manière que la Cour ordinaire, à savoir comme une confirmation d'un jugement déjà élaboré sur la base des textes nationaux (GG ou lois) qu'elles appliquent respectivement.

⁵⁶⁴ Cf. 4.3.1. ; § 354 ss.

5. Les Pactes au Canada

5.1. Données relatives aux Pactes

465. L'attitude canadienne lors de l'élaboration de la DUDH et des travaux préparatoires aux Pactes est caractérisée par une passivité certaine, voire par des réticences ouvertes. La meilleure illustration de ce phénomène est l'abstention de la délégation canadienne lors du vote du 3^{ème} comité de l'Assemblée générale sur le projet de DUDH. Ce n'est qu'en voyant de quels Etats il partageait la position⁵⁶⁵ que le Canada s'est rallié au texte de la DUDH proposé lors de l'Assemblée plénière. Dans le même état d'esprit, il ne s'est pas montré particulièrement activiste lors des discussions sur les Pactes. Le principal défaut de ceux-ci résidait dans l'absence d'une clause fédérative⁵⁶⁶ et nous verrons plus bas⁵⁶⁷ quelles en furent les conséquences heureuses et moins heureuses.
466. En dépit de ces hésitations, le Canada figure parmi les Etats pour lesquels les Pactes sont le plus rapidement entrés en vigueur. Il a effectivement adhéré au Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels le 19 mai 1976, avec entrée en vigueur au 19 août 1976⁵⁶⁸ et au

⁵⁶⁵ L'URSS, quelques Etats communistes, l'Afrique du Sud et l'Arabie Saoudite avaient également refusé de voter le texte.

⁵⁶⁶ « Ces réticences découlaient de l'absence d'une clause fédérale dans ces instruments qui eût permis au gouvernement fédéral de ratifier le traité sans devoir répondre éventuellement de la violation de ces traités par les provinces. S'agissant d'accords internationaux ressortissant, en certaines matières, des compétences constitutionnelles des provinces, celles-ci détenaient, à la lumière de l'affaire de conventions sur le travail, les pouvoirs de mise en oeuvre législative des Pactes et pouvaient donc, en l'absence d'une telle mise en oeuvre, obliger le gouvernement fédéral à rendre compte, au nom du Canada, de leur non-respect des traités, devant les organes de surveillance créés par les Pactes. »; Schabas-Turp, NOTES ET DOCUMENTS, p. 521.

⁵⁶⁷ Nous pensons spécialement aux problèmes causés par la dissociation entre la compétence de conclusion et de mise en oeuvre des traités. Cf. § 487 ss.

⁵⁶⁸ Source documentaire officielle: (1976) R.T.Can. n°46.

Pacte sur les droits civils et politiques le même 19 mai 1976, avec entrée en vigueur également au 19 août 1976⁵⁶⁹. Ni le premier ni le second de ces textes n'a fait l'objet d'un acte d'incorporation en droit interne⁵⁷⁰. Le 20 septembre 1979, le Conseil privé du Canada a autorisé le gouvernement du Canada à reconnaître la compétence du Comité des droits de l'homme au sens de l'art. 41 du Pacte II, lui permettant ainsi d'examiner les communications étatiques concernant éventuellement le Canada⁵⁷¹. A ce jour, le Canada n'a présenté aucune communication étatique contre un autre Etat et n'a jamais fait l'objet d'une plainte émanant de ce type - comme aucun autre Etat d'ailleurs⁵⁷². Il a étendu cette compétence d'examen du Comité aux plaintes individuelles en adhérant au premier Protocole facultatif le 19 mai 1976, lequel est entré en vigueur le 19 août 1976⁵⁷³. Tous ces instruments internationaux ont été acceptés par le Canada sans que celui-ci formule de réserves, ni objecte aux réserves émises par d'autres Etats parties. Finalement, nous signalerons que le deuxième Protocole facultatif relatif au Pacte II,

⁵⁶⁹ Source documentaire officielle: (1976) R.T.Can. n°47.

⁵⁷⁰ Nous reviendrons sur cette absence d'acte d'incorporation pour les Pactes (notamment n. 620). Pour l'heure, disons simplement que dans certains domaines, notamment celui des droits de l'homme, l'exigence d'un acte d'incorporation expresse a été atténuée, jusqu'à disparaître même.

⁵⁷¹ Par l'adoption du décret C.P. 1979-2502 du Conseil privé du Canada, le 20 septembre 1979, le gouvernement du Canada a été autorisé à déposer la déclaration suivante en vertu de l'art. 41 du Pacte sur les droits civils et politiques: « Le Gouvernement canadien déclare, en vertu de l'article 41 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qu'il reconnaît la compétence du Comité des droits de l'Homme visé à l'article 28 du Pacte pour recevoir et examiner les communications présentées par un autre Etat partie pourvu que cet Etat partie ait, pas moins de douze mois avant de présenter une communication concernant le Canada, fait une déclaration en vertu de l'article 41 reconnaissant la compétence du Comité pour recevoir et examiner les communications qui le concernent. ». La compétence du Comité des droits de l'homme est donc soumise à la condition de réciprocité.

⁵⁷² Il y a dans l'usage de l'art. 41 du Pacte II une retenue, plus grande encore que dans le système de la CEDH - lui-même déjà empreint de retenue -, à s'attaquer à un autre Etat et à dénoncer ses manquements.

⁵⁷³ Source documentaire officielle: (1976) R.T.Can. n°47.

visant à l'abolition de la peine de mort, n'a pas été ratifié par le Canada et n'y est donc pas en vigueur.

467. Dans le cadre de ses obligations résultant des Pactes, le Canada a présenté un certain nombre de rapports périodiques; les organes onusiens compétents ont examiné les rapports successifs sur la situation économique, sociale et culturelle au Canada en 1982, 1985, 1986, 1989 et 1993⁵⁷⁴. Le sort des droits civils et politiques a été exposé dans quatre rapports, dont un rapport initial, préparés conjointement par les gouvernements fédéral, provinciaux et territoriaux selon leurs domaines de compétences respectifs, et examinés en 1984, 1986 et 1990⁵⁷⁵.
468. S'agissant des plaintes individuelles, le Comité des droits de l'homme en a reçu plus de soixante mettant le Canada en cause. Dans plusieurs cas, une violation du Pacte II a été constatée⁵⁷⁶; nous reviendrons sur la

⁵⁷⁴ Les cinq rapports canadiens sont les suivants: le rapport initial sur les art. 6 à 9 du Pacte I (Doc. N.U. E/1978/8/Add.32), examiné le 5 avril 1982 (Doc. N.U. E/1982/WG1/SR. 1 et 2); le rapport initial sur les art. 10 à 12 (Doc. N.U. E/1980/6/Add. 32), examiné les 17 et 18 avril 1985 (Doc. N.U. E/1985/WG1/SR. 4 et 6); son rapport initial sur les art. 13 à 15 (Doc. N.U. E/1982/3/Add. 34), examiné les 22, 23 et 24 avril 1986 (Doc. N.U. E/1986/WG1/SR. 13, 15 et 16); son deuxième rapport sur les art. 6 à 9 (Doc. N.U. E/1984/7/Add. 28), examiné les 10 et 13 février 1989 (Doc. N.U. E/C.12/1989/SR. 8 et 11); son deuxième rapport sur les art. 10 à 15 (Doc. N.U. E/1990/6/Add. 13), examiné les 17 et 18 mai 1993 (Doc. N.U. E/C.12/1993/SR. 5 et 6).

⁵⁷⁵ Ces quatre rapports sont: un rapport initial (Doc. N.U. CCPR/C/1/Add. 43), examiné les 25, 26 et 28 mars 1980 (Doc. N.U. CCPR/C/SR. 205 à 208 et 211); un rapport supplémentaire (Doc. N.U. CCPR/C/1/Add. 62), examiné les 31 octobre, 1er et 2 novembre 1984 (Doc. N.U. CCPR/C/SR. 558 à 560 et 562); les deuxième (Doc. N.U. CCPR/C/51/Add. 1) et troisième (Doc. N.U. CCPR/C/64/Add. 1) rapports, examinés conjointement les 23 et 24 octobre 1990 (Doc. N.U. CCPR/C/SR. 1010 à 1013).

⁵⁷⁶ Nous pensons tout particulièrement aux affaires *Lovelace contre Canada* (violation de l'art. 27 sur les minorités - n°24/1977, (1981-1982) 2 A.C.D.P. 320, Doc. N.U. CCPR/C/OP/1, p.83, (1983) 3 A.C.D.P. 306, 68 I.L.R. 17), *McIntyre et al. contre Canada* (violation de l'art. 19 sur la liberté d'opinion et d'expression - (1993) 5 R.U.D.H. 156) et *Ng contre Canada* (violation de l'art. 7 sur l'interdiction de la torture et des peines et traitements cruels, inhumains ou dégradants - n°469/1991, Doc. N.U. CCPR/C/49/D/469/1991).

signification de telles condamnations lorsqu'il sera question de la valeur et des effets des décisions internationales⁵⁷⁷.

469. Nous avons vu les hésitations canadiennes devant des textes internationaux qui semblaient ne pas accorder une place suffisante à la relation qui peut exister dans un état fédératif entre le centre et les entités. L'absence de clause fédérative était considérée comme un obstacle tel qu'il justifiait de ne pas ratifier les Pactes. Ce n'est que la perspective de figurer en quelque sorte en marge des autres Etats démocratiques qui a convaincu le Canada de surmonter ses réticences. Le résultat le plus palpable de ce revirement est la volonté patente qui s'est dès lors manifestée entre le gouvernement central et les provinces dans le sens d'une coopération renforcée. Concrètement, cela s'est traduit par l'adoption en décembre 1975 d'un texte⁵⁷⁸ obligeant les ministres chargés des droits de la personne des gouvernements provinciaux et fédéral à une véritable concertation pour toute décision affectant la mise en oeuvre du Pacte II et de son Protocole facultatif.
470. Les provinces seront associées au processus de conclusion des traités et de toutes les étapes et amendements qui pourraient suivre. Les responsabilités respectives des provinces et du gouvernement fédéral concernant les communications interétatiques et individuelles y sont définies, ainsi que les compétences pour l'élaboration des rapports périodiques. A côté de la Conférence des Ministres chargés des droits de la personne à chaque niveau, un Comité permanent fédéral-provincial-territorial composé des fonctionnaires chargés des droits de la personne sera mis en place. Une procédure de consultation du centre vers les provinces et vice versa est prévue pour toute dénonciation ou amendement de traité, pour la composition des délégations et autres nominations des représentants. Tout ceci témoigne d'un souci de tenir compte de toutes les parties du pays et d'aborder les droits de l'homme dans toute leur diversité⁵⁷⁹. Le problème de la dissociation entre la

⁵⁷⁷ Cf. 5.2.3. Valeur et effets juridiques des décisions et arrêts internationaux; § 509 ss.

⁵⁷⁸ « Modalités et mécanismes pour la mise en oeuvre des Pactes internationaux relatifs aux droits de l'homme », du 12 décembre 1975. Document n°111; Morin-Rigaldies-Turp, DIPU.

⁵⁷⁹ La clause 9 de ce texte va jusqu'à prévoir une mobilité géographique des lieux de réunion:

conclusion et la mise en oeuvre des Pactes - qui nous occupera longuement plus bas en tant qu'il représente un des obstacles les plus sérieux à une reprise efficace des Pactes en droit interne canadien⁵⁸⁰ - est également abordé dans ce document⁵⁸¹.

471. Ces modalités et mécanismes de coopération entre le centre et les provinces ont acquis une valeur plus générale depuis qu'ils ont été étendus à d'autres instruments internationaux, tels la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination raciale, la Convention sur l'élimination de toutes formes de discrimination à l'égard des femmes et la Convention contre la torture. Le Canada, par ces procédés de consultation sans pareil, tente d'atténuer quelques difficultés engendrées par sa structure fédérale, effort qui n'a - à notre connaissance - pas son pendant dans les autres Etats étudiés et qui reste ainsi tout à fait singulier.
472. Un autre aspect lié à la structure fédérative est la position d'une province dont les velléités sécessionnistes vont croissant, le Québec. Notre propos n'est bien évidemment pas de juger du bien-fondé de ces prétentions⁵⁸²; il nous paraît néanmoins intéressant de nous attarder

« (9) ... Il y aurait lieu de nommer un président (de comité permanent) différent pour chaque réunion et d'organiser les réunions dans diverses parties du pays. ».

⁵⁸⁰ Cf. particulièrement § 487 ss.

⁵⁸¹ La clause 7 tente de gérer la question:

« (7) Modalités à suivre au cas où une loi ou une institution d'une province serait contestée par un organisme international

Dans ce cas, il faudrait prendre les dispositions nécessaires pour permettre à la province concernée d'avoir l'occasion:

a) d'expliquer, de défendre et de justifier, soit oralement soit par écrit, la loi ou l'institution critiquée devant l'instance internationale, et

b) si l'explication, la défense ou la justification devait avoir lieu au cours d'une conférence internationale, d'avoir un représentant au sein de la délégation canadienne. En qualité de membre de la délégation, et de concert avec le gouvernement fédéral et les autres provinces concernées, ce représentant aurait l'occasion d'expliquer ou de défendre la loi ou l'institution de sa province qui avait été critiquée. »

⁵⁸² Pour qui entend comprendre la situation canadienne de cette fin de millénaire, Aubert expose sous un angle très intéressant la position ambivalente entre le contrat et la loi de la Constitution canadienne, intéressant notamment du point de vue du rapport entre les entités. Sans se montrer faussement alarmistes, les conclusions

brièvement sur son attitude face aux Pactes, spécialement lors de l'adhésion et tout en gardant bien à l'esprit qu'il s'agit là d'actes à forte connotation politique. Alors que le Canada a adhéré aux instruments internationaux en question en mai 1976, le Québec s'était engagé un mois auparavant, sans attendre donc que le centre n'agisse ou même en prenant à dessein soin de le précéder. Les droits de l'homme ont toujours été un terrain privilégié où cette province a cherché à se démarquer de l'Etat central. La meilleure preuve de cette autonomie est la Charte québécoise des droits et libertés, adoptée en 1975 et entrée en vigueur en 1976⁵⁸³, soit bien avant le texte analogue au niveau fédéral canadien⁵⁸⁴.

auxquelles cet auteur arrive soulignent la gravité de la situation : « Assurément, s'il faut les qualifier par leur forme, on ne peut pas nier que les actes constitutifs de 1867 et 1982 soient des lois ; des lois britanniques devenues canadiennes ; non pas des contrats. Mais, sous la forme, il y a la pratique, la façon dont les choses se passent dans la réalité. Et alors, si les actes constitutifs sont vraiment des lois, on s'explique mal le caractère essentiellement intergouvernemental de la politique canadienne. Tout s'y fait, en effet, par les exécutifs, tout s'y décide dans des conférences ; les parlements n'ont pas grand'chose à dire ; c'est peut-être la rançon du régime parlementaire, mais le peuple est encore plus absent. Il n'y a jamais eu d'assemblée constituante, jamais de référendum sur le lien fédéral, rien de ce qui forme le ciment des nations. Si maintenant on nous objecte que la construction canadienne est trop subtile pour supporter les rigueurs de la démocratie directe, que le recours à des votes populaires l'aurait cassée depuis longtemps, cela ne peut signifier qu'une chose, c'est que la loi doit être traitée comme un contrat. Mais alors, si les actes constitutifs ont fondamentalement la nature d'un contrat, ce qui s'est passé en 1982 était une malheureuse erreur, parce qu'on ne change pas les termes d'un contrat derrière le dos d'un partenaire ; et l'ambiguïté qui affecte aussi la thèse du contrat - savoir s'il lie des sociétés ou des régions ou plutôt des provinces - ne change rien à l'affaire car le Québec présente l'unique particularité d'être, à la fois, les trois. Ce qui nous amène à conclure que le Canada se fonde probablement sur plusieurs légitimités, mais que, n'en ayant poussé aucune jusqu'à sa dernière conséquence, il pourrait arriver qu'il offre au monde étonné un absurde spectacle : celui d'un grand pays qui meurt d'une équivoque. » ; Aubert, CANADA, p. 382-383.

⁵⁸³ La Charte québécoise des droits et libertés a été adoptée le 27 juin 1975 et est entrée en vigueur le 28 juin 1976. Source documentaire officielle: L.R.Q., c. C-12.

⁵⁸⁴ La Charte canadienne des droits et libertés se trouve enchâssée dans la loi constitutionnelle du Canada. Elle a été adoptée le 29 mars 1982 et est entrée en vigueur le 17 avril 1982. Source documentaire officielle: L.R.C. (1985), App. II, n°44, ann. B, partie I.

473. Au niveau strictement juridique, il est évident que l'adhésion anticipée du Québec aux Pactes et Protocole⁵⁸⁵ n'a pas pour effet de créer des obligations à charge de la province et encore moins de la fédération, le Québec ne jouissant pas de la personnalité juridique internationale. L'entrée en vigueur de tous ces textes s'est donc faite pour le Québec à la même date que pour toutes les autres provinces canadiennes. Le but des autorités québécoises - n'ignorant pas les exigences du droit international quant à l'engagement d'un Etat - était du reste tout autre que juridique: il s'agit d'un acte de portée politique dont le message souligne une volonté de devenir maître de ses engagements au même titre qu'une nation indépendante.

⁵⁸⁵ Le Québec a ratifié le Pacte sur les droits économiques, sociaux et culturels le 21 avril 1976 (source documentaire officielle: R.E.I.Q. (1984-89), n° 1976(3), p. 808) et le Pacte sur les droits civils et politiques ce même 21 avril 1976 (source documentaire officielle: R.E.I.Q. (1984-89), n° 1976(5), p. 817), avec entrée en vigueur le 19 août 1976 pour tous les deux, à l'instar du reste du Canada. Par l'arrêté en conseil 3343-79 du 2 novembre 1978 (déclaration analogue pour la fédération quelques mois plus tard, le 20 septembre 1979), le gouvernement du Québec a fait la déclaration suivante en application de l'art. 41 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques: « Le Gouvernement du Québec déclare, conformément à l'article 41 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, qu'il reconnaît au Comité des droits de l'Homme la compétence dont il est fait mention à l'article 28 dudit Pacte pour recevoir et considérer les communications qui lui sont présentées par un autre Etat partie au Pacte à la condition que ce dernier fasse, au moins douze (12) mois avant de présenter une communication concernant le Québec, Etat membre de la Fédération du Canada, une déclaration conformément à l'article 41 reconnaissant la compétence du Comité pour recevoir et considérer les communications qui le concernent lui-même. » Finalement, toujours le 21 avril 1976, le Québec a ratifié le premier Protocole facultatif relatif au Pacte sur les droits civils et politiques, octroyant ainsi aux particuliers la faculté de porter plainte devant le Comité des droits de l'Homme (l'entrée en vigueur se fait, dans la perspective de ce qui a déjà été exposé, le 19 août 1976 - source documentaire: R.E.I.Q. (1984-89), n° 1976(4), p. 832). A notre connaissance, le Québec ne s'est pas engagé pour l'abolition de la peine de mort contenue dans le deuxième protocole facultatif relatif au Pacte sur les droits civils et politiques.

5.2. La place des textes internationaux dans l'ordre interne (en termes généraux)

5.2.1. Intégration des textes internationaux dans l'ordre interne

474. Les thèmes abordés ici conservant une pertinence pour le chapitre réservé à l'étude spécifique de la jurisprudence relative aux Pactes⁵⁸⁶, nous concentrerons notre attention en priorité sur le système canadien en général, gardant le volet sur les droits de l'homme au sein de ce même système principalement pour plus tard. Parmi la multitude de questions qui pourraient être appréhendées sous cette section, il en ressort deux qui se posent avec une acuité particulière: d'une part, la réception des textes internationaux en droit interne canadien et, d'autre part, le partage des compétences entre la fédération et les provinces lorsqu'il s'agit de la mise en oeuvre de ces mêmes textes⁵⁸⁷.
475. L'ordre juridique canadien est ainsi fait qu'il ne donne normalement - quelques exceptions existent, notamment pour les traités relatifs aux droits de l'homme - effet en droit interne qu'à des traités ayant fait l'objet d'une réception (incorporation) par un acte spécifique, le plus souvent législatif. Il ne reconnaît aucun effet aux instruments conventionnels internationaux n'ayant pas été incorporés⁵⁸⁸. En ce sens, le Canada a clairement opté pour une approche dualiste du droit

⁵⁸⁶ Cf. 5.4. Analyse de la jurisprudence relative aux Pactes, § 542 ss.

⁵⁸⁷ La mise en oeuvre dont nous parlons ici est évidemment entendue dans le sens d'une mise en oeuvre législative pour concrétiser le passage du texte du niveau international vers le niveau national (comme cela est nécessaire dans un Etat dualiste) et non pas dans le sens d'une mise en oeuvre qui donnerait des droits directement aux particuliers (cette question sera débattue plus bas, dans le chapitre 5.4., § 542 ss.). Notre propos sous cette section est avant tout de décrire à qui revient la compétence d'édicter la législation qui va incorporer le droit international et lui donner un effet en droit interne.

⁵⁸⁸ Nous parlons bien ici des instruments conventionnels de niveau international. Pour ce qui est de la coutume internationale et notamment du *ius cogens*, le Canada se voit lié indépendamment de tout acte de sa part, sous réserve d'une opposition expresse manifestée à l'encontre de la coutume en question. Cf. § 486 et 495.

international⁵⁸⁹. Cette obligation de réception législative des traités a été énoncée en 1937 par le Comité judiciaire du Conseil privé dans une affaire qui restera célèbre pour cette raison, celle dite des conventions de travail⁵⁹⁰. Cet arrêt intègre, en les adaptant à un système fédératif, les règles de réception (incorporation) des traités internationaux héritées du système constitutionnel britannique.

476. De façon tout à fait synthétique, nous dirons que le premier volet de la règle est l'obligation de réception législative des traités pour leur donner un effet en droit interne et que le second volet impose que cette obligation soit assumée dans le respect du partage des compétences législatives telles que réparties entre la fédération et les provinces dans la Constitution⁵⁹¹.

⁵⁸⁹ Les explications sémantiques du § 105 restent valables ici, si bien que nous renvoyons le lecteur à ce petit lexique.

⁵⁹⁰ A.-G. Canada v. A.-G. Ontario et al., (1937) 1 D.L.R. 673, 678-679: « It will be essential to keep in mind the distinction between (1) the formation, (2) the performance, of the obligations constituted by a treaty, using that word as comprising any agreement between two or more Sovereign states. Within the British Empire there is a well-established rule that the making of a treaty is an executive act, while the performance of its obligations, if they entail alteration of the existing domestic law, requires legislative action. (...) it cannot be disputed that the creation of the obligations undertaken in treaties and the assent to their form and quality are the function of the executive alone. Once they are created, while they bind the state as against the other contracting parties, Parliament may refuse to perform them and so leave the state in default. (...) in a federal state where legislative authority is (...) divided up between different Legislatures in accordance with the classes of subject-matter submitted for legislation, the problem is complex. The obligations imposed by the treaty may have to be performed, if at all, by several Legislatures: and the executive have the task of obtaining the legislative assent not of one Parliament to whom they may be responsible: but possibly of several Parliaments to whom they stand in no direct relation. The question is not how is the obligation formed, that is the function of the executive: but how is the obligation to be performed and that depends upon the authority of the competent Legislature or Legislatures ».

⁵⁹¹ Art. 91 de la Loi constitutionnelle du Canada de 1867:
« (Compétence du Parlement du Canada pour tout ce qui n'est pas attribué aux provinces, notamment:)
(...)
1A. la dette et la propriété publiques;

477. La justification du premier volet, qui constitue l'épine dorsale du système, est le principe de la souveraineté du Parlement. En obligeant à adopter un acte législatif pour donner effet à un texte seulement ratifié par l'exécutif, ce dernier se voit empêché de légiférer indirectement en concluant des traités qui auraient des conséquences directes sur le droit interne. Seul le législateur a la compétence de modifier le droit interne⁵⁹². Les traités relatifs aux droits de l'homme entrent a priori dans

2. la réglementation des échanges et du commerce;

2A. l'assurance-chômage;

3. le prélèvement de deniers par tous modes ou systèmes de taxation;

(...)

7. la milice, le service militaire et le service naval, ainsi que la défense;

(...)

14. le cours monétaire et le monnayage;

(...)

21. la faillite et l'insolvabilité;

22. les brevets d'invention et de découverte;

23. les droits d'auteur;

24. les Indiens et les terres réservées aux Indiens;

25. la naturalisation et les aubains;

26. le mariage et le divorce;

27. le droit criminel, sauf la constitution de tribunaux de juridiction criminelle, mais y compris la procédure en matière criminelle;

Art. 92 de la Loi constitutionnelle de 1867:

« Pouvoirs exclusifs des législatures provinciales:

(...)

2. la taxation directe dans les limites de la province, en vue de prélever un revenu pour des objets provinciaux;

(...)

8. les institutions municipales dans la province;

(...)

12. la célébration du mariage dans la province;

13. la propriété et les droits civils dans la province;

14. l'administration de la justice dans la province, y compris la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux, de juridiction tant civile que criminelle, y compris la procédure en matière civile devant ces tribunaux;

15. l'imposition de sanctions, par voie d'amende, de pénalité ou d'emprisonnement, en vue de faire exécuter toute loi de la province sur des matières rentrant dans l'une quelconque des catégories de sujets énumérés au présent article;

(...)

⁵⁹² Le but était d'empêcher l'exécutif de modifier le droit interne sans l'aide du législateur dont c'est pourtant la compétence, il est tout naturel que certains traités

la catégorie des traités soumis à l'obligation de réception législative, en tant que leur raison d'être est justement d'affecter la situation des particuliers.

478. Cette obligation stricte de réception législative a parfois été atténuée par l'appel à d'autres principes sur lesquels nous reviendrons plus loin, tel est entre autres la présomption de conformité au droit international du droit interne⁵⁹³. En outre, il est arrivé que des juges donnent effet à un texte international en dépit de l'absence de réception législative⁵⁹⁴. Malgré ceci, il n'en demeure pas moins que d'une façon générale, pour avoir un impact sur le droit interne, les textes internationaux doivent être incorporés par un acte idoine dans le niveau national. En cela, le Canada rejoint les Etats clairement dualistes et ce même s'il devient de plus en plus difficile de concevoir le développement parallèle et cloisonné de deux systèmes ignorant tout l'un de l'autre. Bien que se montrant selon les cas un peu plus nuancée, la Cour suprême du Canada a à maintes reprises réaffirmé et précisé cette obligation pour tout traité modifiant directement la législation réglementant les droits des particuliers⁵⁹⁵.

qui ne modifient pas à proprement parler le droit interne et les droits et obligations des individus ne soient pas soumis à l'obligation de réception législative. Il en va ainsi des traités dits de prérogative qui n'ont d'effet qu'en droit international (ex.: un traité établissant des relations diplomatiques, un traité adaptant de façon limitée une frontière) et des traités de coopération internationale pour lesquels l'exécutif peut agir seul (ex.: aide au développement, autorisation de procéder à des opérations militaires sur son territoire comme dans l'affaire *Operation Dismantle* (*Operation Dismantle v. The Queen*, (1985) 1 S.C.R. 441).

⁵⁹³ Cf. § 480 et surtout le point 5.4.4. La présomption de conformité des lois avec le droit international, § 561 ss.

⁵⁹⁴ Voir *Re Drummond Wren*, (1945) 4 D.L.R. 674, où la Charte des Nations Unies est prise en compte, malgré l'absence de mise en oeuvre législative.

⁵⁹⁵ Nous citerons deux extraits marquants parmi la nombreuse jurisprudence:

« Lorsqu'un traité prévoit la création de certains droits et privilèges pour les sujets de parties contractantes, ces droits et privilèges conformément à notre droit, ne sont applicables par les tribunaux que lorsque le traité a été mis en vigueur ou sanctionné par la législation (...) Les traités par eux-mêmes ne lient pas les particuliers. » (*Arrow River and Tributaries Slide and Boom Co. v. Pigeon Timber Co. Ltd.*, (1932) S.C.R. 495, 575).

« (Au) Canada, les droits et privilèges des sujets d'une partie contractante à un traité ne sont reconnus par les tribunaux que dans le seul cas où le traité a été mis en

479. Pour ce qui touche aux traités relatifs aux droits de l'homme - et sur lesquels, nous reviendrons en détail lors de l'étude de la jurisprudence sur les Pactes - les juges ont, dans un premier temps, appliqué avec rigueur le principe de la réception par un acte législatif. Sans un tel acte, aucun effet n'était accordé aux droits fondamentaux en cause. Une série d'arrêts⁵⁹⁶ appliquent cette obligation aux traités relatifs aux droits de l'homme, alors que dans le même temps, il y est de moins en moins fait référence dans les arrêts les plus récents. Sans aller jusqu'à donner un effet autonome aux traités de ce type, la Cour suprême - en particulier - tend à atténuer cette obligation et rejoindre le juge Pigeon lorsque celui-ci affirme: « Même si celle-ci (la ligne de conduite établie par le Parlement) ne fait pas mention des obligations du Canada résultant du traité, le principe que les relations internationales sont de la compétence du gouvernement fédéral fait partie intégrante de notre régime constitutionnel. Ce serait simplifier à outrance que de dire que les traités n'ont d'effet juridique à moins d'être mis en oeuvre par une loi »⁵⁹⁷.
480. Respecter la souveraineté du Parlement - que personne ne songe à mettre en doute - tout en atténuant l'obligation de réception (incorporation) législative a été possible en se basant sur certains principes d'interprétation, principalement la présomption de conformité des lois au droit international. Nous réservons nos développements sur cette notion cardinale pour plus tard, tant cette « règle d'interprétation disant que le Parlement n'est pas censé légiférer à l'encontre d'un traité ou d'une manière incompatible avec les convenances et règles établies du droit international »⁵⁹⁸ est importante et influante. En donnant effet aux textes internationaux même non incorporés formellement par un acte législatif en droit interne, les tribunaux participent au respect du droit international par le Canada. En ce sens l'appel à cette présomption de conformité au droit international, qui se fait de plus en plus fréquent

vigueur dans l'ordre interne ou sanctionné par une loi. » (Francis v. The Queen, (1956) S.C.R. 604, 618).

⁵⁹⁶ Certains d'entre eux sont évoqués sous le point 5.4.2. Transformation en droit interne et applicabilité directe des Pactes, § 544 ss.

⁵⁹⁷ Capital Cities Communications Inc. c. C.R.T.C., (1978) 2 R.C.S. 141, 188.

⁵⁹⁸ Daniels and White v. The Queen, (1968) S.C.R. 517, 541; juge Pigeon.

dans les décisions de la Cour suprême et des cours inférieures, prend toute sa signification⁵⁹⁹.

481. L'obligation de réception (incorporation) législative est également rendue un peu moins exigeante par le fait - controversé en doctrine même si une majorité s'y rallie⁶⁰⁰ - qu'il n'est pas nécessaire que la loi d'incorporation mentionne expressément qu'elle incorpore tel ou tel texte international. Transcrire en droit interne des normes contenues dans un texte international sans les désigner explicitement comme venant du niveau international à l'origine est suffisant⁶⁰¹.
482. Une fois posée l'obligation de réception législative, il reste à déterminer comment celle-ci se fera du point de vue de la technique juridique. En d'autres termes, il s'agit de voir laquelle des théories de la transformation ou de l'adoption préside à cette incorporation.
483. Comme le traité international doit être reçu en droit interne par une loi fédérale ou provinciale, la doctrine admet que l'incorporation se fait selon la théorie de la transformation, laquelle fait subir à la norme internationale un véritable changement de nature juridique. Dans sa conception extrême, cette théorie de la transformation voudrait que la norme internationale, une fois son passage accompli vers le droit interne par un acte du Parlement, devienne une norme de droit interne strictement séparée de ses origines. Cette application intégrale de la théorie entraîne une rupture totale entre les deux ordres international et interne, si bien que la pratique en a quelque peu atténué les effets radicaux. L'idée est que la norme interne - bien qu'appartenant désormais à un ordre parallèle - puisse encore être enrichie par les

⁵⁹⁹ Entre autres: *Re Vincent et Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, (1983) 148 D.L.R. (3d) 385; *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al.*, (1983) 44 O.R. (2d) 392 (Div.Ct.); *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail Wholesale & Department Store Union, Local 580 et al.*, (1984) 10 D.L.R. (4th) 198 (B.C.C.A.) et *R. v. Konechny*, (1984) 2 W.W.R. 481 (B.C.C.A.).

⁶⁰⁰ Certains auteurs sont plutôt pour (Rigaldies-Woehrling) et d'autres plutôt contre (Cohen-Bayefsky). Cf. aussi § 548 ss.

⁶⁰¹ Exemple de l'Immigration Act qui est réputé intégrer au droit canadien la Convention sur le Statut des Réfugiés, Cf. § 545.

développements de l'ordre international, que ce soient des commentaires généraux, de la jurisprudence ou encore de la doctrine.

484. Cette approche canadienne s'inspire largement de la résolution du problème dans d'autres Etats et notamment en Allemagne, qui adopte aussi une position pragmatique⁶⁰². La doctrine a également défendu cette thèse sans grande opposition et qui se trouve bien résumée chez Rigaldies et Woehrling: « En théorie, étant donné que la seule norme qui fait droit dans l'ordre interne est celle qui a été transformée, c'est également elle qui devrait faire seule l'objet de l'application et de l'interprétation par le juge national. En pratique, comme le montre la jurisprudence, la norme internationale d'origine joue un rôle important dans l'interprétation de la loi de transformation. Cette attitude des tribunaux est d'ailleurs inévitable, dans la mesure où la présomption de compatibilité entre le droit interne et le droit international ne leur laisse pas d'autre choix que d'établir une étroite comparaison entre la loi et le traité »⁶⁰³.
485. La question prend toute son importance dans le cas - souhaitons-le rare - où le traité international est modifié et où cette modification n'est pas aussitôt transposée en droit interne par un acte spécifique. Ce sont alors deux textes différents qui lieraient le Canada, l'un - modifié - au niveau international et l'autre - inchangé par rapport au texte originel - au niveau interne. Un tel décalage n'est évidemment pas à encourager. Pour y remédier, et ce même si la théorie de la transformation n'est pas en principe remise en doute par la doctrine canadienne, certains auteurs⁶⁰⁴ se réfèrent à l'approche allemande. Celle-ci prend directement en compte les changements intervenus dans le texte international après sa transformation dans l'ordre interne et sans qu'il y ait nécessairement eu un acte législatif pour incorporer la modification⁶⁰⁵.
486. Nous le voyons, la position canadienne n'est plus strictement transformationniste. Cette tendance est encore plus marquée lorsqu'il

⁶⁰² Cf. Woehrling, *FEDERALISME*.

⁶⁰³ Cf. Rigaldies-Woehrling, *JUGE CANADIEN*; voir aussi Emanuelli-Slosar, *APPLICATION*.

⁶⁰⁴ Cf. Rigaldies-Woehrling, *JUGE CANADIEN*, p. 317-318.

⁶⁰⁵ Cette théorie du <Vollzugsbefehl> est décrite au § 278.

s'agit de la coutume internationale. Si celle-ci demande toujours un acte législatif pour déployer ses effets en droit canadien⁶⁰⁶, l'absence d'un tel acte pour une coutume à laquelle le Canada ne se serait pas formellement opposé ne lui ôte cependant pas tous ses effets. La reconnaissance d'une coutume internationale - à condition qu'elle soit bien établie - peut se faire de manière tacite pour autant qu'aucune norme du droit interne ne l'écarte expressément. De plus, lorsqu'un tel acte d'incorporation existe, il ne modifie pas absolument la nature juridique de la coutume: elle deviendra du droit interne mais son sens ne se limitera pas à celui au moment de son incorporation; au contraire, les juges l'appliqueront telle qu'elle a évolué dans son milieu d'origine qu'est l'ordre international. La tendance jurisprudentielle semble confirmer que les juges acceptent volontiers de prendre en compte l'évolution internationale lors de l'application de la coutume⁶⁰⁷. En ce sens, les cours se montrent pratiquement, et même si ce n'est qu'implicitement, adoptionnistes⁶⁰⁸.

487. Le second volet de notre exposé sur l'intégration des textes internationaux en droit canadien concerne la répartition des compétences de mise en oeuvre entre la fédération et les provinces. Nous avons déjà signalé que la notion de mise en oeuvre telle que nous l'entendons ici est celle de l'édiction de la législation d'incorporation et non pas celle de mise en oeuvre donnant des droits directement invocables par les particuliers. Notre discours se situe en quelque sorte à un stade antérieur: ce n'est qu'après avoir défini qui est compétent pour légiférer que nous pourrions nous pencher sur le contenu même de cette législation élaborée dans le respect du partage des compétences consacré par la Loi

⁶⁰⁶ Sous réserve des normes de *ius cogens*.

⁶⁰⁷ Cf. également 5.4.3. Le droit international utilisé aux fins d'interprétation du droit interne (§ 553 ss.), avec ce que nous y développons à propos du contexte général entourant les Pactes et de l'approche évolutive de ces textes.

⁶⁰⁸ Les avantages de l'adoption tiennent surtout au fait que le juge prend en compte toute une évolution, s'adapte à des changements de contexte et peut faire preuve d'activisme: « Under the theory of adoption, the courts can bring about a sort of general reception of international law; they keep municipal law in step with changing international law and there is, therefore, considerable scope for a national judge who wants to develop international law. »; R. Mc Donald, *RELATIONSHIP*, p. 93.

constitutionnelle de 1867 et la jurisprudence. L'impact des droits contenus dans les textes internationaux sur les droits des particuliers ne sera dès lors logiquement abordé que dans la phase qui suit la réception dans les provinces et la fédération.

488. La Loi constitutionnelle de 1867 reste muette sur les pouvoirs de mise en oeuvre des traités internationaux. C'est donc à la jurisprudence qu'est revenue la tâche de formuler des règles répartissant ces pouvoirs entre le centre et les provinces, afin de tenir compte de la nature fédérative de l'Etat canadien. L'affaire de référence pour l'obligation de réception législative - celle des conventions de travail⁶⁰⁹ - fixe les domaines de compétence respectifs du centre et des provinces en la matière. Le Comité judiciaire du Conseil privé reconnaît le monopole du centre pour la conclusion des traités, alors que la mise en oeuvre par l'incorporation législative sera répartie entre le centre et les provinces selon le partage prévu aux art. 91 et 92 de la Loi constitutionnelle⁶¹⁰. Conscient, à tout le moins partiellement, des inconvénients que peut générer cette dissociation entre la compétence de conclusion et d'incorporation⁶¹¹, le Comité judiciaire a enjoint les deux niveaux de l'Etat canadien à coopérer étroitement pour éviter, autant que faire se peut, tout hiatus.
489. Cette position du Comité judiciaire de 1937 est très critiquée par la doctrine anglophone au Canada, laquelle souhaite davantage de centralisme. Elle argue notamment que de permettre à la fédération tant de conclure les traités que d'édicter la législation de mise en oeuvre évacue les problèmes posés par la dissociation entre ces deux phases⁶¹².

⁶⁰⁹ Cf. n. 590.

⁶¹⁰ Voir les art. 91 et 92 de la Loi constitutionnelle, cités en n. 591.

⁶¹¹ Le principal inconvénient est qu'une éventuelle violation du droit international par une province qui omettrait l'incorporation ou l'effectuerait insuffisamment sera mise à la charge de la fédération. C'est cette dernière qui s'est engagée au niveau international à respecter les obligations assumées et qui répond de leur violation par une de ses entités, sans toutefois donc détenir tous les pouvoirs de mise en oeuvre.

⁶¹² Cohen-Bayefsky voit dans la solution du Comité judiciaire du Conseil privé un obstacle à la conduite des relations extérieures du Canada par le gouvernement fédéral et en particulier aux compétences de celui-ci en matière de conclusion des traités. N'étant en effet jamais sûr que les aspects du traité qui relèvent d'une incorporation provinciale seront correctement repris, le gouvernement s'expose à

La doctrine francophone défend, elle, cette scission entre les deux phases et y voit le meilleur moyen de maintenir l'équilibre des compétences entre le centre et les provinces. Le Québec en particulier cherche à préserver une certaine marge de manoeuvre pour conserver ses particularités, grâce à une mise en oeuvre des droits qui lui est largement confiée, surtout dans des domaines sensibles comme la fiscalité, l'organisation judiciaire et certaines matières de droit civil⁶¹³. Nous avons déjà souligné que cette volonté d'autonomie est spécialement marquée dès que des droits fondamentaux sont en cause⁶¹⁴.

490. La Cour suprême du Canada a toujours eu tendance à se montrer plus centralisatrice que le Comité judiciaire du Conseil privé. Il n'est pas étonnant dans ces circonstances qu'elle ait périodiquement émis des doutes sur la solution consacrée en 1937. Dans l'affaire *Francis* de 1956⁶¹⁵, puis avec plus de vigueur dès 1970, certains juges de la Cour suprême se demandent si l'heure n'est pas venue de revoir la position du Comité judiciaire. En exprimant ses doutes, la Cour suprême a relancé le débat sur la question, provoquant même une levée de bouclier dans la doctrine francophone qui voit dans l'éventuel abandon de cette forme de <fédéralisme d'exécution> un réel danger d'assimilation, contre lequel elle se bat avec les moyens juridiques et politiques. Cette véritable lutte des provinces, surtout du Québec, pour conserver une part de leur autonomie a jusqu'à présent été couronnée de succès, puisque c'est toujours la solution plus respectueuse du fédéralisme du Comité judiciaire qui prévaut aujourd'hui. La règle jurisprudentielle énoncée en 1937 conserve toute son autorité et fait incontestablement partie du droit positif canadien.

répondre d'un comportement provincial sur lequel il n'a pas d'emprise. Ces auteurs se contentent de relever le problème sans examiner si et dans quelle mesure une province peut légiférer en violation du droit international. Voir: Cohen-Bayefsky, *CANADIAN CHARTER*, p. 292 et leur note 119. Voir aussi Rigaldies-Woehrling, *JUGE CANADIEN*, p. 311, note 29.

⁶¹³ Voir les art. 91 et 92 de la Loi constitutionnelle de 1867, cités à la n. 591.

⁶¹⁴ Cf. § 472 et 473. Voir aussi § 533 pour le sort réservé par la Cour suprême aux arrêts des juridictions québécoises.

⁶¹⁵ *Francis v. The Queen*, (1956) R.C.S. 618.

491. La notion de <droits civils> telle qu'employée à l'art. 92 § 13 de la Loi constitutionnelle de 1867 diffère de la notion de <civil liberties> ou de <libertés publiques>, de sorte que cette Loi constitutionnelle ne contient aucune disposition attribuant au centre ou aux provinces la compétence d'incorporer dans la législation les droits de l'homme contenus dans les textes internationaux. Dans cette situation et en application de la règle de valeur générale pour tous les traités posée en 1937, c'était à la jurisprudence de dire lesquels de ces droits sont à incorporer au niveau fédéral et lesquels au niveau provincial. Selon elle, les droits de l'homme relèvent, suivant leurs aspects, de la compétence législative fédérale, provinciale ou des deux à la fois.
492. Or, nous ne saurions ignorer les difficultés susceptibles d'apparaître lorsqu'il s'agira d'incorporer un traité global sur les droits fondamentaux - comme les Pactes -, consacrant toutes sortes de droits relevant de l'un ou l'autre des niveaux, ou même d'une compétence concurrente. Le traité sera dans ce cas incorporé de façon fractionnée et non pas dans son ensemble, quand bien même l'exigence de clarté en serait ressortie renforcée.
493. La jurisprudence a dans un premier temps utilisé sa marge d'appréciation pour se montrer plus centralisatrice, avant de défendre un regain de compétences des provinces. Le moyen le plus radical pour faire tomber un domaine dans la compétence fédérale était d'y chercher, voire d'y ajouter, un élément pénal. Ce faisant, toute la loi était susceptible d'être centralisée⁶¹⁶. Par le biais d'une <criminalisation> parfois artificielle, le pouvoir central s'arrogeait des compétences plus larges. La Cour suprême a progressivement abandonné ces procédés. Elle respecte aujourd'hui plus rigoureusement la lettre et surtout l'esprit de art. 91 et 92 de la Loi constitutionnelle, véritables garants du fédéralisme.

⁶¹⁶ L'art. 91 ch. 27 de la Loi constitutionnelle de 1867, citée en n. 591, attribue le droit criminel au pouvoir d'Ottawa.

5.2.2. Rapport aux autres normes de protection des droits fondamentaux

494. Se demander quel est le rapport d'une coutume ou norme internationale intégrée à l'ordre interne canadien avec les autres normes de cet ordre revient à s'interroger sur leurs valeurs hiérarchiques respectives.
495. Une coutume internationale ne déploie des effets en droit interne qu'à la condition qu'il n'y ait pas de norme nationale expressément contraire. Le droit interne clairement en contradiction avec la coutume internationale l'emporte toujours, quel que soit son niveau à l'intérieur du système national (loi, droit commun). Ce principe est assorti d'un tempérament qui prend la forme d'une grande règle d'interprétation à laquelle nous nous sommes déjà référés: l'obligation de choisir l'interprétation la plus en conformité possible avec le droit international. Cette obligation découle elle-même de la présomption qui veut que le Parlement n'a pas légiféré en violation des obligations internationales du Canada. Bien souvent, les juges ont néanmoins eu tendance à écarter la coutume au profit de la loi, sans le motiver par une référence à cette présomption.
496. De la même façon, les normes conventionnelles reprises en droit canadien cèdent devant les règles de droit interne qui leur sont expressément contraires. En effet: « Dans le cadre de la théorie qui prévaut au Canada, la norme transformée ne peut avoir d'autre valeur que celle de la norme de transformation. C'est dire que les traités reçus législativement ont le rang d'une loi ordinaire du Parlement. Le principe *lex posterior derogat priori* recevant application, le droit international conventionnel ne jouit donc d'aucune supériorité par rapport au droit interne. Cette conséquence est conforme au principe britannique de la souveraineté du Parlement. Cette solution présente cependant l'inconvénient de rendre plus difficile le respect du droit international par le Canada et d'exposer ainsi celui-ci à voir engagée sa responsabilité internationale. C'est la raison pour laquelle on retrouve dans notre droit la règle qui est commune à tous les systèmes qui ne reconnaissent pas la suprématie de principe du droit international: celle de l'interprétation favorable au droit international des lois internes. Cette technique du <clear statement> est particulièrement courante en droit anglo-saxon. Elle consiste à enjoindre aux tribunaux de présumer que le législateur

n'a pas voulu atteindre certains résultats: s'il veut y parvenir, il lui faut s'exprimer avec la plus grande clarté »⁶¹⁷. A la réserve près qu'il lui faut exprimer sans ambiguïté sa volonté de déroger à du droit international conventionnel incorporé, le législateur reste souverain en tant que les lois qu'il édictera prévaudront sur les normes incorporées. En ce sens, nous pouvons dire que le droit international n'affecte que marginalement la souveraineté et la suprématie du Parlement⁶¹⁸.

497. Au vu de ce qui précède, il est incontestable que le Parlement canadien jouit d'une position privilégiée et conserve, en fait comme en droit, la possibilité de faire prévaloir sa conception sur celle reprise du droit international. Dans ce système où les normes internationales incorporées n'ont d'effet qu'à la condition d'être compatibles avec les normes internes concernant le même domaine et cèdent dès qu'une norme interne prend le contre-pied explicitement⁶¹⁹, la créativité du juge est largement muselée. Dans les domaines où tant le législateur national qu'international ont édicté des règles, il n'a guère d'autre choix que de se conformer aux principes énoncés ci-dessus. Dans les domaines où aucune législation interne (au niveau national ou provincial) n'a été édictée, le juge pourra faire appel aux normes internationales incorporées et aux principes généraux du droit international. Ces sources jouent ainsi un rôle supplétif pour le cas où le législateur national ou provincial n'a pas encore occupé le terrain ou bien lorsqu'il s'agit de compléter et d'éclairer une interprétation.

⁶¹⁷ Cf. Rigaldies-Woehrling, JUGE CANADIEN, p. 318-319.

⁶¹⁸ Rigaldies et Woehrling nous paraissent appréhender l'influence du droit international sur le législateur canadien un peu trop largement lorsqu'ils disent: « D'une certaine façon, les traités introduits en droit interne limitent donc la liberté d'action future du législateur. En effet, alors qu'une loi quelconque peut être modifiée implicitement par une loi postérieure, la loi d'introduction d'un traité ne sera considérée abrogée ou modifiée par une loi plus récente que dans les cas où celle-ci fait apparaître une volonté explicite du législateur d'en arriver à ce résultat. »; Rigaldies-Woehrling, JUGE CANADIEN, p. 319. Nous pensons que, plus que de vraiment limiter le législateur, l'obligation de signaler expressément qu'il légifère en violation du droit international rend le législateur conscient qu'il écarte le droit international pour lui préférer une autre réglementation.

⁶¹⁹ En l'occurrence donc, dans notre domaine, si une règle législative ou constitutionnelle relative à des droits fondamentaux n'est pas en accord avec les obligations résultant des Pactes, ces derniers s'effacent devant la première.

498. Par rapport aux autres normes de protection des droits de l'homme, et plus généralement à toute la législation interne quel qu'en soit le niveau, les normes internationales incorporées ou non, qu'elles soient issues des Pactes ou d'un quelconque autre instrument international, se placent en netre infériorité. Elles peuvent à l'heure actuelle tout au plus prétendre au statut de source supplétive et interprétative, dont le rôle ne dépasse guère celui de combler les lacunes que le législateur a laissées. Ce dernier peut à tout moment décider de combler ces lacunes en harmonie ou contre les normes issues du droit international.
499. Or, quelles sont les normes de droit interne en matière de droits fondamentaux que les Pactes - tacitement - incorporés⁶²⁰ sont potentiellement appelés à compléter ? Il s'agit principalement des droits enchâssés dans la Loi constitutionnelle sous la forme d'une <Charte canadienne des droits et libertés>⁶²¹. Un bref arrêt sur ce texte n'est pas inutile, dans la mesure où il est au centre de l'ordre juridique canadien et où les textes internationaux servent le plus souvent à interpréter ou compléter ce texte central.
500. Une simple lecture de la Charte met en évidence sa parenté avec les sources internationales déjà en vigueur au moment de son élaboration. Nous pensons à la Convention européenne des droits de l'homme et bien entendu aux Pactes. Il est du reste expressément fait allusion à cette influence dans les travaux préparatoires⁶²². De ce point de vue, la Charte canadienne des droits et libertés fait figure de reprise - complétée et

⁶²⁰ Techniquement, les Pactes n'ont fait - et c'est surprenant vu leur importance - l'objet d'aucun acte d'incorporation. Le motif avancé fut celui d'éviter une redondance avec des textes internes, ce qui ne cesse de surprendre puisque la Charte date de 1982. Il est de plus en plus souvent admis que des textes internationaux ont des effets en droit canadien même en l'absence d'une introduction par voie législative. Dans ce cas, le mode le plus courant pour les prendre en compte reste le biais de l'interprétation conforme au droit international. Un exemple fréquemment cité est celui du Renvoi Drummond Wren, où il est fait appel aux droits fondamentaux de la Charte des Nations Unies, sans que celle-ci n'ait été mise en oeuvre au plan législatif (Re Drummond Wren, (1945) 4 D.L.R. 674). Cf. § 14 C. et n. 27 C.

⁶²¹ Adoptée le 29 mars 1982; entrée en vigueur le 17 avril 1982; source documentaire officielle: L.R.C. (1985), App. 11, n°44, ann. B, partie 1.

⁶²² Cf. n. 680.

adaptée⁶²³ - en droit interne de droits qui lient déjà le Canada en tant qu'Etat. Les rapports entre ces deux types de textes peuvent se résumer de la manière suivante: la Charte est le texte de référence, dont l'interprétation sera confortée par un appel aux textes incorporant les instruments internationaux des droits de l'homme et dont les lacunes seront comblées par un appel à ces mêmes textes.

501. La Loi constitutionnelle de 1982 suivant l'adhésion aux Pactes de six ans seulement, il était légitime d'attendre qu'elle incorpore fidèlement les obligations si récemment assumées par le Canada. Or, même s'il ne fait aucun doute que les auteurs de la Charte se sont inspirés des Pactes, certaines omissions dans la Charte surprennent. La doctrine se montre d'ailleurs très sévère. Le moyen premier et le plus efficace pour respecter à la fois les droits fondamentaux des Canadiens et les obligations internationales vis-à-vis des autres Etats aurait été de rendre les normes internationales de protection des droits fondamentaux directement applicables en droit interne⁶²⁴. Contrairement à ce qui a été - partiellement - prévu en Allemagne⁶²⁵, la Charte n'adopte pas cette solution.
502. Le second moyen, moins direct, aurait été de transcrire tous les droits dans le document national, ce qui n'a pas été effectué, beaucoup de droits n'étant pas repris. Dans son article, Humphrey énumère une longue liste de droits contenus dans les Pactes et dont le législateur n'a

⁶²³ La Charte canadienne reprend bon nombre de droits du Pacte II, mais pas tous, et laisse de côté la plupart des droits sociaux. Ceci ne saurait éliminer complètement et définitivement ces droits de l'ordre canadien, puisque l'art. 26 de la Charte réserve d'autres droits que les seuls énoncés dans la Charte: « Le fait que la présente charte garantit certains droits et libertés ne constitue pas une négation des autres droits et libertés qui existent au Canada ». La Charte n'a donc pas la prétention d'exhaustivité et ses droits peuvent coexister avec d'autres droits provenant de diverses sources.

⁶²⁴ En effet: « The best way to protect the rights and freedoms of Canadians and at the same time ensure respect for our international obligations would have been to make the international law of human rights, in so far as it applies to Canada, self-executing in Canadian law »; Humphrey, INT. LAW, p. 13.

⁶²⁵ Cf. art. 25 et 59 de la GG.

pas ou pas entièrement tenu compte lors de la rédaction de la Charte⁶²⁶, laquelle souffre dès lors de graves lacunes. Nous aurions tendance à nous montrer un peu moins sévères dans notre jugement, même s'il est évident que la Charte présente des carences bien surprenantes si elles n'étaient le fruit d'une volonté délibérée de laisser de côté certains droits des Pactes. Dans ces circonstances, il existerait logiquement des espoirs de voir les juges puiser dans ces Pactes pour compléter ce qui fait défaut au niveau national, mais nous verrons plus bas⁶²⁷ que la jurisprudence reste en-deça de ce qu'il aurait été légitime d'en attendre.

503. Parmi les critiques qui sont formulées contre la Charte des droits et libertés, il en est une qui ne saurait laisser indifférent: celle émise à propos de l'art. 33 de la Charte⁶²⁸ qui codifie une clause de dérogation qui va au-delà de la clause générale de limitation des droits prévue à

⁶²⁶ Humphrey, INT.LAW. L'auteur dénonce notamment et non exhaustivement l'absence de droits sociaux dans la Charte; un silence étonnant à propos de la torture alors qu'il est fait référence aux traitements et peines cruels ou inhabituels; la liste certes exemplative des critères de discrimination inadmissibles qui ne mentionne pas la langue, l'opinion politique ou toute autre opinion, l'origine sociale, la propriété, la naissance ou tout autre statut; l'absence de la prohibition de l'esclavage et finalement - et c'est ici que cela est le plus surprenant puisque les situations suivantes pourraient très bien concerner le Canada - l'absence de compensation pour les personnes victimes d'arrestations abusives ou de condamnations erronées; ainsi que l'absence de la garantie d'un salaire égal pour un travail de valeur égale.

⁶²⁷ Cf. 5.4., § 452 ss.

⁶²⁸ Art. 33 de la Charte (Application de la Charte):

« (1) Le Parlement ou la législature d'une province peut adopter une loi où il est expressément déclaré que celle-ci ou une autre de ses dispositions a effet indépendamment d'une disposition donnée de l'article 2 ou des articles 7 à 15 de la présente charte.

(2) La loi ou la disposition qui fait l'objet d'une déclaration conforme au présent article est en vigueur à l'effet qu'elle aurait sauf la disposition en cause de la charte.

(3) La déclaration visée au paragraphe (1) cesse d'avoir effet à la date qui y est précisée ou, au plus tard, cinq ans après son entrée en vigueur.

(4) Le Parlement ou une législature peut adopter de nouveau une déclaration visée au paragraphe (1).

(5) Le paragraphe (3) s'applique à toute déclaration adoptée sous le régime du paragraphe (4). »

l'article premier⁶²⁹. Cette clause de dérogation permet d'éluder la Charte sans même passer par une procédure de nature constitutionnelle. En affaiblissant incontestablement les droits de la Charte, elle affaiblit d'autant plus les droits des Pactes. Dans ce système, les droits fondamentaux sont manifestement moins bien garantis que dans les systèmes où une telle dérogation est soumise à des conditions objectives qui dépassent le simple vote par une législation fédérale ou provinciale.

504. Dans la plupart des ordres juridiques - par exemple, la CEDH à son art. 15, le Pacte II à son art. 4 et l'Allemagne avec le chapitre Xa de la GG, réglant l'état de guerre -, une dérogation n'est admissible qu'en cas de danger extrême pour l'existence même de l'Etat (guerre, situation sociale conflictuelle à l'extrême, par exemple). Cela ne veut pas dire que les droits y sont absolus, ils ne peuvent simplement être restreints qu'à des conditions draconiennes que l'on retrouve à l'art. 1 de la Charte canadienne (nécessité, adéquation, proportionnalité, respect du noyau dur) ou en cas de situation d'une exceptionnelle gravité dûment constatée par l'organe compétent et en aucun cas par un simple vote du Parlement. Une telle procédure inquiète dans la mesure où elle fait une place très importante au législateur, là où les autres ordres juridiques prévoient un contrôle judiciaire des restrictions par le biais de l'examen approfondi des critères qui les justifient (c'est d'ailleurs un des grands intérêts de la juridiction constitutionnelle).
505. Les droits fondamentaux apparaissent ainsi comme relativement faibles au Canada, en droit à tout le moins. Dans les faits, le danger nous semble limité de voir un Parlement fédéral ou provincial édicter des lois crassement contraires aux droits de la Charte en invoquant l'art. 33 pour les justifier. Cette dernière assertion reste valable aussi longtemps que ces Parlements conservent leur caractère démocratique et n'est donc pas absolue.
506. Cette grande carence de la Charte canadienne - que les Pactes ne vont pas techniquement modifier vu leur valeur essentiellement interprétative

⁶²⁹ Art. 1^{er} de la Charte (Garantie des droits et libertés):

« La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

et complémentaire - met en lumière un aspect peu encourageant du système canadien: quelle que soit la valeur que la jurisprudence accordera aux droits fondamentaux, le législateur conservera le dernier mot et la possibilité de légiférer en accord ou contre la Charte selon une procédure rigoureusement identique. Les droits contenus dans la Charte se situent au sommet de la hiérarchie des droits de l'homme en droit canadien, mais ils ne jouissent pas d'une protection particulière contre une activité du législateur qui s'y oppose. S'ils ont matériellement la valeur de règles constitutionnelles, ils sont formellement modifiables - ou du moins momentanément écartables - comme une simple loi. La place des Pactes s'en trouve par ricochet affaiblie: ils se placent au-dessous d'un texte qui lui-même n'est pas au sommet de l'ordre institutionnel.

507. Pour clore ce tour d'horizon de l'ensemble du système canadien de protection des droits fondamentaux et des rapports de ces diverses normes entre elles, il nous faut évoquer encore les textes que les provinces ont adoptés en la matière. Cette concurrence entre la Charte canadienne issue de la fédération et les Chartes provinciales s'explique historiquement. Avant 1982, il existait un certain vide juridique au niveau fédéral, dans la mesure où la Déclaration canadienne des droits - premier texte de codification des droits de l'homme⁶³⁰ - s'était toujours vu refuser toute force obligatoire par la jurisprudence. Les juges y voyaient au mieux des obligations atténuées à la charge de l'Etat et souvent même un seul caractère moral.
508. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que les provinces aient cherché à se doter de textes contraignants. Ceux-ci octroyaient donc aux citoyens des provinces ayant franchi le pas⁶³¹ des droits que le niveau

⁶³⁰ La Déclaration canadienne des droits date de 1960.

⁶³¹ Outre divers codes anti-discriminatoires adoptés dans la plupart des provinces, certaines d'entre elles sont allées plus loin par une véritable codification des droits fondamentaux: le Saskatchewan (Saskatchewan Bill of Rights), l'Alberta (Alberta Bill of Rights) et le Québec (Charte québécoise des droits et libertés de la personne). Au Québec (date d'adoption de la Charte: 27 juin 1975; entrée en vigueur: 28 juin 1976; source documentaire officielle: L.R.Q., c. C-12), une garantie a même été octroyée à plusieurs droits de nature économique et sociale, sans toutefois leur conférer - contrairement aux droits de nature civile et politique - la prépondérance sur les autres lois québécoises.

fédéral ne reconnaissait pas en termes strictement juridiques⁶³². Ils remplissaient en quelque sorte une lacune. Dès l'entrée en vigueur en 1982 de la Charte canadienne des droits et libertés, les textes provinciaux perdent de leur importance puisque la plupart des droits jouissent alors d'une garantie fédérale. Cependant, ils conservent une valeur supplétive dans les cas où ils protègent des droits spécifiques, ignorés du niveau fédéral⁶³³. Dans cette perspective, leur position hiérarchique face à la Charte de 1982 s'apparente grandement à celle des Pactes dont la nature supplétive et interprétative a été relevée plus haut. Cependant, les textes provinciaux nous semblent jouir d'une place légèrement prépondérante de par leur fonction - historique et actuelle - de complément pour les droits que la Charte ne connaît pas. Une telle fonction n'est pas encore reconnue avec certitude aux Pactes.

5.2.3. Valeur et effets juridiques des décisions et arrêts internationaux

509. Un rapide coup d'oeil à la liste des décisions rendues par le Comité des droits de l'homme sur la base de plaintes individuelles, au sens du premier protocole additionnel relatif au Pacte II, nous enseigne que le Canada a fait l'objet d'un grand nombre de décisions⁶³⁴. Ce fait a de quoi surprendre de prime abord lorsqu'on sait les réticences qu'opposent les juridictions nationales à l'invocation des Pactes, qui ne sont dès lors que rarement plaidés de façon autonome devant elles. Chacun de ces phénomènes - le peu d'affaires plaidées au niveau national sur la base

⁶³² Cette complémentarité des niveaux provincial et fédéral est caractéristique des Etats fédératifs. En Suisse et en Allemagne également, les constitutions des cantons et des Länder se voient reconnaître une portée autonome lorsqu'ils garantissent des droits ignorés de la constitution fédérale.

⁶³³ A titre d'exemple, nous pouvons citer la Charte québécoise des droits et libertés (du 27.6.75., entrée en vigueur le 28.6.76.) qui contient quelques droits que ne contient pas la Charte canadienne. Outre plusieurs droits économiques et sociaux (chapitre IV, art. 39 à 48), la Charte québécoise protège notamment expressément la dignité, l'honneur et la réputation (art. 4) et la vie privée (art. 5) et accorde surtout la garantie de la propriété (art. 6).

⁶³⁴ Plus d'une soixantaine de décisions en réalité, ce qui place le Canada, avec la Jamaïque et l'Uruguay, loin devant les autres Etats du point de vue quantitatif.

des Pactes et le grand nombre de plaintes soumises au Comité des droits de l'homme - a son explication.

510. D'une part, le dualisme de l'ordre juridique canadien nie en principe aux droits des Pactes l'applicabilité directe autonome⁶³⁵ et décourage ainsi les plaideurs à argumenter sur cette base. D'autre part, l'immense retentissement qu'ont eu certaines décisions du Comité des droits de l'Homme a attiré l'attention sur ce dernier et stimulé les recours sur la base du protocole. Nous pensons particulièrement à l'affaire Lovelace et à celle dite des langues au Québec (cf. § 512). Celles-ci ont toutes deux montré ce qu'il était possible d'obtenir, en crédit politique mais aussi en adaptations législatives, par cette voie.
511. En termes rigoureusement juridiques, les décisions du Comité de droits de l'homme quant à savoir si le Canada a violé les obligations découlant du Pacte ne sont que des constatations de cette violation. Elles ont valeur de recommandation et il n'existe pas d'obligation formelle d'adapter le système canadien en harmonie avec elles. Le Comité demande certes un suivi de ses décisions mais il ne dispose d'aucun moyen concret de contrainte pour mettre fin à une violation du traité qui perdurerait.
512. Seul organe embryonnaire de contrôle, le Comité examine les rapports périodiques au sens de l'art. 40 du Pacte sur les droits civils et peut à cette occasion relever que le Canada n'a pas pris les mesures législatives ou concrètes qui s'imposaient, sans qu'ici non plus son pouvoir dépasse celui des simples recommandations. Cependant, s'il condamne le Canada, l'effet socio-politique de cette condamnation rend, dans les faits et non en droit, une modification législative souvent inévitable. Dans l'affaire des langues au Québec, par exemple, la loi interdisant totalement l'affichage en anglais ayant été jugée contraire à la liberté d'expression, cette loi a été amendée de façon à prévoir un affichage prioritaire en français pour des motifs de conservation de la langue sans éliminer totalement son concurrent. Le parrage un tiers anglais et deux tiers français entérine ce compromis (loi Bourassa). L'affaire Lovelace offre un autre exemple de modification qui s'est imposée suite à une condamnation par les instances de New York. La Loi sur les Indiens a dû être modifiée, parce que ses dispositions prévoyant qu'une Indienne qui épouse un non-Indien perd son statut d'Indienne violent les garanties

⁶³⁵ Nous voulons dire de manière déconnectée de la Charte.

internationales de non discrimination, l'Indien épousant une non-Indienne ne perdant, lui, pas son statut d'Indien.

513. Les commentaires et recommandations qu'ils émettent suite à la présentation des rapports périodiques sont une autre série de décisions des Comités respectifs des deux Pactes. Ici aussi, l'absence de moyens de contrainte pour imposer une compatibilité de l'ordre interne avec le droit international affaiblit leur impact. Nous ne saurions pour autant les ignorer totalement, dans la mesure où leur valeur politique assure une adaptation au moins progressive de l'ordre juridique. C'est une banalité que de dire que des Etats démocratiques comme le Canada n'admettent pas longtemps de se voir accuser de violer le droit international des droits de l'homme et sont de ce fait dans l'urgence de se plier aux décisions du Comité. Dans le cas où ils n'agissent pas, c'est souvent en toute conscience et avec la volonté de justifier cette singularité⁶³⁶.

5.2.4. Valeur et effets juridiques des décisions et arrêts nationaux

514. Les arrêts de la Cour suprême du Canada lient les autres pouvoirs et, tout logiquement dans un Etat fédératif, les autorités provinciales. Il n'y a aucune surprise dans le fait que la plus haute instance judiciaire impose ses décisions à toutes les autorités judiciaires inférieures, ainsi qu'au législatif et à l'exécutif. Sans cela, la Cour suprême ne jouerait plus le rôle qui lui est dévolu, à savoir celui d'être la dernière instance de recours judiciaire.
515. Plus intéressante pour nous est l'étude des effets diversifiés qui sont rattachés aux arrêts de la Cour suprême. Ces effets sont effectivement différents en fonction de la nature de l'affaire et du type de recours (nous

⁶³⁶ Ce refus assumé d'adapter son ordre interne aux obligations internationales laisse bien évidemment subsister la violation constatée du droit international, même si celle-ci devient consciente et acceptée en toute connaissance de cause par l'Etat coupable. Nous ne saurions trop critiquer cette façon d'appréhender le droit international, dans la mesure où celui-ci - par le biais des réserves au traité - offre un moyen « légal » à tout Etat pour affirmer sa singularité et écarter certaines dispositions lors de la ratification. Une telle réserve se fait alors en accord avec le droit international et évite le malaise créé par un Etat qui écarte une disposition par opportunisme, profitant d'un ordre international dépourvu de moyens de contrainte.

nous bornerons bien entendu aux types de recours susceptibles de voir s'appliquer les Pactes). Principaux moyens de recours, les art. 24 et 52 seront invoqués en fonction du but que l'individu entend atteindre. L'art. 24⁶³⁷ lui ouvrira la voie à une réparation ou lui permettra d'éliminer une preuve inconstitutionnelle du dossier, alors que l'art. 52⁶³⁸ lui permettra de rendre inopérante une loi inconstitutionnelle, qui ne lui sera alors pas appliquée. Ces deux effets - réparation du préjudice ou mise à l'écart d'un moyen de preuve et décision rendant une loi inopérante - peuvent se cumuler. La décision de la Cour va soit modifier la situation juridique d'un particulier seul (art. 24), soit plus largement affecter une loi (art. 52), soit les deux.

516. La loi sur la Cour suprême⁶³⁹ prévoit, à ses art. 44 ss. des procédures spéciales, assorties de divers effets. Selon les cas, le jugement de la cour va casser le jugement inférieur⁶⁴⁰, rejeter l'appel, substituer au jugement de l'instance inférieure un autre prononcé⁶⁴¹ ou encore renvoyer la cause

⁶³⁷ Art. 24 de la Charte:

« (1) Toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime convenable et juste eu égard aux circonstances.

(2) Lorsque, dans une instance visée au paragraphe 1, le tribunal a conclu que des éléments de preuve ont été obtenus dans des conditions qui portent atteinte aux droits ou libertés garantis par la présente charte, ces éléments de preuve sont écartés s'il est établi, eu égard aux circonstances, que leur utilisation est susceptible de déconsidérer l'administration de la justice. »

⁶³⁸ Art. 52 de la Charte:

« (1) La Constitution du Canada est la loi suprême du Canada; elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit.

(2) La Constitution du Canada comprend:

a) la Loi sur le Canada, y compris la présente loi; ...

⁶³⁹ Supreme Court Act; Recueil officiel, volume 11, chapitre S-26.

⁶⁴⁰ Art. 44 de la loi sur la Cour suprême (Cassation des procédures en certains cas):

« La Cour peut casser les procédures dans les causes portées devant elles qui ne peuvent faire l'objet d'appel ou quand les procédures sont entachées de mauvaise foi. »

⁶⁴¹ Art. 45 de la loi sur la Cour suprême (Rejet de l'appel ou prononcé d'un jugement):

à la juridiction inférieure⁶⁴². Ces effets concernent évidemment des affaires ordinaires où les juges sont parfois appelés à se baser sur des textes internationaux pour motiver leurs décisions. En ce sens, il ne s'agit pas de juridiction constitutionnelle proprement dite, qui est, elle, l'apanage des art. 24 et 52 de la Charte.

517. Finalement, comme toute instance judiciaire située au sommet d'un ordre juridique, la Cour suprême rend des arrêts définitifs et sans appel⁶⁴³.

5.3. Voies nationales pour faire valoir les textes internationaux (en termes généraux)

5.3.1. Procédure et autorités compétentes

518. Aucune voie n'est spécialement prévue pour invoquer les textes internationaux devant les autorités judiciaires. Cela se comprend aisément lorsqu'on sait que l'ordre juridique canadien incorpore ces textes par un acte législatif en leur conférant ainsi la valeur de loi et que le texte d'origine reste dans un ordre juridique qui lui est parallèle sans symbiose, l'ordre juridique international. Les Pactes n'étant qu'un complément ou un moyen d'interprétation de la Charte, ils seront invoqués lorsqu'il y a une violation de la Charte. La procédure à suivre sera donc la même que celles qui permettent de soulever le moyen de la violation des droits de la Charte.

« La Cour peut rejeter l'appel ou se substituer à la juridiction inférieure pour le prononcé du jugement et l'engagement des moyens de contrainte ou autres procédures. »

⁶⁴² Art. 46 de la loi sur la Cour suprême (Nouveau procès):

« La Cour a le pouvoir discrétionnaire d'ordonner un nouveau procès si les fins de la justice paraissent l'exiger; un nouveau procès est toutefois présumé nécessaire en cas de verdict rendu à l'encontre de la preuve. »

⁶⁴³ Art. 52 de la loi sur la Cour suprême (Juridiction souveraine en cas d'appel):

« La Cour est la juridiction suprême en matière d'appel, tant au civil qu'au pénal; elle exerce, à titre exclusif, sa compétence sur l'ensemble du Canada; ses arrêts sont définitifs et sans appel. »

519. Il y a essentiellement deux voies qui permettent de demander à une juridiction d'examiner si un acte législatif ou une décision d'une autorité respecte la Charte, et par extension les Pactes. La première est la juridiction constitutionnelle à proprement parler, basée sur les art. 24 et 52 de la Charte. Elle s'exerce en contrôle diffus et concret devant le tribunal compétent pour connaître l'affaire spécifique dans le cadre de laquelle le problème de constitutionnalité se pose. La deuxième voie est multiple et est constituée par les divers renvois prévus dans la loi sur la Cour suprême (procédures d'avis où - même si les Pactes ne sont pas invoqués - il y a de grandes chances de voir la Cour s'y référer dans certains cas pour fonder son jugement).
520. Revenons sur les procédures basées sur les art. 24 et 52 de la Charte et dont les effets ont été exposés plus haut⁶⁴⁴. Il n'est pas excessif de voir ici le noyau du système canadien de contrôle du respect des droits fondamentaux. Cette importance - à quoi s'ajoute le fait que le texte est relativement large et vague et n'est de surcroît pas relayé dans une loi d'application comme l'OJ en Suisse et la BVerfGG en Allemagne⁶⁴⁵ - explique pourquoi les critères sur la base desquels une telle action est ouverte ont fait l'objet de longs développements dans la doctrine et la jurisprudence.
521. Dans la Common Law, le critère du *locus standi* était la nécessité d'avoir subi un préjudice personnel. Après 1975, sous l'impulsion de la jurisprudence, il suffit d'avoir un intérêt véritable quant à la loi attaquée. La lettre de l'art. 24 al. 1 de la Charte semble exiger que le recourant soit personnellement et effectivement touché par la loi. Conformément à leur souci de promouvoir une interprétation « large et libérale » de la Charte, les juges canadiens ont pourtant élargi les différentes notions de cet art. 24.
522. Ainsi, la qualité pour agir reconnue à « toute personne » englobe aussi les personnes morales⁶⁴⁶, sauf exception pour certains droits dont celles-

⁶⁴⁴ Cf. 5.2.4. Valeur et effets juridiques des décisions et arrêts nationaux ; § 514 ss.

⁶⁴⁵ La loi sur la Cour suprême ne précise aucunement ces procédures des art. 24 et 52 de la Charte.

⁶⁴⁶ Cette importante extension a été consacrée dans l'arrêt *Big M Drug Mart*. Le juge en chef Dickson y défend un raisonnement très illustratif : « La question de savoir si

ci ne peuvent simplement pas jouir⁶⁴⁷. Le remède est clairement personnel et ne saurait être reconnu « à tout citoyen intéressé ». Cette limitation évite des actions menées par des sortes de justiciers publics ou des redresseurs de torts⁶⁴⁸ qui prendraient à leur compte pour demander réparation toutes sortes d'affaires, qu'ils soient directement concernés ou non.

523. La personne qui agit doit être « victime de violation ou de négation des droits et libertés qui lui sont garantis ». Bien que cette notion ne semble couvrir que les victimes réelles et effectives et non pas les victimes potentielles, l'interprétation large et libérale a étendu le cercle des victimes. Peuvent également agir des victimes potentielles dans la mesure où cela permettra de diminuer le préjudice⁶⁴⁹. La Cour limite toutefois cette faculté aux cas où il existe un haut degré de probabilité

une personne morale peut jouir de la liberté de religion est donc sans importance. L'intimée soutient que la loi en cause est inconstitutionnelle parce qu'elle porte atteinte à la liberté de religion - si cette loi porte atteinte à la liberté de religion, il n'importe pas de se demander si la compagnie peut avoir des croyances religieuses. Un athée pourrait tout autant contester une accusation portée en vertu de la Loi. Cette question ne pourrait être pertinente que si l'alinéa 2a) était interprété comme ne protégeant que les personnes qui peuvent démontrer qu'elles ont véritablement des croyances religieuses. Je ne vois rien qui permet de limiter ainsi la portée de l'alinéa 2a) en l'espèce. »; page 25 de la version inédite.

⁶⁴⁷ Nous pensons à des droits intimement liés à la personne humaine, comme les art. 7 (vie, liberté et sécurité de la personne), 9 (détention ou emprisonnement) et 10 (arrestation ou détention) de la Charte.

⁶⁴⁸ Dans cette perspective, Borowski, en contestant l'avortement thérapeutique autorisé par le Code criminel, ne peut pas demander une réparation sur la base de l'art. 24. Il peut toutefois en contester la constitutionnalité sur la base de l'art. 52, en invoquant l'art. 7 protégeant la vie.

⁶⁴⁹ Dans l'affaire des écoles québécoises (Quebec Association of Protestant School Boards c. Procureur général du Québec, (1982) R.C.S. 673), le risque existait de voir une année scolaire entière gaspillée si le recours ne pouvait être intenté que dès la violation effective du droit, à savoir après le début de l'année scolaire. Pour éviter cette conséquence, la Cour a accepté d'entendre la plainte des victimes potentielles avant que celles-ci ne soient à proprement parler touchées dans leurs droits fondamentaux. En l'occurrence, la violation semblait inévitable dans un futur proche et déterminé.

que la violation sera effective⁶⁵⁰. Une action contre une violation purement hypothétique est exclue. Il faut rendre vraisemblable un lien de causalité entre l'acte contesté et un dommage éventuel qui résulterait de la violation future alléguée. Ce lien de causalité ne doit pas être trop incertain, conjectural et hypothétique.

524. L'ordre canadien accorde donc certainement un contrôle concret. Il peut être demandé même si la violation n'a pas encore eu lieu, mais qu'elle est imminente et inévitable et que le fait d'agir tôt (avant l'effectivité de la violation) permet d'éviter le préjudice. Il ne s'agit pas là d'un contrôle abstrait car ce n'est pas le texte législatif qui est attaqué en lui-même, mais bien un cas d'application à venir. Les juges devront se prononcer sur la base des circonstances du cas tel qu'il va selon toute probabilité se développer et pas abstraitement hors de tout cas d'application concrète de la norme. A notre avis, le système est ici plus restrictif qu'en Suisse où il suffit de rendre vraisemblable que l'on puisse un jour souffrir de la violation du droit fondamental en cause.

525. Comme le met en évidence le juge en chef Dickson dans l'affaire *Big M Drug Mart*, « le paragraphe 24 (1) prévoit un redressement pour les personnes (...) qui ont été victimes d'une atteinte aux droits qui leur sont garantis par la Charte. Toutefois, il ne s'agit pas là du seul recours qui s'offre face à une loi inconstitutionnelle. Lorsque, comme c'est le cas en l'espèce, la contestation est fondée sur l'inconstitutionnalité d'une loi, il n'est pas nécessaire de recourir à l'art. 24 »⁶⁵¹. Les deux moyens tirés des art. 24 et 52 sont d'une certaine façon parallèles et complémentaires, l'un et l'autre permettant d'agir pour écarter une loi incompatible avec la Charte. L'article prévoyant la réparation (octroyée par tout tribunal, donc nous sommes bien face à un contrôle diffus) de la violation de la Charte (art. 24) ne constitue pas un système de filtrage pour les actions intentées en vue d'obtenir un remède à une violation de la Charte. L'article donnant aux tribunaux (quels qu'ils soient dans ce système de contrôle diffus) le pouvoir de déclarer inopérantes dans le cas d'espèce les lois incompatibles avec la Charte (art. 52) peut soit être un recours subsidiaire (déclarer nul en plus de la réparation), soit avoir une

⁶⁵⁰ Critère développé notamment dans *Operation Dismantle Inc. et al. c. Canada et al.*, (1985) 59 N.R. 1 (C.S.C.).

⁶⁵¹ Page 24 de la version inédite.

existence autonome (déclarer une loi inconstitutionnelle sans qu'il y ait matière à réparation⁶⁵²).

526. La qualité pour agir dans le cadre des art. 24 et 52 n'a pas été étendue seulement du point de vue des personnes et du type de dommage (actuel ou futur), mais également à raison du type d'actes attaqués. En effet, les juges de l'affaire *Operation Dismantle* en ont élargi l'éventail pour y inclure les décisions gouvernementales. La notion de < règle de droit > de l'art. 52 n'est pas confinée aux seules lois, Common Law et règlements. Pour donner un sens à la suprématie de la Charte, il est indispensable d'autoriser un contrôle sur des actes du gouvernement. Ces actes sont accomplis sur la base de pouvoirs découlant d'une règle de droit, donc assurant un intérêt pour agir selon l'art. 52 al. 1. En ce sens, les juges ont repris un principe déjà énoncé par le juge Dickson dans l'affaire *Borowski*, celui du droit reconnu à exiger le respect de la Charte⁶⁵³.
527. Pour résumer, la qualité pour agir en contrôle de constitutionnalité a été facilitée par la Cour suprême. Celle-ci a étendu, par son interprétation large et libérale de la lettre de la Charte, les possibilités de contestation des lois inconstitutionnelles. Cette générosité procédurale s'impose bien entendu aux instances inférieures également investies du contrôle (diffus), mais ne saurait néanmoins présager de l'approche du fond qui est, nous le verrons, souvent nettement moins innovatrice et extensive.
528. En regard de la juridiction constitutionnelle proprement dite, les autres moyens paraissent à tout le moins secondaires. Cette deuxième voie - celle des procédures d'avis devant la Cour suprême - repose sur les art. 53 et 54 de la Loi sur la Cour suprême⁶⁵⁴. Elle permet à certaines

⁶⁵² Le meilleur exemple est ici le cas de l'avortement thérapeutique (*Borowski*), cf. n. 648.

⁶⁵³ D'aucuns critiquent ce principe qui élargit, outre mesure selon eux, le cercle des personnes qui pourront agir sur la base de l'art. 52. Ils y voient le risque qu'en admettant que « tout citoyen intéressé » puisse exiger le respect de la Charte, il y ait une multiplication des procédures futiles et chicanières. Voir notamment: *Murphy, INTERET*.

⁶⁵⁴ Art. 53 de la Loi sur la Cour suprême (Renvois par le gouverneur en conseil):
« (1) Questions déferées par avis
Le gouverneur en conseil peut soumettre au jugement de la Cour toute question importante de droit ou de fait touchant:

autorités de demander l'éclaircissement de certains points de droit. Il est dès lors tout à fait concevable que dans le cadre de l'un ou l'autre de ses avis, les juges argumentent sur la base de motifs tirés du droit international et particulièrement des Pactes.

529. Dans chacune de ces procédures, le contrôle de la loi ou de la décision en cause se fait par rapport au texte de référence qu'est la Charte et non par rapport aux Pactes. Ceux-ci ne sont que des instruments qui viennent s'ajouter à cette Charte, sans prétendre devenir la référence de ce contrôle (Massstab). Dans la mesure où les Pactes se voient reconnaître cette valeur subsidiaire, interprétative et complémentaire et non pas autonome vis-à-vis de la Charte, le seul moyen de les faire valoir reste de les invoquer en même temps que la Charte. Nous consacrerons, lors de l'étude des arrêts, quelques développements à cette dépendance procédurale, qui fait obstacle à bien des éventuelles extensions matérielles.

5.3.2. Accessibilité: chances d'invoquer les traités internationaux et chances d'obtenir gain de cause

530. L'invocation des Pactes passant forcément ou presque par l'invocation de la Charte canadienne dont ils sont un complément, la question de l'accessibilité des recours sur la base des premiers revient à se poser celle de la chance de succès sur la base de la seconde. Les statistiques

-
- a) l'interprétation des Lois constitutionnelles;
 - b) la constitutionnalité ou l'interprétation d'un texte législatif fédéral ou provincial;
 - c) la compétence d'appel en matière d'enseignement dévolue au gouverneur en conseil par la Loi constitutionnelle de 1867 ou une autre loi;
 - d) les pouvoirs du Parlement canadien ou des législatures des provinces, ou de leurs gouvernements respectifs, indépendamment de leur exercice passé, présent ou futur (...)

Art. 54 de la Loi sur la Cour suprême (Questions déferées par le Sénat ou les Communes):

« La Cour, composée d'au moins deux juges, examine, pour rapport, les projets de loi d'intérêt privé, ou les pétitions visant à leur adoption, présentées au Sénat ou à la Chambre des Communes qui lui sont déferées en vertu des règlements de l'une ou l'autre chambre. »

sur les affaires concernant la Charte⁶⁵⁵ nous sont dès lors d'un précieux secours. Dans l'approche de ces chiffres, nous garderons à l'esprit qu'ils correspondent au nombre maximum d'affaires susceptibles de voir les Pactes s'appliquer et que leur nombre réel est bien en deça. En effet, chaque cas de figure où une référence à la Charte serait pertinente ne correspond pas forcément à un cas d'application de l'un ou l'autre des Pactes.

531. Les atermoiements de la Cour suprême quant à savoir s'il fallait octroyer un effet juridique à la Déclaration canadienne des droits de 1960⁶⁵⁶ ont eu pour effet de limiter les tentatives de les invoquer. Les signaux très clairs que la Cour suprême a envoyés à propos de la Charte de 1982, à laquelle elle reconnaît une application très large, se sont accompagnés d'une attitude très réceptive face aux recours émanant de particuliers se fondant sur les Pactes. Outre une entrée en matière facilitée⁶⁵⁷, les recours sur la base de la Charte ont également une plus grande chance d'aboutir lors de l'examen au fond que ceux intentés sur la base de la Déclaration. D'un pourcentage victorieux qui s'est élevé à 15 % entre 1960 et 1982, le taux est passé à 35 % pour l'ensemble des 100 premiers cas relatifs à la Charte (de 1982 à 1989). Cette tendance semble d'ailleurs se confirmer ces dernières années.

532. La Cour suprême du Canada ne saurait être simplement qualifiée de Cour constitutionnelle. Cumulées, les affaires touchant à la Charte, au fédéralisme et à la séparation des pouvoirs ne regroupent pas plus du tiers des affaires qu'elle a à traiter. Les changements procéduraux intervenus dans les années 70 et l'avènement de la Charte en 1982 la rapprochent néanmoins de plus en plus d'une Cour de droit public, sans toutefois en faire une Cour constitutionnelle.

⁶⁵⁵ Nous pensons tout particulièrement à l'article de Morton-Russel-Withey, STATISTICAL ANALYSIS.

⁶⁵⁶ La Cour ne lui a donné un effet contraignant qu'à partir de 1969 dans l'affaire *Drybones* (cf. n. 660) et ne s'est de surcroît pas tenue à cette règle avec une grande fidélité. Au niveau quantitatif, il n'y eut que 34 arrêts effleurant la Déclaration durant toutes les années 1960 à 1982.

⁶⁵⁷ Sur l'ensemble des recours, la Cour suprême en examine environ le quart. Elle rejette donc sans examen sur le fond le 75 % des affaires portées devant elle.

533. S'agissant des affaires relatives à la Charte, l'immense majorité des cas est constituée par des appels de décisions inférieures, les saisines par le gouvernement fédéral et les procédures d'avis étant très minoritaires. Dans 65 % des cas, la Cour suprême a confirmé ce que la cour inférieure avait décidé⁶⁵⁸. Au passage, nous remarquerons que la Cour suprême a cassé 63 % des affaires jugées par la Cour d'appel du Québec sur la base de la Charte. Ce chiffre étonnamment élevé catalyse le ressentiment des juristes québécois et cristallise une incompréhension entre les deux bords, fédéralistes et souverainistes. Il nous est bien difficile d'expliquer le nombre de décisions québécoises désavouées, tout au plus pouvons-nous en déduire que l'application de la Charte que font les juges de cette province est en désaccord fréquent avec la ligne que la Cour suprême, et les neuf autres provinces, entend suivre.
534. Sur les 35 premiers cas où la Cour suprême a désavoué une instance inférieure ayant appliqué la Charte, elle l'a fait 23 fois en faveur du particulier et 12 fois au bénéfice de la couronne. Ainsi, lorsque la Cour suprême reprend une cour inférieure, cela se fait plus souvent en donnant raison au particulier. D'une façon générale, une tendance s'est confirmée depuis lors et qui veut que la Cour suprême protège mieux l'individu que les cours inférieures.
535. Dans les cas où la Charte est invoquée, elle l'est principalement pour revendiquer des droits judiciaires (legal rights, criminal law; 74 % des cas). Les autres droits fondamentaux sont surtout appréhendés sous l'angle de la liberté de mouvement et de la liberté de la langue. La jurisprudence relative à l'égalité fut longtemps très pauvre - sans doute parce que la Cour suprême se montrait très peu réceptive aux aspirations égalitaires et a tardé à poser les principes qui devaient présider à l'application de ce principe d'égalité⁶⁵⁹ -; un essor palpable s'est cependant produit après ces débuts hésitants.
536. Les actes attaqués au motif qu'ils seraient contraires à la Charte sont pour moitié constitués par des lois (primary legislation ou statutes) et

⁶⁵⁸ En comparaison, la Cour suprême ne confirme que 59 % de l'ensemble des affaires qui lui sont soumises. Les recours invoquant la Charte ont donc moins souvent que la moyenne conduit à un désaveu de l'instance inférieure.

⁶⁵⁹ L'arrêt topique posant les lignes directrices en matière d'égalité date de 1989: *Andrews v. Law Society of British Columbia*, (1989) 1 S.C.R. 143.

pour moitié par des actes du gouvernement (governmental action). Les règles administratives (secondary legislation) et surtout les règlements de police ne forment qu'une part négligeable des recours. Les lois attaquées sont autant d'origine provinciale que fédérale et sont globalement déclarées inopérantes dans 40 % des cas. En comparaison, la Cour suprême n'a invalidé - en l'espace de 32 ans - qu'une seule loi sur la base de la Déclaration de 1960, le très controversé Indian Act⁶⁶⁰.

537. Si les lois fédérales et provinciales sont attaquées dans les mêmes proportions, le motif pour lesquelles elles sont rendues inopérantes est généralement différent. En effet, ce sont des problèmes de procédure qui sont fatals aux lois fédérales, alors que les lois provinciales sont principalement invalidées pour des motifs ayant trait à la substance même des droits. En ce sens, nous pouvons affirmer que les droits garantis par la Charte ont un impact plus important sur les provinces que sur la fédération.
538. Au-delà de ces chiffres souvent révélateurs, il nous paraît intéressant de relever certaines tendances observées depuis l'entrée en vigueur de la Charte et qui semblent se confirmer dans la pratique. Tout d'abord, l'examen sous l'angle de l'art. 1^{er} de la Charte (restriction admissible de droits fondamentaux) a évolué dans le sens que les juges admettent de plus en plus facilement des lois restreignant les droits fondamentaux. Au contraire de ce mouvement autorisant la restriction générale et abstraite des droits, les juges se montrent plus préoccupés par les droits des particuliers lorsque ceux-ci invoquent l'art. 24 al. 2 pour écarter des preuves obtenues en violation des droits fondamentaux de l'accusé. Retirer ces preuves du dossier est devenu une pratique répandue.
539. Les examens sous l'angle des art. 1 et 24 al. 2 ont régulièrement divisé la Cour et ce de façon plus extrême ces dernières années. Ceci s'explique par la politisation - déjà très marquée comme aux Etats-Unis - croissante

⁶⁶⁰ Il s'agit de l'affaire Drybones (R. c. Drybones, (1970) R.C.S. 282). Il a été jugé que la Loi sur les Indiens était contraire à l'art. 1(b) de la Déclaration de 1960 car elle punissait certains actes commis par des Indiens (par exemple, être en possession de boissons alcoolisées en dehors d'une réserve indienne) alors que ces mêmes actes n'étaient pas constitutifs d'infraction pour tout autre Canadien. Cette contradiction avec le principe de l'égalité devant la loi (ici inégalité fondée sur la race) oblige à déclarer cette loi inopérante en vertu de l'art. 2 de la Déclaration.

de l'activité judiciaire. Les différences idéologiques entre les juges - activistes ou conservateurs, portés à être dissidents ou non, leur volonté à protéger plutôt l'individu ou l'Etat - influencent indéniablement l'issue de bien des affaires controversées. Ce phénomène est d'autant plus marqué que les décisions peuvent se prendre avec cinq juges présents sur neuf. La composition de la Cour lors de l'examen du recours aura ainsi une incidence accrue sur son sort. Corollaire de cette polarisation idéologique, les arrêts sont de moins en moins rendus à l'unanimité et les opinions dissidentes se multiplient. Alors que les affaires ordinaires recueillent l'unanimité à 80 %, celles concernant la Charte seulement 60 %.

540. De surcroît, la politique de remplacement des juges menée ces dernières années par le gouvernement fédéral a eu un impact clair sur l'attitude de la Cour vis-à-vis de la Charte. Les juges nommés depuis le milieu des années 80 sont de sensibilité plutôt conservatrice, prompts à privilégier le législatif et réticents à déclarer des lois inconstitutionnelles. Il n'est dans ces circonstances pas étonnant de constater une diminution des cas où un recourant obtient gain de cause sur la base de la Charte. En plus de cela, les juges s'imposent de plus en plus souvent une retenue devant des affaires à forte connotation politique, estimant que ce n'est pas à eux de les trancher. Dans cette perspective, la tension entre l'activisme et le légalisme apparaît avec le plus d'acuité dans le cadre de la restriction des droits fondamentaux sur la base de l'art 1^{er}. Cette restriction peut se faire après une savante pondération entre les intérêts publics et privés, pondération qui apparaît bien souvent comme éminemment discrétionnaire et où les orientations idéologiques jouent évidemment un rôle de premier plan.

541. Pour conclure, nous dirons que la Cour suprême du Canada navigue entre activisme et retenue (ou conservatisme) judiciaire, avec une tendance certaine à adopter la seconde attitude. Néanmoins, l'avènement de la Charte a introduit un activisme dans ce système qui aurait été inimaginable sans elle. Ceci se traduit par de fréquentes opinions dissidentes qui, sans emporter la décision, auront une influence à moyen et long terme.

5.4. Analyse de la jurisprudence relative aux Pactes

5.4.1. Remarques préliminaires

542. Le Canada offre une pléthore d'arrêts⁶⁶¹ ayant de près ou de loin touché aux Pactes et donc susceptibles de retenir notre attention pour cette analyse. Paradoxalement, bien que les cours canadiennes aient souvent abordé le problème qui nous intéresse, elles ont introduit peu d'innovations, campant dans la plupart des cas sur les positions précédemment admises. Dans ces circonstances, il nous paraît peu judicieux de nous livrer à une casuistique énonçant les faits et les moyens de chaque affaire dans les détails. Nous nous concentrerons sur les passages de la jurisprudence fixant les positions juridiques déterminantes. Nous nous contenterons de quelques indications sur les faits et l'issue des affaires dans les notes de bas de page. Au surplus, nous ne procéderons de la sorte que pour une quinzaine d'arrêts les plus représentatifs de l'ensemble. Nous pourrions ainsi répondre à un souci de synthèse tout en dressant un tableau plus concret du type de litige tranché, en rapport plus ou moins étroit avec la Charte.

543. S'agissant des arrêts retenus, ils datent - pour les plus intéressants d'entre-eux - presque tous des années 80. Ceci n'est évidemment pas innocent. La Charte canadienne des droits et des libertés étant entrée en vigueur en 1982, ces années 80 ont vu les arrêts pris sur sa base proliférer. La proximité entre la Charte et les Pactes voulant qu'on se réfère plus facilement aux seconds dans le cadre de la première, les arrêts où les Pactes sont évoqués ont suivi le mouvement engagé sur la base de la Charte. C'est donc au cours des années 80 qu'a été élaboré tout le système jurisprudentiel de protection des droits fondamentaux, système qui devait s'imposer sans bouleversements majeurs à la décennie suivante. Pour le confirmer, notre point 5.4.9.⁶⁶² évoquera quelques-uns de ces arrêts plus récents, lesquels renvoient aux

⁶⁶¹ A notre connaissance, il a été rendu plus de 500 arrêts invoquant le droit international et spécialement les Pactes, et ce en ne prenant en compte que les arrêts de la Cour suprême du Canada, des différentes Cours fédérales et éventuellement des Cours suprêmes des provinces.

⁶⁶² Cf. 5.4.9. Jurisprudence récente confirmant le mouvement des années 80, § 599 ss.

<classiques> des années 80. La raison principale de notre option est d'ordre pratique: il nous a semblé plus adéquat de nous baser sur les arrêts récurrents en doctrine et dans les rapports canadiens aux Comités de l'ONU. Finalement, ce choix facilite l'approche globale, par thèmes pertinents comme l'applicabilité directe ou les effets du recours au droit international, d'une jurisprudence sinon très hétéroclite (en raison du contrôle diffus et concret).

5.4.2. Transformation en droit interne et applicabilité directe des Pactes

544. Un Etat dualiste comme le Canada est contraint de transposer dans son droit interne les normes internationales relatives aux droits de l'homme. Il est confronté, pour cette transposition, à un choix entre deux attitudes résumées par Cohen-Bayefsky⁶⁶³: « The different ways of reconciling these policies are formulated in two general theories about the relationship between municipal law and international law, the adoption or incorporation theory and the transformation theory. The adoption theory states that international law is part of domestic law automatically, that is without an act of incorporation, except where it conflicts with statutory law, or well-established rules of the common law. Transformation theory expresses the view that international law is only part of domestic law when it has been incorporated into domestic law »⁶⁶⁴.

545. Très tôt, la jurisprudence a dû trancher cette question. Depuis ses premiers arrêts relatifs à cette problématique⁶⁶⁵, elle s'est montrée d'une

⁶⁶³ Cohen-Bayefsky, CANADIAN CHARTER. Il sera fait référence à cette remarquable contribution à maintes reprises par la suite.

⁶⁶⁴ Cohen-Bayefsky, CANADIAN CHARTER, page 275.

⁶⁶⁵ Notamment: Arrow River and Tributaries Slide and Boom Co. Ltd. c. Pigeon Timber Co. Ltd., (1932) R.C.S 495, 510-511. Une loi ontarienne de 1927 autorisait une compagnie privée, ayant conçu et exécuté plusieurs améliorations sur les lacs et voies navigables, à prélever une taxe auprès de ceux qui souhaitaient les emprunter. La question était de savoir si cette loi s'accordait avec un traité international passé en 1842 entre la Grande-Bretagne et les Etats-Unis et prévoyant la gratuité de la navigation sur tous les cours d'eau et lacs situés à la frontière. Les juges ont constaté que la loi ontarienne violait effectivement le traité international. Ce dernier

grande stabilité si bien que la position suivante de la Cour fédérale sert encore de référence: « It was submitted on behalf of the appellant that the Minister's failure to grant a hearing on her claim to Convention refugee status was in breach of her rights under the Canadian Bill of Rights, the International Covenant on Civil and Political Rights, the Universal Declaration of Human Rights, the Convention and Protocol Relating to the Status of Refugees, and the Canadian Charter of Rights and Freedoms. So far as international conventions are concerned, they are not, as such part of the law of Canada. Canada's obligations under those conventions are implemented, to the extent that Parliament so decides, by statutes of Canada such as the Immigration Act (1976) and it is to that statute that the court must look in order to determine the rights of a claimant to Convention refugee status and the obligations of the Minister with regard to such a claimant »⁶⁶⁶.

546. La doctrine semble s'accorder sur le premier point de l'incorporation, alors qu'elle est plus divisée quant au partage, entre les provinces et la fédération, de la compétence pour effectuer cette transformation législative⁶⁶⁷.

n'ayant cependant fait l'objet d'aucune mise en oeuvre en droit interne, il ne limitait pas le pouvoir législatif des provinces. N'ayant pas été incorporé, les autorités judiciaires canadiennes n'étaient pas obligées d'appliquer ce traité sur requête d'un particulier. Voir aussi *Francis c. The Queen*, (1956) R.C.S. 618.

⁶⁶⁶ *Re Vincent and Minister of Employment and Immigration*, (1983) 148 D.L.R. (3d) 385, 397. Dans le cas d'une Haïtienne en situation irrégulière - comme lors de toute expulsion -, les autorités (Ministère de l'emploi et de l'immigration) devaient agir avec équité. L'ordre d'expulsion empêchait certes de requérir ensuite le statut de réfugié, mais l'équité n'a pas été violée si le Ministère ignorait l'intention de la personne qu'elle expulsait de requérir un tel statut de réfugié. Pris en conformité avec l'équité, l'expulsion n'a pas violé la liberté personnelle (art. 7 de la Charte), ni l'interdiction des peines et traitements cruels et inhabituels (art. 12 de la Charte). A ce propos, les juges de la Cour fédérale d'appel ont estimé que les garanties internationales (Pacte II, DUDH et Protocole relatif au statut des réfugiés) ne faisaient pas partie intégrante du droit interne et ne donnaient donc pas directement des droits aux particuliers.

⁶⁶⁷ « Generally speaking, a treaty will only be part of the law of Canada if it is implemented by legislation. This principle was stated in the case of *Re Arrow River and Tributaries Slide & Boom Co. Limited*. It has been reiterated on numerous occasions. In a federal state the rule raises a number of unique issues. Most important, can the federal Parliament legislate in implementation of a treaty upon

547. La nécessité d'un acte ad hoc pour donner effet à la norme de droit international n'existe que pour le droit conventionnel. La coutume internationale est reprise sans autre, sauf opposition claire du Canada lors de sa formation ou adoption de droit interne expressément contraire⁶⁶⁸.
548. L'acte censé incorporer la norme internationale conventionnelle doit-il expressément mentionner quel texte international il incorpore ou suffit-il qu'il le mette en oeuvre matériellement? La question divise la doctrine canadienne. Pour les uns, l'acte explicite n'est pas indispensable, le fait que le droit interne ne contredit pas la norme en cause est suffisant⁶⁶⁹. Pour ce qui concerne les droits fondamentaux, cette approche se justifie d'autant plus qu'ils leur reconnaissent une nature spéciale avec un statut privilégié⁶⁷⁰. D'autres souhaitent que l'acte d'incorporation se réfère sans ambiguïté à la norme conventionnelle qu'il est appelé à transposer en droit interne⁶⁷¹.

matters which would otherwise be within provincial jurisdiction? This question was answered in the negative in *A.G. Canada v. A.G. Ontario et al.* (Labour Conventions case) decided by the Judicial Committee of the Privy Council. According to the Labour Conventions case although treaty-making is a power of the federal executive, treaty-implementation, which is a distinct power, is distributed between the federal government and the provinces.», Cohen-Bayefsky, *CANADIAN CHARTER*, p. 292. Ces mêmes auteurs sont plutôt réticents à l'idée de dissocier les compétences de conclusion et de mise en oeuvre des traités, en tant qu'elle dresse un sérieux obstacle face au respect par le Canada de ses obligations internationales. Cf. n. 612.

⁶⁶⁸ Ce principe est rappelé à maintes reprises, notamment dans l'arrêt *Gordon c. Regina*, (1980) 5 W.W.R. 668 (British Columbia Supreme Court): «... international law is part of the law of the land, but yields to Statute. ».

⁶⁶⁹ Desjardins, *MISE EN OEUVRE*, p. 366: « Au Canada, la pratique suivie par les gouvernements n'est pas d'incorporer un traité relatif aux droits de la personne en droit interne, mais plutôt de voir à ce que le droit interne et les pratiques administratives ne contreviennent pas aux obligations assumées en vertu de ce traité. »

⁶⁷⁰ Cf. § 580.

⁶⁷¹ Cohen-Bayefsky défend cette thèse tout en ayant conscience que cela ne facilite pas le respect par le Canada de ses obligations internationales, respect qu'ils avaient d'ailleurs invoqué pour critiquer la dissociation entre conclusion et mise en oeuvre du droit international. Ils citent (*CANADIAN CHARTER*, p. 294) le Juge Laskin

549. La jurisprudence est elle aussi fluctuante sur la question. Si elle ne l'a pas clairement tranchée, elle émet toutefois des signes plaidant en faveur d'une incorporation tacite que nous appellerons <fractionnée et matérielle> des traités internationaux. En d'autres termes, la jurisprudence semble admettre que certaines lois internes puissent reprendre sans l'énoncer expressément des parties de certains traités internationaux dans les domaines qu'elles touchent matériellement. Ainsi en va-t-il par exemple des dispositions internationales sur l'immigration et les réfugiés que l'Immigration Act est censé incorporer tacitement en droit interne canadien⁶⁷².
550. Nous pensons pour notre part que l'incorporation tacite risque de créer une insécurité juridique qu'il convient d'éviter. Notre opinion s'appuie au surplus sur la contradiction qui apparaît dans un système qui se veut dualiste et qui entend pourtant atténuer l'obligation d'incorporation que le dualisme impose, en admettant que cette incorporation soit implicite. Pourquoi ne pas dès lors franchir le pas et incorporer directement et automatiquement tous les textes internationaux, sous l'éventuelle réserve de dispositions de droit interne les écartant⁶⁷³, comme cela se fait dans un système moniste ou éventuellement dualiste et strictement adoptionniste ?
551. A ce stade, nous pouvons donc affirmer que le droit international en général et les Pactes en particulier ne sont pas d'application directe en droit interne canadien. Il n'existe pas non plus de textes incorporant expressément les Pactes. Ceux-ci sont néanmoins intégrés partiellement

dans l'affaire *MacDonald v. Vapour Canada Ltd.* - (1976) 66 D.L.R. (3d) 1, 31 - pour appuyer leur position: « In my opinion, assuming the Parliament has power to pass legislation implementing a treaty or a convention in relation to matters covered by the treaty or convention which would otherwise be for provincial legislation alone, the exercise of that power must be manifested in the implementing legislation and not be left to interference. The Courts should be able to say, on the basis of the expression of the legislation, that this is implementing legislation ». En outre, leur motif principal est la protection des prérogatives du Parlement qui doit rester le seul à pouvoir légiférer et doit le faire expressément.

⁶⁷² Voir la citation de l'arrêt *Re Vincent and Minister of Employment and Immigration*, cf. § 545 (et sa n. 666).

⁶⁷³ Nous pensons ici à l'exemple suisse où le Parlement peut légiférer contrairement au droit international - automatiquement incorporé selon la théorie moniste - en « le sachant et le voulant ».

et de manière fractionnée par certaines lois internes (comme l'Immigration Act). Dans cette situation, est-il possible de voir dans la Charte canadienne des droits et libertés un acte général qui incorporerait tacitement ces textes cardinaux avec tous leurs aspects? Dans l'affaire *Big M Drug Mart*, le Juge Belzil - dissident - semblait le défendre⁶⁷⁴, mais il est resté bien isolé.

552. Nier l'applicabilité directe ainsi qu'une incorporation tacite des Pactes ne signifie pas pour autant que ceux-ci seront dépourvus de tout effet en

⁶⁷⁴ R. c. *Big M Drug Mart*, (1984) 1 W.W.R. 625, 655: « Thus it can be seen that the Canadian Charter was not conceived and born in isolation. It is part of the universal human rights movement. It guarantees that the power of government in Canada shall not be used to abridge or abrogate the fundamental rights to which every Canadian, as well as every other human being in the world, is entitled by birth. The Charter can be divided into two parts, one dealing with fundamental human rights in harmony with the International Covenant, the other dealing with matters peculiar to Canada. It is of course in the first part that section 2 of the Charter must fall. That these fundamental freedoms were entrenched in the Charter in conformity with Canada's commitment in the International Covenant cannot be doubted. Even the Canadian Bill of Rights, adopted before the International Covenant, was intended to link Canada with the worldwide movement of human rights. ». Sur le fond, dans cette affaire *Big M Drug Mart*, la Cour suprême du Canada a jugé que la Loi sur le dimanche (une loi fédérale), qui imposait l'observance du dimanche comme fête religieuse, portait atteinte à la liberté religieuse. D'autres religions ayant un autre jour de la semaine comme jour sacré (les musulmans et les israélites, principalement), leur imposer de fermer leurs magasins le dimanche violait leur liberté religieuse et les défavorisait puisqu'ils étaient alors obligés de fermer deux jours par semaine, le dimanche et leur jour sacré propre. L'art. 2 de la Charte, qui garantit la liberté de conscience et de religion (al. 2a) et la liberté de pensée (al. 2b), a été interprété par les tribunaux d'une manière conforme à l'art. 18 du Pacte II. En accord avec son alinéa 1, la Cour a déclaré que <le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement ou leur propagation> (p. 336). De plus, la Cour a donné de la liberté de religion une interprétation compatible avec les paragraphes 2 et 3 de l'art. 18 du Pacte II en la caractérisant par <l'absence de coercition ou de contrainte y compris les formes indirectes de contrôle> (p. 336-337) et en restreignant les limitations qui peuvent y être apportées à celles qui sont <nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui> (p. 337).

droit canadien. Effectivement, et nous le verrons largement au point suivant, il en sera tenu compte lors de l'interprétation des lois canadiennes selon différents procédés.

5.4.3. Le droit international utilisé aux fins d'interprétation du droit interne

553. Dualiste, le Canada n'en tient pas moins compte du droit international - même de celles de ses normes et coutumes qui n'ont pas explicitement été incorporées. Ceci résulte en premier lieu du fait que cet Etat ne se développe pas en isolation totale du mouvement international, pas plus que tout autre Etat d'ailleurs. Si la symbiose avec le niveau supérieur est moins grande que dans les systèmes monistes, une influence reste indéniable. L'analyse - devenue célèbre - du Juge Pigeon⁶⁷⁵ reflète bien cette interdépendance.
554. Refusant de voir dans les Pactes et autres conventions internationales des sources d'obligations directes à charge du Canada, les juges ont néanmoins réservé une place particulière à ces textes. Ceux-ci font effectivement partie d'un contexte général qui a influencé la rédaction de la Charte et explique leurs similarités. Cette genèse commune justifie que l'interprétation de la Charte soit enrichie par des références à ses antécédents. Une telle interprétation de la Charte à la lumière des engagements internationaux du Canada est souhaitée tant par les politiques que par le judiciaire.
555. Nos propos sont ici dans la lignée de ce que dit le Juge O'Leary, de la haute Cour de l'Ontario, dans l'affaire dite *Broadway Manor*, à savoir que: « In the proceedings of the joint committee studying the terms of the proposed Charter of Rights, the Minister of Justice, the Honourable Jean Chretien said: < I do think that the rights we have agreed upon in international agreements should be reflected in the laws or the Charter of Rights that we will have in Canada > (...) Further, since much of the wording employed in the Charter of Rights bears a strong similarity to that found in several international conventions, in my view, the court

⁶⁷⁵ Cf. § 479.

should consider the rulings of the international tribunals established to interpret and apply those conventions. Regard must also be had to the provisions of international covenants, conventions and treaties to which Canada is a party »⁶⁷⁶. En suivant cette position, les cours canadiennes devraient donc interpréter la Charte non seulement à la lumière des textes internationaux auxquels le Canada est partie, mais également en rapport avec ce que nous avons appelé les sources secondaires⁶⁷⁷.

556. La jurisprudence subséquente a largement confirmé la nécessité d'interpréter la Charte sous l'angle du droit international. Nombre de ses articles et des concepts qu'elle contient ont reçu une interprétation prenant racine au-delà de la seule perspective canadienne. Les juges ont intégré le réflexe du recours au droit international - comme du reste au droit comparé -, ce qui a eu pour effet palpable de diversifier les motivations juridiques de leurs arrêts.

557. A cette attitude très réceptive des juges canadiens - que nous ne pouvons que saluer, dans la mesure où dans bien des autres Etats, les juridictions semblent douter de l'enrichissement que représente l'expérience étrangère et supranationale - se greffe toutefois une

⁶⁷⁶ Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor Nursing Home et al., (1984) 44 O.R. (2d) 392, 439. Une loi sur les conventions collectives concernant les employés du secteur public affectait leur liberté d'association. Plus précisément, elle privait les employés du droit de se faire représenter par les personnes de leur choix, de négocier collectivement et de faire grève, spécialement s'agissant de la non compensation salariale de l'inflation. Le renvoi voulait déterminer si cette législation constituait encore une limitation raisonnable à la liberté d'association. Selon les juges, elle violait effectivement l'art. 2d) de la Charte, interprété en tenant compte de tout son contexte et notamment des conventions internationales de rédaction similaire (Convention n° 87 du BIT et art. 22 du Pacte II). La restriction à la liberté d'association est injustifiée au regard de l'art. 1er de la Charte et la loi a donc été déclarée inopérante sur ce point.

⁶⁷⁷ Ces sources secondaires, déjà évoquées pour la Suisse et pour l'Allemagne, comprennent notamment les décisions et commentaires généraux émis par les organes judiciaires et quasi-judiciaires chargés de fixer le sens des normes conventionnelles, dont celles des Pactes. Par ce biais, c'est en quelque sorte la « jurisprudence internationale » qui est intégrée en droit interne (suisse, allemand et canadien) et il est ainsi tenu compte de l'évolution des normes dans le contexte international.

réticence à concéder plus. En effet, s'ils sont largement employés à titre d'aide à l'interprétation, les Pactes, comme les autres instruments en cause, n'ont que très rarement un statut qui dépasse ce que nous qualifierons de <béquille subsidiaire>. L'interprétation de la Charte à la lumière des Pactes est formellement fréquente, matériellement les juges s'en tiennent dans la quasi-totalité des cas à l'énoncé de la Charte sans le bouleverser, ainsi qu'à la présomption de conformité des lois avec le droit international⁶⁷⁸. Sans aller jusqu'à parler de leurre, la fréquence des références aux Pactes ne saurait occulter le fait que leur incidence matérielle reste limitée.

558. Une des justifications - outre la présomption de conformité des lois avec le droit international - du recours aux Pactes pour interpréter la Charte consiste à dire qu'ils sont issus d'un même mouvement en faveur des droits individuels, qu'ils sont d'inspiration commune⁶⁷⁹. L'idée centrale est que la Charte fait partie d'une dynamique globale dont on ne saurait l'isoler⁶⁸⁰. Dès lors, toute interprétation de la Charte devra inclure

⁶⁷⁸ Cf. 5.4.4. La présomption de conformité des lois avec le droit international, § 561 ss.

⁶⁷⁹ « Since the close of the Second World War, the protection of the fundamental rights and freedoms for groups and individuals has become a matter of international concern. A body of treaties (or conventions) and customary norms now constitutes an international law of human rights under which the nations of the world have undertaken to adhere to the standards and principles necessary for ensuring freedom, dignity and social justice for their citizens. The Charter conforms to the spirit of this contemporary international human rights movement, and it incorporates many of the policies and prescriptions of the various international documents pertaining to human rights. The various sources of international human rights law - declarations, covenants, conventions, judicial and quasi-judicial decisions of international tribunals, customary norms - must, in my opinion, be relevant and persuasive sources for interpretation of the Charter's provisions. » ; Juge Dickson dans : *Public Service Employee Relations Act*, 1987.

⁶⁸⁰ Cette dynamique globale est très large et comprend des textes - tels la CEDH - qui n'ont pourtant pas fait l'objet d'une mention spéciale lors des travaux préparatoires de la Charte. En effet: « Le fait que la Charte canadienne ait été adoptée plus de trente ans après la naissance de ce mouvement (de reconnaissance de droits de l'homme inaliénables) n'est pas sans impact sur son interprétation. En effet, une interprétation complète d'un texte législatif ou constitutionnel, surtout s'il est rédigé en des termes très généraux comme la Charte, doit tenir compte du contexte dans lequel il a été adopté. Ce contexte comprend certes ce que l'on peut appeler

la notion de contexte international (international context) et prendre en compte la situation de la Charte dans ce contexte international au moment de l'interprétation. Les textes aidant à l'interprétation ne seront pas utilisés seulement dans la dimension qui était la leur au moment où ils ont influencé la Charte, mais tels qu'ils se sont modifiés au fil des années et des expériences.

559. Nous ne saurions trop saluer l'abandon d'une approche statique qui se fondait sur la rigueur juridique. Celle-ci voulait que dans un système dualiste, une fois repris en droit interne, le texte international soit déconnecté de ses origines et se développe parallèlement et distinctement dans ces deux ordres séparés. Avec une approche évolutive, les points de référence incluent les Pactes et l'interprétation qu'en donnent les instances onusiennes, de même que plus largement l'évolution des droits fondamentaux dans les autres Etats ou organisations régionales du type du Conseil de l'Europe. Les sources pertinentes en sont d'autant élargies, puisant aussi bien dans le droit international que dans le droit comparé. Nous aurons l'occasion de revenir sur cette dernière influence⁶⁸¹.

560. Le concept de contexte international - qui élargit donc les sources d'interprétation de la Charte et permet de saisir ces sources diverses dans toute leur évolution au sein des ordres international et régional, de même que dans les autres Etats - est défendu par la doctrine⁶⁸². Woehrling scinde quant à lui la notion en deux; d'une part le contexte immédiat comprenant des textes qui ont directement et explicitement inspiré les auteurs de la Charte⁶⁸³ et, d'autre part, le contexte élargi qui englobe

largement les <travaux préparatoires>, mais également tout ce qui a servi à produire <l'esprit et la lettre> du texte final. Ainsi, bien qu'il semble que la Convention européenne ne soit pas citée dans les travaux préparatoires ayant mené à la Charte, il est indéniable qu'elle l'a fortement influencée, ne serait-ce que parce qu'elle reprend les mots de la Déclaration universelle et qu'elle a inspiré le Pacte international qui, eux, sont cités dans ces travaux préparatoires. Elle est d'autant plus utile que c'est pratiquement le seul instrument qui ait fait l'objet d'une jurisprudence particulière. »; Cliche, CEDH-CHARTRE, p. 100.

⁶⁸¹ Cf. 5.4.6. Le recours au droit comparé pour interpréter la Charte, § 570 ss.

⁶⁸² Notamment Cliche, Turp et Woehrling.

⁶⁸³ Les Pactes et le Bill of Rights américain.

d'autres textes dont l'influence est également perceptible⁶⁸⁴. Concrètement, cette distinction ne semble pas avoir révolutionné l'approche de la Cour suprême, laquelle a résolument pris le parti d'appréhender les textes internationaux sous l'angle évolutif. En ce sens, la prise en compte des décisions du Comité des droits de l'homme postérieures à la Charte n'a plus rien de choquant⁶⁸⁵.

5.4.4. *La présomption de conformité des lois avec le droit international*

561. Corollaire et justification principale de l'interprétation du droit canadien à la lumière du droit international, dans le sens où nous venons de l'évoquer, la présomption de conformité de ce droit canadien avec le droit international représente la clef de voûte du système. Ce principe peut se résumer en ce qu'il est présumé que le législateur n'a pas voulu enfreindre les obligations internationales assumées par le Canada. Ainsi, le Parlement - et toute autre autorité qui assumerait une tâche réglementaire - ne pourra contourner le droit international qu'en le

⁶⁸⁴ La DUDH et la CEDH.

⁶⁸⁵ *Re Mitchell and The Queen*, (1983) 42 O.R. 481 (Ont. H.C.J.). Les juges ontariens y citent un auteur qui admet l'utilité des textes internationaux et de leur <jurisprudence> pour interpréter la Charte, peu importe qu'elle soit antérieure ou postérieure: « In addition to current Canadian law, resort for interpretative guidance may also be made to the International Covenant on Civil and Political Rights (...). Interpretations by the UN Human Rights Committee of similar provisions in the Covenant to those in the Charter may cast light on the minimal requirements imposed on the federal and provincial governments by the Charter. Similarly, it may prove useful to resort to decisions rendered under the European Human Rights Commission and the Court. », E.G. Ewaschuk, *The Charter: An Overview and Remedies*, 26 C.R. (3d) 54, 59. Dans cette affaire, un multirécidiviste dont les infractions touchaient toutes le patrimoine était en prison depuis 12 ans sans qu'aucun jugement précis n'ait encore été prononcé contre lui. A deux reprises, il avait bénéficié d'une libération conditionnelle, à chaque fois révoquée. Il demandait à être jugé et invoquait l'art. 15 du Pacte II (légalité des peines et *lex mitior*) comme aide à l'interprétation des art. 9 et 12 de la Charte, afin que soit mis fin à une détention qu'il estimait arbitraire et assimilait à une peine cruelle et inhabituelle. Le Pacte II n'a ici toutefois pas été à même d'éclaircir la Charte. Il restait cependant certain que les 12 années de prison suffisaient à ses infractions et qu'il fallait le libérer.

spécifiant clairement dans le texte de loi adopté. Se départir ponctuellement d'obligations internationales restera donc possible, mais le sacro-saint principe de la souveraineté du Parlement ne s'en trouve pas moins réduit en ce sens qu'il faudra le faire expressément. A défaut d'une mention spéciale, la présomption veut que le silence, ou la non incorporation du texte international par passivité du législateur, vaut conformité et acceptation⁶⁸⁶.

562. Un principe d'une telle importance a évidemment été largement débattu en doctrine. Celle-ci en a donné de nombreuses définitions qui se recoupent pour la plupart. Il n'est pas sans intérêt d'en citer une - celle de Woehrling - qui évoque en même temps quelques difficultés sur lesquelles nous reviendrons: « On retrouve en droit canadien la règle qui est commune à beaucoup de systèmes juridiques nationaux qui ne reconnaissent pas la suprématie de principe du droit international: celle de l'interprétation favorable au droit international des règles internes. Ce principe d'interprétation est susceptible de justifier le recours aux normes du droit international - qu'il s'agisse des règles conventionnelles, coutumières ou des principes généraux du droit - pour interpréter les lois parlementaires, les actes de nature réglementaire et, par extension, la Constitution elle-même (y compris la Charte canadienne des droits et libertés). Cependant, la nature même du principe exige que deux conditions soient réunies pour qu'il puisse s'appliquer: la norme de droit international invoquée doit lier juridiquement le Canada (la présomption voulant que le législateur n'entend pas violer les obligations internationales du pays); la norme interne à laquelle il s'agit d'appliquer la présomption de conformité au droit international doit présenter une ambiguïté; en effet, un texte clair ne doit pas donner lieu à l'interprétation. Enfin, le principe de l'interprétation favorable au droit international ne s'applique que dans la mesure où la norme internationale de référence n'est pas incompatible avec le droit interne »⁶⁸⁷.

563. La présomption de conformité au droit international est de la même façon omniprésente dans la jurisprudence. Celle-ci s'en tient avec une

⁶⁸⁶ Les arrêts *R. c. Konechny*, (1984) 2 W.W.R. 481, 490, (B.C.C.A.) et *Daniels v. The Queen* (1968) R.C.S. 517, 541, vont dans ce sens.

⁶⁸⁷ Woehrling, *DRDIT COMPARE*, p. 468.

grande stabilité à l'énoncé qu'elle a réitéré de nombreuses fois et qui se retrouve avec beaucoup de clarté dans l'arrêt *Videoflicks*: « Although our constitutional tradition is not that a ratified treaty is self-executing within our territory, but must be implemented by the domestic constitutional process (*Labour Conventions Case*), nevertheless, unless the domestic law is clearly to the contrary, it should be interpreted in conformity with our international obligations. Therefore, art. 18 of the Covenant is pertinent to our consideration of the definition of freedom of conscience and religion under the Charter »^{688/689}.

⁶⁸⁸ *Regina v. Videoflicks Ltd.*, (1984) 14 D.L.R. (4th) 10, 36, (Ont. C.A.). En relation avec l'art. 19 al. 2 du Pacte II sur la liberté d'expression, l'art. 2b) de la Charte s'applique non seulement à toutes les formes d'expression (cf. *Dolphin Delivery*, n. 690), mais aussi à toutes les étapes de la communication, soit depuis le fabricant, le fournisseur, le distributeur, le détaillant jusqu'au destinataire. L'art. 17 du Pacte II sur le droit à la vie privée est interprété dans les limites de l'art. 7 de la Charte: ce dernier protège le droit à la vie, à la liberté et à la sécurité de la personne mais ne garantit pas au citoyen un droit constitutionnel distinct à la vie privée. L'intégrité physique et mentale du citoyen sont néanmoins protégées. En ce sens, l'art. 7 de la Charte peut avoir des répercussions sur le plan de la protection de la vie privée contenue dans le Pacte II.

⁶⁸⁹ Egalement intéressant est l'énoncé qui est fait du principe dans l'arrêt *Re Mitchell and The Queen*, (1983) 42 O.R. (2d) 481, (Ont. H.C.J.), aux pages 492-493: « On May 19, 1976, Canada acceded to the United Nations International Covenant on Civil and Political Rights. The Covenant came into force for Canada three months later, on August 19, 1976. Although art. 2 of the Covenant obligates Canada to adopt measures to give effect to the rights recognized therein, no Canadian legislation has been passed which expressly implements the Covenant. Such enabling legislation is required in order to make the Covenant part of domestic law of Canada (...) The force and effect of the Covenant in Canada is thus limited: < Since the Covenant was not incorporated into domestic law and, therefore, does not have force of law at the federal, provincial and territorial levels, an individual cannot base a recourse on the Covenant itself if there has occurred within Canada a breach of a right or freedom therein recognized.> (Report of Canada on Implementation of the Provisions of the Covenant, 1979). The Covenant may, however, be used to assist a court to interpret ambiguous provisions of a domestic statute, notwithstanding the fact that the Covenant has not been formally incorporated into the law of Canada, provided that the domestic statute does not contain express provisions contrary to or inconsistent with the Covenant. If such contrary provisions exist, the Covenant cannot prevail (...) This rule of construction is based on the presumption that Parliament does not intend to act in violation of Canada's international obligations ». Pour le résumé de cet arrêt, cf. n. 685.

564. La jurisprudence relative aux Pactes spécifiquement a également rappelé de manière constante cette présomption⁶⁹⁰. Elle part alors de l'a priori que le législateur fédéral ou provincial a légiféré en accord avec les obligations résultant des Pactes. Plus précisément, les juges défendent l'idée que, le Pacte II n'étant pas incorporé en droit canadien, il ne saurait octroyer des droits permettant au particulier de fonder un recours. Il peut néanmoins servir à interpréter des normes internes même s'il n'a pas été formellement incorporé et ce pour autant que le droit interne ne contienne pas de dispositions contraires ou l'écartant. Les juges partent du principe que le législateur canadien n'a pas voulu violer les obligations internationales assumées par le Canada, mais que dans les cas où il a effectivement eu cette intention, le Pacte cède devant le droit interne⁶⁹¹.
565. Nous constatons au vu de ce qui précède que la présomption de l'interprétation favorable au droit international des règles internes est admise unanimement et sans résistance. La présomption est perçue comme une telle évidence que cela peut avoir des effets pervers. En effet, les juges - néanmoins conscients de l'importance de cette présomption pour maintenir un ordre juridique crédible et logique - ont

⁶⁹⁰ Pour les plus célèbres: *Re Regina and Warren*, (1984) 6 C.R.R. 82 (Ont. H.C.); *Re Mitchell and The Queen*, (1984) 42 O.R. (2d) 481 (Ont. H.C.); *Re Service Employees' International Union, Local 204 and Broadway Manor*, (1984) 44 O.R. (2d) 392; *Dolphin Delivery Ltd. v. Retail Wholesale & Department Store Union, Local 580 et al.*, (1984) 10 D.L.R. (4th) 198; *Regina v. Videoflicks Ltd. et al.*, (1984) 14 D.L.R. (4th) 10 (Ont. C.A.); *Re Vincent and Minister of Employment and Immigration*, (1983) 148 D.L.R. (3d) 385. L'affaire *Dolphin Delivery* nous intéresse tout particulièrement, compte tenu de ses liens avec *Videoflicks* (cf. n. 688). Selon l'arrêt, la liberté de réunion pacifique est protégée par l'art. 21 du Pacte II ainsi que spécifiquement par l'art. 2c) de la Charte. Cet alinéa c) est en étroite relation avec les autres libertés fondamentales énoncées à l'art. 2 de la Charte. La Cour suprême a estimé que la liberté d'expression de l'alinéa b) s'étendait aussi à des formes non verbales d'expression, comme le piquetage (cf. *Videoflicks*, n. 688). C'est donc en se fondant sur la liberté d'expression et non sur celle de réunion pacifique que les juges ont conclu que le piquetage paisible contre l'employeur lui-même bénéficiait de la protection de la Charte. Vu toutefois les circonstances de l'espèce, ils ont statué qu'il était justifiable au sens de l'art. 1 de la Charte d'interdire le piquetage secondaire - c'est-à-dire contre quelqu'un ayant des relations d'affaires avec l'employeur.

⁶⁹¹ Cf. citation tirée de *Re Mitchell and The Queen*, n. 689.

tendance à faire prévaloir le droit interne et particulièrement la Charte, sans s'y attarder. Ils en omettent souvent de procéder à une analyse approfondie de la conformité d'une loi avec le droit international, partant justement de la présomption que si le législateur n'a pas signalé une violation « volontaire » du droit international, il ne l'a pas commise. Le lecteur averti saisira immédiatement cette insuffisance des juridictions. Elles risquent par cet excès de confiance dans la compétence du législateur - nous avons conscience de ce qu'une violation non expressément signalée ne sera pas forcément un indice de mauvaise foi du législateur qui peut très bien avoir procédé dans l'erreur - de confirmer des lois en violation des obligations internationales du Canada. Même si la présomption est un principe fiable pour harmoniser les niveaux national et international, elle ne dispense pas de l'examen minutieux.

5.4.5. *La nécessité d'une ambiguïté pour appliquer la présomption*

566. Dans sa définition de la présomption de conformité des lois avec le droit international, Woehrling évoquait parmi les conditions d'application de ce principe la nécessité d'une ambiguïté dans le texte à interpréter⁶⁹². Un texte clair n'a pas besoin d'être interprété à la lumière de la présomption, seul celui dont le sens n'est pas immédiat ou qui peut être compris de plusieurs manières demande à être interprété⁶⁹³.

567. Le principe de l'ambiguïté énoncé ci-dessus devrait s'imposer à toutes les juridictions: il les contraint, avant d'en appeler au droit international,

⁶⁹² Cf. § 562.

⁶⁹³ Nous noterons ici une différence avec le droit constitutionnel suisse où même un texte clair doit être interprété. Telle est en effet la position claire et constante du Tribunal fédéral suisse: « Indes ist darans, dass der Wortlaut einer gesetzlichen Bestimmung an sich klar ist, nicht ohne weiteres zu schliessen, dass für eine sinngemässe Auslegung kein Raum bleibe. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts darf von ihm abgewichen werden, wenn triftige Gründe dafür vorliegen, dass er nicht den wahren Sinn der Bestimmung wiedergibt. Solche Gründe können sich aus der Entstehungsgeschichte der Bestimmung, aus ihrem Grund und Zweck oder aus dem Zusammenhang mit andern Gesetzesbestimmungen ergeben. », arrêt Antognazza, BGE 99 Ib 505, 507-508.

à déceler d'abord une ambiguïté. Ce raisonnement en deux étapes tend à disparaître au point que les arrêts récents procèdent directement à l'examen de la présomption, sans même se poser auparavant la question de l'ambiguïté⁶⁹⁴.

568. Un des effets du principe de l'ambiguïté, s'il est appliqué strictement, est de diminuer l'impact de droit international sur le droit interne. Le recours à cette source d'interprétation n'est en ce cas plus automatique mais soumis à une condition bien précise. Bien que cette règle n'ait pas véritablement été respectée, ni clarifiée par la jurisprudence - qui semble vouloir l'esquiver -, elle peut s'énoncer très synthétiquement: « ... in the context of implementing legislation, an ambiguity must first be established before the treaty becomes relevant as an aid to interpretation »⁶⁹⁵. Une volonté affirmée de rendre plus ardu le recours au droit international sous-tend cette théorie et nous ne pouvons que nous réjouir que les tribunaux ne se sentent - de fait - plus obligés par cette première étape.
569. Ce qui est valable pour les normes conventionnelles incorporées par un acte ad hoc l'est d'autant plus pour celles qui ne l'ont pas été - catégorie qui comprend les Pactes. Dans ce cas, il y aura - théoriquement - une nécessité accrue de déceler une ambiguïté avant d'éventuellement interpréter. Dans cette perspective, le recours au droit international non incorporé deviendrait encore plus sporadique. La jurisprudence n'a néanmoins pas appliqué rigoureusement cette différence de traitement entre les normes incorporées ou non, étant critiquée en cela par les auteurs les plus hostiles à la prise en compte du droit international en droit canadien. Ainsi, Cohen et Bayefsky⁶⁹⁶ regrettent que les traités relatifs aux droits de l'homme aient souvent été écartés au motif qu'ils n'étaient pas incorporés, alors que l'argument premier aurait selon eux dû être l'absence d'ambiguïté dans le texte en cause. Ils voient dans ce

⁶⁹⁴ Voir notamment l'arrêt *The Queen v. Cameron*, (1982) 6 W.W.R. 270, où l'art. 9 al. 3 du Pacte II est appréhendé sans qu'il ait été auparavant fait référence à la nécessité d'une ambiguïté.

⁶⁹⁵ Cohen-Bayefsky, *CANADIAN CHARTER*, p.298. Le caractère restrictif de cette position - qui ne fait des Pactes une aide à l'interprétation qu'éventuellement et sous réserve d'ambiguïté, - n'aura pas échappé au lecteur.

⁶⁹⁶ *CANADIAN CHARTER*, p. 299.

raisonnement un raccourci injustifié et dénoncent l'omission par les juges d'une étape importante, celle qui doit établir et formuler l'ambiguïté.

5.4.6. *Le recours au droit comparé pour interpréter la Charte*

570. Le Canada se montre particulièrement réceptif aux influences venues de l'extérieur, que ce soit des autres Etats ou de l'ordre international. Si les décisions judiciaires se fondent fréquemment sur des sources d'interprétation extra-canadiennes, celles-ci sont le plus souvent issues d'ordres juridiques étrangers - ou régionaux - et non de l'ordre juridique international dont le Canada fait pourtant partie. Le droit comparé joue en ce sens un rôle plus important que le droit conventionnel auquel le Canada a adhéré et qui lui impose des obligations. Ce paradoxe, qui veut que le Canada soit plus attentif à des textes qui ne le lie pas qu'à ceux qui le lie, s'explique pour plusieurs raisons.
571. Tout d'abord, un phénomène à la fois historique et géographique crée une relation particulière entre le Canada et son voisin direct, les Etats-Unis d'Amérique. Des traditions et des visions communes entre ces deux Etats enjoignent tout naturellement au premier de se tourner vers le second et ce d'autant plus que l'expérience bicentenaire des Etats-Unis vient enrichir une jurisprudence relativement jeune. Le Juge Estey a bien résumé cette idée: « Les tribunaux américains ont presque deux cents ans d'expérience dans l'accomplissement de cette tâche (i.e. l'interprétation et l'application des dispositions de la Constitution qui protègent les droits et libertés), et l'analyse de leur expérience offre plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution au Canada »⁶⁹⁷.

⁶⁹⁷ Law Society of Upper Canada c. Skapinker, (1984) 1 R.C.S. 357, 367. Dans la perspective de l'art. 12 du Pacte II sur la liberté de mouvement et d'établissement, l'art. 6 de la Charte garantit le droit de tout citoyen canadien de demeurer au Canada, d'y entrer et d'en sortir. De même, tout citoyen canadien et tout résident permanent au Canada a le droit de résider et de gagner sa vie dans toute province, sous réserve de certaines exceptions comme les programmes spécialement conçus pour améliorer la situation sociale et économique des provinces défavorisées. La Cour suprême du Canada a statué que le droit de <gagner sa vie> protège le droit

572. Dans la même perspective et en raison cette fois d'un lien historique qui lie le Canada au Royaume-Uni, les juges canadiens en ont souvent appelé aux textes britanniques, ainsi qu'à ceux du Conseil de l'Europe et de sa jurisprudence concernant la Convention européenne des droits de l'homme. Même si la logique juridique voudrait que le Canada porte une plus grande attention aux Pactes qu'à la CEDH - dans la mesure où elle a adhéré aux Pactes et est empêchée de faire de même pour la CEDH⁶⁹⁸ -, cette attitude s'explique par le caractère plus avancé des instruments régionaux européens. Ceux-ci s'inscrivent dans un système que l'on peut qualifier d'authentiquement judiciaire, avec une jurisprudence effective et obligatoire. En outre, l'excellente publicité qui est faite aux arrêts rendus sur la base de la CEDH et leur proximité culturelle les rendent plus pertinents pour l'ordre canadien que les recommandations d'un Comité des droits de l'homme auquel il est reproché d'être par trop hétéroclite.
573. La doctrine est quant à elle prompte à saluer tout recours à des instruments d'interprétation extérieurs: «De façon très générale, l'opportunité du recours au droit comparé repose donc sur l'idée que le juge national serait mal avisé de ne pas mettre à profit le fruit de l'expérience et des réflexions de juristes étrangers, parfois éminents, qui ont eu l'occasion de se pencher avant lui sur des problèmes similaires à ceux qu'il doit résoudre»⁶⁹⁹. Cette référence récurrente au droit comparé est du reste également saluée par les auteurs qui se montrent d'ordinaire plus réservés face au droit international. Ainsi, même Cohen et Bayefsky admettent l'idée qu'un texte aussi proche - bien que non contraignant - de la Charte canadienne que la CEDH, et qui offre de surcroît une jurisprudence exhaustive, puisse servir à interpréter les droits codifiés au Canada.
574. La tendance très forte à s'en référer en priorité à l'expérience du voisin américain, bien qu'elle s'explique de façon convaincante, n'en est pas

d'une personne de travailler dans une province sans avoir à y établir sa résidence. Cependant, cela ne lui garantit pas un droit constitutionnel distinct au travail.

⁶⁹⁸ Ce texte est en effet limité géographiquement aux « Etats européens, membres du Conseil de l'Europe » (voir Introduction à la CEDH), ce qui exclut d'emblée le Canada.

⁶⁹⁹ Woehrling, *DROIT COMPARE*, p. 453. Voir aussi: Mc Whinney, *LESSONS*.

moins critiquée par la doctrine qui y voit une hégémonie mal à propos. Selon Le Bel, par exemple, le contexte entourant la Charte canadienne ne se limite pas à cette influence: « Le texte même de la Charte, ainsi que ses principes et sa philosophie, ont certes été influencés par l'expérience américaine, mais il ne s'agit pas là d'une source unique ni prédominante. Les droits et libertés que garantit la Charte canadienne ont leur racine dans les mouvements internationaux des droits de l'homme qui ont vu le jour après la Seconde guerre mondiale et qui se sont eux-mêmes inspirés des expériences des pays comme la France, le Royaume-Uni et aussi les Etats-Unis »⁷⁰⁰.

575. Ce même auteur souhaite que les juridictions abordent différemment les textes provenant des autres Etats et ceux issus de droit international, auxquels il convient d'accorder un statut spécial, résultant de leur nature même. L'approche jurisprudentielle s'est toujours faite en plaçant ces deux types de sources sur le même plan, ce que critique Le Bel: « Or il nous semble (...) que les rapports entre la Charte et le droit international des droits de la personne ont un <statut particulier> qui les distingue nettement des rapports de droit constitutionnel comparé: même si l'ordre juridique international et l'ordre constitutionnel américain peuvent se situer en parallèle avec l'ordre constitutionnel canadien, il ne s'agit pas du même type de rapports. La Cour suprême du Canada a été très prompte à recourir au droit constitutionnel comparé: elle s'est, dès le début, tournée vers les Etats-Unis et elle a vite fait de justifier sa démarche: < Les tribunaux américains ont presque deux cents ans d'expérience dans l'accomplissement de cette tâche, et l'analyse de leur expérience offre plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution au Canada (Law Society of Upper Canada c. Skapinker, p. 367)> »⁷⁰¹.

576. Dans la plupart des arrêts, les cours fondent leurs motifs sur des arguments empruntant au droit comparé sans justifier leur démarche, tant le recours à des sources hors du droit canadien semble acquis. Si ces cas de figure sont l'immense majorité et établissent des liens tout à fait

⁷⁰⁰ Le Bel, INTERPRETATION, p. 756.

⁷⁰¹ Le Bel, INTERPRETATION, p. 750.

pertinents⁷⁰², il arrive - mais cela est rare - qu'un juge défende son autonomie et refuse de se plier aveuglément au recours systématique au droit comparé. Les juges majoritaires de la Cour d'appel du Québec dans l'affaire *Irwin Toy Ltd.* se sont notamment élevés contre la <tyrannie de la majorité> que constitue à leurs yeux le droit comparé lorsqu'il est utilisé à outrance⁷⁰³.

577. Nous dirons en conclusion que, si les juges canadiens ont une tendance très marquée à utiliser le droit comparé pour motiver leurs jugements, ils puisent à un nombre restreint de sources privilégiées. Celles-ci comprennent avant tout le droit américain et celui lié à la CEDH. En dépit de cela et au gré d'affaires très spécifiques, les juridictions se tournent vers des sources plus diversifiées. Il en fut ainsi dans une affaire relative à la question linguistique où le recours au droit suisse s'expliquait logiquement par les préoccupations communes entre le

⁷⁰² Nous pensons par exemple à l'arrêt *R. c. Rahey*, (1987) 1 R.C.S. 558, où la Cour suprême met en évidence les similitudes entre la Charte et la CEDH qui sont d'inspiration commune (p. 633). L'art. 11b) de la Charte prévoit que <tout inculpé a le droit d'être jugé dans un délai raisonnable> (art. 9 al. 3 du Pacte II). Selon la Cour suprême, il doit être tenu compte, dans l'appréciation du caractère raisonnable du délai, du préjudice causé à l'accusé. Il faut spécialement apprécier sa capacité à présenter une défense pleine et entière ainsi que les conséquences civiles des procédures criminelles (ou pénales). Si une atteinte à ces droits est constatée, la réparation minimale consiste en une suspension des procédures.

⁷⁰³ « Quant à ce qui se fait dans d'autres Etats, cela a peut-être une certaine pertinence, comme le propose l'appelante, mais il faut éviter d'entrer dans une espèce de pétition de principe: telle chose se fait ailleurs, donc c'est raisonnable. Si ce raisonnement vaut pour décider si une limite qu'un gouvernement impose ici est raisonnable, il en est de même pour les autres pays: chacun considérerait la législation de l'autre raisonnable. Notre charte des droits et libertés a eu pour effet de libérer les citoyens de la <tyrannie de la majorité>. Il ne faudrait pas, pour l'interpréter, créer une autre <tyrannie de la majorité>, soit celle des autres Etats. On pourra toujours trouver un Etat dont la législation supporte celle que l'on peut proposer. Il faut alors choisir et en faisant un choix, on détermine implicitement le résultat. »; *Irwin Toy Ltd. c. P.G. du Québec (C.A.)*, (1986) R.J.Q. 2441, 2456. En substance, il s'agissait du problème suivant. L'objet essentiel de l'art. 2b de la Charte est la protection de la liberté de parole sur le plan politique. Faut-il étendre cette liberté d'expression (art. 19 du Pacte II) à la publicité commerciale? Après la Cour d'appel du Québec, la Cour suprême du Canada admet que la liberté d'expression couvre aussi le domaine commercial.

Canada et la Suisse, tous deux confrontés à la coexistence de plusieurs langues⁷⁰⁴.

5.4.7. Les effets du recours au droit international

578. Les effets du recours au droit international dans la jurisprudence canadienne se manifestant à deux niveaux bien distincts, nous nous proposons de les analyser successivement. Sont touchés par ce recours, d'une part, les règles d'interprétation appliquées par la Cour et, d'autre part, la délimitation du contenu même des droits en cause.

5.4.7.1. Les règles d'interprétation

579. La première question à se poser est celle de la fonction et de la place hiérarchique des normes internationales et spécialement de celles des Pactes au sein de l'ordre juridique. Dans le système canadien, les simples lois et la Constitution ne seront pas interprétées selon les mêmes méthodes. Il importe donc de trancher à quel niveau les Pactes vont s'intégrer.

580. Un courant doctrinal important reconnaît aux Pactes la valeur de texte constitutionnel et justifie leur interprétation au-dessus des lois ordinaires par la nature spéciale des droits qu'ils contiennent. Même si formellement les Pactes sont tout au plus des lois, ils sont matériellement supérieurs. Le Bel insiste longuement sur cette nature spéciale qu'il attribue aux droits de l'homme provenant du niveau

⁷⁰⁴ Les recourants avaient invoqué la CEDH et la jurisprudence suisse, sans que la Cour n'en fasse pourtant grand cas; *Quebec Association of Protestant School Boards et al. v. Attorney General of Quebec*, (1984) 54 N.R. 196, 210-211, (C.S.C.). L'art. 23 de la Charte y est perçu comme un aspect particulier de la protection offerte à l'art. 27 du Pacte II aux minorités ethniques, religieuses ou linguistiques. Cet art. 23 garantit aux minorités francophones et anglophones du Canada certains droits à l'instruction dans leur langue. La loi québécoise refusant à des Canadiens de langue anglaise l'accès aux écoles anglophones de la province était à cet égard invalide.

international. Selon lui, tant des motifs intrinsèques à ces droits (fondamentaux, au sens premier du terme et qui ne sauraient être purement canadiens sans référence à leur compréhension dans d'autres États ou organismes) que la spécificité des traités les incorporant (ces traités codifient de nombreuses règles de *ius cogens*) obligent à leur reconnaître un statut constitutionnel⁷⁰⁵.

581. Dans la perspective d'une meilleure intégration des Pactes en droit interne canadien, le fait de les placer au même niveau hiérarchique que la Charte canadienne des droits et libertés et que les textes provinciaux de protection des droits de l'homme ne peut que nous réjouir. Par le jeu du cumul, de la complémentarité et des recoupements, il est permis d'espérer une protection accrue.
582. Plus précisément, la jurisprudence canadienne a développé le concept de l'interprétation <large et libérale> de la Charte, qui sera dès lors étendu aux Pactes. L'origine de cette interprétation <large et libérale> est à chercher dans le droit anglais. Donnant la position du Conseil Privé du Royaume-Uni dans l'affaire *Fisher*⁷⁰⁶, Lord Wilberforce a cerné - avec une terminologie certes un peu différente - la notion telle qu'elle vaudra en droit canadien: « These antecedents (i.e. CEDH et DUDH), and the form of Chapter I itself, call for a generous interpretation avoiding what has been called <the austerity of tabulated legalism>, suitable to give to individuals the full measure of the fundamental rights and freedoms referred to. There can be no question that these principles must govern the exposition of the Canadian Charter of Rights and Freedoms by the Canadian courts and that Canadian judges, too, must avoid <the austerity of tabulated legalism> ».

⁷⁰⁵ « Si l'ordre international a accepté de bouleverser ses fondements ou à tout le moins s'il a pris des formes spécifiques pour ainsi permettre aux droits de l'homme d'être mieux protégés, il nous semble que l'ordre interne a fortiori devrait aussi prendre des <formes spécifiques> en ce domaine. Autrement dit, l'ordre interne peut prévoir des règles constitutionnelles particulières aux droits de la personne, notamment en raison du fait qu'il s'agit d'un domaine qui relève à la fois du droit constitutionnel et du droit international. Aussi, les règles traditionnelles qui gouvernent les rapports du droit interne avec le droit international devraient céder face à des règles spécifiques où un plus grand rôle serait reconnu au droit international »; Le Bel, *INTERPRETATION*, p. 771.

⁷⁰⁶ *Minister of Home Affairs v. Fisher*, (1979) 3 All E.R. 21, 25.

583. Il serait erroné de croire - et pourtant il semble qu'il s'agisse là d'une idée fausse très répandue - que chaque recours au droit international, et spécialement aux Pactes, a pour effet d'étendre les droits des individus et qu'à contrario se limiter à une approche purement canadienne va restreindre ces droits. Les droits de l'homme du niveau international, même s'ils semblent souvent plus généreux - en grande partie parce qu'ils sont plus vagues - que les droits de la Charte, ne le sont pas systématiquement. Il serait plus juste de dire que le recours à ces sources d'interprétation supranationales et comparatives peuvent élargir les droits de la Charte, mais n'ont pas forcément cet effet.
584. A titre d'exemple, dans l'affaire *Morgentaler*⁷⁰⁷, les juges ontariens refusent de suivre tous les arguments de l'interprétation restrictive donnée à l'art. 5 CEDH par les instances de Strasbourg. Selon eux, l'approche européenne du droit à la vie, à la liberté et à la sécurité est le fruit d'un compromis entre plusieurs traditions juridiques très différentes, alors que la Charte canadienne est plus homogène dans sa conception. Les juges en appellent donc à la prudence face aux restrictions admises par le système de la CEDH, restrictions qui leur semblent incompatibles avec les opinions prévalant au Canada. Dans ce cas - et il y en a d'autres⁷⁰⁸ -, le fait de ne pas prendre le droit international comme référence et de l'écarter au profit du seul droit interne canadien est à l'avantage du plaignant qui bénéficie de la solution la plus libérale.
585. Cette intrusion dans la délimitation matérielle d'un droit - avec ou sans l'aide des Pactes - nous amène tout naturellement à l'étude des situations

⁷⁰⁷ *Regina v. Morgentaler et al.*, (1984) 47 O.R. (2d) 353 (Ont. H.C.). Dans une affaire d'avortement, trois accusés devaient comparaître devant un tribunal ontarien. L'un d'eux avait déjà été jugé et acquitté au Québec dix ans auparavant, non pas pour les mêmes faits mais simplement pour avoir pratiqué des avortements. La Cour suprême n'a pas jugé inconstitutionnel le fait de poursuivre à nouveau pour le même type d'infraction dans une autre province et à une toute autre époque. La liberté personnelle de l'art. 7 de la Charte (en relation avec l'art. 5 CEDH) n'inclut pas un droit à faire ou à se faire avorter. Le fait de criminaliser cet acte, tant pour celle qui le subit que pour celui qui le pratique, n'est donc pas inconstitutionnel.

⁷⁰⁸ Dans son précieux article, Turp, *DIPU-CHARTRE*, p. 388ss., décrit certaines de ces affaires où la solution libérale commanderait de ne pas se référer au droit international qui est plus restrictif que la Charte.

où les Pactes ont une influence sur la substance et le contenu des droits de la Charte.

5.4.7.2. La délimitation du contenu des droits

586. Dans l'immense majorité des cas, les textes internationaux servent à l'interprétation des restrictions admissibles aux droits de la Charte, plutôt que lors de la première étape qui consiste à définir le contenu même du droit. L'article 1^{er} de la Charte⁷⁰⁹ énonce, en des termes largement inspirés par d'autres ordres juridiques et par le droit international⁷¹⁰, les conditions que doivent remplir les restrictions aux droits pour qu'elles soient admissibles. Les notions de cet article étant si directement issues du droit international, il paraît indispensable de les interpréter en faisant référence à ces textes. Plus que tous les autres concepts, c'est celui de la <société libre et démocratique> qui ne saurait être cerné en étant isolé des autres sociétés. Un tel concept implique intrinsèquement une comparaison avec d'autres sociétés^{711/712}.

⁷⁰⁹ Art. 1^{er} Charte : « La Charte canadienne des droits et libertés garantit les droits et libertés qui y sont énoncés. Ils ne peuvent être restreints que par une règle de droit, dans des limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. »

⁷¹⁰ Il est intéressant de comparer l'art 1^{er} de la Charte avec l'art. du Pacte I restreignant les droits (art. 4) et avec les clauses différenciées de restriction du Pacte II (notamment les art. 21 et 22 al. 2), même si la nature de ces droits est différente (cf. § 88):

Art. 4 Pacte I: « ... l'Etat ne peut soumettre ces droits qu'aux limitations établies par la loi, dans la seule mesure compatible avec la nature de ces droits et exclusivement en vue de favoriser le bien-être général dans une société démocratique. »

Art. 21 Pacte II: « ... L'exercice de ce droit ne peut faire l'objet que des seules restrictions imposées conformément à la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sûreté publique, de l'ordre public ou pour protéger la santé ou la moralité publiques, ou les droits et les libertés d'autrui. »

⁷¹¹ Parmi tant d'autres, les arrêts *R. v. Keegstra*, (1985) 19 C.C.C. (3d) 256, (Alta. Q.B.), et *R. c. Oakes*, (1986) 1 S.C.R. 103, 138-140, justifient l'appel au droit international par l'obligation de définir ce qu'il faut entendre par <société libre et démocratique>. Dans ce dernier arrêt, la Cour suprême a insisté sur l'importance de

587. La doctrine a critiqué la jurisprudence qui s'est longtemps bornée à examiner le droit international lors de la deuxième étape, où il s'agit de restreindre un droit reconnu au plaignant, et non lors de la première étape de définition de ce même droit. Le principal motif de cette critique est le plus grand impact réservé au droit international lorsque celui-ci influence la substance même du droit. Cliche formule d'ailleurs bien les différences entre ces deux types d'utilisation du droit international: « ... lorsqu'il s'agit d'interpréter la Charte, le recours à la Convention s'avère souvent très utile. Lorsqu'il prend place dès la première étape, le droit européen participe en général à la définition d'un concept, tel celui d'<indépendance judiciaire> (...). Lors de l'analyse selon l'article premier, il est par contre utilisé de façon plus générale, aidant à établir une <position> de la Cour (...). Par <position> de la Cour, nous voulons signifier le résultat d'une confrontation entre le droit pris comme absolu et la réalité, c'est-à-dire les autres droits de la personne, les valeurs sociales ou simplement les faits de l'espèce »⁷¹³.

la présomption d'innocence (art. 11d de la Charte et art. 14 al. 2 du Pacte II). Tout inculqué a le droit d'être présumé innocent tant qu'il n'est pas déclaré coupable conformément à la loi. Un individu accusé d'avoir commis une infraction criminelle s'expose à de lourdes conséquences et, partant, doit bénéficier de la présomption d'innocence, <essentielle dans une société qui prône l'équité et la justice sociale>.

⁷¹² La jurisprudence Oakes (R. v. Oakes, 1986) a défini trois critères (assez semblables à ceux du TF en Suisse) que toute restriction à un droit fondamental de la Charte doit respecter :

1. les mesures prévues pour atteindre le but législatif doivent être rationnellement liées à cet objectif ;
2. les mesures doivent le moins possible restreindre le droit ou la liberté en question ;
3. il doit y avoir un rapport de proportionnalité entre les effets de la mesure et l'objectif législatif. Le respect de cette proportionnalité implique une pesée des intérêts en présence.

C'est la première de ces trois conditions qui fait appel aux textes internationaux, notamment dans un arrêt Bell dont nous reparlerons (n. 741) : « These three factors are (1) that meaningful consideration of principles central to a free and democratic society requires reference to the international communities' acceptance of the need to protect minority groups from the intolerance and psychological pain caused by hate propaganda. » ; le but légal dans cet arrêt - la protection contre la haine raciale - justifie des restrictions à la liberté d'expression.

⁷¹³ Cliche, CEDH-CHARTRE, p. 106.

588. Ces critiques semblent avoir - partiellement à tout le moins - été entendues par les juridictions, dans la mesure où celles-ci se montrent de moins en moins réticentes à prendre en compte les sources internationales dès la première étape. Allant plus loin, Woehrling soutient la thèse que la notion de <société libre et démocratique> de l'article premier devrait être comprise comme sous-tendant l'ensemble de la Charte et pas seulement le système de restriction de ses droits⁷¹⁴.
589. Outre la délimitation du concept cardinal de <société libre et démocratique>, les Pactes et plus généralement le droit international et comparé ont servi à préciser le sens des autres conditions posées par l'art. 1^{er} à la restriction des droits reconnus. C'est à l'aide de ces sources notamment qu'un sens concret a été donné aux notions de <limites raisonnables>⁷¹⁵, de <nécessité> et <justification>⁷¹⁶ et de <prévu par la

⁷¹⁴ Dans ce même article, il précise la démarche qui devrait à son avis guider l'interprétation selon l'article premier: « Selon la grande majorité des auteurs de doctrine, le test de la <société libre et démocratique> est triple. Il renvoie l'interprète de la Charte, non seulement à ce qui était acceptable au Canada avant 1982, mais également à ce qui est admis dans les ordres juridiques des Etats que le constituant considérerait présument comme <libres et démocratiques> (c'est-à-dire, à toutes fins pratiques, les <démocraties libérales> d'Occident), ainsi qu'aux instruments internationaux. Concernant ces derniers, on peut en effet les considérer, soit comme une sorte de synthèse (une <moyenne>) des droits internes des Etats parties, lesquels sont eux-mêmes membres du groupe des Etats <libres et démocratiques> auxquels pensait probablement le rédacteur de la Charte, soit comme une norme proposée aux Etats et que ceux-ci doivent respecter pour atteindre l'idéal de la <société libre et démocratique> »; Woehrling, DROIT COMPARE, p. 459-460.

⁷¹⁵ Quebec Association of Protestant School Boards et al. c. Procureur général du Québec et al. (cf. n. 704). Cet arrêt définit les <limites raisonnables> par référence à la CEDH et sa jurisprudence.

⁷¹⁶ Re Reich and College of Physicians and Surgeons of Alberta, (1984) 8 D.L.R. (4th) 696. L'expression <can be demonstrably justified> y est interprétée par rapport au Pacte II et à la CEDH qui prévoient tous deux le critère de la <nécessité> pour restreindre les droits. La notion de <nécessité> est plus stricte et commande une justification plus poussée. Par rapport à cela, la Charte admet une restriction lorsque les buts invoqués sont légitimes sans forcément être l'absolue nécessité. Le système de restriction sous la Charte est donc moins rigoureux et exige une justification qui reste en-deça de celle exigée sous le Pacte II et la CEDH. Il est ainsi plus aisé de restreindre les droits de la Charte que ceux du Pacte II et de la CEDH.

loi⁷¹⁷. Il est néanmoins regrettable que la <marge d'appréciation> (<measure of appreciation>) n'ait pas encore été transposée en droit canadien. Reprendre ce que les autres ordres entendent par là permettrait sans doute de clarifier davantage la liberté dont pourraient jouir les juges et dont - tiraillés entre activisme et conservatisme - ils n'usent pas toujours pleinement.

590. Il est à souhaiter que, comme le prévoient Cohen et Bayefsky, le droit international des droits de l'homme, au-delà de la seule influence sur l'art. 1^{er}, va également servir de <conscience> aux législateurs qui seraient tentés de déroger à la Charte par le biais de l'art. 33. Lors de l'adoption d'une loi qui mettrait de côté certains droits de la Charte, il serait bon de se souvenir également de ce que ces auteurs disent à propos de la <société libre et démocratique>: «... if other systems manage without such a restriction, it can hardly be said to be <necessary in a democratic society> ». L'utilisation de l'art. 33 relève donc de l'*ultima ratio*.

591. La jurisprudence est nettement plus parcimonieuse lorsqu'il s'agit de définir le contenu matériel d'une disposition de la Charte en l'harmonisant avec le droit international des droits de la personne. Des rares arrêts où les juges se penchent sur les Pactes - en fait toujours logiquement sur le Pacte II seul -, aucun à notre connaissance n'élargit une notion contenue dans la Charte au motif que le Pacte la reconnaît plus libéralement. Ainsi, dans l'arrêt *Rauca*⁷¹⁸, l'art. 9 du Pacte II ne

⁷¹⁷ *Regina v. Red Hot Video Ltd.*, (1984) 6 C.C.C. (3d) 331. Les restrictions à la liberté d'expression (art. 2b de la Charte, art. 19 al. 2 et 3 du Pacte II) sont admissibles à la condition qu'elles soient exprimées en termes clairs et constituent une règle de droit. Des limites fondées sur des motifs tels que les mœurs publiques sont ici confirmées. Les juges retiennent les critères posés dans l'affaire européenne *Sunday Times* pour la notion de <prescribed by law>. Ils insistent particulièrement sur l'exigence de clarté de la loi restreignant un droit fondamental.

⁷¹⁸ *Re Federal Republic of Germany and Rauca*, (1983) 145 D.L.R. (3d) 638. Une procédure d'extradition portait atteinte au droit d'un citoyen canadien de demeurer au Canada, garanti par l'art. 6 de la Charte et l'art. 12 du Pacte II. Elle n'en constituait pas moins une limite justifiable au sens de l'art. 1^{er} de la Charte, si l'on tenait compte de la raison d'être de la Loi sur l'extradition, des obligations du Canada envers la communauté internationale de même que de l'historique de cette procédure dans les sociétés libres et démocratiques. Toutefois, il fallait permettre,

donne, pas plus que la Charte, le droit à ne pas être extradé. Dans l'arrêt *R. c. Milne*⁷¹⁹, le recours au Pacte II est rejeté d'emblée dans la mesure où sa rédaction diffère très clairement de celle de la Charte. Il arrive néanmoins plus fréquemment que les instances inférieures examinent le Pacte, alors que les instances supérieures et particulièrement la Cour suprême l'ignorent ensuite⁷²⁰.

592. Dans la mesure où les juridictions se montrent réticentes à élargir les droits de la Charte grâce aux Pactes, une partie de la doctrine propose de considérer ceux-ci comme instaurant un <standard minimum> que ces juridictions s'engageraient à respecter⁷²¹. Certains auteurs proposent même de définir ce <standard minimum> à l'aide de la CEDH aussi⁷²².

en cas d'abus, d'examiner en fonction de la Charte la manière dont s'instruit au Canada la demande d'extradition ainsi que les modalités de la remise du prévenu.

⁷¹⁹ *R. c. Milne*, (1987) 2 R.C.S. 512.

⁷²⁰ Voir notamment l'arrêt *R. C. Videoflicks Ltd.*, (1984) 14 D.L.R. (4th) 10 (Ont. C.A.) (Cf. n. 688) où le Juge Tarnopolsky analyse l'art. 18 du Pacte II, lequel est ensuite passé sous silence dans le recours à la Cour suprême (*Edwards Book and Art Ltd. c. La Reine*, (1986) 2 R.C.S. 713). Ceci n'est pas sans nous rappeler l'arrêt *Quebec Association of Protestant School Boards* (déjà cité à la n. 704) où les jurisprudences européenne et suisse sont invoquées par les plaignants, sans que la Cour s'y arrête.

⁷²¹ Ceci est notamment la position de Turp et de Woehrling.

⁷²² Le Bel est de ceux-ci et motive sa position de façon convaincante: « Nous croyons néanmoins qu'il est opportun de ne pas limiter notre proposition (d'instaurer un standard minimal) aux seules conventions internationales que le Canada a ratifiées. Sinon, il faudrait, par exemple, accorder à un instrument comme le Pacte international relatif aux droits civils et politiques un rôle plus déterminant dans l'interprétation de la Charte qu'à la CEDH, et ce, du fait que le Canada n'a pas ratifié cette dernière. Or, il s'agit d'un traité régional (limité aux pays du continent européen) auquel le Canada ne peut même pas adhérer: l'apport de l'expérience européenne à la protection des droits fondamentaux n'est pas d'une pertinence moindre du fait que le Canada ne peut y adhérer. Le texte plus ancien de la CEDH (1950), et les nombreuses interprétations auxquelles il a donné lieu seraient alors réduits à un statut inférieur même si la CEDH a servi, au même titre que le Pacte, de <source> ou à tout le moins d'arrière-plan à la Charte. »; INTERPRETATION, p.763. Dans cette perspective, cet auteur propose la présomption suivante: « Lorsque l'on doit interpréter la Charte, l'on doit présumer que celle-ci accorde à tout le moins une protection aussi grande que les dispositions similaires

La jurisprudence a pourtant jusqu'à présent déçu les tenants de ce <standard minimum>, qu'elle s'est toujours refusé à reconnaître et donc a fortiori à définir.⁷²³

593. Quoi qu'il en soit de la reconnaissance formelle d'un <standard minimum> issu du droit international et qu'il faudrait encore définir matériellement, il est souhaitable qu'un Etat comme le Canada, qui figure parmi les démocraties avancées, contribue activement à la mise en oeuvre effective des droits internationaux de la personne dans son ordre juridique interne. A cet égard, nous ne saurions trop enjoindre aux autorités judiciaires de ne pas prendre exemple sur les juges qui ont tranché l'affaire du Public Service Act⁷²⁴. Dépassant la seule perspective nationale - ce qui est en soit louable -, ils admettent une restriction à la liberté d'association au motif que cette liberté est totalement supprimée dans les régimes totalitaires. Ce raisonnement étonnant - qui vise somme toute à dire qu'«au pays des aveugles, le borgne est roi» - reste fort heureusement isolé. Nous aimerions mieux voir ignoré le droit comparé

d'instruments internationaux (ratifiés ou non par le Canada). » ; INTERPRETATION p.765.

⁷²³ Les atermoiements de la position minoritaire dans l'arrêt *Re Public Service Employee Relations Act*, (1987) 1 S.C.R. 313, avaient donné un espoir resté sans suite. La liberté d'association de l'art. 2d) de la Charte y protégeait le droit de citoyens de s'engager collectivement dans certaines activités licites, mais ne protégeait pas les buts d'une association ni les moyens mis en oeuvre pour les atteindre. Le droit de grève n'était dans cette perspective pas inclus dans l'art. 2d). La Cour suprême rejoignait ici l'interprétation donnée par le Comité des droits de l'homme sur l'art. 22 du Pacte II, lequel ne comprenait pas le droit de grève. Ce Comité avait du reste eu l'occasion de le dire très clairement dans une affaire canadienne en déclarant irrecevable une communication dans laquelle le syndicat des employés provinciaux de l'Alberta (n° 118/1982) revendiquait ce droit de grève comme corollaire de la liberté d'association. Dans son article, M. Le Bel (INTERPRETATION, p. 757-759) expose ces « hésitations à l'endroit du droit international ». Reprenant des extraits du Juge en chef Dickson, il montre comment ce dernier, après avoir posé le principe que le droit international des droits de la personne doit jouer un rôle dans l'interprétation de la Charte, se rétracte partiellement en niant que les juges soient liés par ce droit international.

⁷²⁴ Cette affaire, résumée à la n. 723, jugeait de la compatibilité d'une loi de l'Alberta, interdisant le recours à la grève et imposant un arbitrage en cas d'impasse dans la négociation collective, avec l'art. 2d) de la Charte.

qu'employé à cette fin⁷²⁵. Nous verrions ainsi plus positivement se généraliser l'approche élégamment résumée par Turp⁷²⁶, à savoir que l'homo canadiensis devient un homo universalis dès qu'il est question de droits de l'homme.

5.4.8. *Solutions de la doctrine*

594. La jurisprudence semblant stagner sur ses positions fixées durant les années 80 - la section suivante l'illustrera avec des arrêts des années 90 -, nous en sommes réduits à chercher des impulsions innovatrices dans la doctrine. Face à un système jurisprudentiel peu enclin à accorder aux textes internationaux une place plus importante que celle de simple accessoire à l'interprétation de la Charte, il devrait revenir aux auteurs de stimuler les juges. Voyons donc ce que les premiers préconisent, ou du moins dans quel sens ils cherchent à influencer les seconds.

595. La doctrine - prompt à critiquer le conservatisme de la Cour suprême et à encourager des références plus fréquentes et surtout plus audacieuses au droit international - avance des embryons de solutions qui nous semblent quelque peu décevants. En dehors de quelques recommandations pour une approche méthodologique, qui restent finalement bien formelles et traditionnelles, les auteurs ne se penchent malheureusement que très peu sur l'évolution matérielle de leur droit. Nous regrettons, à titre d'exemple, qu'aucun d'eux ne se risque à revendiquer telle ou telle extension précise de tel ou tel droit. Ils se limitent trop souvent à la seule exigence du « plus de place pour le droit international ».

⁷²⁵ Cet usage aveugle du droit comparé nous rappelle la <tyrannie de la majorité> dénoncée par certains (cf. n. 703). A quoi bon utiliser cette technique pour la simple raison que la technique est louable alors que le résultat peut être désastreux ?

⁷²⁶ Daniel TURP - Gérald A. BEAUDOIN, *Perspectives canadiennes et européennes des droits de la personne*, 1984.

596. Alors que Turp⁷²⁷ et Le Bel⁷²⁸ proposent chacun un ordre chronologique dans lequel les cours devraient appréhender les sources d'interprétation, Cohen-Bayefsky propose un système qui nous convainc un peu plus. Ces derniers entendent en effet instaurer différents niveaux au sein même du droit international, en fonction du rapport - plus ou moins étroit - de ces normes avec celles de la Charte⁷²⁹. Quoi qu'il en soit de ces suggestions, il nous paraît illusoire de penser que le droit international aura un impact concret plus important par le seul fait de l'examiner avant les autres sources. La différence entre les méthodes est formelle et procédurale. Elle ne paraît pas devoir modifier la perception qu'ont les juges du contenu matériel des textes internationaux et de la mesure dans laquelle ceux-ci peuvent enrichir la Charte.
597. Pour preuve de ceci, référons-nous brièvement à l'attitude des juges suisses. La jurisprudence suisse suit souvent un ordre établi, où le droit international et les Pactes sont analysés après le droit national et la CEDH, sans que cela ne les dévalorise en aucun cas. L'ordre dans lequel les textes sont examinés, sans être aléatoire, ne préjuge pas de leur apport matériel. Si le Tribunal fédéral décide de ne pas se fonder sur les

⁷²⁷ Turp souhaite un agencement suivant au sein du droit international: traités internationaux liant le Canada - jurisprudence des organes de ces traités - droit coutumier et principes généraux du droit - conventions régionales et leur jurisprudence (textes ne liant pas le Canada, ex. la CEDH). Voir Turp, DIPU-CHARTE, p. 403-404.

⁷²⁸ Le Bel s'insurge contre l'ordre établi par la jurisprudence qui relègue souvent le droit international en appendice. Il souhaite voir abandonné le quadruple ordre suivant: fondement historique, Comité judiciaire du Conseil privé, sources anglaises - jurisprudence et législation canadienne - jurisprudence américaine - éventuellement droit international. Voir Le Bel, INTERPRETATION, p. 752.

⁷²⁹ Cohen-Bayefsky (CANADIAN CHARTER) proposent les catégories suivantes:

- i) les parties de la Charte pouvant être vues comme incorporant le droit international (spécialement le Pacte II même si cela n'est pas explicité), notamment les art. 15 al. 1 Charte et 26 Pacte II, 24 al. 1 Charte et 2 al. 3 Pacte II.
- ii) les textes internationaux liant le Canada, mais qu'il n'a pas incorporés par une loi et qui vont dès lors aider à l'interprétation, notamment des art. 1, 2 (avec art. 22 al. 1 Pacte II), 11 (avec art. 15 al. 1 Pacte II), art. 15 al. 2 et 28 de la Charte.
- iii) les instruments internationaux auxquels le Canada n'est pas partie (surtout la CEDH et sa jurisprudence dans la perspective de délimiter le concept de société <libre et démocratique>).

Pactes, c'est pour des motifs juridiques et non pour le simple fait de les avoir appréhendés après les autres sources.

598. Les suggestions timides de la doctrine canadienne restent ainsi très décevantes. Les auteurs seraient bien inspirés de pousser plus clairement la jurisprudence et spécialement la Cour suprême à octroyer aux textes internationaux la place de choix qu'ils méritent. A défaut de quoi il y a peu de chances de la voir abandonner son immobilisme.

5.4.9. Jurisprudence récente confirmant le mouvement des années 80

599. Comme nous l'avons longuement expliqué au début de cette étude jurisprudentielle⁷³⁰, les arrêts plus récents ne font que confirmer des positions établies surtout en rapport avec la Charte de 1982. Cet état de fait a justifié que notre attention soit principalement tournée vers les arrêts de base de cette époque. Il n'est cependant pas sans intérêt d'évoquer brièvement certaines des décisions des années 90 pour constater que ce qui a été dit durant les années 80 reste intégralement valable. Le lecteur trouvera dans les pages suivantes des extraits - et parfois le résumé - de quelques arrêts sélectionnés.
600. Notre premier exemple tend à établir, si besoin en est encore, que l'attitude des juges face au droit international et particulièrement face aux Pactes est demeurée très réservée. Dans l'affaire O'Connor⁷³¹, il est simplement fait allusion à certains textes internationaux, sans que n'en soit tirées de conséquences substantielles: « A similar (i.e.: similaire à la Charte) broad approach to the notion of liberty has been taken in the USA. (...) The United States Supreme Court affirmed that <liberty> was a <broad and majestic term> and that <in a Constitution for a free people, there can be no doubt that the meaning of <liberty> must be broad indeed>. More significant for our purposes, the right to privacy was expressly found to reside in the term <liberty> in the 14th Amendment. In a similar vein, the right to personal privacy has also received recognition in international documents such as article 17 of the

⁷³⁰ Cf. 5.4.1. Remarques préliminaires, § 542 ss.

⁷³¹ O'Connor c. La Reine, (1995) 130 D.L.R. (4th) 235.

International Covenant on Civil and Political Rights, article 12 of the Universal Declaration of Human Rights and article 8 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms »⁷³². L'interprétation américaine de la notion de liberté et la protection internationale de la vie privée justifient donc une interprétation large au Canada.

601. Non seulement les juges passent très rapidement sur les textes internationaux, mais surtout l'attention qu'ils accordent au droit comparé, spécialement au droit de leur voisin américain, est nettement plus marquée. Dans l'arrêt *Mooring*⁷³³, ils se contentent de citer les dispositions adéquates des instruments internationaux et de relever sans s'étendre que le droit canadien les respecte⁷³⁴. Leur raisonnement en droit canadien est en réalité plus conforté par une comparaison exhaustive avec la situation américaine⁷³⁵, qui diffère en l'occurrence de la solution souhaitable au Canada.
602. La décision dans les deux précédents arrêts est ainsi fondée principalement sur la Charte canadienne et sur le droit comparé, les Pactes n'étant mentionnés qu'à titre de confirmation annexe. Leur position ne se trouve pas non plus améliorée lorsqu'ils complètent la Charte seule. Dans ces cas également, les Pactes ne sont guère plus qu'un argument supplémentaire allant dans le sens de ce que les juges avaient déjà déterminé sur la base du droit national. Ainsi, dans l'arrêt

⁷³² Cf. arrêt p. 288 s.

⁷³³ Dans cette affaire, un homme avait été condamné à neuf années de prison et libéré sous condition après six ans. Un an après sa libération, il est accusé d'avoir cambriolé une maison, les policiers ayant trouvé les armes et outils nécessaires dans sa camionnette ainsi qu'une partie du butin. Le prévenu nie toutes les accusations, qui reposent sur des indices obtenus en violation de la Charte. Il en réclame et en obtient le retrait du dossier (art. 24 al. 2 Charte). *Mooring v. Canada*, (1996) 132 D.L.R.(4th) 56.

⁷³⁴ « Section 24(1) establishes the right to a remedy as the foundation stone for the effective enforcement of Charter rights. This is consistent with art. 8 of the Universal Declaration of Human Rights and with art. 2(3) of the International Covenant on Civil and Political Rights. » ; *Mooring v. Canada*, (1996) 132 D.L.R.(4th) 56, 76.

⁷³⁵ Cf. p. 91 à 93 de l'arrêt.

Zundel⁷³⁶, les instruments internationaux ne servent qu'à justifier l'existence et renforcer le but de l'art. 181 du code pénal canadien qui permet de punir les négations historiques⁷³⁷, alors que dans l'arrêt Finta⁷³⁸, l'article 11g et la rétroactivité ciblée qu'il autorise s'accorde avec l'art. 15 du Pacte II⁷³⁹.

⁷³⁶ Le prévenu Zundel avait publié un pamphlet négationniste-révisionniste intitulé <Did Six Million Really Die?>. Cette publication est prohibée par l'art. 181 du Code pénal canadien (Criminal Code), lequel prévoit que toute personne qui publie un fait, une histoire ou des nouvelles qu'il sait faux et qui cause ou peut causer une atteinte à l'intérêt public est passible d'une peine de prison, d'au maximum deux ans. Zundel conteste la constitutionnalité de cette disposition, dans la mesure où elle est contraire à l'art. 2b de la Charte (liberté d'opinion et d'expression). La C.S.C rejette son argumentation, l'art. 181 poursuivant un but autorisant une restriction à cet art. 2b de la Charte au sens de l'art. 1^{er} de la Charte. R. v. Zundel, (1992) 95 D.L.R. (4th), 202.

⁷³⁷ « Canada is a signatory to two relevant international instruments, the UN International Covenant on Civil and Political Rights and the International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination. Both documents provide the advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence shall be prohibited by law. These instruments serve to emphasize the important objective of section 181 (of the Criminal Code) in preventing the harm caused by calculated falsehoods which are likely to injure the public interest in racial and social tolerance »; R. v. Zundel, (1992) 95 D.L.R. (4th), 202, 230.

⁷³⁸ L'accusé Finta est jugé pour ses activités pro-nazi durant la Deuxième guerre mondiale en Hongrie. Il y avait notamment occupé la fonction d'officier supérieur dans un camp de concentration d'où furent déportés des Juifs. Pour sa défense, il invoque notamment des arguments de procédure. Selon lui, les dispositions du code pénal canadien ne sauraient s'appliquer à des actes commis en Hongrie à cette époque. La Cour rejette ces griefs liés à l'extraterritorialité et à la rétroactivité. R. v. Finta, (1992) 92 D.L.R. (4th) 1.

⁷³⁹ « Moreover, section 11g of the Charter accords with art. 15 of the International Covenant on Civil and Political Rights, which binds Canada in international law since ratification by Canada in 1976. Article 15 provides: <Citation de cet article 15 Pacte II>. Therefore, the legislation in question in this appeal does not contravene Charter s. 7, merely because it gives retrospective extraterritorial operation to Canadian criminal law in existence at the time of the acts of concern to this case took place. »; R. v. Finta, (1992) 92 D.L.R. (4th) 1, 63-64. Il est à remarquer que les juges canadiens considèrent ici l'obligation découlant de la ratification du Pacte II comme une obligation en droit international et non pas une

603. Les textes internationaux, à côté de leurs droits substantiels, sont surtout utiles pour cerner les restrictions admissibles au sens de l'art. 1^{er} de la Charte. Ils aident à définir le premier élément du test préconisé dans l'arrêt *Oakes*⁷⁴⁰, à savoir celui de la nécessité de la restriction dans une société libre et démocratique au sens de la communauté internationale : « As to factor (1), the international community, the International Covenant on Civil and Political Rights entrenches the right to freedom of expression. Article 20 requires countries to prohibit <any advocacy of national, racial or religious hatred that constitutes incitement to discrimination, hostility or violence>. The International Convention on the Elimination of all Forms of Racial Discrimination recognizes that racism cannot be eliminated without dealing with racist expressions. Participating countries are committed to eradicating <all incitement to> discrimination. Also, the European Convention on the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms protects freedom of expression, but also creates exceptions for the <protection of the rights of reputations of others> »⁷⁴¹.
604. Se référant aussi à la CEDH, les juges estiment dans l'affaire de la *Children's Aid Society*⁷⁴² que les textes internationaux peuvent contribuer à cerner la notion de droit à la liberté de l'art. 7 de la Charte. Ayant inspiré la Charte mais sans que l'on sache quel poids il faut réellement lui accorder, le droit international des droits de l'homme

obligation en droit national, une telle obligation découlant seulement d'une loi d'incorporation. Il s'agit là d'une expression du dualisme canadien.

⁷⁴⁰ Cf. n. 712.

⁷⁴¹ *Saskatchewan (Human Rights Commission) v. Bell*, (1991) 88 D.L.R. (4th) 71, 88-89. Monsieur Bell commercialise dans son magasin des petits autocollants représentant des personnages noirs, indiens ou orientaux caricaturés, au centre d'un cercle rouge barré en diagonale. Ce symbole (cercle rouge avec un trait diagonal également rouge) est communément compris comme une interdiction. Des consommateurs se plaignent de ce que ces autocollants violent l'art. 14 du Code des droits de l'homme du Saskatchewan. Cet art. 14 interdit assez largement toutes les publications offensant la dignité d'une personne ou d'un groupe de personnes, notamment pour des motifs liés à la race. C'est en vain que Monsieur Bell tente de continuer son activité au nom de la liberté d'opinion et d'expression de l'art. 2b de la Charte.

⁷⁴² *B. et al. c. Children's Aid Society of Metropolitan Toronto et al.; Attorney-General of Canada et. al., Interveners*, (1995) 122 D.L.R. (4th) 1.

confirme le raisonnement développé à partir du droit canadien seul. Il ne fonde néanmoins pas les conclusions du juge : « The approach that I am adopting also appears to me to be supported by the international human rights instruments on which the framers of our Charter drew extensively. (...) With the exception of the fact that this article (9 al. 1 Pacte II) does not set forth the right to life (which is provided for in article 6 of the Covenant) this passage is strikingly similar to what we find in article 7 of the Charter. (...) For the purposes of this appeal, I am in no way suggesting that I am basing my conclusion on the interpretation given to article 9 of the International Covenant on Civil and Political Rights or article 5 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms. I am fully aware that the weight to be given to the foregoing may be uncertain, but nevertheless I believe that it provides an additional indication, at least, of the scope that the framers of the Charter may have intended to give to the expression <right to liberty> in the context of article 7 »⁷⁴³.

605. Dans l'arrêt *Canepa*⁷⁴⁴, le Pacte II et la jurisprudence de la CEDH n'apportent rien de plus que la Charte, mais leur examen a lieu séparément ce qui augmente leur importance formelle. Les juges se demandent si l'expulsion contestée est également autorisée par les instruments internationaux, qu'ils soient conventionnels ou jurisprudentiels⁷⁴⁵. Ils y donnent la justification de l'appel à un texte, et

⁷⁴³ Cf. arrêt p. 24 s., particulièrement le Juge La Forest.

⁷⁴⁴ Le recourant est ici un Italien venu au Canada à l'âge de cinq ans. Il n'a jamais demandé la nationalité canadienne. Dès l'adolescence, il est devenu dépendant de diverses drogues et a commis un nombre important de délits pour obtenir les ressources financières nécessaires. Ces faits sont suffisants pour justifier son expulsion, laquelle n'est jugée par la C.S.C. ni contraire à la liberté et la sécurité de la personne (art. 7 Charte), ni constitutive d'un traitement cruel, inhumain ou dégradant (art. 12 Charte). *Canepa v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, (1992) 93 D.L.R. (4th) 589.

⁷⁴⁵ « The appellant also buttressed his argument by an appeal to art. 7 of the International Covenant on Civil and Political Rights, a convention which Canada has ratified, and to the jurisprudence under the European Convention for Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms : *Berrehab* (1987), *Djeraud* (1990) and *Moustaquim* (1989) decided by the European Court of Human Rights. Canada is not a party to the European Convention, but presumably decisions of the European Court on a human rights charter similar to Canada's have some

de surcroît à la jurisprudence d'un texte, qui ne lie pas le Canada. Ce sont les similarités entre la Charte canadienne et la CEDH qui rendent cette dernière <persuasive> dans le contexte canadien.

606. Au vu des extraits que nous avons cités, la jurisprudence des années 90 est dans la parfaite ligne de ce que la Cour Suprême du Canada avait développé durant la décennie précédente : prudente et ignorant (ou reléguant) les Pactes au second plan, celui d'une éventuelle aide à l'interprétation. Les juges ne se montrent guère plus audacieux et certaines questions posées naguère n'ont toujours pas été tranchées. Ainsi en va-t-il notamment de celle de savoir si les droits économiques les plus fondamentaux sont sous-jacents à l'art. 7 de la Charte. Nous en voulons pour preuve l'arrêt *Rehberg*⁷⁴⁶, où la question resurgit et y reçoit la réponse tâtonnante donnée par le juge Dickson dans l'arrêt *Irwin Toy* (1989)⁷⁴⁷.

persuasive value. » ; *Canepa v. Canada* (Minister of Employment and Immigration), (1992) 93 D.L.R. (4th) 589, 597.

⁷⁴⁶ Une femme - mère célibataire de six enfants - recevait des allocations familiales, jusqu'au jour où l'administration apprend qu'elle a hébergé durant quelques mois un homme qui n'a pas contribué à ses dépenses ménagères. L'administration lui demande de rembourser une partie de l'aide reçue, dans la mesure où elle n'y avait pas droit. En effet, dans les conditions de l'octroi des allocations familiales en cause figure une clause spécifiant que le droit disparaît dès que la femme cohabite avec un homme (*man-in-the-house rule*). Madame *Rehberg* dénonce l'inconstitutionnalité de cette norme. La C.S.C. lui donne raison sur le plan de l'égalité (il n'y a pas de pendant de cette règle pour les hommes recevant cette aide - *spouse-in-the-house rule* - et elle est arbitraire dans le sens qu'elle prend en compte la seule cohabitation avec un homme et non sa participation aux frais). La Cour ne tranche dès lors pas le deuxième argument qui cherchait à faire entrer dans l'art. 7 de la Charte des droits économiques fondamentaux de survie. *R. v. Rehberg*, (1994) 111 D.L.R. (4th) 336.

⁷⁴⁷ « What is immediately striking about this section 7 of the Charter is the inclusion of <security of the person> as opposed to <property>. This stands in contrast to the classic liberal formulation, adopted, for example, in the Fifth and the Fourteenth Amendments in the American Bill of Rights, which provide that no person shall be deprived <of life, liberty or property, without due process of law>. The intentional exclusion of property from section 7, and the substitution thereof of <security of the person> has, in our estimation, a dual effect. First, it leads to a general inference that economic rights as generally encompassed by the term <property> are not within the perimeters of the section 7 guarantee. This is not to declare, however, that no right with an economic component can fall within <security of the person>.

Lower courts have found that the rubric of <economic rights> embraces a broad spectrum of interests, ranging from such rights, included in various international covenants, as right to social security, equal pay for equal work, adequate food, clothing and shelter, to traditional property - contract rights. To exclude all of these at this early moment in the history of the Charter interpretation seems to us to be precipitous. We do not, at this moment, choose to pronounce upon whether those economic rights fundamental to human life or survival are to be treated as though they are of the same ilk as corporate-commercial economic rights.» ; R. v. Rehberg, (1994) 111 D.L.R. (4th) 336, 365.

1408

6. Comparaison des mises en oeuvre des Pactes en Suisse, en Allemagne et au Canada

6.1. Données relatives aux Pactes

6.1.1. Rappel

6.1.1.1. En Suisse (§ 95-103)

607. * Adhésion au Pacte I: 18 juin 1992; entrée en vigueur: 18 septembre 1992.

Réserves au Pacte I: néant.

* Adhésion au Pacte II: 18 juin 1992; entrée en vigueur: 18 septembre 1992.

Réserves au Pacte II: huit clauses ont été interprétées; à savoir, les art. 10 al. 2 lit. b, 12 a. 1, 14 al. 1, 14 al. 3 lit. d et f, 14 al. 5, 20, 25 lit. b et 26.

* Déclaration de reconnaissance de la compétence du Comité des Droits de l'Homme pour recevoir des communications étatiques (art. 41 Pacte II): 18 juin 1992.

* Requêtes étatiques contre la Suisse: néant.

* Premier protocole facultatif (plaintes individuelles): pas de ratification.

* Deuxième protocole facultatif, relatif à l'abolition de la peine de mort: la Suisse y a adhéré le 16 juin 1994; entrée en vigueur: 16 septembre 1994.

* Rapports périodiques: rapport initial sur chaque Pacte, rédigé pour Pacte I et présenté pour Pacte II (1996).

6.1.1.2. En Allemagne (§ 268-271)

608. * Ratification du Pacte I: le 17 décembre 1973; entrée en vigueur: 23 mars 1976.
- * Réserves au Pacte I: néant.
 - * Objection aux réserves formulées par l'Algérie.
 - * Ratification du Pacte II: le 17 décembre 1973; entrée en vigueur: 23 mars 1976.
 - * Réserves au Pacte II: déclaration interprétative pour six dispositions du Pacte II, à savoir les art. 19, 21, 22, 14 al. 3 lit. d, 14 al. 5 et 15 al. 1.
 - * Objection aux réserves formulées par l'Algérie, par Trinité-et-Tobago et par la République de Corée.
 - * Déclaration de reconnaissance de la compétence du Comité des Droits de l'Homme pour recevoir des communications étatiques (art. 41 Pacte II): 28 mars 1979.
 - * Requêtes étatiques contre l'Allemagne: néant.
 - * Premier protocole facultatif (plaintes individuelles): ratification le 21 décembre 1992, entrée en vigueur : 21 mars 1993.
 - * Plaintes individuelles contre l'Allemagne: néant.
 - * Deuxième protocole facultatif, relatif à l'abolition de la peine de mort: ratifié le 18 août 1992; entrée en vigueur : 18 novembre 1992.
 - * Rapports périodiques: quatre sur le Pacte II et selon les obligations du Pacte I.

6.1.1.3. Au Canada (§ 465-473)

609. * Ratification du Pacte I: 19 mai 1976; entrée en vigueur: 19 août 1976.
- * Réserves au Pacte I: néant.
 - * Ratification du Pacte II: 19 mai 1976; entrée en vigueur: 19 août 1976.
 - * Réserves au Pacte II: néant.
 - * Déclaration de reconnaissance de la compétence du Comité des Droits de l'Homme pour recevoir des communications étatiques (art. 41 Pacte II): 20 septembre 1979.
 - * Requêtes étatiques contre le Canada: néant.

- * Premier protocole facultatif (plaintes individuelles): ratifié le 19 mai 1976; entrée en vigueur: 19 août 1976.
- * Plaintes individuelles contre le Canada: environ une soixantaine, dont plusieurs condamnations avec un grand retentissement.
- * Deuxième protocole facultatif, relatif à l'abolition de la peine de mort: pas ratifié.
- * Rapports périodiques: cinq relatifs au Pacte I (de 1982 à 1993) et quatre relatifs au Pacte II (de 1980 à 1990).

6.1.2. Comparaison

610. Du point de vue de la précocité de l'entrée en vigueur des Pactes, nos trois Etats de référence se divisent clairement en deux groupes. D'une part, les adhérents de la première heure que sont l'Allemagne et le Canada et, d'autre part, le retardataire qu'est la Suisse. De 1976 pour les deux premiers à 1992 pour le dernier, près de deux décennies se sont écoulées.
611. Un des immenses avantages de la Suisse dans ces circonstances est de pouvoir bénéficier de l'expérience de ses prédécesseurs, de pouvoir tirer les leçons de leurs réussites et manquements. D'un autre côté, ses partenaires exigeront - peut-être sans le dire - qu'elle se mette rapidement à leur niveau. La Suisse ne pourra pas compter sur la tolérance que l'on affiche parfois face à des nouveaux venus qui ont consenti un grand effort pour se joindre au mouvement commun dès son origine. Dans la mesure où elle a tant tardé, tout en étant intégrée dans un système de protection des droits de l'homme parallèle et efficace (le Conseil de l'Europe et la CEDH), nous ne serions pas étonnés si le Comité des droits de l'homme se montrait spécialement sévère dans l'examen des rapports périodiques de la Suisse. Il l'a du reste été lors du premier examen.
612. S'ajoute au fait d'avoir eu le temps une notion si impalpable qu'il est presque déplacé de soupçonner le Comité d'en tenir compte, celle de l'image d'une Suisse - et plus largement des pays occidentaux en général - respectueuse des droits fondamentaux. Sans oser reprocher au Comité d'user de poids et de mesures différents selon les Etats en cause, il nous semble évident, et même défendable, de durcir les exigences pour des

Etats qui partent d'un niveau déjà très élevé. Dans le cas contraire, notamment si le Comité se contentait du seul respect du <minimum des minima>, puis cessait ses critiques, nombre d'Etats - dont font également partie l'Allemagne et le Canada - rempliraient vite les conditions. Il n'est donc à nos yeux pas choquant que le Comité attende plus des uns que des autres, et ce d'autant plus si l'Etat bâtit sa politique des droits de l'homme sur une vingtaine⁷⁴⁸, voire une quarantaine⁷⁴⁹ d'années d'expérience au sein d'un ordre aussi efficace et contraignant que celui du Conseil de l'Europe.

613. Les réticences affichées par le Canada lors des travaux préparatoires à la DUDH, puis aux Pactes, étaient liées à l'absence d'une clause fédérative dans ces textes. Confronté à des velléités de sécession inexistantes dans nos deux autres Etats également fédéraux, le Canada craignait que ces textes, trop imposés par le centre, ne les accentuent encore plus. En outre, il souhaitait garder une certaine souplesse dans l'application des Pactes, en fonction de la province concernée, ou même en fonction de la minorité visée.
614. Finalement, la technique employée au Canada pour préserver l'autonomie des provinces (dissociation entre les compétences de conclusion et de mise en oeuvre - ou plutôt d'intégration dans l'ordre interne - des textes internationaux) posait le problème de l'éventuelle responsabilité de l'Etat central pour le fait de ses provinces sur lesquelles il n'a pas d'emprise directe. Résultat de cette organisation des compétences qui n'a pas été juridiquement remise en cause de façon contraignante, un texte imposant aux différents niveaux de l'Etat une procédure de consultation a été adopté. Ce texte institutionnalise en quelque sorte les échanges entre le centre et les entités. Y sont notamment créées les conditions d'un dialogue, dont le but est d'éviter - par la mise en place d'organes et de procédures adaptés - les dissensions entre le centre et les entités.

⁷⁴⁸ La Suisse a ratifié la CEDH - et dans le même temps accepté la juridiction obligatoire de la Cour européenne des droits de l'homme - le 28 novembre 1974, avec entrée en vigueur le même jour.

⁷⁴⁹ L'Allemagne a ratifié la CEDH et accepté la juridiction obligatoire de la Cour de Strasbourg le 5 décembre 1952, avec entrée en vigueur le 3 septembre 1953.

615. Il est intéressant de constater que l'Allemagne et la Suisse n'ont pas d'inquiétudes semblables. En effet, ces deux Etats intègrent le droit international au niveau de leur droit fédéral, lequel s'impose alors à leurs entités (art. 31 GG et art. 2 disp. trans. Cst. féd.⁷⁵⁰). Les Etats européens ont plutôt élevé contre la conclusion des Pactes le danger d'un cumul avec les droits et surtout avec la procédure mise en place par la CEDH.
616. S'agissant de la ratification et de l'adhésion au Premier Protocole additionnel au Pacte II, les attitudes respectives de nos Etats de référence sont des plus instructives quant à leur façon d'aborder les droits de l'homme.
617. Pour le Canada, accepter que les individus puissent se plaindre individuellement devant le Comité des droits de l'homme semblait aller de soi. C'est ainsi que le Protocole facultatif a été ratifié et est entré en vigueur en même temps que les Pactes. N'étant impliqué dans aucun système international contrôlant de manière plus ou moins contraignante l'application des droits fondamentaux, cet Etat ne pouvait craindre un éventuel cumul avec d'autres procédures, ni du reste une collision matérielle avec d'autres droits, de niveau international s'entend.
618. Plus que tout autre Etat, le Canada est d'ailleurs devenu une sorte de laboratoire des plaintes individuelles, puisque pas moins d'une soixantaine de ces plaintes ont été déposées contre lui. Dans un certain nombre de cas dont nous débattons plus bas⁷⁵¹, sa condamnation par les instances de New York l'a contraint à modifier son ordre interne.
619. La situation est toute autre pour les Etats membres du Conseil de l'Europe. Tant en Allemagne qu'en Suisse existait une méfiance à l'égard des Pactes, méfiance qui s'est traduite par une attente plus ou moins longue avant de s'engager. La raison principale est commune aux deux Etats: le cumul avec les institutions du Conseil de l'Europe. Or, si

⁷⁵⁰ Art. 31 GG, Vorrang des Bundesrechtes:

« Bundesrecht bricht Landesrecht. ».

Art. 2 disp. trans. de la Cst. féd.:

« Les dispositions des lois fédérales, des concordats ou des constitutions ou des lois cantonales contraires à la présente constitution cessent d'être en vigueur par le fait de l'adoption de celle-ci ou de la promulgation des lois qu'elle prévoit. ».

⁷⁵¹ Cf. 6.2.3. Valeur et effets juridiques des décisions et arrêts internationaux, § 753 ss.

le système de Strasbourg a exacerbé, dans les deux Etats, les réticences face au système de New York, celles-ci ne se sont pas manifestées de la même manière.

620. L'Allemagne n'a pas semblé voir dans son double engagement européen et universel un obstacle à la ratification des textes incluant les droits matériels. Seul le parallélisme des procédures a semblé l'inquiéter, si bien que ce n'est que vingt ans après son acceptation du droit matériel des Pactes que l'Allemagne a reconnu la compétence du Comité des droits de l'homme pour connaître des plaintes individuelles (1973-1993). Ce n'est qu'une fois rassurée sur le fait que la procédure new-yorkaise ne risquait pas de noyer la procédure strasbourgeoise qu'elle a franchi le pas.
621. Les différents textes harmonisant ces deux procédures ne sont vraisemblablement pas étrangers à cette avancée⁷⁵². L'Allemagne n'a d'ailleurs pas encore été attaquée sur la base universelle, ce qui laisse à penser que les plaideurs - devant l'alternative de ces deux procédures qui s'excluent - privilégient la voie européenne, plus routinière, plus contraignante et plus efficace. Sans aller jusqu'à reprocher à la voie universelle de n'être que pure cosmétique, il est évident que les citoyens des Etats européens ont plus de chances de succès dans le système régional.
622. Dans la même perspective du cumul des procédures, la Suisse a pour l'instant renoncé à adhérer au Protocole facultatif du Pacte II. Au vu de l'expérience allemande, les autorités suisses se convaincront peut-être que ces soucis sont vains. Pour l'heure cependant, aucun mouvement vers une reconnaissance de cette compétence du Comité ne semble se dessiner sur l'encéphalogramme fédéral.
623. Cela dit, cette résistance - encore présente en Suisse et tardivement levée en Allemagne - prouve que le système de contrôle onusien aura bien des difficultés à s'imposer face à des procédures régionales qui ont

⁷⁵² Nous pensons surtout à la Déclaration que le Conseil de l'Europe a proposée aux Etats membres de faire lors de la ratification du Protocole - mentionné à la n. 120 -, qui permet de donner une priorité à la procédure CEDH. Cette priorité s'accorde du reste avec les dispositions du Pacte et du Protocole (notamment son art. 5 al. 2 lit. a qui pose une règle de litispendance). Voir aussi 2.4.4. Le contrôle dans les Pactes en relation avec le contrôle dans la CEDH, § 89 ss. et spécialement n. 113.

fait leurs preuves. Quand ils sont liés par un tel système, les Etats renoncent à la surveillance onusienne, jusqu'au moment où ils sont convaincus que cette surveillance sera d'impact moindre que celle du système régional plus intégré. Il n'en résulte ainsi qu'une amélioration formelle de la protection des droits de l'homme dans ces Etats.

624. Devant ces critiques acerbes, soulignons toutefois un aspect positif: lorsqu'un Etat - surtout s'il est réputé comme la Suisse ou l'Allemagne pour l'attention qu'il réserve aux droits fondamentaux - reconnaît la compétence du Comité des droits de l'homme, le crédit de ce dernier s'en trouve incontestablement augmenté. Et, dans un système où les sanctions ne sont que des recommandations, cet élément peut jouer de tout son poids. Une meilleure aura de ce Comité devrait surtout profiter aux citoyens des Etats qui ne bénéficient pas de la protection parallèle de niveau régional et pour lesquels la voie new-yorkaise est la seule ouverte en dehors des procédures nationales de contrôle des droits fondamentaux. Dans les Etats intégrés à un ordre régional, il y a fort à parier que les procédures <de proximité> auront la préférence des individus lésés.

625. Le retard suisse dans l'adhésion aux Pactes eux-mêmes, donc des droits matériels, tient lui à une double raison, dont la première se retrouve aussi dans l'attitude allemande de suffisance (ce que nous appelons le centrisme sur la Grundgesetz ou Habermas le « patriotisme constitutionnel »). Ce premier motif avancé pour renoncer aux Pactes peut se résumer dans la formule suivante: une peur du <double-emploi au rabais>. Les autorités fédérales suisses ont longtemps prétendu que face à la protection élevée des droits fondamentaux en droit national, les textes internationaux restaient bien en deçà. De ce fait, les ratifier était superflu et aucunement susceptible d'apporter une quelconque amélioration de la situation des particuliers. Pour éviter une soi-disant redondance⁷⁵³ dans un système considéré comme parfait, la Suisse s'excluait donc de l'effort international de protection des droits fondamentaux. Si elle a eu maintes occasions de prouver son attachement à ces valeurs de même que sa solidarité avec des Etats et des

⁷⁵³ Il est intéressant de relever que le Canada critique aussi la redondance de ces textes internationaux par rapport à son système national, mais il y réagit différemment. Le Canada ratifie ainsi les Pactes, tout en ne les appliquant pas spécifiquement et de façon autonome, ou alors que marginalement.

personnes en difficulté, nous n'en regrettons pas moins qu'elle refuse son soutien à un système dont le crédit dépend notamment de l'engagement des Etats les plus avancés.

626. Le même argument - de double-emploi au rabais - avait déjà servi pour reporter de vingt ans la ratification de la CEDH. Il suffit de regarder la jurisprudence abondante fondée sur ce texte, ainsi que l'impact qu'ont eu certaines condamnations par la Cour CEDH sur l'ordre interne suisse pour se rendre compte à quel point cette idée était erronée⁷⁵⁴. Cependant, si impact il y aura incontestablement pour les Pactes, il nous semble devoir rester bien en deça de celui de la CEDH, mais nous aurons l'occasion de nous y pencher tout au long de cette partie comparatiste. Pour résumer le premier point, nous dirons que la Suisse juge la protection octroyée par le niveau international trop étroite.
627. Le deuxième motif invoqué par la Suisse pour ne pas s'engager est tout à fait à l'opposé du premier qui mettait en avant la perfection de l'ordre national. En effet, elle juge dans certains cas la protection internationale trop large. Elle oppose alors une résistance surprenante à toute amélioration d'une faiblesse avérée dans certains domaines, faiblesse qui a empêché l'adhésion. Non pas sans doute parce que la Suisse ne souhaite pas éliminer les aspects moins reluisants de son système⁷⁵⁵, mais plutôt parce qu'elle entend le faire de son propre gré. Un esprit d'indépendance marqué a rendu le législateur et le constituant suisses très peu réceptifs aux injonctions venues de l'extérieur. Le sentiment domine que si une idée n'est pas venue de l'intérieur, elle n'est pas adaptée aux réalités de la Suisse.
628. Pour lier cet état d'esprit à celui de l'auto-suffisance, nous dirons que la Suisse sait que parfois elle est imparfaite, mais que ses idées sont seules parfaites pour changer sa propre imperfection. Après la vénération du

⁷⁵⁴ Cf. Rouiller, PACTE II, cité en n. 127.

⁷⁵⁵ Comme exemple de ce phénomène, nous mentionnerons la manière dont la Suisse avait éliminé une des principales entorses à la CEDH que son ordre interne contenait lors de la ratification de ce texte, à savoir l'absence d'égalité entre les sexes. Elle a refusé de gommer cette inégalité sur les seules injonctions de Strasbourg, préférant le changement au rythme qu'elle voulait. Si bien que cette violation grave d'un des droits essentiels de la CEDH a pu perdurer encore 7 années, entre l'entrée en vigueur de ce texte en 1974 et l'adoption de l'art. 4 al. 2 Cst. féd. en 1981.

système de protection des droits fondamentaux, il y a une vénération du changement helvético-suisse.

629. La méfiance observée en Suisse face à des solutions suggérées, voire imposées depuis l'extérieur, est - à tout le moins partiellement - le fruit de son manque d'expérience des systèmes supranationaux intégrés et contraignants. Il y a dans cet Etat une longue tradition de non-participation à toute organisation internationale, pour une multitude de raisons dont la notion de neutralité - qui est souvent avancée comme étant la principale. Or, une fois le premier pas franchi, il est remarquable que la Suisse suive scrupuleusement l'évolution du système international, en en acceptant toutes les contraintes et en ratifiant les textes complémentaires. Nous pouvons dire que si elle tarde parfois à se joindre au mouvement, elle figure ensuite parmi ceux des Etats qui jouent le mieux le jeu.
630. Quoique cela ne l'ait pas empêché de ratifier rapidement les Pactes, le Canada se montre lui également très méfiant face à des textes internationaux. La jurisprudence de cet Etat met un accent évident sur le droit comparé, avec comme référence le droit national étranger plutôt que le droit international conventionnel. De surcroît, ses liens privilégiés avec son voisin américain le poussent à trouver ses références dans cet ordre très proche, et non pas dans un ordre international parfois évasif. Formellement les Pactes n'en souffrent pas puisqu'ils y sont en vigueur, matériellement ils restent bien peu fidèlement appliqués tant il y est rarement fait référence.
631. Au vu de ce qui précède, l'attitude de l'Allemagne - qui est bien sûr au bénéfice d'une expérience certaine des droits provenant du niveau international, grâce à la CEDH et surtout à l'UE - nous apparaît comme la plus honnête. Ni trop pressée de ratifier tous les textes (par exemple, ses réticences face aux plaintes individuelles), ni cloîtrée dans sa seule propre logique (quand bien même elle regarde sa Grundgesetz avec assurance), elle allie le mieux de nos trois Etats la volonté d'améliorer son système par l'apport de l'extérieur et celle de ne pas limiter cette amélioration à ratifier pour la forme seulement.
632. Des différences culturelles, aussi bien que l'appartenance ou non à une organisation régionale ayant également traité le problème de la peine de mort, influencent indéniablement le rapport de nos trois Etats au

Deuxième Protocole facultatif du Pacte II. Sans entrer en matière sur le fond d'un débat séculaire sur son abolition - débat qui s'est développé tant en Europe qu'en Amérique du Nord où il se caractérise aujourd'hui encore par sa virulence -, il est remarquable que les deux continents lui ont apporté une réponse opposée. Cela est d'autant plus étonnant que les droits fondamentaux - spécialement la liberté personnelle et l'intégrité physique - sont une priorité des deux côtés de l'Atlantique.

633. Plus que la seule idée que l'abolition de la peine de mort représente l'humanisme d'une société, les efforts déployés par le Conseil de l'Europe pour répandre cette idée ont convaincu la grande partie des Etats d'Europe continentale. En complément de la CEDH a ainsi été adopté un Protocole n° 6 concernant la peine de mort⁷⁵⁶. Etant en vigueur en Suisse et en Allemagne, il était logique et prévisible que ces deux Etats rejoignent très vite le Protocole onusien⁷⁵⁷. Outre le travail de conviction qui avait déjà été effectué par le Conseil de l'Europe, la certitude que ce nouveau texte ne faisait que répéter au niveau universel ce que leurs systèmes nationaux réciproques avaient déjà repris du droit régional a rejeté cette nouvelle ratification dans l'ombre.
634. Face à ce mouvement fort et organisé en Europe, la querelle qui sévit au Canada symbolise bien les résistances que les pays anglo-saxons en général ont face à l'abolition de la peine de mort⁷⁵⁸. Dans la mesure où l'idée de réintroduire la peine capitale revient périodiquement avec force dans cet Etat, la non-ratification du Protocole qui l'abolit laisse une plus grande marge de manoeuvre aux autorités canadiennes. En effet, s'engager face aux autres Etats à ne plus prononcer ni pratiquer une telle peine aurait presque définitivement écarté la possibilité d'y revenir un jour. Il semble que ni le gouvernement, ni le Parlement canadien n'osent imposer un tel point final à ce virulent débat.

⁷⁵⁶ Le protocole n° 6 a été adopté le 28 avril 1983 et est entré en vigueur le 1er mars 1985. La Suisse l'a ratifié le 13 octobre 1987, avec entrée en vigueur au 1er novembre 1987, et l'Allemagne l'a ratifié le 5 juillet 1989, avec entrée en vigueur au 1er août 1989.

⁷⁵⁷ Conclu le 15 décembre 1989 et entré en vigueur le 11 juillet 1991, ce Deuxième Protocole a vu l'adhésion de la Suisse le 16 juin 1994 et la ratification par l'Allemagne le 18 août 1992.

⁷⁵⁸ La Charte de 1982 et son art. 12 interdisant les châtements cruels et inusités s'opposerait selon certains auteurs aux velléités parlementaires à réintroduire la peine de mort. Voir Beaudoin, CST.CANADA, p. 654 et 756.

635. Pour ce qui est des réserves, seules la Suisse et l'Allemagne en ont émises. Elles sont le fait de l'exécutif - souvent appuyé par le législatif lors du processus d'acceptation des Pactes - et ne lient techniquement pas le judiciaire en Allemagne (alors que c'est le cas en Suisse, notamment parce que si elles sont le fait de l'exécutif, elles sont votées par le Parlement fédéral dont les actes sont immunisés - extension logique de l'immunité des traités de l'art. 113 al. 3 Cst. féd. aux réserves faites à ces traités). Cela dit, malgré cette indépendance des pouvoirs, rares sont les cas où les juges passeront outre et imposeront une solution que les gouvernants avaient exclue face aux partenaires internationaux.
636. Sans entrer dans le détail de ces réserves⁷⁵⁹, il est à relever qu'une seule d'entre elles est commune aux deux Etats. Il s'agit de celle qui restreint l'obligation faite aux Etats parties au Pacte II de prévoir un double degré de juridiction pénale (art. 14 al. 5 Pacte II).
637. Quant aux objections aux réserves émises par les autres Etats parties, seule l'Allemagne en a soulevé, tant dans le cadre du Pacte I que du Pacte II. Ni la Suisse, ni le Canada ne se sont montrés intéressés à surveiller leurs partenaires, à moins qu'ils n'aient rien trouvé à redire devant leurs réserves.
638. Obligation de base rattachée à chacun des deux Pactes, l'obligation de présenter des rapports périodiques a été exécutée avec le plus grand sérieux par les trois Etats. Il va de soi que le nombre de rapports présentés dépend en premier lieu du délai qui s'est écoulé depuis l'entrée en vigueur des Pactes, le rythme des présentations étant fixé dans les Pactes et précisé par les Comités respectifs. Même si matériellement il y eut parfois des critiques sur chacun des systèmes juridiques nationaux, la discipline des trois Etats leur a permis de ne pas laisser cette obligation en souffrance, contrairement à bon nombre d'Etats moins scrupuleux qui ont accumulé des retards importants.
639. S'agissant des rapports périodiques, nos trois Etats remplissent leurs obligations de manière consciencieuse et les quelques retards observés sont plus dus à la surcharge endémique de tous les systèmes qu'à une volonté de freiner le contrôle. Au surplus, les modifications que les Comités ont suggérées à chacun d'eux semblent être prises au sérieux et

⁷⁵⁹ Cf. n. 122 et 351.

entraîner les changements qui s'imposent. En ce sens, la Suisse, l'Allemagne et le Canada sont parmi les bons élèves, et nous n'en attendions pas moins.

6. 2. La place des textes internationaux dans l'ordre interne (en termes généraux)

6.2.1a. Intégration des textes internationaux dans l'ordre interne: rappel

6.2.1a.1. En Suisse (§ 104-128)

640. * Elle applique la théorie moniste face au droit international.

* Le problème du mode d'incorporation du texte international est évacué car ce dernier est automatiquement valide en droit interne, dès l'entrée en vigueur du traité et sans aucun acte législatif spécial.

* Il y eut un long débat pour décider lequel des ordres international ou national a la primauté. Il fut tranché, avec quelques hésitations persistantes, dans le sens de la primauté de l'ordre international.

* La dissociation entre les compétences de conclusion et d'application législative du traité est (quasi-)inexistante pour les normes de droit international directement applicables car elles sont automatiquement valables en droit interne, de niveau fédéral donc s'imposant aux cantons (art. 2 disp. trans. Cst. féd.). Des difficultés peuvent surgir pour les normes non directement applicables ; en cas d'inaction du canton qui est responsable de la mise en œuvre de par le partage des compétences de l'art. 3 Cst. féd., c'est la Confédération qui peut prendre des mesures.

6.2.1a.2. En Allemagne (§ 272-288)

641. * Elle applique la théorie dualiste face au droit international.

* La transposition de la norme internationale en droit interne se fait selon le mode de la transformation, effectuée de manière si atténuée qu'elle s'approche de l'adoption. Les règles générales de DIPU (art. 25 GG) et les traités internationaux (art. 59 al. 2 GG) suivent un sort différent. Le niveau dans l'ordre interne de l'acte incorporé est identique à celui de l'acte qui l'incorpore.

* Il y a deux systèmes parallèles, donc pas de primauté de l'un ou de l'autre. Seule demeure la question de l'évolution cloisonnée (divergente) ou en symbiose (convergente) des systèmes international et national.

* La dissociation entre les compétences de conclusion et d'application législative est réglée grâce aux art. 25 et 59 al. 2 GG et peu problématique dans les faits.

6.2.1a.3. Au Canada (§ 474-493)

642. * Il applique la théorie dualiste face au droit international.

* La transposition de la norme internationale en droit interne se fait selon le mode de la transformation. Cette obligation de réception législative a été fortement atténuée, tout en continuant à respecter le principe - cardinal dans tous les systèmes juridiques d'inspiration anglo-saxonne - de la souveraineté du Parlement.

* Il y a deux systèmes parallèles, donc pas de primauté de l'un ou de l'autre. La question de l'évolution cloisonnée ou en symbiose des systèmes international et national a été tranchée en faveur d'une prise en compte, pour l'interprétation du droit interne, de toutes les modifications au niveau international.

* Le problème de la dissociation entre les compétences de conclusion et d'application législative est toujours pendant. Il existe de fortes tensions entre deux mouvements antinomiques, vers le centre et vers les provinces.

6.2.1b. Intégration des textes internationaux dans l'ordre interne: comparaison

6.2.1b.1. Monisme-dualisme

643. Face au droit international, chaque Etat est libre de choisir entre l'approche moniste et l'approche dualiste. Ce choix de départ aura des répercussions dépassant sa seule conséquence première et fondamentale qui est: pour le monisme, d'appréhender le droit national et international dans un même et unique système et, pour le dualisme, de séparer ces deux droits en deux systèmes parallèles et distincts. En effet, cette différence fondamentale entre les deux théories aura de nombreuses incidences, notamment sur la nécessité ou non d'incorporer le texte international par un acte législatif spécial, sur la coordination au sein d'un ordre unique des droits d'origine internationale ou nationale, sur les compétences de conclusion et de mise en application des traités, ainsi que sur l'évolution séparée ou commune de la norme qui sera valable en droit interne.
644. L'importance de ce choix et de ses conséquences est telle qu'il paraît surprenant de ne trouver dans la Constitution d'aucun de nos trois Etats une disposition tranchant expressément la question. Ni la Constitution fédérale suisse, ni la Grundgesetz, ni la Loi constitutionnelle de 1982 ne dictent une quelconque préférence pour le monisme ou le dualisme. Tout au plus - spécialement en Suisse avec l'art. 113 al. 3 Cst. féd. et en Allemagne où l'obligation de coopération internationale des art. 24 et 25 GG atténue le dualisme prôné par la jurisprudence - y trouvons-nous quelques indices. Devant ce silence du constituant, c'est aux juges des Cours constitutionnelles respectives qu'est revenu le choix entre monisme et dualisme.
645. En confrontant nos trois Etats, la constatation première est que seule la Suisse a opté pour la théorie moniste, l'Allemagne et le Canada préférant le dualisme.
646. La Suisse est donc celui des Etats qui s'implique fondamentalement le plus, en considérant le droit international - entré en vigueur après

négociation par l'exécutif et confirmation par le Parlement - comme partie intégrante de son ordre juridique national. Les normes de droit international y sont directement valides, sans qu'aucun acte législatif ad hoc ne s'impose⁷⁶⁰. Il semble que l'option moniste se soit d'emblée imposée aux juges de Lausanne et n'ait pas rencontré de résistance particulière. Quoique n'étant pas incontestablement explicitée dans la Constitution fédérale, l'approche moniste du droit international - du fait qu'elle est constante et incontestée - a été élevée au niveau d'un principe de droit constitutionnel non écrit (le monisme pourrait être tiré de l'art. 113 al. 3 Cst. féd. puisque cette disposition place les lois fédérales et les traités sur le même plan, dans la mesure où le TF doit les appliquer ; cela peut prouver que le TF applique les traités directement, comme les lois fédérales, et sans aucune transformation de ces traités). Le Projet de Constitution 1996⁷⁶¹ n'inclut à notre connaissance pas le principe moniste en toutes lettres, si bien qu'il sera maintenu en sa qualité de principe constitutionnel non écrit.

647. A côté d'une Suisse très réceptive une fois qu'elle s'y est engagée vis-à-vis de ses partenaires, l'Allemagne et le Canada élèvent plus de barrières face au droit international auquel ils sont liés. Par leur choix de l'approche dualiste, ils se préservent une marge plus importante pour adapter, voire modifier - dans certaines limites - leurs engagements. La théorie dualiste - qui laisse, rappelons-le, coexister deux ordres juridiques distincts et indépendants, où chaque acte ne passe d'un niveau à l'autre qu'après une transformation par un acte ad hoc - permet aux Etats qui l'appliquent d'influencer la forme et le contenu du droit international même après sa négociation et sa ratification. En effet, dépourvu de la validité automatique qu'il a dans les Etats monistes, le droit international ratifié est transformé par un acte du législateur national pour déployer des effets dans l'ordre interne.

648. Leurs Constitutions étant muettes, tant le dualisme allemand que le dualisme canadien ont été respectivement décidés et précisés par la doctrine et par la jurisprudence. Issus de deux processus distincts puisque la solution allemande est plus doctrinale et la canadienne plus

⁷⁶⁰ Cf. n. 131 ; et § 105 pour la terminologie.

⁷⁶¹ FF 1997 I p. 1 ss. ; cf. 3.5.9. Quelques aspects du projet de réforme de la Constitution fédérale de 1996, § 265 ss.

jurisprudentielle, ces deux dualismes diffèrent aussi l'un de l'autre par leur degré et par leur rigueur. De plus, par rapport au monisme très stable de la Suisse - au point d'être devenu un principe de droit constitutionnel non écrit -, les approches dualistes en Allemagne et au Canada se révèlent plus fluctuantes.

649. Le sens général de cette évolution est, pour les deux Etats, celui d'atténuer la rigueur du dualisme strict et de s'approcher d'une meilleure coordination, voire intégration, entre les deux niveaux international et national. Sans aller jusqu'au monisme, le traitement réservé à certaines normes de droit international pourrait presque y être assimilé. Nous développerons ici brièvement cette idée, avant d'y revenir lorsque sera en cause la transformation des différentes normes internationales dans l'ordre national.
650. Depuis 1937⁷⁶², les juges canadiens exigent qu'un texte international ait fait l'objet d'une réception par un acte spécifique, le plus souvent législatif, pour pouvoir servir de base à une de leurs décisions. Sans incorporation formelle, le texte même ratifié n'est pas pris en compte. Cette conception stricte du dualisme s'est modifiée au fil des années, en particulier dans la mesure où les magistrats tiennent de plus en plus souvent compte de textes internationaux en dépit de leur non-incorporation législative.
651. L'assouplissement constaté au Canada face à l'obligation de réception législative est également perceptible en Allemagne. Or, si le résultat est identique - à savoir ce que nous avons désigné comme un dualisme modéré⁷⁶³ qui réserve donc à certaines normes de droit international une validité immédiate -, les prémisses divergent. La doctrine allemande, qui a autorité tant que la jurisprudence n'a pas tranché clairement l'alternative monisme-dualisme, cherche à harmoniser au mieux les deux ordres parallèles. Pour ce faire, elle a érigé l'obligation de coopération internationale en principe structurel de base (au même titre que l'Etat de droit), obligation devenue par ce biais règle générale d'interprétation. Tiré des art. 24 et 25 GG, ce principe impose aux juges d'interpréter le droit interne de façon à ne pas violer les obligations internationales.

⁷⁶² Affaire des Conventions de travail, cf. n. 590.

⁷⁶³ Cf. § 274.

Ainsi, les deux ordres national et international - considérés comme hermétiquement séparés dans la doctrine dualiste - se voient plus intimement liés.

652. Si nous devons déterminer lequel des dualismes allemand ou canadien s'approche le plus du monisme et traduit en corollaire une plus grande réceptivité face au droit international, la réponse serait difficile à formuler. D'un côté, l'Allemagne consacre la coopération entre les deux niveaux comme principe fondamental de son ordre constitutionnel, assurant une base solide à cette coopération. De l'autre côté, le Canada prend dans certains cas en compte des normes internationales non incorporées, mais sur une base non obligatoire donc beaucoup plus aléatoire. Nous n'avons effectivement décelé aucune règle qui aurait valeur de principe derrière cette pratique judiciaire. A l'Allemagne donc l'assurance qu'un lien même lâche sera établi entre les deux niveaux; au Canada une potentielle approche quasi-moniste selon les cas mais sans aucune obligation pour les juges de procéder ainsi. A l'Allemagne un principe plus fort avec des effets plus faibles; au Canada pas de principe mais un effet parfois fort.

6.2.1b.2. Mode d'incorporation du texte international dans le droit national

653. L'obligation de réception législative est une spécificité des Etats dualistes⁷⁶⁴. Dans les Etats monistes, l'incorporation des normes internationales ratifiées n'est pas nécessaire puisqu'elles sont automatiquement valables en droit interne, sans aucune transformation. Cette validité immédiate ne saurait préjuger d'une éventuelle applicabilité directe. Ces deux notions sont en effet différentes, comme nous avons déjà eu l'occasion de le dire⁷⁶⁵. Dans cette perspective, seuls l'Allemagne et le Canada sont concernés par le présent point.

⁷⁶⁴ Les explications sémantiques du § 105 restent valables ici, si bien que nous renvoyons le lecteur à ce petit lexique.

⁷⁶⁵ Cf. § 107.

654. Ces Etats exigent tous deux que leurs autorités - le plus souvent le pouvoir législatif - transforment en droit national l'engagement international, afin que ce dernier puisse déployer des effets dans l'ordre interne. Le fait que la transposition du texte international dans l'ordre national ne se fasse pas automatiquement mais nécessite un acte spécial, qui peut dans une certaine mesure modifier la norme d'origine, laisse aux Etats dualistes une plus grande latitude qu'aux Etats monistes. Ils peuvent non seulement décider du mode de transposition - incorporation ou transformation -, mais aussi du niveau auquel la norme sera intégrée. A cause de la validité immédiate des normes internationales dans les Etats monistes, ceux-ci ne peuvent influencer que sur le niveau auquel la norme sera intégrée. Nous reparlerons de la détermination de la place hiérarchique des normes intégrées, un peu plus bas⁷⁶⁶.
655. S'agissant de l'Allemagne, deux dispositions constitutionnelles (les art. 25 et 59 al. 2 GG) posent le cadre de l'incorporation. Pour les règles générales de droit international public, l'art. 25 GG prévoit leur reprise directe au niveau du droit fédéral. De ce point de vue, l'incorporation se fait donc par adoption. Pour toutes les normes internationales contenues dans des traités, l'art. 59 al. 2 GG requiert un acte spécial du législateur fédéral (Zustimmungsgesetz, dont la deuxième fonction est justement de transcrire l'obligation internationale en droit interne⁷⁶⁷), quand bien même des normes identiques existeraient déjà dans l'ordre allemand. De ce point de vue, l'incorporation se fait par transformation. La plupart des textes internationaux sont soumis à cette transformation, en l'occurrence aussi les Pactes - à l'exception des quelques règles générales de DIPU qui pourraient être considérées comme adoptées selon l'art. 25 GG.
656. La transformation opérée selon l'art. 59 al. 2 GG a d'abord permis au législateur d'apporter quelques modifications au texte d'origine. Puis, la transformation s'est rapprochée de l'adoption, en ce sens que seule une modification éventuelle et limitée des destinataires de la norme est admise. Par exemple, s'adressant dans le texte international aux particuliers, l'Allemagne peut reprendre la norme en en faisant une

⁷⁶⁶ Cf. 6.2.1b.4. Primauté de la norme internationale ou nationale (§ 671 ss.) et à la 6.2.2. Rapport aux autres normes de protection des droits fondamentaux (§ 688 ss.).

⁷⁶⁷ Cf. n. 371.

injonction au seul législateur. Par contre, cette transformation-adoption ne tolère pas d'altération de la substance des droits qu'elle contient.

657. Qu'elle soit transformée ou transformée-adoptée, la norme internationale est rendue valide en droit national par ce procédé d'incorporation. Nous rappellerons que, ce qui est à partir de ce moment du droit national ordinaire, n'octroie pas de ce seul fait des droits et obligations aux individus. Ceci dépend du caractère directement applicable de la norme incorporée, question que nous débattons à la section suivante.
658. Le Canada, transformationniste à l'origine, va plus loin dans son rapprochement avec le mode de l'adoption. Cette évolution s'est faite par la jurisprudence, la Loi constitutionnelle de 1982 ne contenant comme la GG aucune disposition sur le mode d'incorporation du droit international en droit national.
659. A la base, tout le raisonnement canadien se fonde sur un principe très important dans les systèmes d'inspiration anglo-saxonne, le principe de la souveraineté du Parlement. Pour déployer des effets en droit interne, tous les traités modifiant la situation juridique des particuliers exigent l'intervention du pouvoir législatif. C'est ce dernier qui a seul la compétence de faire les lois et de modifier le droit interne. Il ne faut pas que l'exécutif puisse, en parallèle, se mettre à légiférer indirectement en concluant des traités internationaux⁷⁶⁸.
660. Les traités relatifs aux droits de l'homme sont de ceux qui, par excellence, affectent la situation juridique du particulier. Il est donc paradoxal mais réjouissant que la jurisprudence canadienne ait commencé par assouplir sa position dans ce domaine justement. Théoriquement, elle a jusqu'à aujourd'hui maintenu l'obligation de réception législative. Cependant, il arrive de plus en plus fréquemment qu'elle tienne compte d'un texte international n'ayant pas été intégré par un acte idoine. En ce sens, elle a entendu ce qu'a dit le juge Pigeon en 1978, à savoir que les deux ordres international et national ne pouvaient

⁷⁶⁸ Ceci fera l'objet d'une attention toute particulière, tant pour ce qui est de l'interprétation conforme que de la suprématie du Parlement (6.2.2b.4. ; § 720 ss. et 6.2.2b.5. ; § 727 ss.).

plus artificiellement être maintenus séparés par le seul fait que le législateur reste passif⁷⁶⁹.

661. Le relâchement de l'exigence d'un acte explicite pour intégrer les traités sur les droits de l'homme n'est toutefois pas systématique. Les juges sont encore bien loin de leur reconnaître en toutes circonstances la validité immédiate, auquel cas le rapprochement de la transformation vers l'adoption apparaîtrait presque comme une souscription aux thèses monistes.
662. Si les juges ont accepté de se montrer moins sévères et de baser certaines de leurs décisions sur des textes internationaux non incorporés formellement, c'est parce qu'il leur était possible de le faire dans le respect du principe supérieur de la souveraineté du Parlement. D'une part, ils estiment avec la doctrine majoritaire que la loi d'incorporation, si elle existe, n'a pas besoin de mentionner expressément quel traité elle incorpore. Ce silence amoindrit l'importance de cette loi d'incorporation qui perd une de ses fonctions essentielles, celle de concrétiser, voire de matérialiser, le passage d'un ordre à un autre. Cette fonction - la deuxième de la Zustimmungsgesetz - conserve au contraire toute sa valeur en Allemagne⁷⁷⁰.
663. D'autre part, une règle d'interprétation disant que le Parlement est présumé avoir légiféré en accord avec les obligations internationales du Canada (présomption de conformité des lois avec le droit international) associe les juges au respect de ces engagements. En donnant effet à des traités ratifiés mais non incorporés, ils aident au respect des obligations internationales assumées par le Canada. Cette présomption est de plus en plus souvent invoquée, dans la mesure où elle met le Canada à l'abri d'une condamnation ou critique par ses partenaires internationaux pour une non incorporation qui serait le fait de la passivité du législateur.
664. Face à la coutume internationale, les juges se montrent du reste très proches de l'adoption. Ils prennent en compte toute coutume internationale à laquelle le Canada ne s'est pas formellement opposé,

⁷⁶⁹ Cf. § 479: « Ce serait simplifier à outrance que de dire que les traités n'ont d'effet juridique à moins d'être mis en oeuvre par une loi. »; *Capital Cities Communications Inc.* c. C.R.T.C., (1978) 2 R.C.S. 141, 188.

⁷⁷⁰ Cf. § 655.

établissant par là même un processus de reconnaissance tacite de la coutume internationale. En ce sens, leur attitude s'apparente à celle imposée par l'art. 25 GG aux juges allemands pour les règles générales de DIPU, sauf qu'ici le fondement de cette vision est jurisprudentiel et non pas de droit constitutionnel positif.

665. Cela dit, l'obligation de réception législative reste en vigueur au Canada. S'il existe bien une chance que les juges prennent en compte un texte non incorporé, elle dépend en quelque sorte de leur bon vouloir. Invoquer un traité ayant fait l'objet de la procédure complète de mise en oeuvre demeure une plus grande assurance pour le particulier. Et ce spécialement du fait que le Canada attribue une importance plus grande que les autres Etats au principe de la souveraineté du Parlement, que nous développerons en détail et de façon comparative plus bas⁷⁷¹.

6.2.1b.3. Evolution divergente ou convergente des normes internationale et nationale

666. Si donc l'obligation de réception législative a été sensiblement atténuée au Canada, cette obligation, lorsqu'elle est remplie, l'est encore théoriquement par transformation. Cette transformation fait subir à la norme internationale un véritable changement de nature juridique. Celui-ci va poser aux Etats dualistes des problèmes que ne connaîtront pas les Etats monistes lorsqu'il s'agira de déterminer quelle norme - internationale ou nationale - servira de base à la décision judiciaire.

667. Le monisme prévoit que la norme internationale est automatiquement valable en droit interne. Il en résulte que toute modification formelle de cette norme, ou même de son seul sens par interprétation, est transcrite en droit national sans nécessiter aucun acte particulier. Il en va autrement dans le dualisme. En effet, dans un tel système qui sépare strictement les ordres international et national, chaque norme - la norme internationale d'origine d'une part, et la norme formellement identique incorporée en droit national d'autre part - vaut dans son propre ordre. Il y a donc deux normes - identiques au moment de l'incorporation - dans

⁷⁷¹ Cf. 6.2.2b.4. ; § 720 ss. et 62.2b.5. ; § 727 ss.

deux ordres parallèles. Or, il peut arriver que la norme d'origine subisse une modification, entraînant une rupture entre les deux ordres, où deux normes différentes seront alors valables. Cette rupture sera effective tant et aussi longtemps que l'ordre national n'aura pas intégré le changement par un nouvel acte formel et spécifique.

668. Les inconvénients résultant de cette rupture sont évidents: l'Etat dualiste sera lié vis-à-vis de ses partenaires internationaux par la norme internationale modifiée, alors que son ordre interne l'oblige à suivre la norme nationale qui n'a pas encore été adaptée. Pour gommer ces divergences, le Canada a repris à son compte une solution développée en Allemagne. Il est d'ailleurs curieux de constater que le Canada s'est plus ouvertement préoccupé de ce problème et a repris la réponse qu'y a donnée l'Allemagne, pourtant en apparence moins soucieuse de la question. La doctrine et la jurisprudence allemandes ne s'étendent en effet pas sur ce thème; à aucun moment, elles ne semblent remettre en cause le fait acquis que la norme internationale incorporée vaut en droit national dans la perspective de son évolution au niveau international.
669. Formellement, deux ordres juridiques séparés et distincts vont perdurer. Néanmoins, le sens donné aux normes reprises en droit interne va intégrer le sens de la norme telle qu'elle a pu évoluer dans l'ordre international. Un tel échange entre les deux niveaux pallie les difficultés engendrées par leur rupture. Justification d'une telle approche, la théorie de l'ordre d'exécution⁷⁷² - laquelle enjoint aux tribunaux d'appliquer le traité en lui-même - permet aux juges de tenir compte des modifications intervenues dans l'ordre international, sans que le législateur n'ait forcément été actif.
670. Transformationnistes - encore que cet attribut soit soumis aux nuances exposées plus haut - pour la première intégration du traité dans leurs ordres nationaux, l'Allemagne et le Canada virent ensuite à l'adoptionnisme dès qu'il s'agit de transposer les modifications du texte d'origine. Déjà adeptes de l'adoption face aux coutumes internationales, ces Etats opposent à toute modification de celles-ci cette même attitude adoptionniste. D'une façon générale dès lors, ils penchent tous deux de plus en plus vers l'adoption, si bien que nous pouvons nous interroger sur l'avenir de leur dualisme. A quoi peut rimer cette théorie dualiste si

⁷⁷² Cf. <Vollzugsbefehl>, § 278.

le passage du niveau international vers le niveau national n'est plus concrétisé par un acte explicite ? En l'absence systématique d'un tel acte ad hoc, la validité immédiate des normes internationales en droit interne, expression du monisme, n'est plus très loin.

6.2.1b.4. Primauté de la norme internationale ou nationale

671. Alors que les Etats dualistes se doivent de trancher le mode d'incorporation des normes internationales, les Etats monistes qui leur réservent une validité immédiate doivent coordonner les deux types de normes internationale et nationale au sein d'un seul et unique ordre juridique. Si le dualisme ne connaît que le problème du niveau auquel la norme incorporée va s'insérer⁷⁷³, le monisme va au préalable chercher à établir une primauté générale au sein de son ordre unique, avant de déterminer le niveau auquel la norme d'origine va déployer ses effets.
672. En d'autres termes, le dualisme a évacué le problème de la primauté de l'un ou de l'autre des types de normes au sein du seul et même système en concevant deux ordres distincts et indépendants. Le monisme, au contraire, doit ordonner son ordre unique en posant la priorité de principe de certains types de normes sur d'autres. Nous rappellerons que la primauté n'est pas forcément reconnue en bloc aux unes ou aux autres des normes nationales ou internationales, mais peut être différenciée. Ainsi, telles normes internationales peuvent avoir le pas sur telles normes nationales, lesquelles pourront à leur tour avoir le pas sur des normes internationales de moindre importance⁷⁷⁴.
673. La Suisse étant, de nos Etats de référence, le seul pour lequel un choix entre la primauté du droit international ou la primauté du droit interne est pertinent, une comparaison avec l'Allemagne et le Canada, sur la

⁷⁷³ Cf. 6.2.2b.3. où le niveau d'incorporation de la norme internationale va déterminer le sort des conflits avec les normes nationales (§ 707 ss.).

⁷⁷⁴ En Suisse par exemple, la CEDH est supérieure ou égale à la Constitution, laquelle est supérieure aux conventions bilatérales touchant des domaines communs à la CEDH, notamment dans le cadre de l'entraide judiciaire ou de l'exécution des peines dans un autre Etat.

base de cette question de primauté, n'a pas de sens. Il nous semble dès lors plus adéquat de renvoyer le lecteur à la description du débat qui a animé doctrine et autorités suisses sur ce choix⁷⁷⁵.

674. En revanche, nous pouvons nous poser la question de savoir lequel de nos Etats - compte tenu de leurs différentes approches du droit international - s'engage en réalité le plus loin dans une primauté effective du droit international. Afin de cerner au mieux ce classement, clarifions en premier lieu la question.
675. Elle revient à nous demander lequel de ces Etats attribue - concrètement et au-delà des seules appellations théoriques - la place la plus influente dans son ordre interne aux normes reprises du droit international. Il est généralement admis que les Etats monistes sont a priori plus réceptifs face au droit international. Or, un Etat dualiste-adoptionniste n'est-il finalement pas plus ouvert qu'un Etat moniste avec primauté du droit interne (ce qui est en soi rare, même si la jurisprudence Schubert en Suisse s'y apparente) ? Entre le dualisme-transformationniste et le monisme avec primauté du droit international, désigner le système le plus favorable au droit international (*völkerrechtsfreundlich*) est aisé. Il en va tout autrement lorsque sont en présence deux Etats, l'un dualiste-adoptionniste (qui incorpore donc le texte international sans acte spécifique, comme par exemple les règles générales de DIPU en Allemagne selon l'art. 25 GG) et l'autre moniste avec primauté du droit interne. Dans ce cas, la frontière entre les deux systèmes a tendance à s'estomper, jusqu'à voir leur inversion, et l'impact réel du droit international demande alors à être nuancé.
676. Même entre un Etat moniste avec primauté du droit international (comme la Suisse) et un Etat dualiste-adoptionniste (comme l'Allemagne et le Canada, selon les cas), il n'est pas aussi sûr que le premier soit toujours beaucoup plus réceptif au droit international que le second. Dans une telle situation, la pénétration réelle du droit international dans le droit national dépendra beaucoup plus du niveau hiérarchique réservé à la norme internationale au sein du droit national. Sans vouloir empiéter sur ce thème de la hiérarchie des normes internationales en droit interne, examinons une situation où le préjugé

⁷⁷⁵ Cf. § 108 à 124.

qui veut que l'Etat moniste soit considéré comme le plus ouvert au droit international est à relativiser.

677. Prenons l'exemple d'une norme qui est adoptée et non pas transformée dans l'ordre dualiste, comme les règles générales de DIPU en Allemagne. Celles-ci y prendront le pas sur les lois nationales, voire sur la GG (art. 25 GG). Leur sort est sensiblement le même en Suisse où le *ius cogens*, et plus largement les règles générales de DIPU, prennent automatiquement place dans l'ordre interne, au niveau constitutionnel ou au-dessus. Et c'est bien ce dernier point de la place hiérarchique que la Suisse reconnaît depuis peu au droit international (primauté de celui-ci) qui permet d'attribuer ces normes une place comparable en droit interne, comparable à la place qu'elle occupe en Allemagne. Sous le règne de la jurisprudence Schubert (primauté du droit interne adopté en connaissance de la violation du droit international), la solution allemande serait plus favorable au droit international, et ce en dépit de son dualisme.

6.2.1b.5. Dissociation des compétences de conclusion et d'application (mise en oeuvre) législative des traités

678. Problème propre aux Etats fédéralistes consacrant un partage des compétences législatives entre le centre et les entités, la dissociation entre les compétences de conclusion et de réception législative des traités cause des tensions entre les deux niveaux de chacun de nos Etats, mais à des degrés bien différents. L'intensité du conflit entre Confédération et cantons, entre Bund et Länder et entre l'Union et les provinces dépend de divers facteurs, certains d'ordre juridique, d'autres clairement politiques.

679. Les risques de conflit sont a priori nettement supérieurs dans les Etats dualistes. En effet, ceux-ci exigent en théorie une incorporation systématique de tout texte de niveau international par un acte législatif national. Chaque texte international peut potentiellement - selon le domaine dont il traite - conduire à une dissociation entre la compétence de conclusion du traité (compétence d'engager l'Etat vis-à-vis des

partenaires étrangers) et de mise en oeuvre législative (compétence de rendre le traité valable en droit interne).

680. Dans les Etats monistes, le problème est moins patent, quoique bien présent. Le monisme le connaît également, mais à un stade ultérieur. Dans un tel système, les normes internationales conclues dans le respect des attributions constitutionnelles jouissent d'une validité immédiate. Celles d'entre elles qui sont de nature directement applicable⁷⁷⁶ créent des droits et obligations pour les particuliers sans que le législateur - qu'il soit fédéral ou cantonal dans le cas de la Suisse - ait ni le besoin, ni le droit d'intervenir. La dissociation des compétences en cause ici peut néanmoins apparaître lorsque la norme internationale est dépourvue de l'applicabilité directe et requiert une concrétisation législative. Celle-ci devra alors se faire en tenant compte des compétences qui échoient à chaque niveau de l'Etat du fait de la Constitution.
681. S'agissant de la Suisse, son choix du monisme l'oblige à édicter une législation de mise en œuvre pour toutes les dispositions - notamment du Pacte 1 - dépourvues de l'applicabilité directe. Son fédéralisme partage alors la compétence pour concevoir cette législation entre la Confédération et les cantons. Il peut ainsi très bien arriver qu'une obligation internationale assumée par le Conseil fédéral pour le compte de la Confédération ne soit pas mise en œuvre par un canton disposant de la compétence législative dans le domaine affecté par la norme internationale⁷⁷⁷. La Confédération sera alors internationalement responsable des insuffisances du canton inactif.
682. Pour éviter une telle situation, une procédure de consultation et d'harmonisation a lieu préalablement à tout engagement international de la Suisse. Une fois l'engagement pris, la doctrine suisse de droit constitutionnel admet que le Conseil fédéral peut d'autorité légiférer en lieu et place du canton lent ou récalcitrant, et ce afin d'éviter les reproches de ses partenaires internationaux. Dans ces circonstances,

⁷⁷⁶ Cf. 6.2.2b. Rapport aux autres normes de protection des droits fondamentaux, spécialement le point 6.2.2b.1. Applicabilité directe des normes internationales, § 691 ss.

⁷⁷⁷ L'art. 13 du Pacte I (droit à l'éducation) est un exemple de norme internationale non directement applicable qui touche une compétence législative cantonale en Suisse (art. 27 al. 2 Cst. féd.) et où la dissociation entre les compétences de conclusion et de mise en œuvre du traité se produit donc.

nous pouvons dire que la Constitution suisse place le respect de ses engagements internationaux au-dessus de son fédéralisme.

683. Techniquement, cela se passe comme suit. L'art. 3 Cst. féd. prévoit une compétence d'attribution à la Confédération: tout ce qui ne lui est pas attribué par la Constitution revenant aux cantons⁷⁷⁸. L'art. 8 Cst. féd. autorise la seule Confédération à conclure des traités internationaux, même dans les domaines qui sont sinon de la compétence législative des cantons⁷⁷⁹. Ces traités - dans la mesure où ils le requièrent - seront néanmoins mis en oeuvre par une législation d'application édictée par les cantons, du moins pour ceux des articles du traité touchant un de leurs domaines de compétence législative. La doctrine majoritaire relative à cet art. 8 Cst. féd. admet que la Confédération puisse suppléer un canton inactif⁷⁸⁰. Il y a ainsi une obligation cantonale à légiférer, sans quoi la Confédération agira d'autorité pour assurer le respect des engagements internationaux. L'art. 50 al. 3 du Projet de réforme de la Constitution fédérale explicite d'ailleurs cette dissociation de compétences et l'obligation faite aux cantons de légiférer⁷⁸¹.

⁷⁷⁸ Art. 3 Cst. féd.:

« Les cantons sont souverains en tant que leur souveraineté n'est pas limitée par la constitution fédérale, et, comme tels, ils exercent tous les droits qui ne sont pas délégués au pouvoir fédéral ».

⁷⁷⁹ Art. 8 Cst. féd.:

« La Confédération a seule le droit de déclarer la guerre et de conclure la paix, ainsi que de faire, avec les Etats étrangers, des alliances et des traités, notamment des traités de péage (douanes) et de commerce. ».

⁷⁸⁰ La doctrine est divisée. Burckhardt élimine totalement la dissociation de compétences. Giacometti et Fleiner estiment que seuls les cantons sont compétents. Schindler ne voit une compétence subsidiaire à la Confédération que si le canton reste inactif. C'est cette position intermédiaire qui est actuellement suivie par le Conseil fédéral (cf. § 128).

⁷⁸¹ Art. 50 al. 3 Projet de Constitution (FF 1997 I 1, 607):

« En règle générale, les obligations internationales contractées par la Suisse dans les domaines relevant de la compétence des cantons sont mises en oeuvre par ces derniers. ».

Les deux autres alinéas de cet art. 50 du Projet sont également intéressants, dans la mesure où ils codifient la coopération entre les niveaux fédéral et cantonal avant l'engagement au plan international:

« 1. Les cantons sont associés à la prise de décisions de politique extérieure affectant leurs compétences ou leurs intérêts essentiels. La Confédération informe

684. Il en va tout autrement dans celui de nos Etats où les problèmes de dissociation sont les plus discutés. Ainsi, le Canada - par sa doctrine et sa jurisprudence⁷⁸² puisque sa Loi constitutionnelle de 1982 est muette sur le sujet - place son fédéralisme au-dessus du respect des engagements internationaux. Ou plutôt, cet ordre constitutionnel admet que le centre puisse être tenu pour responsable des carences de ses entités. En effet, alors que l'Etat fédéral suisse peut exiger des cantons qu'ils édictent les textes nécessaires à la mise en oeuvre du traité, et même - en cas d'inaction cantonale - se substituer à eux, l'Etat canadien ne dispose d'aucun moyen de contrainte juridique sur les provinces passives ou récalcitrantes et peut encore moins empiéter sur leurs compétences en légiférant à leur place. Corollaire de l'application stricte que fait le Canada du partage des compétences législatives, cet Etat assumera la responsabilité en lieu et place des provinces quand bien même celles-ci seraient fautives.

685. En raison des problèmes qu'engendre une telle responsabilité internationale et surtout de la fréquence avec laquelle ils peuvent se présenter dans un Etat dualiste comme le Canada, la ratification des Pactes a été l'occasion de mettre en oeuvre un texte prévoyant la coopération entre les deux niveaux - fédéral et provincial⁷⁸³. Si un tel effort est bien sûr à saluer, il n'en reste pas moins que cette dissociation de compétences peut s'avérer très dommageable pour le Canada dans la perspective de ses rapports avec le niveau international. Dans le but de défendre le fédéralisme jusqu'au bout, le risque est immense de s'exposer à des condamnations récurrentes contre lesquelles - contrairement à la Confédération suisse qui peut légiférer d'autorité et mettre fin à la violation du droit international par un canton - l'Etat central est impuissant.

les cantons et leurs organisations communes en temps utile et de manière détaillée et les consulte.

2. L'avis des cantons revêt un poids particulier lorsque leurs compétences sont affectées. Dans ces domaines, les cantons sont associés de manière appropriée aux négociations internationales ».

Voir aussi 3.5.9. Quelques aspects du projet de réforme de la Constitution fédérale de 1996, § 265 ss.

⁷⁸² Affaire des Conventions de travail, cf. n. 590.

⁷⁸³ Cf. § 469-471, 614.

686. Cela dit, nous avons conscience que cette inflexibilité du fédéralisme canadien répond à des tensions politiques évidentes⁷⁸⁴. En comparaison de cette situation, celle de l'Allemagne - où la mise en oeuvre de la Zustimmungsgesetz se fait également dans le respect du partage des compétences Bund-Länder, mais où le rapport entre les deux niveaux est plus serein - donne l'image d'une coopération plus efficace en même temps qu'elle est moins conflictuelle. En Allemagne en effet, les Länder - quoique jaloux de leurs compétences et habilités à faire valoir toute violation du partage établi par la GG devant le BVerfG - respectent généralement mieux les décisions et engagements pris par le Bund. Peut-être est-ce justement cette faculté de laisser les juges indépendants de la Cour constitutionnelle trancher les conflits qui accentue ce respect ? A notre sens, ces moyens de droit ouverts pour juger de la constitutionnalité des empiétements d'un niveau sur l'autre se substituent naturellement à un esprit de fronde lui-même tout aussi naturel en l'absence de tels moyens.

687. Pour conclure, nous dirons que le problème de la dissociation des compétences de conclusion et de mise en oeuvre des traités internationaux est le fruit du fédéralisme. Les expressions de bonne volonté, la consultation et la coopération entre le centre et les entités peuvent contribuer à atténuer ses conséquences et à limiter les cas où la responsabilité internationale du centre est engagée pour le fait d'une de ses entités. Toutefois, pour empêcher radicalement une telle responsabilité, il faudrait consacrer le parallélisme de ces compétences, qui reviendraient toutes deux au centre. Or, une telle solution est l'ennemi du fédéralisme justement.

⁷⁸⁴ Cf. § 472 et 473 pour le Québec, § 489 pour les opinions différentes de la doctrine anglophone et francophone et § 490-493 pour le fait que la plupart des traités sont mixtes (dans le sens qu'ils relèvent de matières fédérales et provinciales à la fois) et pour la pénalisation par la Cour suprême des matières touchées par les traités afin de les attribuer au centre (le droit pénal étant fédéral ; art. 91 ch. 27 de la Loi constitutionnelle du Canada de 1867, n. 591).

6.2.2a. Rapport aux autres normes de protection des droits fondamentaux: rappel

6.2.2a.1. En Suisse (§ 129-159)

688. * L'application directe est le prolongement de l'intégration du texte international dans le droit national. De nombreux textes internationaux contiennent des normes directement applicables et des normes qui ne le sont pas. Seules celles qui sont directement applicables vont créer des droits et obligations pour les particuliers et entrer en concurrence avec les droits fondamentaux de l'ordre suisse.

* L'applicabilité directe est reconnue à toute norme internationale suffisamment précise pour fonder une décision concrète. Il est nécessaire que cette norme soit incluse dans un traité ayant vocation à être directement applicable (notion critiquable de la <fonction générale du traité>).

* Le Pacte I n'est pas directement applicable, sauf exception. Le Pacte II et la CEDH sont directement applicables, au moins avec la valeur d'une loi fédérale.

* Il existe différents conflits/concours entre les normes internationales directement applicables et les droits fondamentaux de l'ordre interne:

- le droit international surpasse toujours le droit cantonal (art. 2 disp. trans. Cst. féd.);

- le droit international l'emporte dans les rares conflits avec les lois fédérales (primauté du droit international), mais la primauté est fragile et le risque encore présent de voir le législateur national écarter le droit international en <le sachant et le voulant>;

- le conflit du droit international face au droit national de niveau constitutionnel (CEDH incluse) se résout par une interprétation du droit national en conformité avec le droit international; les conflits sont rares, le *ius cogens* s'impose, les autres conflits sont réglés par les adages latins et l'art. 139 OJ avec un risque de faire prévaloir le droit national. La solution réside peut-être dans l'idée intéressante du principe de faveur.

* Les restrictions et dérogations aux droits fondamentaux sont possibles, mais soumises à des conditions précises de nécessité,

d'adéquation, de proportionnalité et de respect de l'essence des droits. Il faut également des conditions objectives (par ex. guerre) pour les dérogations, constatées par l'organe compétent (par ex. au sein de la CEDH), avec un contrôle judiciaire de ces restrictions.

6.2.2a.2. En Allemagne (§ 289-317)

689. * Il y a deux types bien distincts de normes internationales reprises en droit allemand:

- les règles générales de droit international public (art. 25 GG) qui créent des droits et obligations pour les particuliers et ne posent donc pas le problème de l'applicabilité directe ;
- les traités internationaux (art. 59 al. 2 GG) qui seront directement applicables selon les normes qu'ils incorporent. Il est dans ce cas nécessaire de trancher l'applicabilité directe ; seules les normes directement applicables vont créer des conflits avec les droits fondamentaux allemands, les autres devant être concrétisées au niveau législatif.

* Les critères du droit allemand pour l'applicabilité directe exigent une formulation suffisamment précise pour ne pas requérir une mise en oeuvre législative, un droit clair et sans équivoques permettant aux tribunaux et autorités de s'y référer comme à une loi ordinaire.

* Le Pacte I n'est pas directement applicable, le Pacte II est directement applicable.

* Pour les normes tombant sous l'art. 25 GG, qui sont au mieux au même niveau que la GG, les conflits sont très rares car cela signifie une violation des règles générales de DIPU :

- les conflits entre les principes généraux de l'art. 25 GG et le droit de l'UE et la CEDH sont difficiles à concevoir, mais il y aurait priorité au droit européen ;
- un tel conflit avec la GG est aussi très rare et laisse la priorité aux règles générales de DIPU ;
- avec le droit du Bund laisse la priorité aux règles générales de DIPU (art. 25 GG) ;
- avec le droit des Länder laisse la priorité aux règles générales de DIPU (art. 31 et 25 GG).

* Selon l'art. 59 al. 2 GG, le rang des traités incorporés est le même que celui de l'acte qui les incorpore, soit celui d'une loi ordinaire pour la <Zustimmungsgesetz>. Quatre types de conflits sont possibles:

- entre la <Zustimmungsgesetz> et les normes de l'UE et de la CEDH: difficile à concevoir mais possible suite à une évolution du droit européen. Ce dernier prévaudra sur la loi d'incorporation qui restera inappliquée ;

- avec la GG: priorité à la GG sur la <Zustimmungsgesetz> qui a la valeur d'une loi du Bund, avec comme résultat un système boiteux où la même norme matérielle peut avoir trois valeurs différentes (CEDH, GG, Zustimmungsgesetz) ;

- avec le droit du Bund: on applique les adages latins, l'interprétation conforme au droit international et la suprématie du Parlement allemand qui peut maintenir des normes écartées par les juges car violant le droit international (Parlement violant alors le droit international en toute connaissance de cause) ;

- avec le droit des Länder: une latitude surprenante est laissée au constituant provincial de rester en deça du minimum fédéral qui peut déroger à la GG (art. 142 GG), mais pas à la <Zustimmungsgesetz> laquelle s'impose grâce à l'art. 31 GG. A première vue, il y a là une entorse à la logique élémentaire: Cst. Land > GG, GG > Zustimmungsgesetz, mais Zustimmungsgesetz > Cst. Land. En réalité, si la Cst. Land garantit moins (Unterschreitung), on ne pourra certes rien en obtenir devant le Landesgericht ; néanmoins, la voie au BVerfG est toujours ouverte sur la base de la GG.

* Les restrictions et dérogations aux droits fondamentaux sont possibles, mais soumises à des conditions précises de nécessité, d'adéquation, de proportionnalité et de respect de l'essence des droits. Il y a également des conditions objectives (par ex. guerre) pour les dérogations, constatées par l'organe compétent (par ex. au sein de la CEDH), avec contrôle judiciaire de ces restrictions.

6.2.2a.3. Au Canada (§ 494-580)

690. * Il existe deux types de normes avec un sort bien différent:

- la coutume internationale ;

- les normes internationales conventionnelles (traités).

* La coutume internationale (à condition qu'elle n'ait pas été contestée par le Canada) s'applique tant qu'il n'y a pas de droit national expressément contraire, de quel que niveau qu'il soit. Le principe de la suprématie du Parlement jouit d'une place privilégiée, avec comme tempérament la présomption de conformité au droit international et l'interprétation qui en découle.

* Les normes conventionnelles incorporées ont le même rang que celui de l'acte qui les incorpore. Le Parlement peut déroger au droit international à la condition de l'exprimer clairement (doctrine du <clear statement>). Il y a un remède commun à tous les Etats connaissant le principe de la souveraineté du Parlement: l'interprétation conforme du droit interne avec le droit international. Au surplus, il y a application des adages latins.

* La question de l'applicabilité directe des normes internationales est peu abordée, dans la mesure où tant le Pacte I que le Pacte II ne sont perçus que comme supplétifs. Les textes internationaux peuvent au mieux combler les lacunes et compléter les normes internes existantes, spécialement celles contenues dans la Charte canadienne des droits et des libertés de 1982. Les textes provinciaux ont cette même nature supplétive et interprétative. En droit canadien, on parle plus de compléter le droit national que d'entrer en conflit avec lui.

* Des problèmes sont soulevés par l'art. 33 de la Charte: il est possible d'écarter la Charte et a fortiori les Pactes par une simple procédure législative et non pas constitutionnelle, sans contrôle judiciaire de ces dérogations. Les Pactes sont alors faibles: ils servent à interpréter un texte (la Charte) qui n'est même pas au sommet de l'ordre constitutionnel (l'art. 33 permet d'y déroger en légiférant).

6.2.2b. Rapport aux autres normes de protection des droits fondamentaux: comparaison

6.2.2b.1. Applicabilité directe des normes internationales

691. La question de l'applicabilité directe des normes internationales a diversement occupé la doctrine et la jurisprudence de nos Etats de référence. Alors que la Suisse et l'Allemagne en font une condition essentielle pour l'application de la norme aux particuliers, différenciant entre celles qui déploieront des effets directs et celles qui nécessiteront d'autres actes de mise en oeuvre concrète, le Canada ne se préoccupe pas ouvertement de départager les normes internationales en fonction de cette notion d'applicabilité directe. Par voie de conséquence, seules la Suisse et l'Allemagne ont établi une série de critères plus ou moins rigoureux et précis permettant de dire si une norme est directement applicable ou non. Avant de nous arrêter quelques instants sur ces critères, quelques précisions s'imposent quant à l'approche canadienne.
692. Mises à part les coutumes internationales acceptées, le Canada relègue les normes internationales à des fonctions secondaires. En raison de leur nature purement supplétive et interprétative, l'applicabilité directe de ces normes internationales est a priori exclue et ne retient donc pas l'attention dans cet Etat. Nous avons déjà relevé leur position très fragile au sein de l'ordre juridique canadien⁷⁸⁵. En tenant compte de cette exclusion d'office de l'applicabilité directe des normes internationales et de leur rôle de simple complément au droit interne, nous pouvons même émettre un jugement plus sévère. Il ne nous semble en effet pas excessif de reléguer les normes internationales à la limite inférieure de l'ordre juridique canadien, dont elles feraient formellement partie mais sur lequel elles seraient matériellement sans emprise.
693. Afin de rehausser la vision pessimiste que nous venons d'exposer - à savoir celle d'un système où le droit national est le centre et où les normes internationales ne peuvent l'enrichir que dans la mesure où elles

⁷⁸⁵ Cf. § 503-506.

s'inscrivent dans le même courant -, nous ne saurions méconnaître l'influence du cadre général ainsi créé, surtout dans un Etat qui exploite beaucoup les sources de droit comparé. En participant à l'effort universel de protection des droits fondamentaux et surtout en acceptant les compétences du Comité des droits de l'homme, le Canada s'expose à des répercussions incisives sur son ordre interne, quand bien même il chercherait à les écarter en niant l'applicabilité directe des normes en cause.

694. Dans cette perspective, l'affaire dite des langues au Québec⁷⁸⁶ est révélatrice: une révision de la répartition de l'anglais et du français dans l'affichage au Québec a dû être entreprise, sur la base de la liberté d'expression que le Comité de New-York jugeait violée par les proportions initialement prévues. Si, techniquement, les juges canadiens restaient libres de circonscrire davantage la liberté d'expression contenue dans la Charte des droits et des libertés, il aurait été ardu de maintenir cette position longtemps. En effet, il semble difficile de donner des contenus différents aux deux normes de rédaction similaire, l'une directement applicable mais interprétée restrictivement (la Charte) et l'autre non directement applicable mais interprétée plus largement (le Pacte II). Pour faire coïncider les contenus, à défaut de reconnaître des effets directs pour les particuliers tant au texte national qu'au texte international, il s'imposait d'accepter l'influence internationale sur la conception en droit interne. A cet égard, les normes internationales même dépourvues d'applicabilité directe marquent la conception et la mise en oeuvre des droits fondamentaux aux Canada.
695. Cela dit, la position du droit international dans les Etats reconnaissant à certaines de ses normes l'applicabilité directe est nettement plus forte. Dans de tels Etats, les normes internationales, qui se voient reconnaître cette qualité parce qu'elles remplissent des critères bien déterminés, vont venir s'insérer en tant que véritables parties intégrantes de l'ordre juridique national. Plus que de simples aides à l'interprétation d'un droit national dont elles seraient un peu à la marge, les normes internationales auront un impact sur l'ordre interne comme tout droit de niveau légal ou même de niveau constitutionnel, ainsi que sur la situation des particuliers comme tout texte juridique fixant leurs droits et obligations.

⁷⁸⁶ Cf. § 512.

Il est dès lors compréhensible qu'avant de déterminer cet impact par l'attribution d'un rang hiérarchique au sein de leur ordre interne, la Suisse et l'Allemagne aient cherché à affiner des critères permettant de leur reconnaître l'applicabilité directe. Le discours sur l'applicabilité des normes internationales apparaît dans l'un et l'autre de ces Etats comme la prémisse au discours sur la place hiérarchique qui leur échoit⁷⁸⁷.

696. S'agissant de la Suisse, la notion d'applicabilité directe a surtout été développée par les tribunaux, les autorités politiques et la doctrine en reprenant ensuite les critères. Ceux-ci sont de deux natures différentes: d'une part, ceux qui sont liés à la norme elle-même et, d'autre part, ceux qui sont liés à la fonction générale du traité dans lequel elle est contenue.
697. Pour être directement applicable, une norme internationale devra être d'un certain degré de précision et permettre de fonder une décision concrète. Ces critères de précision et de base décisionnelle vont être appliqués au cas par cas à chaque norme. Celle-ci devra en outre être - de façon critiquable⁷⁸⁸ - incluse dans un traité dont c'est la vocation que de s'appliquer aux particuliers.
698. Si en Allemagne le problème de l'applicabilité directe ne se pose pas pour les règles générales de droit international (art. 25 GG), celles issues du droit international conventionnel doivent remplir des conditions très semblables à celles requises en Suisse pour donner des droits et obligations aux particuliers. Cependant, contrairement à la Suisse où la jurisprudence assumait ce rôle, c'est la doctrine allemande qui a ici formulé les exigences. La norme internationale devra être de formulation suffisamment précise pour ne pas nécessiter de mise en oeuvre législative. Plus concrètement, elle devra être rédigée de manière claire et sans équivoque (<klar und eindentig>) afin que les autorités et les tribunaux puissent s'y référer comme à une loi interne.
699. La proximité terminologique entre les critères suisses et allemands est frappante: <klar und bestimmt> en Suisse et <klar und eindentig> en Allemagne, afin - dans l'un et l'autre des Etats - de fonder une décision concrète. La dispense de la mise en oeuvre législative est présente dans les deux Etats. Elle est comprise dans le critère de l'inconditionnalité de

⁷⁸⁷ Cf. § 129-130 ; 295, 299.

⁷⁸⁸ Cf. § 132-135.

la norme internationale en Suisse. Seule cette dernière y ajoute cependant le critère de la fonction générale du traité.

700. A défaut de remplir ces conditions, les normes internationales ne donnent ni droits ni obligations aux particuliers sous juridiction suisse ou allemande. Pour l'Allemagne qui les transcrit en droit interne par la <Zustimmungsgesetz>, cette dernière ne sera rien de plus qu'une transposition en droit interne de l'injonction faite au législateur allemand d'adopter des textes allant dans le sens de la concrétisation du droit non directement applicable en cause. En Suisse, cette même injonction provient du Pacte lui-même et n'a pas besoin d'être transcrite dans une loi d'intégration en droit interne de ce Pacte. Ceci tient évidemment à la structure moniste ou dualiste de l'Etat concerné.
701. Sur la base de critères voisins, voire semblables, la Suisse et l'Allemagne arrivent, dans leur appréciation globale des Pactes I et II à un résultat identique: le Pacte I est a priori dépourvu de l'applicabilité directe, alors qu'elle est établie pour le Pacte II. Le texte très proche de la CEDH jouit en Suisse comme en Allemagne de la présomption d'applicabilité directe, preuve qu'entre deux textes (Pacte II et CEDH) de rédaction et de philosophie communes, le degré d'intégration de son système est équivalent.
702. Les deux Etats membres de la CEDH se montrent donc nettement plus réceptifs que le Canada. En effet, dans ce dernier Etat, le Pacte II ne fonctionne que comme béquille à l'interprétation. Les plaideurs y sont certes dispensés de prouver l'applicabilité directe de la norme qu'ils invoquent, ils ne peuvent en contrepartie pas en espérer une quelconque amélioration matérielle qui irait au-delà d'une interprétation plus favorable du droit interne existant. En Suisse et en Allemagne, une fois démontré (ou acquis généralement) que la norme crée des droits et obligations pour le particulier, celui-ci peut espérer en bénéficier directement comme il le ferait d'une règle de droit national ordinaire.

6.2.2b.2. Types et olveaux des conflits entre les normes interoationales et les normes nationales

703. Nos trois Etats se différencient quelque peu quant à la nature des conflits qui peuvent y apparaître. Alors que l'Allemagne et le Canada traitent distinctement les conflits avec les règles générales de DIPU et ceux avec une simple norme conventionnelle, la Suisse rassemble ces deux niveaux sous la même acception de norme internationale. Cela n'exclut évidemment pas de prévoir au cas par cas des priorités différentes en fonction de l'importance matérielle de la norme. En Allemagne et au Canada, il y aura en quelque sorte un conflit supérieur (droit national contre règles générales de DIPU ou coutume internationale et ius cogens) et un conflit inférieur (droit national contre droit international conventionnel). En Suisse, tous les conflits sont réunis (droit national contre droit international).
704. Le fait que l'Allemagne et le Canada connaissent deux niveaux de conflits et la Suisse un seul s'explique par leur appréhension moniste ou dualiste du droit international. En Suisse, la coordination entre les normes internationale et nationale revient à définir la primauté d'un ordre sur l'autre. Dans les deux Etats dualistes, la norme internationale transcrite en droit interne fera partie intégrante de ce droit interne, mais à un niveau qui dépend de son contenu matériel. En effet, la règle de base veut que la norme reçoive la valeur de l'acte qui l'incorpore et l'exception revient aux normes de contenu matériel supérieur (règles générales de DIPU, coutume internationale), dont le traitement est spécial et indépendant du niveau de l'acte qui l'incorpore.
705. Etant tous des Etats fédératifs - avec donc au sein de leurs ordres juridiques deux sous-ordres: les parties fédérées et le centre -, les normes avec lesquelles le droit international est susceptible d'entrer en conflit sont sensiblement identiques. Potentiellement, le droit international - à condition qu'il ait été intégré dans les ordres dualistes et qu'il soit directement applicable - peut être contraire au droit des parties fédérées, au droit du centre de niveau légal ou constitutionnel et, pour la Suisse et l'Allemagne, au droit qui s'impose à eux en raison de leur appartenance à une organisation internationale (CEDH, UE).

706. Pour résumer et au vu de ce qui précède, les conflits en Allemagne et au Canada se poseront selon deux axes parallèles: entre les normes de DIPU général ou les normes conventionnelles intégrées d'une part et, d'autre part, les normes provinciales ou des Länder, les normes fédérales et les normes de la GG ou de la Loi constitutionnelle de 1982. S'y ajoute, pour l'Allemagne, le même conflit parallèle mais avec les normes de la CEDH ou de l'UE cette fois. S'agissant de la Suisse, ces deux types de conflits parallèles se rejoignent dans un seul: le droit international avec, successivement, le droit cantonal, le droit fédéral, la Constitution fédérale et la CEDH. Chaque Etat a trouvé pour chaque conflit une solution, les similitudes et divergences entre ces solutions vont nous intéresser maintenant.

6.2.2b.3. Modes de règlement de ces conflits

707. Un conflit entre le DIPU général et le droit d'un Land allemand est résolu au profit du DIPU général, en raison de l'appartenance de ce dernier au droit fédéral (l'art. 25 GG en liaison avec l'art. 31 GG). Ce même DIPU général s'impose également face au droit fédéral de niveau législatif, en raison de la priorité fixée par l'art. 25 GG cette fois. Au Canada par contre, il est admis que du droit édicté par un Parlement fédéral qui le veut expressément contraire au DIPU général va prévaloir sur ce dernier. En d'autres termes, une loi fédérale canadienne peut valablement écarter le DIPU général si elle l'annonce explicitement. Dans la perspective de l'art. 33 de la Charte canadienne des droits et libertés et des dérogations qu'elle autorise⁷⁸⁹, il ne nous semble pas exclu que des Constitutions ou lois provinciales puissent faire de même.

708. De cette mise en regard, il ressort que le DIPU général l'emporte en tout cas sur le droit allemand inférieur à la GG, alors que le droit canadien inférieur à la Loi constitutionnelle peut y déroger selon la simple volonté du législateur fédéral ou provincial. La Suisse - pour l'ensemble des normes internationales directement applicables, pas pour

⁷⁸⁹ Cf. aussi point 6.2.2b.6. Liberté de déroger au droit fédéral dans les Constitutions et plus largement dans le droit des entités, § 740 ss.

les seules normes de DIPU général - a choisi, comme l'Allemagne, de privilégier le respect du droit international au détriment des pouvoirs des législateurs fédéral et cantonal (sous réserve de la jurisprudence Schubert). Ceci ressort, pour le législateur fédéral, de la primauté de l'ordre international sur l'ordre national et, pour les législateurs cantonaux, de l'art. 2 disp. trans. Cst. féd. En outre, la même priorité s'étend également aux normes simplement conventionnelles dont l'applicabilité directe a été reconnue.

709. Face au droit national (fédéral ou des entités) de niveau légal, le DIPU général se voit ainsi reconnaître en Suisse et en Allemagne une position nettement plus forte qu'au Canada. Certes, dans cet Etat, le principe de l'interprétation du droit international en conformité avec le droit national est fort, il ne suffit cependant pas à compenser l'autre principe de la souveraineté du Parlement qui l'emporte. Nous reviendrons sur ces principes dans nos deux points suivants⁷⁹⁰.
710. Un conflit entre le DIPU général et le droit de niveau constitutionnel donne en Allemagne et au Canada le même résultat que celui des conflits avec le droit inférieur: la primauté de DIPU général en Allemagne et la possibilité laissée au législateur canadien d'y déroger. Si le fondement est identique au Canada - la souveraineté du Parlement et son tempérament de l'interprétation conforme au droit international -, il est différent en Allemagne. Dans le précédent cas de figure, les art. 25 et 31 GG offraient une solution claire. Ici, l'art. 25 GG attribue au mieux au DIPU général un rang identique à celui de la GG. C'est donc dans l'esprit de la GG et de son principe fondamental du <Rechtsstaat> qu'il faut chercher la base de cette priorité. Celle-ci devrait d'ailleurs - selon certains auteurs⁷⁹¹ - céder, sur la base du <Günstigkeitsprinzip>, devant la solution la plus libérale pour l'individu. Selon cette perspective, l'application de la GG ou du DIPU général se ferait en fonction de la solution la plus respectueuse des droits fondamentaux.
711. Nette différence donc entre nos deux Etats dualistes: l'Allemagne admet son obligation de respecter le <minimum des minima> qui est issu de l'ordre international, parallèle à son ordre national. Au contraire, le

⁷⁹⁰ Cf. § 720 ss. et 727 ss.

⁷⁹¹ Cf. n. 376; citation de Stern, STAATSRECHT III/2, p. 1622.

Canada applique jusqu'au bout la théorie dualiste qui sépare l'ordre national de l'ordre international, en ce sens qu'il en refuse même le minimum. Cela ne veut évidemment pas dire que le Canada ne reconnaît pas le standard minimum des droits fondamentaux, mais que ce standard y sera rendu obligatoire par le fait du législateur ou du constituant et non par un texte international.

712. En Suisse, le droit de niveau constitutionnel cédera sans nul doute devant les règles générales de DIPU⁷⁹². Un tel conflit, d'ailleurs hautement improbable, sera tranché sans grandes discussions. Il en va autrement des conflits entre le droit constitutionnel et le droit conventionnel. Depuis peu, la jurisprudence reconnaît globalement la primauté de l'ordre international, ce qui ne fut longtemps pas le cas. A l'heure actuelle, il est vraisemblable que cette solution sera appliquée, sous réserve de l'issue de secours que constitue la jurisprudence Schubert. Cette position judiciaire, qui soutient que le Parlement puisse écarter le droit international en «le sachant et le voulant»⁷⁹³, a été maintenue dans le projet de Constitution fédérale (art. 178 al. 3 Projet C).

713. En Suisse, le droit de niveau constitutionnel comprend la CEDH. En Allemagne, notre analyse avait séparé le point de vue de la CEDH de celui de la GG, dans la mesure où la CEDH lui était aussi applicable au titre de droit européen de l'UE⁷⁹⁴. Ce dernier étant le droit d'une communauté supranationale intégrée au point de limiter la souveraineté de ses membres, il s'impose même face au DIPU général. Ainsi, en fonction de leur appartenance à l'UE ou non, le DIPU général va s'imposer ou céder face à la CEDH. Dans le premier cas (celui de l'Allemagne), la CEDH vaut face au DIPU général comme du droit

⁷⁹² Cette primauté des règles générales de DIPU a notamment poussé l'Assemblée fédérale à invalider, le 14 mars 1996, une initiative constitutionnelle «pour une politique d'asile raisonnable» du 15 juillet 1992 (FF 1992 V 835 pour le texte de l'initiative, FF 1994 III 1471 pour le Message du Conseil fédéral et FF 1996 I 1305 pour l'arrêt fédéral d'invalidation). Cette initiative aurait, en cas d'acceptation, contraint la Suisse à violer ses obligations internationales fondamentales et devait ainsi être invalidée. Elle ne sera dès lors pas soumise au vote du peuple et des cantons.

⁷⁹³ Voir le développement de cette notion, notamment à notre point 6.2.2b.5., § 727 ss.

⁷⁹⁴ Nous rappellerons que l'art. F al. 2 du Traité de Maastricht préconise le respect de la CEDH dans l'Union Européenne.

supranational, dans le second (celui de la Suisse), elle a valeur de droit constitutionnel ordinaire.

714. S'agissant du rapport entre le droit européen (CEDH, UE) et le droit international conventionnel ordinaire, la Suisse comme l'Allemagne donnent la priorité au premier. Pour la Suisse, cela reviendrait à dire que le droit de nature constitutionnelle s'impose, ce qui est en contradiction avec l'assertion énoncée plus haut que l'ordre international a la primauté sur l'ordre national. Pour éclairer - s'il est possible - le débat, nous dirons que le droit de la CEDH n'est pas du droit constitutionnel suisse ordinaire, mais que son essence s'approche du *ius cogens* et que dans cette perspective cette solution ne saurait choquer. Pour l'Allemagne, la priorité du droit de l'UE, CEDH comprise, sur le droit international conventionnel se justifie entièrement lorsqu'on se souvient que le droit de la communauté supranationale la plus intégrée s'y imposait même face aux règles générales de DIPU.
715. Les problèmes les plus épineux quant à la hiérarchisation des normes internationales au sein de l'ordre interne proviennent néanmoins de celles des normes internationales qui sont intégrées dans les Etats dualistes par un acte législatif. En effet, tant l'Allemagne que le Canada considèrent alors la norme intégrée au même niveau que celui de l'acte qui l'incorpore, à savoir celui d'une loi. Si cette loi d'intégration s'impose avec certitude face au droit des Länder (art. 31 GG)⁷⁹⁵, une telle primauté n'est pas assurée au Canada. L'art. 33 de la Charte canadienne des droits et libertés autorise les Parlements provinciaux à s'écarter de celle-ci. Comment, dès lors qu'ils peuvent s'écarter du texte constitutionnel, leur interdire de s'écarter d'une loi fédérale ?
716. La nature de loi fédérale qui revient normalement au texte international incorporé en Allemagne et au Canada affaiblit, dans l'un et l'autre de ces Etats, la position de cette norme internationale. Cette dévalorisation se perçoit face à leur droit interne de niveau constitutionnel et encore plus face à celui de simple niveau légal. Selon des principes généraux bien admis et reconnus dans l'immense majorité des ordres constitutionnels, le droit de niveau constitutionnel s'impose

⁷⁹⁵ Nous reviendrons à notre point 6.2.2b.6. sur le rapport troublant qui existe entre les art. 31 et 142 GG, § 740 ss.

au droit de niveau légal. En d'autres termes et en liaison plus directe avec les textes qui nous occupent, les normes des Pactes intégrées cèdent devant la GG ou la Loi constitutionnelle dans les cas où ces dernières leur sont contraires. Les juridictions de ces deux Etats cherchent à éviter autant que faire se peut de tels conflits par une interprétation de la Constitution qui soit conforme aux normes conventionnelles. En cas d'incompatibilité insurmontable, la norme internationale est néanmoins écartée. Nous décrirons plus précisément ce mécanisme au point 6.2.2b.4.

717. Les juges tentent en principe de résoudre les conflits entre la norme intégrée au niveau légal et toute loi fédérale de la même façon. A cette interprétation conforme au droit national s'ajoutent les règles de priorité tirées des adages latins (*lex posterior derogat priori*, *lex specialis derogat generali*). L'application de la maxime favorisant le droit le plus récent a pour conséquence principale de permettre au Parlement de déroger librement au droit international conventionnel. Ce que le Canada connaît sous le principe de la <souveraineté du Parlement>, l'Allemagne sous la notion de <primauté du Parlement> et ce que la Suisse a admis comme l'exception du <le sachant et le voulant> nous occupera également plus bas (point 6.2.2b.5.). Cela dit, il est patent que cette faculté d'écarter une obligation internationale par un simple vote des députés fragilise grandement l'engagement international, dont le non-respect expose tous ces Etats à devoir assumer une responsabilité internationale. En ce sens, cette solution devrait être modifiée.
718. Une lueur d'espoir apparaît cependant au Canada qui ne donne priorité à la loi nationale contraire que si celle-ci est expressément contraire au droit international. Cette doctrine du <clear statement> s'approche de la conviction qui devait animer le juge suisse, lorsque celui-ci entendait préférer le droit national postérieur, que le législateur l'avait adopté en toute connaissance de la violation du droit international, en <le sachant et le voulant>.
719. Si nous devons à ce stade établir une sorte de classement sur la base du plus grand respect des normes internationales conventionnelles, la Suisse - en tant qu'elle les place maintenant normalement au-dessus de tout son ordre interne, sous réserve de la jurisprudence Schubert -

précéderait le Canada - qui admet que son Parlement puisse écarter le droit international conventionnel à condition de l'exprimer clairement. L'Allemagne fermerait la marche - dans la mesure où les entorses faites par le législateur fédéral aux normes de droit international conventionnel sont valables quand bien même elles ne se font pas ouvertement.

6.2.2b.4. Interprétation du droit interne en conformité avec le droit international et présomption que le législateur a légiféré en accord avec le droit international

720. C'est le moyen commun à tous les Etats qui ne connaissent pas la primauté de principe du droit international pour vider les conflits entre le droit international et le droit interne. Il s'agit en somme de donner au droit interne un sens tel qu'il ne contredise pas le droit international. Pour ce faire, l'interprétation des normes respectives sera guidée par la présomption que le législateur a légiféré en accord avec le droit international.
721. Ce principe d'interprétation tire ses origines du système britannique, où il a, plus que partout ailleurs, aidé à atténuer les conséquences critiquables de la suprématie du Parlement. Développé essentiellement dans le droit anglo-saxon, il n'est pas étonnant de retrouver le principe de l'interprétation conforme au droit international le plus fréquemment dans nos exemples canadiens. Cela dit, la Suisse et l'Allemagne, sans l'avoir autant dogmatisé, s'en servent également pour vider les conflits entre le droit interne et international qui peuvent l'être ainsi. Ce principe est largement reconnu pour la raison très simple que tous les moyens sont utiles pour éliminer les conflits et que parmi ces moyens, il est celui qui recherche le plus à harmoniser les deux systèmes.
722. La doctrine suisse ne fait qu'effleurer la question qui nous occupe, ou plutôt elle semble considérer l'interprétation conforme comme une

technique d'interprétation usuelle sans s'y attarder⁷⁹⁶. De plus et dans la mesure où les contradictions patentes entre le droit interne et le droit international sont rares du fait de la vérification avant ratification, ce moyen doit régulièrement céder face aux traditionnels adages latins ou, mieux, face à une hiérarchisation de principe entre les deux ordres. Cette hiérarchisation soulève le problème de la suprématie du Parlement, si bien que nous y reviendrons subséquemment.

723. Ce qui vient d'être dit est dans les grandes lignes aussi valable pour l'Allemagne. Le principe de l'interprétation conforme du droit interne avec le droit international y est également admis, de même que ses limites. Certains auteurs⁷⁹⁷ s'y attardent, principalement pour en diminuer l'impact en le réduisant à une ligne directrice, au lieu d'une véritable méthode d'interprétation. L'appel identique qui est fait aux adages latins, en cas d'incompatibilité insoluble par l'interprétation conforme, touche de la même manière à la suprématie du Parlement, traitée au point suivant.

724. De nos trois Etats, c'est incontestablement le Canada qui fait le plus souvent appel au principe de l'interprétation conforme. Ceci résulte du fait que le principe de la suprématie du Parlement y a une valeur véritablement fondamentale. Moyen de réconcilier les deux ordres, l'interprétation conforme y est aussi un moyen pour tenir compte d'un texte international qui n'a pas été formellement incorporé. En ce sens, ce principe est doublement utile dans la perspective des Pactes. D'abord pour fonder juridiquement leur application par les juges, quand bien même ils n'ont pas été transcrits par un acte législatif⁷⁹⁸. Ensuite pour les harmoniser avec le droit canadien. Dans ce système néanmoins, il est plus d'usage que le droit international complète le droit interne, et non

⁷⁹⁶ Cette absence de littérature développée est compréhensible si l'on voit dans l'interprétation conforme de la Constitution avec le droit international la simple transposition face au droit international de ce qui est déjà connu au plan interne strict. Les juges essaient en effet toujours de trouver un sens à l'acte cantonal qu'ils examinent qui soit compatible avec la Constitution fédérale pour éviter de l'annuler (économie des moyens). Ici, dans la hiérarchie transposée, l'acte cantonal devient la Constitution et la Constitution le droit international.

⁷⁹⁷ Notamment Stern, cité n. 390.

⁷⁹⁸ Rappelons que les Pactes n'ont pas été formellement transformés en droit interne canadien, mais qu'ils sont considérés comme incorporés. Cf. n. 620.

qu'il le contredise. D'ailleurs, la suprématie du Parlement écarterait le premier au profit du second.

725. De ce qui précède, il ressort avec insistance que l'interprétation conforme et la suprématie du Parlement sont intimement liées. Les juges cherchent à harmoniser les deux ordres, afin de s'éviter un choix délicat qui aurait pour effet, d'une part, de les lier à l'avenir et, d'autre part, d'engager la responsabilité internationale de l'Etat s'ils devaient donner la préférence au droit interne. Dans les Etats connaissant le principe de la suprématie du Parlement, l'interprétation conforme permet en quelque sorte d'obtenir le beurre et l'argent du beurre: la garantie de la volonté du législateur national, sans risquer de reproches des partenaires et organes internationaux.
726. Ceci est bien évidemment la situation idéale. Il arrive néanmoins fréquemment dans chacun de nos Etats que l'interprétation conforme ne suffise pas à résoudre les incompatibilités entre les deux ordres. Dans ces cas, il faut choisir. Et qui dit choisir, sous-entend soit renoncer à la conception du législateur national, soit assumer sa responsabilité internationale. Les interrogations que soulève cette alternative font l'objet de notre point suivant.

6.2.2b.5. Suprématie du Parlement

727. Le terme de <suprématie du Parlement> - notion désignée dans le monde anglo-saxon par l'expression de souveraineté du Parlement - résume la faculté de l'organe législatif d'introduire ou de réintroduire des textes jugés contraires à la Constitution, aux Pactes, au droit international général et plus largement à n'importe quel texte servant de référence au contrôle de constitutionnalité⁷⁹⁹. Dans la perspective de ce que nous avons développé précédemment, nous pouvons voir, dans le principe de la suprématie du Parlement, le mal dont le remède - à tout le

⁷⁹⁹ Le problème de la référence du contrôle de constitutionnalité - ou de la Massstab du contrôle - nous occupera plus bas, sous 6.3. Voies nationales pour faire valoir les textes internationaux (en termes généraux), 6.3.1. Procédure et autorités compétentes (§ 794 ss.) et particulièrement le point 6.3.1b.2. Le problème de la référence du contrôle (§ 809 ss.).

moins partiel - est l'interprétation du droit international en conformité avec le droit interne. Remarquons qu'en Suisse, la suprématie du Parlement ne va pas sans celle du peuple qui occupe une place privilégiée. Si notre terminologie ne retient que le terme <Parlement>, nous le comprenons avec cette dimension de la démocratie semi-directe.

728. Tant la désignation que l'impact de ce principe varient d'un Etat à l'autre. Dans celui de nos Etats de référence où il est le plus profondément ancré, soit au Canada, il est couramment désigné par l'expression souveraineté du Parlement. Concrètement, cette souveraineté y signifie que le Parlement peut déroger au droit international à la seule condition de le faire expressément. Il existe donc une présomption que la loi édictée entend respecter le droit international, présomption réfragable en ce sens que le législateur peut décider de l'écarter ouvertement.
729. S'il le fait sans ambiguïtés, le législateur pourra ainsi limiter la liberté du juge. Celui-ci se verra dans l'obligation d'appliquer le droit canadien en lieu et place du droit international qui lie le Canada. Le droit international ne servira de référence que dans les cas où il est précisément en accord avec le droit canadien. Les seuls domaines où l'ordre international pourra dès lors véritablement enrichir le droit interne sont ceux que ce droit interne a laissés en friche. Cette situation rend bien difficile le respect des obligations internationales: le législateur peut à tout moment décider de légiférer en harmonie ou contre le droit international. Relégué à combler des lacunes ou à aider à interpréter le droit canadien, le droit international, et spécialement les Pactes seront d'application délicate dans cet Etat et leur violation risque à plusieurs reprises d'entraîner la responsabilité internationale du Canada.
730. L'Allemagne attribue un pouvoir encore plus large à son Parlement. Ce dernier peut en toute liberté légiférer contre les obligations internationales. Transposée aux Pactes, cette théorie implique que le Parlement est autorisé à édicter des textes postérieurs contraires à la <Zustimmungsgesetz> et engager la responsabilité internationale de l'Allemagne. En plus, il est possible de maintenir ou réintroduire des normes qui ont été déclarées inapplicables par la Cour constitutionnelle. Ce faisant, les élus du peuple s'écarteront non seulement de ce que le

gouvernement avait cru bon négocier au niveau international, mais aussi d'un jugement rendu par la plus haute juridiction. Dans ces conditions, la position supérieure du Parlement - que nous avons déjà cru discerner dans l'art. 20 al. 3 GG⁸⁰⁰ - est confirmée.

731. Un élément non négligeable vient cependant tempérer la liberté - totale du point de vue juridique - du Parlement de déroger au droit international. En effet, s'il entend procéder de cette façon, le législatif le fera en toute connaissance de cause, plus particulièrement lorsqu'il maintient ou réintroduit un texte rendu inapplicable par le BVerfG. Certes, les parlementaires n'ont pas besoin d'en faire expressément la mention, ils ne peuvent cependant ignorer les implications de la loi litigieuse qu'ils votent.
732. En comparaison, l'Allemagne s'approche plus de l'attitude de la Suisse - où les juges, en dépit de la récente jurisprudence reconnaissant la supériorité de principe du droit international, donnent exceptionnellement priorité à des lois adoptées contre le droit international par un Parlement <le sachant et le voulant> - que de celle du Canada - où il est impératif de mentionner expressément et en toutes lettres dans la loi sa contradiction avec le droit international. Seul bémol - logique du reste - aux larges pouvoirs du Parlement allemand: le droit de l'Union européenne devra prévaloir en toutes circonstances, les autorités judiciaires de Luxembourg étant là pour assurer cette primauté.
733. Le cas de la Suisse illustre bien l'évolution qui peut affecter l'approche du droit international. Pendant des années, les juges ont choisi de préférer la loi postérieure à la norme internationale, arguant que le législateur l'avait édictée contrairement à ce droit international en <le sachant et le voulant>. Ce respect du Parlement s'accordait avec l'esprit du principe de l'immunité des lois fédérales (art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd.). Le fondement de cette immunité était l'interdiction faite aux juges de revoir et corriger le travail du législateur. Au fil des années, la position s'est assouplie et l'idée s'est imposée que le respect du droit international justifiait un empiétement sur les compétences du Parlement. En a résulté la jurisprudence actuelle qui admet globalement la primauté de principe du droit international, jurisprudence qui exclut

⁸⁰⁰ Art. 20 al. 3 GG: «Die Gesetzgebung ist an die verfassungsmässige Ordnung, die vollziehende Gewalt und die Rechtsprechung sind an Gesetz und Recht gebunden».

donc la suprématie du Parlement, sauf cas exceptionnels (issue de secours Schubert). Ni l'Allemagne, ni le Canada n'ont encore suivi cette voie, si bien que dans ces deux Etats, la suprématie du Parlement demeure un principe directeur de l'Etat.

734. Si nous devons tenter d'établir ici un classement du même type que celui proposé plus haut pour le respect général des normes internationales conventionnelles⁸⁰¹, le résultat serait assez clair. Avec la priorité de principe que la Suisse accorde dorénavant - et sauf exception Schubert - au droit international, cet Etat a tempéré, jusqu'à presque l'éliminer, le principe de la suprématie du Parlement (qui reste ancré à l'art. 71 Cst. féd., mais perd concrètement de sa valeur dans la perspective du droit international malgré le maintien des art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd. qui sont du reste politiquement morts). Ce principe perdure au Canada, où il est toutefois tempéré par la nécessité d'exprimer clairement toute contrariété avec le droit international. Finalement, l'Allemagne lui reconnaît un impact plus large, dans la mesure où la contrariété n'a pas besoin d'être annoncée ouvertement et où elle peut advenir quand bien même la juridiction constitutionnelle s'y oppose. En ce sens, le Parlement allemand est celui dont le pouvoir et les compétences restent les plus étendus.
735. Au risque de nous écarter un peu de notre objet au sens strict, quelques considérations sur l'alternative, sous-jacente au maintien ou non de la suprématie du Parlement, nous semblent intéressantes. En somme, il s'agit de faire un choix entre privilégier le législatif aux dépens du judiciaire et de l'exécutif, ou vice-versa. Chaque système a des avantages et des inconvénients. Il n'en demeure pas moins que du point de vue du droit international, l'abandon de la suprématie du Parlement assure un meilleur respect des obligations qui en découlent et évite par là-même l'engagement de la responsabilité internationale de l'Etat.
736. Parmi les arguments militant pour le maintien de la suprématie du Parlement, le principal réside dans la valeur démocratique de ses actes. Les élus du peuple restent les représentants les plus légitimes de la volonté de la majorité. Ces élus sont perçus par le citoyen comme l'autorité suprême, car la plus directement issue de sa propre volonté. Cependant, étant soumis à réélection et donc plus tenté de commettre des

⁸⁰¹ Cf. § 719.

entorses au droit, les libertés que le législateur prend peuvent fragiliser les relations internationales que le gouvernement a établies et que le judiciaire tente avec une approche plus froidement technique de faire respecter. Pour éluder la responsabilité internationale, un contrôle averti et informé par le judiciaire est souhaitable. L'inconvénient qui en découle tient essentiellement à une politisation croissante des juges qui se substituent au législateur⁸⁰², ainsi qu'à une entorse manifeste aux principes démocratiques souvent désignée par la boutade de <république des juges>.

737. L'un et l'autre de ces systèmes jouissent d'une justification partielle, bien vite effacée par des contre-arguments convaincants. La solution qui nous apparaît comme la plus souhaitable se doit de placer le respect des engagements internationaux au-dessus des autres considérations. En ce sens, la Suisse nous semble le mieux satisfaire à cette exigence.
738. Nous pourrions également accepter la position canadienne qui tolère des entorses expresses au droit international. Pour cela, il faudrait cependant que la partie de droit international qui n'a pas été contredite y jouisse d'une place et influence supérieures.
739. Finalement, l'Allemagne nous inquiète en attribuant à l'avis des juges une simple valeur indicative, pouvant être écarté au même titre que le fruit des négociations gouvernementales par un simple vote parlementaire.

⁸⁰² Cf. Kaelin (SCHUBERT, p. 76-77) qui souhaite qu'à l'instar des juges américains, les juges suisses se déclarent incompétents dans les affaires touchant à des choix de société, dont la décision devrait plus revenir au législateur, voire au peuple. On y inclurait volontiers la peine de mort, l'avortement entre autres et peut-être même les écoutes téléphoniques. Cela reviendrait à censurer encore davantage les juges puisqu'aux Etats-Unis, ils se sont prononcés sur la peine de mort et l'avortement.

6.2.2b.6. Liberté de déroger au droit fédéral dans les Constitutions et plus largement dans le droit des entités fédérées

740. Alors que la Suisse établit une claire hiérarchie au sein de son ordre constitutionnel par le biais de l'art. 2 disp. trans. Cst. féd. qui codifie la force dérogatoire du droit fédéral, l'Allemagne et le Canada appréhendent le rapport entre le droit des entités et le droit fédéral avec plus de flexibilité, voire de manière plus erratique. Que ce soit l'Allemagne avec la possibilité d'avoir des Constitutions des Länder qui restent en deçà de la GG (art. 142 GG) ou le Canada avec la possibilité laissée aux organes législatifs fédéral et provinciaux de déroger à la Charte (art. 33 Charte), chacun de ces Etats autorise une certaine mise à l'écart formelle des droits fondamentaux de niveau fédéral par les entités. Ceci ne va évidemment pas sans soulever quelques problèmes, notamment du point de vue de la logique.
741. C'est du reste avant tout la possible déficience de logique juridique qui nous a tant fait critiquer le rapport entre les art. 31 et 142 GG. La combinaison de deux facteurs essentiels - à savoir, d'une part, la liberté laissée aux Länder de forger leur propre système de protection des droits fondamentaux et d'éventuellement déroger à la GG (art. 142 GG) et, d'autre part, la valeur de loi fédérale octroyée à la <Zustimmungsgesetz> (art. 31 GG) - pourrait avoir des conséquences étonnantes. Les Constitutions et le droit des Länder doivent respecter les droits inclus dans la <Zustimmungsgesetz> (art. 31 GG), alors qu'ils sont habilités à déroger aux droits - souvent identiques - de la GG. Pour en quelque sorte mathématiser cette équation insolite, nous avons posé les inégalités suivantes: Zustimmungsgesetz > Cst. Länder et Cst. Länder > GG, mais Zustimmungsgesetz < GG. Une issue à cette impasse existe néanmoins : l'individu lésé dans un droit que la Cst. Land ne garantit pas, n'aura aucun moyen devant le Landesgericht mais pourra toujours agir devant le BVerfG sur la base de la GG. Il n'en demeure pas moins que la possibilité d'une telle Unterschreitung est critiquable, d'autant qu'il est bien difficile d'y trouver une solide justification.
742. Les dérogations admises au Canada paraissent bien plus inquiétantes encore. En Allemagne, c'est le constituant des entités qui peut écarter les droits fondamentaux fédéraux (qui resteront quoi qu'il en soit

matériellement garantis par le BVerfG au niveau fédéral). Au Canada, cette faculté est laissée aux autorités législatives des provinces déjà (art. 33 Charte). Une telle dérogation - plus large que les restrictions usuelles admises dans le cadre de l'art. 1^{er} de la Charte et, plus généralement, par la jurisprudence suisse, par la GG allemande, par la CEDH et par les Pactes - permet au simple législateur fédéral ou provincial, par un simple vote de majorité, d'adopter un texte contraire à la Charte et a fortiori un texte contraire aux Pactes. Mises à part la limitation de cette dérogation dans le temps et l'obligation qui est faite de l'annoncer, la procédure législative canadienne - fédérale et provinciale - est la même qu'il y ait violation de la Charte et des Pactes ou non. D'où leur incontestable fragilité.

743. Dans nos autres Etats, de même que dans les systèmes de la CEDH et des Pactes, les restrictions exigent de remplir des conditions objectives et soumises au contrôle juridictionnel, telles que la nécessité, l'adéquation et la proportionnalité. Les dérogations sont subordonnées à des impératifs plus stricts encore, à savoir l'existence <d'un danger public exceptionnel menaçant l'existence de la nation et proclamé par un acte officiel> (art. 4 Pacte II) ou <d'un cas de guerre ou autre danger public menaçant la vie de la nation> (art. 15 CEDH, avec information au Secrétaire général du Conseil de l'Europe prévue par l'alinéa 3). Cette situation officiellement constatée et objectivée n'est, par son degré de solennité, en aucun cas comparable à un simple vote du Parlement. La procédure de dérogation aux droits fondamentaux admise au Canada semble dès lors bien désinvolte face à la gravité de la restriction aux droits et contraste avec les situations extrêmes autorisant à les écarter dans les autres systèmes. Chez ceux-ci, le danger public exceptionnel doit être manifeste, par exemple en temps de guerre ou de graves et incontrôlables troubles sociaux.

6.2.2b.7. Importance pratique des Pactes, attitude face aux condamnations de Strasbourg et harmonisation des droits formellement identiques inclus dans des textes de niveaux différents

744. Nous avons longuement décrit les rapports tendus entre le droit interne et le droit international, que seule la Suisse semble pour l'heure décidée à élever techniquement au-dessus de son droit national. Du point de vue de cette seule technique juridique, les textes internationaux relatifs aux droits de l'homme, y compris la CEDH en Allemagne, sont relégués à un niveau inférieur d'outil d'interprétation et, bien éventuellement, de complément à un droit national lacunaire. En considérant l'impact réel et pratique de ces textes, nous nous apercevons que leur importance concrète est néanmoins bien supérieure. Même si leur statut est celui d'une simple loi, les lois incorporant les Pactes ne sont pas des lois comme les autres.
745. Au Canada, la jurisprudence leur reconnaît la fonction d'aide à l'interprétation de la Charte de 1982 et des textes provinciaux sur les droits fondamentaux. Or, il est difficilement concevable que cette interprétation puisse se faire en contradiction avec le droit international, au moins avec ses droits les plus élémentaires. De plus, la doctrine⁸⁰³ a bien relevé le caractère lacunaire de la Charte, que les Pactes seront dès lors appelés à compléter. Ceci ne devrait pas nous surprendre, dans la mesure où la Charte canadienne constitue incontestablement la référence dans cet Etat, tout en ayant été largement inspirée par les textes internationaux. Dans ces circonstances, il revient aux juges de faire preuve d'ouverture et d'introduire en droit canadien les droits et la conception des Pactes, que le constituant n'avait malheureusement pas estimé utile de reprendre en 1982.
746. Il est intéressant de constater que le rôle dévolu aux Pactes - essentiellement de nature supplétive et interprétative - est attribué de la

⁸⁰³ Cf. § 502 et n. 626.

même façon aux textes provinciaux. Ceux-ci vont ainsi également venir enrichir la Charte de 1982⁸⁰⁴.

747. Dans la perspective des dérogations de l'art. 33 et de la nature complémentaire des Pactes, les plus pessimistes ne relèveront cependant que la faiblesse de ces derniers. Vu sous cet angle, il peut être reproché au droit canadien de placer les Pactes au-dessous d'un texte (la Charte) qui n'est lui-même pas au sommet de l'ordre institutionnel, un Parlement fédéral ou provincial pouvant l'écarter par un simple et ordinaire vote de majorité.
748. S'agissant des Etats européens, l'influence de la CEDH les a incités à revoir leur attitude face à des droits, matériellement proches de leurs droits fondamentaux nationaux, mais garantis au niveau international. La Suisse en a pour l'heure tiré comme conséquence la supériorité de principe du droit international. L'Allemagne continue, elle, à placer la *<Zustimmungsgesetz>* de la CEDH au niveau d'une loi fédérale. Néanmoins, des voix se font entendre pour l'élever au même niveau que la GG, voire au-dessus⁸⁰⁵. Nous-mêmes avons suggéré une reconsidération des niveaux respectifs, en tant que cela éviterait d'avoir des droits matériellement identiques, mais formellement et procéduralement de niveaux différents⁸⁰⁶.
749. Nous avons également souligné qu'indépendamment du niveau législatif ou constitutionnel auquel la CEDH est intégrée, son importance pratique dépasse de loin ce niveau. Le motif principal - identique en Suisse comme en Allemagne - réside dans l'acceptation de la juridiction obligatoire (art. 53 CEDH), ainsi que dans le risque de condamnations récurrentes à Strasbourg si le droit interne écarte systématiquement la CEDH. L'engagement de se conformer aux arrêts de la cour et les sanctions prévues à l'art. 50 CEDH - satisfaction équitable à la partie lésée - contraignent donc l'Etat le plus réticent à adapter son ordre juridique.

⁸⁰⁴ Cf. § 507-508.

⁸⁰⁵ Cf. n. 405.

⁸⁰⁶ Cf. § 310.

750. Les désagréments matériels qu'une condamnation CEDH peuvent poser sont absents dans le système onusien qui ne prévoit pas de telles indemnités chiffrées. Plus encore, l'art. 5 al. 4 Prot. add. ne donne que la valeur de constatation aux décisions du Comité du Pacte II, restant donc bien en deça de l'engagement de l'art. 53 CEDH. Cependant, l'aura croissante du Comité des droits de l'homme et, par voie de conséquence, la crainte parallèlement croissante d'être condamné, incite dans les faits à respecter les Pactes. De surcroît, une violation des Pactes sera bien souvent en même temps une violation de la CEDH, donc attaquable devant un tribunal (celui de Strasbourg) pouvant condamner à un paiement comptant. C'est d'ailleurs le danger du cumul de ces deux voies de droit qui a poussé la Suisse, l'Allemagne et plus largement le Conseil de l'Europe à prévoir leur coordination⁸⁰⁷.
751. En guise de conclusion, nous déplorerons que seule la Suisse tente de développer une doctrine, et par ricochet une jurisprudence, qui amènerait au droit international une place de choix. L'idée du principe de faveur⁸⁰⁸ - ou <Günstigkeitsprinzip> - se retrouve très vaguement en droit allemand⁸⁰⁹, sans pour autant faire l'objet d'une attention soutenue. En ces circonstances, il est intéressant de constater que l'Etat qui a rejoint en dernier l'effort universel se montre le plus zélé à ouvrir son système.
752. Le principe de faire prévaloir les normes internationales les plus favorables à la liberté individuelle s'y installe peu à peu comme une évidence. En ce sens, la Suisse accepte d'abandonner sa vision souveraine des droits fondamentaux, au même titre que l'Allemagne avait accepté une diminution de sa souveraineté juridictionnelle en cédant une part du contrôle à la Cour de Luxembourg. Le préjugé d'une Suisse fermée aux regards contraignants venus de l'extérieur s'estompe et nous laisse espérer une participation plus large à tous les efforts multilatéraux. Ceux-ci ne demanderont finalement pas des réaménagements si incisifs de notre ordre interne, à tout le moins en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux.

⁸⁰⁷ Cf. notamment § 619 à 621 et n. 752.

⁸⁰⁸ Cf. § 154, 158 et 159.

⁸⁰⁹ Cf. § 710 et n. 791; n. 376

6.2.3a. Valeur et effets juridiques des décisions et arrêts internationaux: rappel

6.2.3a.1. En Suisse (§ 160-170)

753. * Il y a une réticence générale à participer à des efforts internationaux structurés.

* Nous avons adopté un double point de vue:

- celui des arrêts CEDH et les décisions du Conseil de l'Europe ;
- celui des actes de l'ONU et les Pactes.

* L'art. 50 CEDH impose une indemnité équitable et les autres Etats du Conseil de l'Europe peuvent réagir à une violation choquante et persistante en proposant l'exclusion car tous doivent accepter la juridiction obligatoire de la Cour CEDH (art. 53 CEDH). L'art. 139a OJ fait des arrêts de Strasbourg un motif de révision, et donc de la CEDH une *lex specialis* par rapport au reste du droit national. Le lien entre les art. 50 CEDH et 139a OJ est controversé dans la doctrine comme dans la jurisprudence. Rien n'oblige directement en droit interne à modifier la législation nationale suite à une condamnation par Strasbourg, mais cela permet d'éviter les condamnations récurrentes et les violations répétées de l'art. 53 CEDH.

* Les textes de l'ONU ont beaucoup moins d'effets. Il n'y a pas encore de requêtes individuelles pour l'instant, mais la ratification du Protocole facultatif est dans les intentions suisses. Dans ce cas, un élargissement de l'art. 139a OJ est souhaitable. Les recommandations suite aux rapports périodiques du Pacte I et du Pacte II sont pour l'heure les seules à avoir un véritable impact en Suisse.

6.2.3a.2. En Allemagne (§ 318-328)

754. * Elle prend part à différentes organisations internationales.

* Nous avons adopté un double point de vue:

- celui de la CEDH et de l'UE ;

- celui des actes de l'ONU et des Pactes.

* En entrant dans l'UE, l'Allemagne a cédé une part de sa souveraineté. Elle s'est obligée à respecter la législation de Bruxelles et la jurisprudence de Luxembourg. Les sanctions dans l'UE sont efficaces. L'art. F/2 du Traité de Maastricht charge la Cour de Luxembourg de vérifier le respect de la CEDH.

* Les art. 53 CEDH (juridiction obligatoire) et 50 CEDH (indemnité équitable) poussent à respecter les arrêts de Strasbourg. L'adaptation de la législation écartée est souhaitable, mais pas obligatoire de par le seul droit interne. La menace de l'exclusion du Conseil de l'Europe contraint aussi au respect de la CEDH.

* Le suivi des Pactes n'est pas aussi efficace. Il y a le problème du cumul ou de l'exclusion entre les procédures de la CEDH et du Pacte II. En Allemagne, le particulier va souvent préférer agir à Strasbourg, plutôt que devant le Comité des droits de l'homme à New York, moins efficace. Les Pactes ont une influence plus politique (pas de pendant de l'art. 53 CEDH, constatations seulement à l'art. 5 al. 4 Prot. add.). Les recommandations sur la base de leurs rapports périodiques restent faibles face à une GG perçue comme irréprochable.

6.2.3a.3. Au Canada (§ 509-513)

755. * Il ne participe à aucune organisation internationale analogue à la CEDH ou à l'UE.

* Il y a une soixantaine de requêtes individuelles impliquant le Canada. C'est un paradoxe dans un Etat où il est très difficile d'invoquer les Pactes de façon autonome, déconnectés de la Charte. Il y a un motif double à ce paradoxe: le dualisme canadien qui nie l'applicabilité directe autonome des Pactes et le retentissement dans l'opinion publique des affaires internationales.

* Les condamnations par le Comité ne sont juridiquement que des recommandations, elles ont néanmoins contraint à accepter des modifications législatives.

* Les recommandations suite aux rapports sur les Pactes I et II sont tout autant dénuées d'effet obligatoire. Leur impact est avant tout politique,

pour éviter de se voir accusé de violer le droit international des droits de l'homme.'

6.2.3b. Valeur et effets juridiques des décisions et arrêts internationaux: comparaison

6.2.3b.1. Types de décisions et d'arrêts internationaux

756. Selon la participation plus ou moins large à des organisations supranationales, les types de décisions et d'arrêts internationaux pertinents pour chaque Etat vont varier. Cette participation n'étant pas uniforme entre la Suisse, l'Allemagne et le Canada, le point de vue de l'analyse sera différent selon que l'Etat est seulement engagé dans l'ONU ou bien ailleurs aussi.

757. La Suisse s'est montrée réticente face à nombre d'organismes internationaux, principalement face à l'Union Européenne et à l'ONU. Au sein de cette dernière, elle participe néanmoins au coup par coup, par exemple avec les Pactes justement. Dans le même esprit, elle hésite à s'engager dans un système de contrôle global, tel celui mis en place par le Protocole facultatif au Pacte II. A cet égard, elle craint le cumul des procédures avec celle de la CEDH, particulièrement efficace. Cette crainte était partagée par les autres Etats du Conseil de l'Europe, motivant l'élaboration d'un texte qui pose les priorités⁸¹⁰. Or, l'Allemagne, par sa ratification en 1993 du Protocole facultatif au Pacte II, a emboîté le pas à d'autres Etats CEDH qui ne redoutent plus les collisions de procédures. Si, dans un avenir plus ou moins proche, la Suisse suit aussi cette voie, les types de décisions internationales susceptibles d'avoir des effets en droit interne s'en trouveront multipliés.

⁸¹⁰ Cf. § 621 et n. 752. Le texte du Comité des Ministres empêche le cumul des procédures par des règles de litispendance et d'autorité de la chose jugée.

758. Pour l'heure, les points de vue en Suisse seront ceux de la CEDH d'une part, et du système des Pactes et Protocoles d'autre part. Le premier angle d'approche (celui européen de la CEDH) sera quelque peu élargi en Allemagne, en ce sens que tous les actes de l'Union européenne y seront intégrés. S'agissant du Canada, nous n'aurons à nous préoccuper que des effets des actes onusiens, et ce dans la mesure où cet Etat n'est pas engagé dans un effort régional de protection des droits de l'homme comparable à ce qui se passe avec la CEDH. Rappelons à ce titre que la ratification de la CEDH par le Canada est d'emblée exclue puisque ce texte est ouvert aux seuls Etats membres du Conseil de l'Europe, ce qui exclut géographiquement le Canada.

759. Pour conclure cette entrée en matière, nous soulignerons que, d'une façon générale, les effets du texte international et sa valeur contraignante dépendent plus de l'organisme international qui a édicté le texte que de la configuration de l'ordre interne qui va le mettre en oeuvre. Même si l'approche nationale joue évidemment un rôle, l'impact du texte international est très différent en fonction de l'institution dont il est issu. Cet impact sera vraisemblablement fort s'il provient d'un système intégré prévoyant des sanctions concrètes (ex.: CEDH, UE) et plus faible si tel n'est pas le cas (ex.: ONU).

6.2.3b.2. Le point de vue européen

760. Tant la Suisse avec la CEDH, que l'Allemagne avec la CEDH et l'UE, sont à ce niveau confrontées à des décisions et actes internationaux qui vont les lier juridiquement et non pas seulement politiquement. Face aux obligations juridiques affaiblies ou même simplement morales que représentent les actes onusiens, les actes européens au sens large sont d'une toute autre nature.

761. Ainsi, les actes de l'Union européenne s'imposent à ses Etats membres, qui ont cédé une part de leur souveraineté - notamment juridictionnelle - à cette entité présentant la plus grande intégration institutionnelle. Ces actes, et spécialement les décisions des tribunaux de Luxembourg qui peuvent revoir et casser toutes les décisions nationales dans les

domaines (par exemple, civil ou commercial) de compétence de l'UE, sont accompagnés par un cortège de sanctions. Parmi celles-ci, les plus efficaces sont les condamnations à des indemnités en faveur des particuliers lésés, les pressions financières (par exemple les subventions) qui permettent d'orienter plus largement toute l'activité des Etats membres et surtout un système rigoureux d'amendes. Tout le droit de l'Union européenne fait partie intégrante du droit allemand et déploie des effets en tous points identiques à ceux des lois ordinaires. Les juges de l'UE sont en plus chargés de faire respecter les droits de la CEDH (art. F al. 2 du Traité de Maastricht), la voie concrètement choisie par les plaignants sera toutefois vraisemblablement plus souvent celle de Strasbourg.

762. Dans la perspective de ce système de la CEDH, il est intéressant de constater que la voie pour rendre les arrêts concrètement efficaces en droit national est similaire en droit suisse et en droit allemand. Ni l'un, ni l'autre de ces Etats n'attribue - expressément dans les dispositions de leur droit interne - aux arrêts CEDH un effet obligatoire clair, automatique et direct. Plutôt, ils s'arrogent le droit de ne pas toujours répercuter les modifications qu'appellent certaines décisions. Deux éléments les forcent cependant à leur reconnaître des effets concrets et à adapter la législation nationale. D'une part, la réaction des autres Etats membres du Conseil de l'Europe, qui peuvent menacer la Suisse et l'Allemagne d'exclusion si ceux-ci méprisent les décisions CEDH (ils se sont engagés à s'y conformer par l'art. 53 CEDH). D'autre part, l'art. 50 CEDH, qui les oblige à indemniser les personnes lésées par un acte de leurs autorités. L'impact concret des décisions et arrêts de Strasbourg est donc assuré par des pressions autant financières que liées à l'acceptation de la juridiction obligatoire de Strasbourg, mais venant toujours du niveau supérieur.
763. Cela dit, si les menaces d'exclusion et la condamnation de l'art. 50 CEDH ont des conséquences analogues en Suisse et en Allemagne - à savoir assurer le respect et la mise en oeuvre effective des arrêts de Strasbourg -, les répercussions plus profondes de l'appartenance à ce système régional de contrôle divergent.
764. En effet, la Suisse voit dans les arrêts CEDH un motif de révision du procès (art. 139a OJ), alors que l'Allemagne ignore pour l'instant un tel

effet. La doctrine suisse (notamment Spühler) a ainsi été appelée à définir le lien entre les art. 50 CEDH et 139a OJ. Elle semble soutenir que la révision du procès n'est ouverte que si la réparation matérielle n'est pas à elle seule satisfaisante, allant à l'encontre de la subsidiarité découlant de la lettre de l'art. 50 CEDH qui précise que la satisfaction équitable est accordée si « le droit interne de ladite Partie ne permet qu'imparfaitement d'effacer les conséquences de cette décision ou de cette mesure ». La jurisprudence n'est pas non plus claire, puisqu'elle a récemment soutenu que les deux dispositions sont dans un rapport de subsidiarité l'une par rapport à l'autre, sans que l'on puisse savoir alors laquelle prime (ATF 123 I 329). La doctrine a également tiré une autre conséquence de ce motif de révision, celle que la CEDH est une *lex specialis* prenant le pas sur le droit national.

765. L'Allemagne, au contraire, n'ouvre pas la voie de la révision du procès à celui qui a obtenu gain de cause devant les instances strasbourgeoises. Bien que se démarquant ici de la plupart des Etats CEDH, elle ne viole cependant aucune injonction de la CEDH⁸¹¹. Mais au-delà d'une éventuelle violation de la Convention, cette attitude restreint l'influence de la CEDH sur l'ordre interne allemand. La Suisse, quoique signataire tardive de la CEDH, respecte ici mieux l'esprit et le but de cette dernière. Celle-ci vise à déployer des effets caractéristiques d'un texte supérieur de protection des droits de l'homme dans l'ensemble de chaque ordre interne. Et un de ces effets les plus marquants pour l'individu est d'ouvrir la révision de son procès.
766. Finalement, c'est à la section suivante et conjointement avec les effets des actes onusiens que nous débattons de l'influence d'une décision judiciaire ou quasi-judiciaire sur l'activité du législateur⁸¹².

⁸¹¹ Cf. § 324 et n. 415.

⁸¹² Cf. § 771-773.

6.2.3b.3. Le point de vue de l'ONU

767. Pendant universel de la procédure CEDH, la plainte individuelle devant le Comité des droits de l'homme de New-York - prévue par le Protocole facultatif (ou additionnel) du Pacte II - est à disposition des particuliers en Allemagne et au Canada. En Suisse, il n'y a, en l'état actuel, aucun espoir, ou aucun risque, de voir l'individu provoquer une décision de ce Comité, la compétence à juger de litiges particuliers ne lui étant pas encore reconnue. La ratification du Protocole facultatif figurant parmi les objectifs suisses, il serait néanmoins raisonnable de tenir compte de ses prises de position, dans la perspective d'y être un jour juridiquement soumis⁸¹³. Pour respecter la logique de tout l'ordre juridique suisse, il faudrait envisager une modification de la loi d'organisation judiciaire faisant des décisions sur la base du Pacte II un motif de révision du procès, ainsi que le prévoit déjà l'art. 139a OJ pour les arrêts CEDH. Ces deux suggestions anticipent une ratification escomptée du Protocole additionnel au Pacte II, elles ne sont en aucun cas des obligations juridiques actuellement à la charge de la Suisse.

768. L'impact des décisions du Comité diffère entre l'Allemagne et le Canada, et ce pour plusieurs raisons. L'Allemagne connaît la procédure CEDH, avec l'obligation de se conformer aux arrêts de la Cour de Strasbourg au sens de l'art. 53 CEDH et les éventuelles conséquences pécuniaires de l'art. 50 CEDH. Le Pacte II et son Protocole facultatif ne sont pas assortis d'un instrument de contrainte aussi efficace que cette indemnité et surtout d'une disposition imposant de se conformer aux décisions judiciaires (art. 53 CEDH - aux termes de l'art. 5 al. 4 Prot. add., les décisions du Comité sont des « constatations »). Espérant un résultat plus palpable en optant pour la procédure strasbourgeoise, le particulier aura tendance en Allemagne à négliger la voie new-yorkaise. S'il obtenait gain de cause selon cette dernière voie, il ne serait pas assuré de voir sa victoire judiciaire récompensée par une réparation sonnante et trébuchante. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant

⁸¹³ La pratique suisse ignore encore largement ces sources universelles, alors qu'elle s'est peu à peu ouverte aux sources européennes. Une prise en compte plus large et plus systématique des décisions internationales n'est toutefois pas exclue à l'avenir, en tant que celle-ci n'est pas nouvelle dans la culture judiciaire de notre pays. Cf. § 168.

qu'aucune décision impliquant l'Allemagne n'ait été rendue depuis sa ratification du Protocole en 1993.

769. La situation canadienne est tout autre. Le nombre impressionnant - une soixantaine - de décisions rendues par le Comité des droits de l'homme et impliquant le Canada s'explique en premier lieu par le fait que cette voie est la seule qui soit ouverte au citoyen canadien au niveau international. Si le Canada avait fait partie d'un système régional de protection des droits fondamentaux performant comme la CEDH, la voie onusienne aurait probablement perdu de son attrait, à l'image de la situation en Allemagne. Face à cette quantité de décisions concernant le Canada, nous nous sommes étonnée du paradoxe qui veut que ce même Pacte II soit très difficile à invoquer de façon autonome devant les juridictions canadiennes⁸¹⁴. Nous avons trouvé une double explication (dualisme et retentissement des décisions new-yorkaises) à ce paradoxe, sur lequel il n'est pas nécessaire de nous étendre ici.

770. Au Canada, comme en Allemagne et en Suisse, les décisions du Comité des droits de l'homme ne sont que des constatations de la violation des droits du Pacte II. Elles n'ont pas une valeur juridique obligatoire et constituent tout au plus des recommandations (différence essentielle entre les systèmes CEDH et onusien, matérialisée par les art. 53 CEDH et 5 al. 4 Prot. add.). Les moyens pour contraindre l'Etat à réparer la situation lésant le particulier sont au surplus concrètement inexistantes, dans la mesure où le Comité ne condamne pas l'Etat à indemniser financièrement sa victime. L'effet socio-politique de la décision défavorable à l'Etat peut cependant être très marqué, spécialement dans un Etat comme le Canada qui n'offre pas d'autres voies à ses citoyens. En Allemagne, et plus tard en Suisse si un jour elle ratifie le Protocole facultatif, le fait que la Cour de Strasbourg est susceptible d'offrir une réparation satisfaisante diminuera l'importance concrète d'une décision onusienne. Cette décision onusienne sera en quelque sorte la seule condamnation au Canada, alors que dans les Etats européens, elle sera la confirmation de ce qui aurait souvent déjà pu être dénoncé au niveau régional.

771. Une autre conséquence habituelle d'une condamnation par un organe supranational de protection des droits fondamentaux réside dans

⁸¹⁴ Cf. § 509-510.

l'adaptation législative qui s'en suit dans la plupart des cas. Dans aucun de nos Etats, cette modification ne s'impose de façon contraignante en raison du seul droit constitutionnel interne, même dans les Etats CEDH, soumis à l'art. 53 CEDH. En d'autres termes, partout il est possible de maintenir la législation dénoncée par l'instance internationale (de la CEDH ou du Pacte II). Dans le cadre du Pacte II, la non-adaptation des lois jugées contraires à ce Pacte II par le Comité des droits de l'homme pourra tout au plus être dénoncée lors de l'examen du rapport périodique, avec un effet de seule recommandation.

772. Quand bien même une modification législative ne saurait être directement exigée par les instances internationales, l'adaptation aura néanmoins lieu dans la plupart des cas, et ce pour des raisons différentes selon la situation canadienne d'une part, et la situation suisse ou allemande d'autre part. Au Canada, nous avons mis en évidence l'immense écho politique qu'ont eu certaines affaires sensibles. Echo si grand qu'il était impensable de laisser la solution incompatible perdurer (par exemple, maintenir l'interdiction de l'anglais sur l'affichage au Québec⁸¹⁵). La décision du Comité des droits de l'homme reçoit donc un suivi concret par la seule crainte des répercussions politiquement néfastes d'un statu quo.
773. En Suisse et en Allemagne, le maintien d'une loi contraire à la CEDH - et souvent lorsqu'elle est contraire au Pacte II, elle l'est aussi à la CEDH - expose ces Etats à des condamnations récurrentes, avec les conséquences financières que l'on imagine dans le cadre de l'art. 50 CEDH, et surtout à violation de l'art. 53 CEDH qui leur impose de se conformer - par les moyens qu'ils choisissent librement - aux arrêts de la Cour. Pour les éviter, un amendement sera en général rapidement envisagé, tant il est vrai qu'on imagine mal un autre remède efficace que la modification législative. Cependant, il a longtemps paru impossible de contraindre le législateur suisse ou allemand à agir. Plus récemment, Stern en Allemagne⁸¹⁶ a défendu la position que si le juge n'était pas compétent pour agir à la place du législateur, il pouvait cependant renoncer à appliquer une loi contraire aux instruments internationaux. La sécurité du droit exige alors une action rapide du législateur. Dominicié

⁸¹⁵ Cf. § 512.

⁸¹⁶ Cf. n. 413.

et Voeffray ont développé la même attitude en Suisse⁸¹⁷. En résumé, dans ces deux Etats, les juges cesseront d'appliquer les lois mises sur la sellette et le législateur agira dans la mesure où il veut autant éviter de porter la responsabilité des condamnations internationales que préserver la sécurité juridique.

774. L'impact le plus uniformément perceptible dans nos trois Etats est celui des observations que font les Comités des droits de l'homme et des droits économiques, sociaux et culturels suite à l'examen des rapports qui leur sont respectivement présentés sur les Pactes II et I. En effet, il semble improbable que ces Etats choisissent délibérément d'ignorer ces observations; si bien que, malgré leur seule valeur de recommandation sans caractère obligatoire, les avis des Comités seront concrètement intégrés par les changements qu'ils appellent. Le fondement de tout ceci est principalement politique et reste donc sujet à des fluctuations. Il n'en demeure pas moins que, dans des Etats soucieux des droits fondamentaux et de l'image qu'ils véhiculent à cet égard face à leurs partenaires, une dénonciation d'ordre politique se mue très vite dans les faits en contrainte juridique. Chacun des Etats sera peut-être tenté de demander que l'adaptation puisse être progressive, l'adaptation préconisée par les Comités aura néanmoins bien lieu. Tout ne sera qu'affaire de délais.

6.2.4a. Valeur et effets juridiques des décisions et arrêts nationaux: rappel

6.2.4a.1. En Suisse (§ 171-176)

775. * Si le RDP est rejeté, l'acte attaqué est maintenu. Cela ne signifie pas que la juridiction supérieure lui octroie une garantie, mais tout au plus que les moyens soulevés n'ont pas abouti. D'autres moyens peuvent provoquer l'acceptation d'un recours contre le même acte.

⁸¹⁷ Cf. n. 211.

* Si le recours est bien fondé, l'acte sera cassé. Cet effet cassatoire sera différent selon que le contrôle est abstrait ou concret. Dans un contrôle abstrait, le texte attaqué est partiellement ou totalement annulé avec effet *ex nunc*. Dans un contrôle concret, la décision est cassée et l'affaire souvent renvoyée pour une nouvelle décision (pas toujours, par ex. une amende annulée). Le TF ne fait que casser et ne prend en principe pas de dispositions positives. La nature cassatoire du RDP est dans bien des cas à nuancer cependant.

* Les arrêts du TF s'imposent à toutes les autorités, cantonales et fédérales. Ce sont les cantons qui exécutent normalement les jugements du TF. Ils ont force de chose jugée mais ne sont pas toujours définitifs (possibilité d'un recours sans effet suspensif à Strasbourg contre un acte pour lequel le RDP a échoué).

6.2.4a.2. En Allemagne (§ 329-352)

776. * Le rejet ou l'acceptation d'un recours par le BVerfG aura des effets différents selon le type de recours. Tout d'abord, il faut distinguer entre la mise en cause d'un parti politique d'une part et, d'autre part, d'un acte (législatif ou décision) par un particulier ou un quelconque organe ou collectivité publique.

* Si le parti politique est jugé inconstitutionnel par le BVerfG, il en ordonne la dissolution totale ou partielle.

* Dans le cas où c'est une loi qui est attaquée - en contrôle abstrait donc -, les art. 78 et 79 BVerfGG imposent la nullité totale ou partielle en cas d'inconstitutionnalité. La nullité déploie ses effets *ex tunc*, la rétroactivité n'étant toutefois pas absolue. Lors du contrôle concret d'une décision, le BVerfG ne fait que la casser et la renvoyer à l'autorité inférieure. Toutefois, il prend parfois des mesures positives sous forme de réglementation transitoire ou lignes directrices au législateur.

* Il y a aussi la procédure particulière où le BVerfG va décider si une règle générale de droit international public fait partie intégrante du droit allemand (art. 25 GG). Dans ce cas, l'arrêt du BVerfG reconnaît simplement cette appartenance ou la nie.

* Les arrêts du BVerfG lient toutes les autorités nationales et tous les organes. Ils ont force de loi. Parfois, la publication du dispositif de l'arrêt est requise. Il est cependant admis que le législateur peut réintroduire une loi ou des dispositions pourtant déclarées inconstitutionnelles par le BVerfG.

6.2.4a.3. Au Canada (§ 514-517)

777. * Les arrêts de la Cour suprême du Canada ont différents effets en fonction du moyen du recours, qui - en matière constitutionnelle - peut être soit l'art. 24, soit l'art. 52 de la Charte. Ces deux moyens ne s'exercent que dans le cadre d'un contrôle concret.

* L'art. 24 de la Charte permet la réparation suite à un acte inconstitutionnel ou l'élimination du dossier d'une preuve inconstitutionnelle. L'art. 52 de la Charte rend inopérante une loi inconstitutionnelle qui ne sera dès lors pas appliquée au cas en cause. Les juges casseront alors la décision et renverront l'affaire à l'autorité inférieure ou y substitueront parfois leur propre jugement. Le cumul des deux moyens est possible.

* Les arrêts de la Cour suprême du Canada s'imposent à tous les autres pouvoirs, ainsi qu'aux autorités provinciales. Ses arrêts sont typiquement ceux d'une dernière instance judiciaire: définitifs et sans appel.

6.2.4b. Valeur et effets des décisions et arrêts nationaux: comparaison

6.2.4b.1. Généralités

778. La diversité des effets des décisions nationales dépend - l'on s'en doute - de la diversité des procédures de recours. Notre attention s'est concentrée dans chaque Etat sur la description de celles des procédures qui paraissent être pertinentes dans la perspective de l'individu soucieux de la protection de ses droits fondamentaux. Sous cette présente section, nous limiterons notre analyse à un angle analogue. C'est ainsi que nous nous focaliserons sur les contrôles abstrait et concret dans chacun des Etats qui les connaissent et laisserons de côté les autres voies de droit que l'Allemagne, dans toute la richesse de son système, est seule à connaître.
779. Mis à part la particularité allemande de la saisine par des organes ou autorités - saisine pour laquelle l'issue de la procédure est en fait assimilable à l'aboutissement du recours intenté par un particulier et qui sera donc incluse dans les considérations des points ii) et iii) -, la juridiction constitutionnelle allemande s'exerce notamment aussi pour obtenir, d'une part, l'interdiction et la dissolution d'un parti politique et, d'autre part, la confirmation ou l'infirmité qu'une norme générale de droit international public fait partie intégrante de l'ordre juridique allemand (art. 25 GG). Ces deux voies ne seront ici que mentionnées, dans la mesure où l'effet des décisions qu'elles appellent est évident et n'a pas son pendant dans les autres Etats.
780. Toutes les autres procédures allemandes, plus nombreuses et plus variées qu'en Suisse et au Canada, se laissent intégrer dans les contrôles abstrait et concret⁸¹⁸. Nous soulignerons simplement que le fait de voir le

⁸¹⁸ Lorsque, par exemple, la compatibilité du droit du Bund ou d'un Land avec la GG est contestée, ou encore la compatibilité du droit d'un Land avec le droit du Bund, le contrôle effectué par le BVerfG est assimilable - dans sa latitude et ses effets - à celui auquel il procède lorsqu'un particulier conteste une loi en contrôle abstrait. Lorsqu'un tribunal suspend un procès pour demander au BVerfG si une loi qu'il doit appliquer est constitutionnelle ou non, le BVerfG juge en fait la même affaire que celle qu'il jugerait en

juge de l'instance inférieure suspendre le procès en cours pour adresser sa question sur la constitutionnalité d'un acte ou d'une norme au BVerfG est le signe tangible du caractère strictement concentré du contrôle en Allemagne. A l'opposé, le Canada - qui ne connaît que le contrôle concret - fonctionne sur la base d'un contrôle diffus. La Suisse tend, elle, vers le contrôle diffus lorsqu'il est exercé dans un cas concret et concentré lorsqu'il l'est dans un cas abstrait.

6.2.4b.2. Contrôle abstrait

781. Parmi nos Etats, seules la Suisse et l'Allemagne prévoient une telle procédure abstraite, le Canada connaissant exclusivement le contrôle concret. D'une façon générale, un recours qui aboutit suite à un contrôle abstrait est assorti d'un effet cassatoire sur l'acte attaqué. Or, cet effet cassatoire n'est pas entièrement identique en Suisse et en Allemagne.
782. La principale différence entre les deux systèmes réside dans la portée temporelle de la cassation: *ex nunc* en Suisse et *ex tunc* en Allemagne. Dans le premier cas, la constatation juridictionnelle de l'inconstitutionnalité n'a pas d'effet rétroactif; dans le second cas, elle est rétroactive. En d'autres termes, les juges suisses enlèvent la force de loi à l'acte attaqué (*aus Kraft gesetzt*), alors que les juges allemands vont prononcer une nullité initiale de l'acte attaqué. Cette dernière nullité est susceptible d'affecter tous les actes pris sur sa base entre son adoption et l'arrêt du BVerfG. Il en résulte l'impératif allemand de régler cette période de rétroactivité, ce qui est le rôle des art. 78 et 79 BVerfGG⁸¹⁹. Face à la complexité de ceux-ci, la solution suisse - non rétroactivité de la déclaration d'inconstitutionnalité - nous paraît d'application concrète

contrôle concret si le tribunal applique la loi inconstitutionnelle et que le particulier s'en plaint par la suite; le BVerfG intervient de façon comparable, mais à deux stades différents.

⁸¹⁹ Dans le domaine du droit pénal spécialement, où la rétroactivité pose les problèmes les plus aigus - du point de vue des droits de l'homme -, le moyen pour revenir sur une décision fondée sur un texte déclaré inconstitutionnel en contrôle abstrait est cependant identique dans les deux systèmes : la révision du procès.

plus aisée, en même temps qu'elle est moins bonne du point de vue juridique et même de l'équité.

783. S'agissant de l'étendue de la nullité que la Cour constitutionnelle prononce, elle nous semble répondre à des critères analogues dans les deux Etats. En principe, cette nullité est limitée aux seules normes inconstitutionnelles, à moins que la nullité de l'ensemble de la loi ne s'impose, cette loi perdant tout son sens sans les dispositions litigieuses. Le choix entre ces deux solutions sera le fait du juge qui estimera les besoins de cas en cas, en fonction du degré de dépendance qui existe entre, d'une part les normes attaquées et, d'autre part la loi dans son ensemble. Très proches dans le résultat, il n'en demeure pas moins que la doctrine allemande s'est montrée plus prolix et précise que la doctrine suisse dans la définition des critères⁸²⁰.

6.2.4b.3. Contrôle concret

784. Ici également, les similitudes entre les systèmes suisse et allemand sont patentes. La conséquence habituelle de l'acceptation du recours est que la décision attaquée est cassée et le plus souvent renvoyée à l'autorité inférieure pour qu'elle statue à nouveau dans le sens des considérants de la Cour constitutionnelle. La nature cassatoire implique un comportement des juges qui se limitent strictement à juger, rien de plus⁸²¹. L'acte est simplement annulé, il n'est pas remplacé par la juridiction supérieure et la loi qui a fondé la décision concrète n'est pas directement affectée.

785. Cette retenue souffre quelques exceptions, dans l'un et l'autre des Etats. En Suisse, il est admis que, dans certaines circonstances, les juges puissent eux-mêmes rectifier la situation inconstitutionnelle. Il en va

⁸²⁰ Cf. n. 436 et § 340.

⁸²¹ Nous rappellerons l'extrait de Aubert, déjà cité à la n. 219: « Wird dagegen die Beschwerde als begründet erklärt, so begnügt sich das Bundesgericht im allgemeinen damit, den angefochtenen Akt aufzuheben. Es handelt nicht stellvertretend für den Kanton, es erlässt kein Gesetz, es richtet nicht, es verwaltet nicht an seiner Stelle. Es kassiert. »; Aubert, TRAITE, n° 1726.

notamment ainsi lorsqu'il s'agit de mettre un terme à une détention provisoire injustifiée ou d'autoriser une manifestation initialement interdite. S'agissant de la loi qui est à la base de ces décisions cassées, loi éventuellement inconstitutionnelle, les juges peuvent tout au plus en dénoncer l'inconstitutionnalité. Ils peuvent appeler le législateur à la modifier, mais ils ne peuvent en aucun cas le faire eux-mêmes.

786. De ce point de vue, les juges allemands jouissent d'une plus grande latitude: ils peuvent prendre des mesures positives qui vont indiquer au législateur dans quel sens légiférer. Ils vont également, selon les cas, édicter une réglementation transitoire sans attendre que l'autorité inférieure ait à nouveau statué. Cette réglementation transitoire est parfois si précise qu'il devient bien difficile pour le législateur de s'en écarter ensuite^{822/823}. Ce pouvoir plus étendu du juge allemand de remédier lui-même à l'inconstitutionnalité qu'il vient de constater se retrouve aussi dans sa faculté plus large de substituer sa décision concrète au lieu de renvoyer à l'autorité inférieure.

787. Au Canada, les juges peuvent directement influencer sur la situation du particulier, de manière plus incisive que si le recours était purement cassatoire. L'art. 24 de la Charte les autorise en effet à octroyer une réparation - matérielle - à celui dont les droits fondamentaux de la Charte ont été violés. Leur pouvoir s'étend au dossier lui-même, dans la mesure où il leur est possible d'en éliminer une preuve obtenue en violation des droits de la Charte. En ce sens, leur compétence est beaucoup plus large que la seule cassation.

⁸²² Cette usurpation des compétences législatives est d'ailleurs critiquée par la doctrine allemande. Voir notamment la n. 437, ainsi que le § 351 et sa n. 446.

⁸²³ La différence entre le degré d'intervention des juges suisses et allemands est perceptible lorsqu'on compare les arrêts suisses sur l'âge de la retraite (117 V 318) et sur la réglementation des rentes de veufs (116 V 198) avec l'arrêt allemand sur l'interruption volontaire de grossesse. Dans l'arrêt sur l'âge de la retraite, le TFA renonce à imposer sa solution quand bien même il constate la violation actuelle de l'art. 4 Cst. féd., et ce parce qu'une réglementation provisoire aurait un impact si grand qu'il convient plus au législateur d'en décider. L'octroi égalitaire des rentes de veuve et de veuf n'étant pas une mesure aussi incisive, le TFA accepte d'édicter alors une réglementation transitoire. Dans les deux cas, les juges enjoignent le législateur à légiférer « dans le sens de l'égalité », rien de plus. Face à cela, la réglementation du BVerfG sur l'avortement est si explicite que les parlementaires n'ont qu'une marge de manoeuvre très étroite (voir notamment les extraits cités par Säcker, BVerfG, p.210 à 212 - BVerfGE 88, p. 209 ss.).

788. Avec cet art. 24 peut se cumuler l'art. 52 de la Charte. Celui-ci permet au juge de rendre inopérante une loi inconstitutionnelle, qui ne sera alors pas appliquée au cas en cause. Il ne s'agit que de la rendre inopérante dans le cas concret, non pas de l'annuler. Il va de soi que le législateur devra néanmoins en tenir compte.
789. La juridiction constitutionnelle canadienne s'organisant selon le système des contrôles diffus, tous les tribunaux ont la responsabilité de l'exercer, et ce exclusivement par des contrôles concrets. A tous les niveaux de l'ordre juridique canadien, nous sommes susceptibles de trouver des juridictions qui vont, dans les limites posées par les art. 24 et 52 de la Charte, casser le jugement antérieur et lui substituer leur appréciation, après avoir rendu la loi inopérante pour le cas d'espèce. Dans cette perspective, l'ensemble des tribunaux canadiens a les mêmes compétences.
790. En abordant la problématique sous un autre angle, nous pourrions dire que la Cour suprême du Canada fait moins figure de <juridiction particulière> que le TF lorsqu'il examine un RDP en contrôle abstrait ou que le BVerfG de manière générale. Le rôle des juges canadiens de la C.S.C. est largement pareil à celui des autres juges des juridictions inférieures; le rôle des juges supérieurs suisses et allemands est, lui, bien différent dans un contrôle de constitutionnalité par rapport à ce qu'il est dans un litige ordinaire. Les juges inférieurs suisses rejoignent néanmoins les canadiens lorsque le contrôle est préjudiciel (concret et diffus).

6.2.4b.4. Effets généraux de tous les arrêts

791. Les effets généraux des arrêts de nos trois hautes Cours reflètent bien la fonction même de ces hautes Cours, à savoir celle d'être la dernière instance de recours. Sous réserve d'un recours auprès des instances de Strasbourg en Suisse et en Allemagne ou d'une plainte auprès du Comité des droits de l'homme du Pacte II en Allemagne et au Canada, tous les

arrêts qu'ils rendent sont définitifs et sans appel⁸²⁴. Ils ont donc force de chose jugée dès leur prononcé. Dans certains cas, en Allemagne, la publication officielle du jugement est exigée⁸²⁵, ce qui ne change rien à sa valeur telle que décrite ici.

792. Autre caractéristique commune à nos Etats de référence et ayant un impact sur l'effet des arrêts de leurs tribunaux supérieurs: le fédéralisme. Ces arrêts s'imposent en effet à l'Etat dans son ensemble, au niveau fédéral comme dans chaque entité. Dans la mesure de leurs fédéralismes d'exécution, ce sont souvent les autorités provinciales / cantonales qui vont les mettre en oeuvre. Il n'en demeure pas moins que ces autorités locales ne font qu'exécuter ce qui a été définitivement décidé par le tribunal central suprême.
793. Ce caractère définitif des arrêts du TF n'est pas seulement battu en brèche par l'existence d'un recours à Strasbourg (il y a alors encore un risque de révision). En raison de l'immunité des lois fédérales prévue aux art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd., nous avons souligné la possibilité, certes marginale, d'immuniser une loi cantonale déclarée inconstitutionnelle par le TF lors d'un contrôle abstrait⁸²⁶. Il s'agit du cas de figure où, dans l'espace étroit des compétences concurrentes entre la Confédération et les cantons, le législateur introduirait au niveau fédéral une loi identique à la loi cantonale annulée. Il est évident ici que le législateur agit à l'encontre du TF, dont l'arrêt sur la loi cantonale n'est, dans les faits, plus définitif car écarté par ce moyen. Le problème ainsi exposé touche également aux rapports entre les juges et le législateur ou, en d'autres termes, à la suprématie du Parlement dont il a déjà été largement question plus haut⁸²⁷.

⁸²⁴ Voir art. 38 OJ pour la Suisse (cf. n. 229), § 31 al. 1 BVerfGG pour l'Allemagne (cf. n. 421) et l'art. 52 de la Loi sur la Cour suprême pour le Canada (cf. n. 643).

⁸²⁵ Cf. § 31 al. 2 BVerfGG, cité à la n. 421.

⁸²⁶ Cf. § 174-175.

⁸²⁷ Cf. 6.2.2b. Rapport aux autres normes de protection des droits fondamentaux, 6.2.2b.5. Suprématie du Parlement, § 727 ss.

6.3. Voies nationales pour faire valoir les textes internationaux (en termes généraux)

6.3.1a. Procédure et autorités compétentes: rappel

6.3.1a.1. En Suisse (§ 177-189)

794. * Le contrôle de constitutionnalité est de type diffus contre une décision (contrôle concret, préjudiciel) et de type concentré si le RDP est dirigé contre la loi elle-même (contrôle abstrait).

* Il a fallu interpréter l'art. 84 al. 1 OJ pour savoir sous quelle forme procédurale les droits fondamentaux des traités internationaux pouvaient être invoqués en RDP, en tant que droit constitutionnel (lit. a) ou en tant que traité international (lit. c). L'enjeu était la subsidiarité relative du RDP et l'épuisement des moyens de droit cantonal. Le TF a choisi d'appréhender le droit invoqué du point de vue matériel, si bien que les droits directement invocables des Pactes, comme ceux de la CEDH, seront des droits constitutionnels, invocables en RDP après l'épuisement des moyens de droit cantonal et pas directement. Le nouvel al. 1 de l'art. 86 OJ codifie cette pratique.

* Il n'y a pas de procédure spéciale pour faire valoir les droits issus du droit international. Ils sont invoqués dans le cadre du RDP comme la violation des droits de droit interne. Selon leur caractère directement applicable ou pas, il faudra suivre la voie de la lettre a ou c de l'art. 84 al. 1 OJ.

* Le RDP permet de vérifier la compatibilité d'un arrêté ou d'une décision avec la Constitution fédérale ou avec un traité. Le traité est donc référence du contrôle. Le contrôle de la constitutionnalité du traité est exclu par les art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd. Il existe une tension entre la supériorité de la Cst. féd. et le respect des obligations internationales.

* Conditions générales du RDP:

- moyen: violation d'un droit constitutionnel (art. 84 al. 1 OJ), CEDH et Pactes inclus ;

- actes attaquables: actes cantonaux (décision ou arrêté) (art. 84 al. 1 OJ), donc contrôle concret ou abstrait, immunité des lois fédérales ;
- qualité pour agir: intérêt de droit (art. 88 OJ), intérêt personnel, actuel ou virtuel ;
- ouvert principalement aux particuliers, aux associations représentatives, pas aux collectivités publiques sauf aux communes (art. 88 OJ) ;
- subsidiarité relative du RDP: épuisement des voies cantonales (art. 86 al. 1 OJ) ;
- délai: 30 jours dès la publication faisant foi du texte ou 30 jours dès la communication de la décision finale (art. 89 OJ) ;
- pouvoir d'examen du TF: libre pour la Cst. féd., limité pour les Cst. cantonales, différent selon que le contrôle est concret ou abstrait, différent selon le critère de restriction en cause.

6.3.1a.2. En Allemagne (§ 353-386)

795. * Le BVerfG est exclusivement compétent pour revoir la constitutionnalité de certains actes, donc le contrôle est concentré (art. 93 GG).

* Les différentes procédures de contrôle de constitutionnalité sont réglées par l'art. 13 BVerfGG. La plus importante est le <Verfassungsbeschwerde>. Cette procédure - très proche du RDP suisse en général - est soumise à l'épuisement des moyens inférieurs, chaque instance ayant la faculté de suspendre la procédure pour interroger le BVerfG sur la constitutionnalité d'un acte. Le <Verfassungsbeschwerde> est la dernière étape de tout ce filtrage. Les autorités et organes ont une importance non négligeable car ils peuvent agir et ainsi développer tout un système imprégné des droits fondamentaux.

* Il n'y a pas de procédure spéciale pour invoquer les textes internationaux, qui le seront dès lors comme les autres droits fondamentaux. La possibilité existe de faire constater par le BVerfG l'appartenance au droit allemand d'une règle générale de DIPU (art. 25 GG).

* La question de la référence du contrôle n'est pas encore clairement tranchée. La CEDH s'est peu à peu rapprochée de la valeur de référence au contrôle, en raison de l'obligation de son art. 53 de se conformer aux arrêts de la Cour et du mécanisme indirect de son art. 50. Il faudrait la même évolution pour les Pactes. Des motifs de politique juridique (extension de la GG, respect des obligations internationales) militent dans ce sens, en plus de l'argument de logique juridique qui veut que des droits matériellement identiques (GG - CEDH - Pactes) aient la même valeur procédurale de référence.

* Conditions générales du Verfassungsbeschwerde:

- moyen: violation de la GG (art. 90 al. 1 BVerfGG), éventuellement de la CEDH et des Pactes (en fait, tous les textes reconnus comme référence du contrôle) ;
- actes attaquables: acte d'une autorité allemande détenant la puissance publique, pas les actes inférieurs de l'UE, acte législatif ou décisionnel (contrôle concret ou abstrait), pas d'immunité des lois du Bund ;
- qualité pour agir: intérêt à agir, être atteint personnellement, de façon actuelle et directe, situation juridique dépendant de l'issue du recours, pas seulement un intérêt de fait, pas de redresseurs de torts ;
- personnes physiques, personnes morales de droit privé et parfois de droit public, autres procédures où les organes et autorités peuvent agir, aussi possibilité de suspendre une procédure inférieure pour trancher la constitutionnalité dans cette procédure en cours ;
- épuisement des instances inférieures pour intenter un <Verfassungsbeschwerde>, renvoi direct possible par le juge ;
- particularité: procédure objective n'opposant pas deux parties directement, mais visant à trancher une question de constitutionnalité ;
- délai: 1 an dès l'entrée en vigueur de la loi ou 1 mois dès la publication ou communication de la décision ; délais de forclusion ;
- pouvoir d'examen du BVerfG: plus large lorsque ce sont des droits individuels qui sont en cause que lorsque ce sont des droits économiques, sociaux ou de caractère plus politique. Plus l'individu est directement affecté lui-même, plus le contrôle sera pointilleux.

6.3.1a.3. Au Canada (§ 518-529)

796. * Le contrôle de constitutionnalité est diffus: tout tribunal peut accorder une réparation suite à un préjudice subi dans l'application d'une loi contraire à la Charte (art. 24 Charte) et tout tribunal peut déclarer inopérante une loi contraire à la Charte (art. 52 Charte). Ces demandes et effets sont cumulables.

* Il n'y a pas de loi précisant l'application des art. 24 et 52 du point de vue de la procédure. Ce sont la doctrine et surtout la jurisprudence qui vont la définir.

* Il n'y a pas de procédure spéciale pour invoquer les textes internationaux devant les tribunaux canadiens. Etant incorporés au niveau d'une loi, ils seront invoqués comme une loi ordinaire et éventuellement en complément de la Charte. Il existe plusieurs procédures permettant de demander un avis de la Cour suprême et dans lesquelles les Pactes sont susceptibles d'aider à leur motivation.

* Toutes les actions liées à la constitutionnalité sont basées sur la Charte qui en est la référence exclusive. La valeur des textes internationaux et provinciaux est réduite à être subsidiaire, interprétative et complémentaire. Pas de valeur autonome des Pactes, qui seront invoqués dans le cadre de la Charte.

* Les conditions pour agir selon les art. 24 et 52 de la Charte:

- moyen: violation de la Charte, les Pactes de même que les textes provinciaux n'étant que des aides à son interprétation ;
- actes attaquables: des décisions concrètes qui vont soit donner lieu à réparation, soit rendre inopérante la loi (au sens large: loi, Common Law, règlement et décision gouvernementale) sur laquelle elles sont basées, et ce pour le cas en cause seul ;
- qualité pour agir: avoir un intérêt véritable, personnel, pas seulement réel et effectif mais aussi potentiel avec un haut degré de probabilité ;
- élargissement du cercle des personnes habilitées à agir aux personnes morales ;
- possibilité d'agir devant n'importe quelle instance ;
- délai: contre toute décision en respectant chaque fois le délai prévu pour agir devant l'instance concernée (donc pas de délai unique, principale conséquence du caractère diffus du contrôle) ;

- pouvoir d'examen des juges: liés aux précédents, possibilité de s'en écarter, interprétation large et libérale de la Charte.

6.3.1b. Procédure et autorités compétentes: comparaison

6.3.1b.1. La diversité des procédures

797. Un des premiers critères pour juger de la variété des procédures permettant de faire valoir les droits fondamentaux, nationaux ou internationaux, réside dans le nombre de tribunaux susceptibles de les connaître. En effet, lorsque le contrôle est concentré comme en Allemagne, seule la Cour spécialisée dans les recours constitutionnels⁸²⁸ va rendre une jurisprudence intéressante du point de vue de notre étude. Au contraire, dans un Etat comme le Canada où le contrôle de constitutionnalité est diffus et où l'application des droits fondamentaux est le fait de chaque instance⁸²⁹, toute procédure même la plus ordinaire peut voir le citoyen se plaindre d'une violation de ses droits fondamentaux et en demander la réparation. En Suisse, le contrôle préjudiciel étant imposé à toute autorité chargée d'appliquer le droit, les procédures seront des plus variables, culminant au TF par un RDP. Pour les contrôles de lois cantonales elles-mêmes (contrôle abstrait), le TF est saisi directement si bien que cet aspect du système est concentré.

798. Dans le système du contrôle concentré, le nombre d'instances nous intéressant sera donc inférieur, mais il y aura un contrôle concret comme abstrait. Ce dernier contrôle abstrait est difficilement envisageable dans un système exclusivement diffus, si bien qu'à la diversité des tribunaux appelés à trancher les questions soulevées par les art. 24 et 52 de la

⁸²⁸ Le BVerfG - rendu seul compétent pour le contrôle par l'article 93 GG.

⁸²⁹ Les art. 24 et 52 de la Charte indiquent clairement que « le tribunal compétent » peut accorder la réparation ou rendre la loi inopérante. Ce tribunal va dépendre de l'affaire en cause, de la localisation et de la nature des faits; il ne sera pas limité à la C.S.C.. Les art. 24 et 52 de la Charte sont cités en n. 637 et 638.

Charte canadienne va correspondre une réduction des types de contrôles au seul contrôle concret.

799. Nous verrons du reste, lors de notre étude de la casuistique de chacun des Etats, que le nombre d'arrêts canadiens est gigantesque en comparaison avec leur nombre en Allemagne. A cette plus grande quantité n'est pas forcément attachée une plus faible qualité, quand bien même il ne fait aucun doute que l'importance de chaque arrêt est toute autre selon que le système est concentré ou diffus. Dans le premier, chaque décision s'impose à l'ensemble des tribunaux que la Cour constitutionnelle - la plus haute instance nationale - chapeaute, alors que dans le second, une décision d'une cour d'un certain niveau peut très bien être contredite par sa voisine de même niveau. L'un des buts des plus hautes juridictions nationales - à savoir l'unification du droit sur tout le territoire - rehausse l'impact d'un contrôle concentré, de la même façon qu'un contrôle concret et diffus ayant effectivement culminé à la plus haute juridiction.
800. En conclusion et pour dire les choses un peu différemment, les contrôles diffus seront certainement plus nombreux, mais les répercussions des contrôles concentrés seront plus marquées et plus variées dans leurs conséquences⁸³⁰. Dans cette perspective, les arrêts sélectionnés pour l'analyse casuistique - spécialement au Canada donc - le sont également du point de vue de leur impact, nous y reviendrons⁸³¹.
801. En Suisse, le recours de droit public constitue la procédure principale (principale par rapport au RDA ou aux autres procédures pour les ordonnances du Conseil fédéral) pour faire valoir les Pactes, soit dans le cadre d'un contrôle abstrait, soit dans celui d'un contrôle concret (aboutissement des procédures inférieures alors). Il n'a guère été contesté que le RDP fût la procédure ouverte. Seule s'est posée la question de savoir sous quelle nature procédurale les juges allaient appréhender les Pactes: sous leur caractère formel de texte international (art. 84 al. 1 lit. c OJ) ou sous leur caractère matériel de droit constitutionnel (art. 84 al. 1 lit. a OJ). Par le choix de cette dernière

⁸³⁰ Ne serait-ce que par les différences entre le contrôle concret et abstrait.

⁸³¹ Cf. 6.4.1. Nombre et variété des arrêts, § 848 ss.

solution⁸³² - à tout le moins pour les normes directement applicables -, c'est l'épuisement des voies cantonales que le TF impose aux particuliers se prévalant des Pactes (subsidiarité relative du RDP, art. 86 OJ ; généralisée depuis la révision de l'OJ en 1991, le raisonnement du TF pour la CEDH se serait sinon étendu en tous les cas au Pacte II). Il n'en demeure pas moins que, quelle qu'ait été la nature procédurale des Pactes, ceux-ci devaient être invoqués en RDP. Elle est la principale procédure admise (aussi RDA, notamment), mais se scinde néanmoins en un contrôle abstrait et concret.

802. A côté du seul recours de droit public suisse, le système allemand est plus riche quant aux procédures pouvant potentiellement concerner les Pactes devant la plus haute Cour. Outre le <Verfassungsbeschwerde> - équivalent allemand du RDP justement -, il existe ainsi quatre autres voies différentes. Ainsi, les Pactes nous semblent du plus grand intérêt pour toutes les procédures où les autorités⁸³³ agissent pour vérifier la compatibilité du droit du Bund ou d'un Land avec la GG ou du droit d'un Land avec le droit du Bund⁸³⁴. Ils le sont tout autant lorsqu'il s'agit d'interdire un parti politique⁸³⁵ ou de trancher l'appartenance ou non d'une règle générale de DIPU au droit allemand⁸³⁶. Finalement, lors de toute suspension d'une procédure inférieure par le tribunal qui en est saisi, les Pactes peuvent aider à juger de la constitutionnalité de l'acte en question, en tant que cette procédure est proche du recours de l'individu, mais à un stade antérieur au <Verfassungsbeschwerde>⁸³⁷.

803. Même s'il reste indiscutable que la procédure mise en route par le particulier en Allemagne jouit d'une prééminence certaine, les autres

⁸³² Codifiée dans le projet d'art. 86 al. 4 OJ, puis dans l'art. 86 al. 1 OJ.

⁸³³ Ces autorités sont le gouvernement du Bund, le gouvernement d'un Land et un tiers des élus au Bundestag.

⁸³⁴ § 13 ch. 6 BVerfGG, cité en n. 430.

⁸³⁵ § 13 ch. 2 BVerfGG, cité en n. 428.

⁸³⁶ § 13 ch. 12 BVerfGG, cité en n. 441.

⁸³⁷ Sur le filtrage par étapes de l'inconstitutionnalité, voir surtout n. 818 où nous analysons le recours par le particulier comme la dernière occasion de dénoncer une inconstitutionnalité qui aurait déjà pu être dénoncée auparavant par un tribunal inférieur; voir aussi § 795, 2ème sous-paragraphe; pour la procédure de renvoi par un tribunal, voir § 13 ch. 11 BVerfGG, cité en n. 440.

procédures sont également de potentiels terrains d'application des Pactes. Notre casuistique le prouve d'ailleurs sans ambiguïté puisque parmi les arrêts analysés, le <Verfassungsbeschwerde> n'est pas l'unique type de recours⁸³⁸. Dans cette perspective de la diversité des recourants possibles hormis le particulier, la procédure d'avis consultatif⁸³⁹ - également susceptible de voir l'application des Pactes - rapproche le Canada de l'Allemagne. En effet, certaines autorités - gouverneur en Conseil, Sénat, Communes - peuvent demander à la Cour suprême - en contrôle préalable⁸⁴⁰, abstrait et concentré cette fois - d'examiner la compatibilité avec la Charte de certains actes qu'ils entendent prendre. Contrairement au système suisse qui laisse le monopole de l'action au particulier (et éventuellement aux communes et personnes morales), le Canada et plus encore l'Allemagne réservent quelques compétences à diverses autorités.

804. Face à l'Allemagne qui connaît le contrôle concentré de la constitutionnalité, le Canada (comme la Suisse) avec son contrôle diffus assigne à tous les tribunaux la mission d'appliquer la Charte en relation avec la constitutionnalité des actes. Toutes les procédures ordinaires sont donc concernées⁸⁴¹. Cependant, en raison de la position annexe et complémentaire de la Charte réservée aux Pactes, ceux-ci pourront certes être invoqués devant tous les tribunaux dans toutes les procédures, mais seulement en relation avec la Charte. Par contre, en Suisse surtout et en Allemagne marginalement, les Pactes ont de ce point de vue une existence autonome qui se traduit par le fait qu'ils peuvent à eux seuls

⁸³⁸ Cf. § 397 ss.

⁸³⁹ Articles 53 et 54 de la Loi sur la Cour Suprême, cités en n. 654.

⁸⁴⁰ Cette demande d'avis nous rappelle beaucoup le système français. La Constitution française du 4 octobre 1958, à ses art. 61 et 62, prévoit le contrôle abstrait et préalable à toute promulgation pour certains actes législatifs (les lois organiques et les règlements des assemblées parlementaires automatiquement et les autres lois si elles sont déferées au Conseil constitutionnel avant leur promulgation par le Président de la République, le Premier ministre, le président de l'Assemblée nationale, le président du Sénat, soixante députés ou soixante sénateurs).

⁸⁴¹ Nous signalerons que contrairement à la Suisse avec son OJ (pour le RDP) et à l'Allemagne avec sa BVerfGG, le Canada ne connaît donc pas de loi explicitant les art. 24 et 52 de la Charte. Toute action en vue d'obtenir la réparation d'une violation des droits fondamentaux ou de rendre inopérante une loi contraire à la Charte suit le sort d'une procédure ordinaire devant l'instance en cause.

servir de base à une procédure (directement au BVerfG en Allemagne ou devant toute cour en Suisse). Cette caractéristique renvoie en fait à la qualité de référence du contrôle de constitutionnalité, discutée au prochain point.

805. Avant de nous attacher justement à cette notion de Massstab, il est à remarquer qu'aucun de nos Etats de référence ne connaît donc de procédure spéciale pour invoquer les droits fondamentaux contenus dans les textes internationaux⁸⁴². Exception faite de la procédure allemande tranchant l'appartenance ou non d'une règle générale de DIPU à l'ordre allemand, aucune procédure n'est réservée exclusivement à des droits issus du niveau international. Et même dans le cas du § 13 ch. 12 BVerfGG, il est plus question de l'intégration du droit international en droit interne que d'un recours où ce droit international est un moyen. En d'autres termes, le litige tranche la nature de la norme et n'est pas une procédure spéciale où le seul moyen tiré du droit international serait admis, excluant les moyens matériellement semblables mais issus du droit national.
806. Nous tenterons d'expliquer cette absence de procédure spéciale par une double tendance contradictoire et opposée, l'une étant perceptible en Suisse et en Allemagne et l'autre au Canada. Dans le premier cas, il s'agit de traiter le droit international de la même façon et au même niveau que le droit interne. Ce droit national étant plus proche des individus, le fait d'intégrer le droit international parmi tous les autres droits fondamentaux nationaux permet de créer un seul et même système les appliquant et les départageant selon le principe de faveur. Cette vision - toutefois un peu idéalisée de la réalité actuelle dans ces deux Etats - revient à leur donner une importance accrue. Surtout, un tel système unique est tout à l'avantage de l'individu qui peut espérer bénéficier des avantages de chaque texte, national ou international.
807. Dans le second cas - c'est du reste ce que les juges canadiens sont très bien parvenus à faire jusqu'à présent -, le droit international est assimilé

⁸⁴² Avant l'assimilation, pour la CEDH puis pour les Pactes, de ces droits à des droits constitutionnels au sens de l'art. 84 al. 1 lit. a OJ, la Suisse avait une procédure formellement spéciale, dans la mesure où le RDP était intenté sur la base de la lettre c et non pas a de l'art. 84 al. 1 OJ. La procédure était matériellement identique puisqu'il s'agissait dans les deux cas d'un recours de droit public, soumis une fois à l'épuisement des voies cantonales et une fois direct.

au droit interne dans le but de le noyer dans un droit interne qui reste le centre du système. Les juges canadiens le considèrent systématiquement comme en deçà du droit interne, donnant l'illusion au particulier qu'ils cherchent à le respecter dans toute son étendue et à enrichir le droit national. En fait, ils sont réceptifs à la partie du droit international que le Canada respecte déjà et occultent celle qu'il ne respecterait pas. Dans ce cas, le fait d'avoir un seul et même système ne développe pas d'innovations puisque celles-ci sont toujours et automatiquement surpassées par le droit interne plus fort.

808. Il est bien évident que dans le cas de la Suisse et de l'Allemagne, l'incorporation du droit international dans les procédures identiques à celles réservées aux droits fondamentaux de droit national favorise l'individu. En effet, en étant contraint d'analyser les droits des deux sources dans le même arrêt, donc en parallèle, il est impossible de ne pas les comparer, fût-ce implicitement. Et de cette comparaison résultent parfois des extensions : à titre d'exemple, la liberté religieuse de l'art. 9 CEDH est apparue dans une affaire récente^{842bis}, sous certains angles, plus favorable à l'individu que celle issue de l'art. 49 Cst. féd. Il n'est pas sûr que cette différence entre ces deux droits serait en l'occurrence apparue de manière aussi flagrante avec deux procédures séparées (l'une spécialement prévue alors pour l'art. 9 CEDH). Dans le cas du Canada par contre, la non-spécialité de la procédure dessert l'individu.

^{842bis} Ainsi notamment dans l'affaire de la jeune fille musulmane qui demandait à être dispensée des cours de natation à l'école primaire parce que le fait d'être obligée de nager avec des jeunes garçons violait sa liberté religieuse. Le TF laisse ouverte la question de savoir si l'art. 9 CEDH va plus loin que l'art. 49 Cst. féd., alors qu'il avait toujours admis que ces deux normes avaient une portée équivalente. Il dit néanmoins que la notion de restriction admissible à la liberté de religion telle que la prévoit l'art. 9 CEDH est plus étroite que celle de l'art. 49 al. 5 Cst. féd. qui interdit de s'affranchir de l'accomplissement d'un devoir civique pour cause d'opinion religieuse. Dans cette perspective, l'art. 9 CEDH est plus favorable que l'art. 49 Cst. féd. Voir ATF 119 Ia 178, cons. 3a et 3b, p. 182-183.

6.3.1b.2. Le problème de la référence du contrôle

809. Le problème de la référence du contrôle (Massstab) peut être résumé comme celui de savoir si tel ou tel texte est la référence du contrôle de constitutionnalité. Il n'est pas besoin de longs développements pour saisir l'importance de cette caractéristique. Si elle est reconnue, les actes vérifiables dans un recours constitutionnel le seront aussi face au texte en cause (par exemple les Pactes). Si elle n'est pas reconnue, le texte en cause ne servira pas de mesure du contrôle de constitutionnalité ; pire, ce texte pourra parfois être lui-même l'objet du contrôle de constitutionnalité, le subir.
810. Au vu de ce qui précède et dans la perspective d'une meilleure protection des individus, il ne fait aucun doute que les Pactes devraient se voir reconnaître la qualité de référence. C'est seulement à cette condition qu'ils pourront pleinement déployer leurs effets. Or, à cet égard et malgré le fait que tous nos Etats de référence déclarent vouloir, d'une part respecter au mieux leurs obligations internationales dont les Pactes font partie et, d'autre part, protéger les droits fondamentaux des individus de façon optimale, ces Etats - la Suisse exceptée, nous le verrons - hésitent encore à considérer les Pactes comme mesure de leurs contrôles de constitutionnalité (en d'autres termes hésitent à admettre le contrôle de conventionnalité).
811. L'attitude canadienne reflète le mieux ce que nous venons de dire. En dépit d'une ratification et d'une entrée en vigueur rapides des Pactes dans cet Etat, ceux-ci n'ont pour l'heure pas encore dépassé le statut d'aide à l'interprétation de la Charte de 1982, qui en reprend certains des droits, tout en en omettant d'autres très importants. Au Canada, l'individu ne peut pas invoquer les Pactes de manière autonome; s'il le fait, ce sera en relation avec la Charte qu'ils ne servent souvent qu'à confirmer. Nous voyons bien que les Pactes ne sont donc pas la référence du contrôle, lequel se fait (presque) exclusivement par rapport à la Charte. Il n'est dans ces circonstances pas excessif de qualifier les Pactes de textes subsidiaires, interprétatifs et complémentaires à la Charte.

812. Face à ce sombre tableau, l'impact des décisions - nombreuses - du Comité des droits de l'homme dans des affaires mettant en cause le Canada redonne un peu d'importance pratique aux Pactes. Il n'en demeure pas moins que, du strict point de vue technique, les juges canadiens ne semblent pas décidés à appréhender les Pactes sous l'angle de mesure du contrôle de constitutionnalité - ou de référence pour le contrôle de la compatibilité avec la Charte.
813. La situation au Canada aurait pu se retrouver en Allemagne. Cependant, depuis quelques années et ce spécialement en relation avec les développements du système de la CEDH, le débat a été relancé chez nos voisins. Et il pourrait s'orienter, dans la doctrine et la jurisprudence, vers une reconnaissance du rôle de référence à la CEDH et éventuellement aux Pactes.
814. Au début de sa validité en Allemagne, la CEDH valait au titre de loi ordinaire, puisqu'elle est incorporée par une loi d'intégration ordinaire. La CEDH n'ouvrait pas le <Verfassungsbeschwerde> et ne pouvait être invoquée qu'en relation avec la GG (ou plutôt ceux des articles de la GG visés par l'art. 90 al. 1 BVerfGG⁸⁴³). La doctrine⁸⁴⁴, le mécanisme indirect des sanctions de l'art. 50 CEDH et surtout l'engagement de l'art. 53 CEDH de se conformer aux arrêts de la Cour CEDH ont appelé à une autre conception des choses. Nous pouvons dire que le contrôle de constitutionnalité a lieu dans les faits, et même si ce n'est pas encore un moyen autonome, en Allemagne par référence à la CEDH également. Les entorses à la CEDH sont par ce biais autant que possible évitées. Plus que des raisons simplement juridiques et bien que des motifs de cet ordre allemand (interprétation des art. 93 et 100 GG visant à prendre en compte l'aspect matériel de la notion de Grundrechte) militent pour reconnaître à la CEDH le caractère de référence, ce sont avant tout les conséquences pratiques et financières qui ont stimulé cette nouvelle conception.

⁸⁴³ § 90 al. 1 BVerfGG: « Jedermann kann mit der Behauptung, durch die öffentliche Gewalt in einem seiner Grundrechte oder in einem seiner in Artikel 20 Abs. 4, Artikel 33, 38, 101, 103 und 104 des Grundgesetzes enthaltenen Rechte verletzt zu sein, die Verfassungsbeschwerde zum Bundesverfassungsgericht erheben. ». En plus des droits constitutionnels ici mentionnés, la doctrine conçoit un certain nombre de droits qui y sont assimilables (verfassungähnliche Rechte).

⁸⁴⁴ Cf. n. 450.

815. A l'absence de juridiction obligatoire et de pressions financières dans le système des Pactes pourraient se substituer des pressions d'un autre ordre: la fidélité aux engagements internationaux et la pression du public et des Comités. L'évolution observée pour la CEDH en raison de ses art. 50 (indemnités) et 53 CEDH (juridiction obligatoire) pourrait se produire pour les Pactes en raison du respect des accords internationaux, bien que les décisions du Comité ne soient que des constatations (art. 5 al. 4 Prot. add.). Au surplus, la logique juridique milite pour un traitement identique au niveau de la procédure de droits matériellement identiques (GG - CEDH - Pactes)⁸⁴⁵. Cette tendance, que nous saluons en tant qu'elle rehausse l'importance des Pactes et leur reconnaît une potentielle extension de la GG, est encore fragile. Néanmoins, au vu de notre casuistique dans laquelle nous nous sommes concentrés sur les arrêts où les Pactes jouent un rôle qui s'approche de celui de référence⁸⁴⁶, nous espérons que le système allemand continuera à se développer dans ce sens.
816. Face au refus canadien de voir les Pactes comme mesure du contrôle et aux hésitations allemandes sur la même question, la position suisse nous semble de loin la meilleure. Disons-le d'emblée, les Pactes - ou du moins ceux de leurs droits qui sont directement applicables - servent de référence au contrôle de constitutionnalité (conventionnalité) effectué suite à un RDP intenté par un particulier. Ainsi, lorsque le TF doit juger de la constitutionnalité d'une décision ou d'une loi cantonale, il le fera en la confrontant tout d'abord à la Constitution fédérale puis aussi face à la CEDH et aux Pactes. Le TF procède alors en fait aussi à un contrôle de conventionnalité. Il n'y a par contre en aucun cas un contrôle de la constitutionnalité d'un traité international (les art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd. l'interdisent), si bien que les Pactes ne sauraient être l'objet du contrôle (immunité).
817. La reconnaissance de la qualité de référence aux Pactes s'est à notre sens faite en deux temps. Derrière ces deux étapes que nous allons brièvement exposer, il y eut comme en Allemagne l'influence de la

⁸⁴⁵ Cf. § 364-365.

⁸⁴⁶ L'arrêt de la faillite et de l'obligation de témoigner (§ 397) montre bien comment le BVerfG a tenté de chercher dans l'art. 14 du Pacte II une précision du principe *Nemo tenetur se ipsum accusare*. Dans ce cas, le Pacte II est le plus clairement <Massstab> du contrôle.

juridiction obligatoire de la CEDH (art. 53 CEDH) et du mécanisme indirect de contrôle (art. 50 CEDH) dont les répercussions financières pour la Suisse ont achevé d'en faire une référence du contrôle également.

818. Dans un premier temps, la nouvelle approche des art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd.⁸⁴⁷ a permis de créer un triple niveau en droit suisse: la Constitution fédérale et les lois fédérales aux deux extrêmes, avec quelque part entre-deux les textes internationaux. Puis, dès le moment où les juges ont considéré la CEDH et les Pactes comme des droits constitutionnels du point de vue de la procédure (art. 84 al. 1 lit. a et non plus lit. c OJ), nous pouvons dire que ces textes internationaux ont rejoint la Constitution fédérale du point de vue de la référence du contrôle. Nous avons donc, regroupés sous la notion procédurale de droits constitutionnels des citoyens, la Constitution fédérale, la CEDH et les Pactes comme références du contrôle des actes cantonaux (les lois fédérales étant immunisées).
819. Si nous revenons ici à la perspective globale de nos trois Etats, la Suisse se montre la plus prompte à donner aux Pactes une place procédurale qui leur permet d'influencer véritablement l'ordre juridique interne et par là même la situation du particulier. L'Allemagne semble se diriger sur la même voie, alors que le Canada se montre encore bien réticent.
820. La tendance suisse - perçue avec la CEDH et confirmée avec les Pactes - à accepter assez facilement un texte international comme référence du contrôle de constitutionnalité/conventionnalité compense, et même efface, tout à fait les inconvénients d'une ratification souvent tardive de ces mêmes textes internationaux. En effet, ne vaut-il pas mieux pour le particulier de bénéficier - certes avec un retard par rapport à d'autres Etats - d'un texte sur lequel il peut réellement baser des prétentions ? Formellement, la Suisse se montre la plus lente à s'engager, matériellement elle va le plus loin et ce le plus rapidement après son engagement formel. La Suisse attend longtemps, mais une fois le pas franchi, elle octroie tout de suite au texte international la plus haute fonction, celle de mesure du contrôle de constitutionnalité/conventionnalité.

⁸⁴⁷ Cf. § 111 à 124.

6.3.1b.3. Les critères du recours principal ouvert au particulier

821. Sous ce point, nous nous attacherons à comparer les critères des recours résumés dans le rappel consacré à chaque Etat⁸⁴⁸. Pour chacun de ces points, nous essayerons d'établir un ordre le moins artificiel possible entre nos Etats. Un tel classement fournira un éclairage sur l'ouverture de chaque système à l'action contre une violation de droits fondamentaux.
822. S'agissant des moyens du recours constitutionnel, dans la mesure où cette question s'identifie avec celle de savoir par rapport à quoi l'acte attaqué sera vérifié, nous renvoyons le lecteur à ce qui a été dit au point précédent sur la référence du contrôle. Nous nous bornerons à remarquer qu'à notre sens, c'est le RDP suisse qui admet le plus largement les textes internationaux et donc les Pactes comme référence du contrôle de constitutionnalité.
823. L'évaluation du système suisse est moins flatteuse pour ce qui est des actes attaquables en RDP. L'immunité des lois fédérales protège effectivement un pan important de la législation de cet Etat de tout contrôle face à un texte de niveau supérieur. Ce contrôle ne se fera que vis-à-vis d'actes cantonaux, sous réserve de quelques exceptions fédérales⁸⁴⁹. Au Canada, les actes tant fédéraux que provinciaux peuvent être l'objet de la procédure. Celle-ci n'étant que concrète, les actes de nature législative ne seront pas revus abstraitement mais toujours lors d'une application. Ces actes législatifs seront rendus inopérants pour le cas en cause seulement. Ainsi, bien que le Canada ait étendu le nombre d'actes attaquables⁸⁵⁰, la nature seulement concrète du contrôle de

⁸⁴⁸ Nous parlerons ainsi du RDP en Suisse, des procédures allemandes devant le BVerfG, principalement du Verfassungsbeschwerde, et des procédures des art. 24 et 52 de la Charte canadienne.

⁸⁴⁹ Certaines ordonnances du Conseil fédéral pourront par exemple faire l'objet d'un contrôle de constitutionnalité par le TF. Ce ne sera pas un RDP toutefois, et aura toujours lieu dans un cas d'application concret seulement. En fait, la constitutionnalité des ordonnances fédérales pourra être revue en contrôle concret et diffus par les tribunaux inférieurs aussi (contrôle préjudiciel).

⁸⁵⁰ Cf. § 526.

constitutionnalité limite les conséquences directes de cette extension (indirectement, l'arrêt contraindra le législateur à modifier la loi qui est à la base de la décision).

824. Dans ces circonstances, il ne fait aucun doute que l'Allemagne soumet le plus grand nombre d'actes étatiques au contrôle par le BVerfG. Dans cet Etat, c'est tout acte de l'autorité allemande investie de la puissance publique qui sera revu par le BVerfG si les personnes habilitées le demandent. Plus concrètement, cela signifie qu'en Allemagne, les actes législatifs et décisionnels du Bund et des Länder peuvent être remis en cause. Les actes ordinaires de l'UE sont exclus du contrôle, pour d'évidentes raisons de fidélité envers les partenaires de cette UE⁸⁵¹. Certains auteurs englobent dans les actes attaquables non seulement les actes positifs du législateur mais également ses omissions⁸⁵². Il ne nous semble pas nécessaire de souligner à quel point ce recours constitutionnel allemand est susceptible de concerner un nombre d'actes bien supérieur à ceux menacés d'un tel contrôle en Suisse et au Canada.
825. Pour tenter une procédure du type de celle dont nous parlons, il faut justifier de sa qualité pour agir. Celle-ci est soumise à un certain nombre de conditions, très semblables en Suisse et en Allemagne pour les recours respectivement concret ou abstrait, et un peu plus larges pour le contrôle concret au Canada par rapport à la même procédure suisse et allemande. A cet égard, une des lignes de conduite des juges canadiens est justement d'étendre le champ des personnes habilitées à agir.
826. Ainsi, le contrôle suisse est subordonné à un intérêt de droit - et non pas de seul fait - de la personne qui se dit lésée dans ses droits fondamentaux, intérêt qui doit être personnel - pas de <Popularklage> -, actuel dans un contrôle concret et virtuel en rendant une future violation vraisemblable dans un contrôle abstrait. Sans entrer dans les détails, nous pouvons dire que le <Verfassungsbeschwerde> exige les mêmes conditions de la part du recourant (le vocabulaire peut changer mais l'interprétation qui en a été faite conduit à peu près au même résultat).

⁸⁵¹ Nous nous rappellerons que le Traité de Maastricht a, lui, fait l'objet d'un contrôle de sa compatibilité avec la GG, pour des motifs aussi bien politiques (importance de l'engagement) que plus juridiques (ce traité peut s'apparenter à une Constitution européenne).

⁸⁵² Béguin interprète les art. 92 et 95 al. 5 BVerfGG dans ce sens. Cf. n. 482.

827. Au Canada, le contrôle - exclusivement concret - peut aussi se faire dans les cas où celui qui agit démontre qu'il risque, avec un haut degré de probabilité, de se voir appliquer une loi contraire à la Charte, application qui le lésa dans ses droits fondamentaux. Tel fut notamment le cas lorsqu'il s'agissait de juger si les écoliers anglophones du Québec pouvaient fréquenter des écoles en anglais : pour éviter qu'ils ne perdent une année scolaire, il fallait trancher la question avant même que la menace de leur interdire l'accès aux écoles anglophones ne devienne une exclusion effective, c'est-à-dire avant le début de l'année scolaire (cf. Quebec Association of Protestant School Boards, n. 649). Nous sommes ici en présence d'un contrôle concret qui, contrairement aux contrôles concrets en Suisse et en Allemagne, se fait face à une violation potentielle et non pas effective des droits fondamentaux. En ce sens, le contrôle concret d'une violation virtuelle et prévisible - dont la fonction préventive et limitative de la violation ne peut qu'être saluée - s'approche d'un contrôle abstrait. Il s'en approche en fait dans la mesure où le juge devra apprécier une situation qui ne s'est pas encore produite et s'en distingue dans la mesure où ce n'est pas la loi qui est attaquée hors de tout cas d'application mais bien dans un cas imminent et hautement vraisemblable. La Suisse et l'Allemagne ouvrent certainement le recours constitutionnel dans un nombre supérieur de cas, les juges canadiens paraissent apprécier la qualité pour agir avec plus de flexibilité et toujours dans la perspective de vérifier le maximum de violations effectives ou escomptées.
828. Un autre volet de la qualité pour agir est constitué par le cercle des personnes autorisées à agir, et ce de par leur qualité (personne physique, personne morale) ou de par leur fonction (particulier, autorités). En Suisse, seules les personnes physiques et les personnes morales pour les droits dont elles sont susceptibles de jouir - parfois aussi les associations représentant les intérêts de leurs membres (par exemple, un syndicat) - appartiennent à ce cercle. L'unique exception en faveur des collectivités publiques - normalement défenderesses en RDP - est réservée aux communes.
829. De ce point de vue des collectivités publiques et plus largement des autorités, l'Allemagne est sans conteste celui des Etats qui leur octroie le plus souvent la qualité pour agir. Outre la procédure de l'<Organstreit> qui permet de vider des conflits entre divers pouvoirs et autorités de

l'Etat et qui n'intéresse pas directement notre étude, d'autres procédures leur attribuent des pouvoirs considérables. En effet, que ce soient les tribunaux inférieurs qui suspendent leur procédure, les gouvernements du Bund ou des Länder ou encore une partie des parlementaires qui requièrent un contrôle, les occasions ne manquent pas pour ces autorités de prendre part activement à la juridiction constitutionnelle. Par ce biais, elles contribuent à développer un système global qui soit respectueux des droits fondamentaux et qui se répercute bien évidemment sur le sort du particulier.

830. Dans cette perspective, l'avis consultatif que certaines autorités canadiennes peuvent demander à la Cour suprême rapproche un peu le système canadien du système allemand. Ceci mis à part, le cercle canadien des recourants potentiels recoupe largement le cercle suisse (essentiellement donc les personnes physiques et morales).
831. L'exigence de l'épuisement des voies de recours a été le plus débattu en Suisse. Sans vouloir nous étendre sur cette notion d'épuisement des voies inférieures, nous rappellerons que si la Suisse l'impose aujourd'hui aussi pour l'invocation des Pactes, cela est la conséquence du fait que les juges leur ont reconnu la nature de droit constitutionnel au sens de l'article 84 al. 1 lit. a OJ et que les autorités législatives ont codifié cette pratique développée pour la CEDH par une révision de l'art. 86 OJ. L'Allemagne connaît le système des renvois au BVerfG, donc pas systématiquement et de la même façon l'épuisement des voies inférieures (cet épuisement s'impose toutefois pour le Verfassugsbeschwerde). Le Canada connaît matériellement cette condition de l'épuisement des voies inférieures, sans l'avoir formalisée, puisque son système diffus et l'absence de procédure spéciale hors des art. 24 et 52 Charte imposent de gravir les échelons successifs de la juridiction avant d'aboutir à la Cour suprême.
832. L'élément très important pour toute action en justice que constituent les délais pour intenter l'action se retrouve évidemment dans la juridiction constitutionnelle. Ces délais - variant au Canada en fonction du type de procédure ordinaire en cause - ne peuvent être ici comparés efficacement qu'entre la Suisse et l'Allemagne, toutes deux prévoyant un contrôle abstrait direct et une procédure pour le contrôle concret par la dernière instance fédérale (RDP). Nous remarquons immédiatement que la

grande différence entre ces deux Etats concerne le recours abstrait. Celui-ci reste ouvert en Allemagne durant un an à compter de l'entrée en vigueur de l'acte législatif, alors que ce délai n'est que de 30 jours dès la publication de l'acte cantonal (variable selon le canton, mais généralement entre la fin du délai référendaire et l'entrée en vigueur) en Suisse.

833. Les recourants allemands bénéficient donc non seulement d'un délai objectivement beaucoup plus long pour attaquer la loi elle-même, mais ils peuvent également espérer que cette loi révélera quelques failles durant sa première année d'application pour la combattre non pas dans un cas d'application mais pour elle-même. En Suisse, une telle attitude n'est envisageable que durant 30 jours dès la publication déterminante du texte (qui a lieu avant l'entrée en vigueur), délai manifestement trop court pour qu'il y ait eu une application concrète de la loi insatisfaisante, application qui ne serait pas attaquée en tant que décision mais directement en tant que loi. En Allemagne, si une première application concrète a lieu dans l'année qui suit l'entrée en vigueur du texte législatif, il existe un choix entre attaquer cette décision concrète ou - plus radical et efficace dans ses conséquences - l'acte législatif lui-même en contrôle abstrait. En d'autres termes, le système allemand ouvre non seulement le contrôle abstrait plus longtemps, mais il permet pratiquement de l'exercer à l'encontre d'une loi qui a reçu une application effective durant l'année suivant son entrée en vigueur.
834. Si une telle application a lieu au-delà d'une année après l'entrée en vigueur, le contrôle concret reste possible dans le mois qui suit la publication ou la communication de la décision. Ce contrôle concret est soumis au même délai de 30 jours en Suisse.
835. Finalement, l'issue d'un contrôle de constitutionnalité dépend en grande partie du pouvoir d'examen du tribunal appelé à en juger. Disons-le d'emblée, ce pouvoir d'examen n'est pas uniforme, ni aussi prévisible que le délai pour agir. Le Tribunal fédéral suisse adopte ici sans doute la position la plus fluctuante⁸⁵³. En Suisse, l'acuité du contrôle peut varier en fonction d'un nombre important d'éléments, à tel

⁸⁵³ « Es ist fast unmöglich, mit Sicherheit vorauszusagen, wann das Bundesgericht frei und wann es beschränkt überprüft. Die Rechtsprechung war nicht immer sehr eindeutig. »; Aubert, TRAITE, n°1719.

point qu'il est parfois difficile de savoir quelle sera justement cette acuité. Parmi les critères déterminants, nous citerons la nature abstraite ou concrète du contrôle, le type et le niveau de la norme attaquée, le type de violation qui est allégué (la norme contestée en elle-même ou dans sa seule application arbitraire) et - pour les restrictions des droits fondamentaux - laquelle des conditions à la restriction est contestée.

836. A l'opposé de juges suisses imprévisibles et compliqués de ce point de vue, les juges canadiens se sont donné une ligne d'examen claire et univoque: l'interprétation large et libérale de la Charte. Cette ligne directrice de l'interprétation leur impose de toujours choisir celle qui sera la plus favorable à l'individu⁸⁵⁴.

837. L'Allemagne, entre-deux, distingue le plus judicieusement en fonction du type de droit dont la violation est dénoncée. Cette distinction de base - qui se retrouve aussi parmi les multiples critères suisses - nous paraît se justifier pleinement. Elle permet aux juges d'accorder plus d'importance à certains droits - ceux qui ont un lien avec la liberté individuelle au sens large en Allemagne et les libertés idéales en Suisse - qu'à d'autres - ceux qui dictent avant tout une orientation sociale, économique et politique en Allemagne et les libertés économiques en Suisse. L'idée ici sous-jacente est que la violation de certains droits est plus difficilement acceptable que d'autres, qu'elle touche plus intimement l'individu dans ce qu'il est et qu'elle appelle donc une vigilance et des pouvoirs de contrôle accrus pour les juges.

⁸⁵⁴ Remarquons que cette interprétation large et libérale vaut pour la Charte et les seuls droits qu'elle contient. Elle ne saurait être assimilée au «principe de faveur» tel que nous l'avons entendu en Suisse et en Allemagne (cf. § 154, 158 et 159, n. 376). Ce principe de faveur permet techniquement de faire prévaloir celui des deux textes de nature différente - par exemple national et international - qui est le plus favorable à l'individu. L'interprétation large et libérale de la Charte n'aide pas à choisir entre deux normes, il aide à choisir entre deux conceptions de la même norme. Le résultat n'est pas identique: le principe de faveur fait intervenir plusieurs normes qui peuvent toutes avoir plusieurs interprétations, alors que l'interprétation large et libérale concerne un unique et même texte. Le principe de faveur, par la diversité des sources qu'il départage, a un potentiel nettement plus intéressant pour la protection des droits fondamentaux, même si la ligne directrice de l'interprétation large et libérale ne peut que réjouir du point de vue de la protection de l'individu.

6.3.2a. Accessibilité: chances d'invoquer les textes internationaux et chances d'obtenir gain de cause: rappel

6.3.2a.1. En Suisse (§ 190-195)

838. * Sur les 4500 affaires que le TF traite annuellement, 2100 relèvent du droit public (soit plus de deux cinquièmes). La quasi-totalité de ces 2100 affaires sont des recours de droit public (art. 113 al. 1 ch. 3 Cst. féd.).

* Les moyens du RDP sont essentiellement la violation des droits constitutionnels, quelquefois la violation des droits politiques.

* Les sources de ces droits constitutionnels sont surtout la Cst. féd. et la CEDH, les Pactes étant un peu en retrait.

* Quels sont les droits matériels ? L'arbitraire dans 75 % des cas, sinon beaucoup de violations des libertés économiques (garantie de la propriété et liberté du commerce et de l'industrie).

* Les chances de succès sont faibles, moins de 10 % des affaires ont une issue favorable au particulier. Il est plus difficile d'obtenir gain de cause dans un contrôle abstrait car il suffit de trouver une interprétation conforme et le contrôle concret reste ouvert; c'est même très difficile sur la base de l'arbitraire. Les chances sur la base du Pacte II sont sensiblement identiques à celles sur la base de la Cst. féd. et la CEDH surtout quand leurs droits se recoupent; elles sont beaucoup plus faibles sur la base du Pacte I car ces droits ne sont pas des droits constitutionnels du point de vue de la procédure et ne sont souvent pas directement applicables.

6.3.2a.2. En Allemagne (§ 387-396)

839. * Peu d'affaires sont portées jusque devant le BVerfG (le Annahmeverfahren permet au BVerfG d'écarter souverainement de nombreuses affaires dont il ne veut pas s'occuper) et le taux de réussite

est faible (2,73 % pour les <Verfassungsbeschwerde>). Le nombre des <Verfassungsbeschwerde> n'a cessé de croître, passant de 423 (1951) à 5'246 (1993). La plupart des recours constitutionnels sont rejetés car les actes de puissance publique attaqués respectent la GG.

* Les moyens du <Verfassungsbeschwerde> sont une violation des droits fondamentaux garantis par l'ordre juridique allemand (art. 90 al. 1 BVerfGG).

* Les sources sont dans l'immense majorité des cas les droits fondamentaux de la GG, parfois les droits de l'UE et de la CEDH, très rarement les Pactes. C'est le résultat des réticences à accepter les Pactes comme référence du contrôle.

* Très peu d'arrêts voient l'application des Pactes, la plupart d'entre eux étant alors des examens d'office de ces Pactes que le particulier n'a pas invoqués de lui-même.

6.3.2a.3. Au Canada (§ 530-541)

840. * Les Pactes sont (presque) exclusivement invoqués en relation avec la Charte, donc le nombre d'affaires voyant leur application pourra être au plus égal, mais probablement bien inférieur, au nombre d'affaires concernant la Charte. Seul un tiers des affaires traitées par la Cour suprême sont des affaires de droit public.

* Les moyens du recours à la C.S.C. sont la violation des droits fondamentaux (de la Charte).

* Les sources des droits invocables sont essentiellement la Charte, très accessoirement les Pactes et ce pas de manière autonome.

* Les droits matériels invoqués sont surtout les droits judiciaires (legal rights, 74 %), la liberté de mouvement et la liberté de la langue. Il y a peu d'affaires sur la base de l'égalité.

* Les types d'actes attaqués sont à 50 % des lois et à 50 % des actes du gouvernement. Parmi les lois, 50 % sont provinciales et 50 % fédérales.

* 75 % des recours sont rejetés sans examen au fond. Si le recours est recevable, les chances de succès sont passées de 15 à 35 % avec l'avènement de la Charte de 1982. Dans 65 % des cas (37 % si l'instance inférieure est québécoise), la décision inférieure est

confirmée. Sur les 35 premiers recours déclarés bien fondés par la C.S.C., 23 le furent à l'avantage du particulier et 12 de la couronne. Les lois fédérales sont souvent écartées pour des questions de procédure (lors de leur adoption), alors que les lois provinciales violent plus le droit matériel.

* La politisation de la C.S.C. est marquée, et de tendance conservatrice depuis les années 80. Les juges privilégient le légalisme au détriment de l'activisme, si bien que pour respecter les options prises par le législateur, les lois restreignant (de façon générale et abstraite) les droits de la Charte (art. 1^{er}) sont de plus en plus largement admises. Les opinions dissidentes (dans 40 % des affaires) ont un grand impact sur l'évolution des positions.

6.3.2b. Accessibilité: chances d'invoquer les textes internationaux et chances d'obtenir gain de cause: comparaison

841. Les différents types de recours permettant d'invoquer une violation des droits fondamentaux dans nos Etats de référence ont en commun une caractéristique prévisible: leur faible, voire très faible, taux de réussite quant à l'examen du fond. Tant en Suisse qu'en Allemagne et au Canada, les individus peuvent intenter des recours constitutionnels⁸⁵⁵ de manière relativement aisée. L'examen de la recevabilité effectue un premier tri qui élimine un bon trois quarts des affaires. Ensuite, l'examen du bien-fondé de la demande écarte jusqu'à 97 % des recours, qui sont donc rejetés (et en conséquence voient l'acte attaqué confirmé dans sa constitutionnalité).
842. Face à un nombre de succès très faible pour l'Allemagne (moins de 3 % de l'ensemble des demandes présentées, Annahmeverfahren inclus), la situation semble plus avantageuse en Suisse et au Canada. Sur l'ensemble des recours de droit public intentés en Suisse, un peu moins d'un sur dix est admis et donc l'acte attaqué déclaré inconstitutionnel.

⁸⁵⁵ Recours de droit public en Suisse, recours constitutionnel et particulièrement <Verfassungsbeschwerde> en Allemagne et appel à la Cour suprême du Canada en tant que cour de droit public (environ le tiers de toute son activité).

Au Canada, le taux se monte à 8,75 % sur l'ensemble des affaires⁸⁵⁶. Il est en conclusion plus facile pour les Suisses et les Canadiens d'obtenir l'annulation ou l'inapplication d'un acte inconstitutionnel que pour les Allemands.

843. C'est justement les moyens invoqués et leurs sources - en d'autres termes la référence du contrôle - qui donnent, en relation avec les chiffres déjà énoncés, la meilleure idée de la facilité ou difficulté à invoquer puis à obtenir gain de cause sur la base des Pactes. Si dans tous les Etats le moyen le plus usuel du recours est la violation des droits fondamentaux⁸⁵⁷, la source de ces droits fondamentaux est essentiellement à chercher dans les textes nationaux (Cst. féd., GG, Charte de 1982). A cette source nationale, la Suisse et l'Allemagne ajoutent évidemment la CEDH. S'agissant des textes internationaux qui nous intéressent, seule la Suisse admet régulièrement que les Pactes - surtout le Pacte II - puissent fonder un RDP.
844. C'est donc en Suisse et dans cet Etat seul, ce quand bien même il fut tardif à rejoindre le mouvement, que les Pactes ont une nature procédurale identique à celle des droits usuellement admis (Cst. féd. et CEDH regroupés en droits constitutionnels). L'Allemagne hésite à leur reconnaître la nature de <Massstab> et le Canada ne conçoit leur application qu'en liaison avec la Charte et non pas de façon autonome.
845. Pour résumer et systématiser ce qui précède, nous allons tenter un double classement: d'une part en fonction de la facilité à agir et obtenir gain de cause lors d'un recours constitutionnel et, d'autre part la facilité à agir et à obtenir gain de cause dans cette même procédure en invoquant les Pactes.
846. Le recours constitutionnel nous semble à peu près également accessible dans nos trois Etats. Par contre, les chances de voir l'acte attaqué déclaré inconstitutionnel sont nettement plus importantes en Suisse et au Canada

⁸⁵⁶ 35 % des 25 % d'affaires déclarées recevables.

⁸⁵⁷ Rappelons qu'un recours constitutionnel peut aussi se baser sur d'autres droits - par exemple les droits politiques en Suisse. L'invocation de tels moyens ne concernant qu'une très petite minorité de cas, notre attention va se focaliser sur le moyen de la violation des droits fondamentaux - également plus intéressant dans la perspective des Pactes et des droits de l'homme qu'ils contiennent.

(environ 10 %) qu'en Allemagne (moins de 3 %). Derrière ces taux se profile la conclusion que l'individu a trois à quatre fois plus de chances de gagner son recours en Suisse et au Canada qu'en Allemagne.

847. Du point de vue de l'accessibilité du recours sur la base des Pactes, c'est cette fois la Suisse qui se distingue - positivement. En effet, alors que l'Allemagne en les refusant à titre de référence du contrôle et le Canada en ne les appréhendant qu'en relation avec la Charte ferment largement la possibilité d'utiliser les Pactes comme moyens du recours, la Suisse leur octroie la qualité de droit constitutionnel autonome. Il en résulte dans ce dernier Etat que le particulier peut invoquer les Pactes au même titre que le droit interne ou que la CEDH, sans forcément invoquer parallèlement ces textes. Les chances d'obtenir gain de cause en Allemagne et au Canada sont donc (quasi-)inexistantes, alors qu'elles sont bonnes en Suisse. Il reste cependant évident que les plaideurs vont privilégier les sources nationales, par souci de confort, mais il est tout aussi évident qu'un RDP sur la base d'un droit matériellement identique des Pactes (par exemple, la liberté religieuse, article 18 Pacte II) a techniquement tout autant de chances d'aboutir que s'il est intenté sur la base de la Cst. féd. (art. 49), l'un et l'autre de ces droits étant un droit constitutionnel au sens de l'art. 84 al. 1 lit. a OJ. Il en va de même, par exemple, d'une violation du droit d'être entendu qui sera plus fréquemment ramené à l'art. 4 Cst. féd. (non écrit), quand bien même il figure en toutes lettres aux art. 6 al. 1 CEDH et 14 al. Pactes, deux dispositions ouvrant également le RDP.

6.4. Analyse de la jurisprudence relative aux Pactes

6.4.1a. Nombre et variété des arrêts: rappel.

6.4.1a.1. En Suisse

848. * Notre commentaire de la plupart des arrêts rendus à ce jour sur les Pactes a été volontairement détaillé. Le nombre d'arrêts est limité si

bien que le contexte global de l'application des Pactes est plus tangible. La chronologie de l'analyse permet de suivre l'évolution.

* A quelques exceptions près, la procédure est toujours celle du recours de droit public (sauf, sur quinze arrêts, trois recours de droit administratif et une procédure cantonale).

* D'une façon générale, les recours auraient tous pu être intentés sans les moyens tirés des Pactes, lesquels complètent et diversifient l'argumentation. Les Pactes sont des moyens supplémentaires et nouveaux qui s'ajoutent aux moyens traditionnels.

6.4.1a.2. En Allemagne

849. * Très peu d'arrêts du BVerfG ont évoqué les Pactes. Il en va de même devant les cours fédérales ordinaires. Les juges privilégient beaucoup la GG et basent la presque totalité de leur argumentation sur des notions de droit national. Ce germano-centrisme présente le danger d'une rectification par des instances judiciaires supranationales (CEDH, Union Européenne et éventuellement à terme le Comité de New-York).

* Le système présente une grande variété des procédures, due essentiellement à la richesse de la juridiction constitutionnelle allemande. Les deux tiers (six sur neuf) sont des procédures initiées par le particulier (Verfassungsbeschwerde), le reste se partage entre le contrôle de normes, le renvoi par un tribunal inférieur et la détermination de la qualité de règle générale de droit international public.

* Les recours sont pour la plupart intentés sur la base de la GG principalement (cela découle des art. 93 et 100 GG). L'attraction des textes internationaux vers cette GG par une analyse commune peut avoir des effets insoupçonnés (reconnaissance de leur applicabilité directe et intégration au niveau constitutionnel dans la hiérarchie).

6.4.1a.3. Au Canada

850. * Il y a beaucoup d'arrêts mais peu d'innovations. Il est impossible d'établir une casuistique exhaustive et donc l'accent est mis sur les arrêts fixant les positions déterminantes. Ces positions furent élaborées durant les années 80 et reprises durant les années 90.

* Procédures très variées dans la mesure où le contrôle de constitutionnalité est concret et diffus au Canada et donc susceptible d'intervenir devant n'importe quelle instance saisie de n'importe quelle affaire. Il n'y a pas de procédure spéciale qui culmine à la C.S.C.

* Le moyen du contrôle de constitutionnalité est presque toujours la Charte de 1982 - ce qui explique la vague d'arrêts rendus dans les années 80 -, laquelle est inspirée par tout le mouvement international pour les droits de l'homme. Dans cette perspective, les textes internationaux qui ont servi à la genèse de la Charte sont très souvent cités lors de son interprétation.

6.4.1b. Nombre et variété des arrêts: comparaison

851. Du point de vue du nombre d'arrêts rendus faisant appel aux Pactes, le classement est très clair. Le Canada distance en effet nettement la Suisse et encore plus l'Allemagne. Plus précisément, en face du demi-millier d'arrêts rendus outre-Atlantique, la Suisse n'a pour l'heure qu'une petite vingtaine d'arrêts à proposer et l'Allemagne qu'une petite dizaine. Une comparaison entre le Canada et l'Allemagne est particulièrement édifiante puisque ces deux Etats ont une expérience qui s'étend sur un nombre identique d'années, alors que la Suisse a une jurisprudence encore peu abondante du fait de la nouveauté des Pactes dans son système.

852. De telles différences dans la fréquence de l'invocation des Pactes appellent un éclairage. En Allemagne, le centrisme sur la GG⁸⁵⁸ étouffe toute tentative de baser un contrôle de constitutionnalité sur d'autres textes, notamment du niveau international. Au Canada, ce ne sont pas les moyens du contrôle qui sont les premiers en cause mais le système de la juridiction constitutionnelle lui-même. Son caractère concret et diffus autorise toute instance à vérifier la constitutionnalité d'un acte, dans le cadre de toute procédure. L'explosion du nombre d'arrêts est dans ce cas inévitable, sans forcément entraîner avec elle une place nouvelle pour les moyens nouveaux que sont les Pactes. Ainsi y eut-il au Canada un immense développement sur la base de la Charte de 1982⁸⁵⁹, alors que dans le même temps l'approche des Pactes restait qualitativement inchangée.
853. Se démarquant de ces deux extrêmes, la Suisse offre un tableau nettement plus prometteur. Le nombre d'arrêts sur les Pactes n'est certes pas encore imposant, mais le laps de temps est aussi beaucoup plus court que dans les deux premiers cas. De plus, l'attention accordée dans chaque arrêt aux moyens internationaux en général et aux Pactes en particulier est d'une toute autre qualité. Au-delà de l'approche purement comptable, il apparaît ainsi bien vite que le système suisse est le plus scrupuleux et le plus sérieux. Nous aurons l'occasion d'y revenir⁸⁶⁰.
854. Du point de vue de la variété des arrêts rendus, c'est incontestablement l'Allemagne qui se démarque positivement cette fois. Le système constitutionnel de cet Etat est d'une telle richesse qu'il n'est guère surprenant d'y voir les Pactes analysés dans le cadre d'un recours constitutionnel (Verfassungsbeschwerde), d'un contrôle des normes (Normen-kontrollverfahren), d'un renvoi par un tribunal inférieur (Vorlageverfahren) ou de la détermination d'une règle générale de droit international public. En Suisse, la procédure - lorsqu'elle culmine au TF - est principalement celle du recours de droit public et accessoirement celle du recours de droit administratif. Au Canada, les Pactes sont

⁸⁵⁸ Cf. § 407-408.

⁸⁵⁹ Sur le type de texte qui est à la base du développement dans chaque Etat, cf. § 862 ss.

⁸⁶⁰ Cf. 6.4.4. Applicabilité directe, § 875 ss.; 6.4.5. Examen autonome, § 888 ss.; 6.4.9. Extension du droit national, § 936 ss.

invoqués dans des procédures très variées du fait que le contrôle de constitutionnalité - lui-même toujours identique - est concret et diffus.

855. Il reste bien difficile de comparer, voire de classer, les Etats sous l'angle de la variété des procédures impliquant les Pactes, les systèmes de juridiction constitutionnelle étant si divergents. Ce qui est néanmoins certain, c'est que le système le plus sophistiqué est allemand et le plus simple est canadien. Entre-deux nous trouvons le système suisse qui, sans avoir la richesse allemande, est nettement plus efficace que le système canadien - grâce notamment à la combinaison de son contrôle concret et diffus (préjudiciel) avec son contrôle abstrait et concentré.

6.4.2a. Y a-t-il un mouvement structuré et organisé en faveur des Pactes ou leur invocation est-elle aléatoire ? : rappel

6.4.2a.1. En Suisse

856. * Déjà résumé plus haut, voir § 848.

* Les lois fédérales ne peuvent pas subir un contrôle de constitutionnalité, mais elles pourront subir un contrôle de conventionnalité. Cette extension procédurale est porteuse d'espoirs, puisque les conventions internationales qui vont servir de mesure du contrôle contiennent parfois des droits identiques aux droits fondamentaux de niveau constitutionnel. Les Pactes sont un bon exemple de ce recoupement de droits et le particulier sera sans doute tenté de faire vérifier face à ces Pactes des lois fédérales qu'il ne peut remettre en cause face à la Constitution pourtant de même contenu. Cette réelle extension du système suisse va affaiblir l'immunité des lois fédérales, voire entraîner sa fin matérielle.

6.4.2a.2. En Allemagne

857. * Déjà résumé plus haut, voir § 849.

6.4.2a.3. Au Canada

858. * Déjà résumé plus haut, voir § 850.

6.4.2b. Y a-t-il un mouvement structuré et organisé en faveur des Pactes ou leur invocation est-elle aléatoire ? : comparaison

859. La section précédente s'achevait sur le constat que le système de juridiction constitutionnelle suisse se plaçait entre l'Allemagne et le Canada. Ici, c'est le Canada qui va figurer entre-deux, le système le plus favorable aux Pactes n'étant plus l'Allemagne mais la Suisse.

860. L'invocation des Pactes dans nos Etats de référence n'est ni tout à fait structurée, ni tout à fait aléatoire. L'attention qui leur est donnée est toutefois clairement graduée si nous confrontons les trois réalités. En Allemagne, elle semble extrêmement aléatoire, au point qu'il est difficile de prévoir quand les juges se pencheront sur ces textes et quand ils vont les ignorer. En Suisse, l'examen des Pactes paraît suivre très naturellement celui de la CEDH dans la structure de chaque arrêt dont le contenu s'y prête. Au Canada, les extrêmes s'affrontent puisque si l'appel aux sources supranationales pour interpréter la Charte est presque systématique, l'inclusion des Pactes parmi ces sources supranationales est nettement plus aléatoire.

861. En fait, les Pactes apparaissent le plus souvent comme le complément - aléatoire ou incontournable selon l'Etat - à un autre texte relatif aux droits fondamentaux et sur lequel le système national s'est véritablement développé. En d'autres termes, tant en Suisse qu'au Canada et qu'en Allemagne, il y a eu un texte protégeant spécifiquement les droits fondamentaux qui a provoqué une explosion de la juridiction constitutionnelle dans la période suivant son entrée en vigueur. Le texte en question est cependant différent d'un Etat à l'autre.
862. Chronologiquement, ce fut d'abord la GG de 1949 qui suscita de nombreux recours et permit de développer une tradition constitutionnelle très élaborée en Allemagne. En Suisse, la juridiction constitutionnelle s'exerçait bien sûr déjà avant 1974, mais c'est à cette date et avec l'entrée en vigueur de la CEDH qu'elle prit une dimension nouvelle en rapport avec les droits d'origine internationale. Parallèlement, le développement du droit constitutionnel chez les avocats suisses a renforcé la tendance. Au Canada finalement, c'est la Charte de 1982 qui joua ce rôle catalyseur. Dans les trois cas, les arrêts topiques relatifs à des questions fondamentales furent rendus durant les années qui suivirent.
863. La source de chaque choc juridictionnel est donc variable. En Allemagne et au Canada, il est le fait d'un texte national de niveau constitutionnel. En Suisse, il est le fait d'une convention internationale assortie d'un système de contrôle judiciaire efficace. La source est donc non seulement variable, elle n'est surtout jamais constituée par les Pactes. En ce sens, l'approche des trois Etats est également décevante. Même en Suisse où la réceptivité face à la CEDH avait pu donner des espoirs pour les Pactes, le mouvement remarqué pour le texte européen est à peine perceptible pour son pendant international. Il n'en demeure pas moins que nous préférons cette attention même réticente - témoin d'une certaine ouverture internationale que l'on nie pourtant volontiers à la Suisse - à l'ignorance allemande en matière de CEDH. Dans ce dernier cas, le centrisme sur la GG et la discrétion de la <sleeping beauty>⁸⁶¹ sont d'autant plus surprenants que cet Etat a prouvé son

⁸⁶¹ Cf. n. 501.

orientation internationale en figurant parmi les moteurs de la grande organisation supranationale européenne, à savoir l'Union Européenne.

864. La Suisse est ainsi l'Etat où l'invocation des Pactes - et de la CEDH - est la plus structurée. Un argument procédural majeur pourra encore accentuer cette propension. En effet, dans la mesure où le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales est impossible dans la Constitution de 1874⁸⁶² et que le contrôle de conventionnalité est, lui, possible, le second donne une occasion d'obtenir ce que le premier interdisait. Les recourants, en se montrant systématiques dans l'appel aux sources internationales directement applicables et de contenu identique aux droits de la Constitution fédérale, pourront demander la vérification d'actes auparavant immunisés⁸⁶³. A partir du moment où cette extension procédurale aura été comprise et intégrée par tous, il y a fort à parier que l'invocation des textes internationaux sera encore plus structurée et organisée qu'elle ne l'est actuellement.

865. Le mouvement - structuré ou aléatoire - dépend certes de l'organisation et de l'orientation internationale de chaque juridiction constitutionnelle ; les efforts que font les recourants pour invoquer les Pactes jouent également un rôle prépondérant. Cela nous amène tout naturellement à nous demander qui est l'instigateur de l'examen des Pactes, le particulier ou les autorités et, le cas échéant, quelles autorités.

⁸⁶² Le projet de la Constitution 1998 prévoit la disparition de l'immunité des lois fédérales dans le cas de contrôles concrets. L'apport du contrôle de conventionnalité perdurera néanmoins pour les contrôles abstraits. Cf. 3.5.9. Quelques aspects du projet de réforme de la Constitution fédérale de 1996, § 265-267.

⁸⁶³ Cf. § 200 (LIFD), 207 (LAI) et 209 (LAVS).

*6.4.3a. Le Pacte est-il invoqué par le particulier ou examiné d'office?:
rappel*

6.4.3a.1. En Suisse

866. * Les autorités judiciaires sont très réceptives face aux textes internationaux et il y a beaucoup d'examens d'office qui viennent compléter l'invocation par les recourants. Souvent, les examens d'office servent à confirmer par les Pactes l'interprétation d'autres droits invoqués par le particulier.

* De plus en plus de particuliers prennent en compte les Pactes, mais le mouvement est bien loin de ce qui fut constaté sous la CEDH. Les Pactes sont particulièrement employés par les particuliers dans des arrêts où ils sont à certains égards les seuls moyens du recours; par exemple en matière d'assurances sociales ou de droit à l'éducation. Ces droits du Pacte I ne recourent en effet aucun droit constitutionnel déjà garanti dans l'ordre national, où ces domaines sont de niveau légal. Pour le Pacte II, le droit est invoqué par le biais d'autres sources et ce sont soit le juge, soit le particulier qui y ajoutent ce Pacte II; par exemple, les quatre sources de ne bis in idem.

* Les tribunaux suisses se tournent souvent vers les sources internationales quand bien même les recourants n'y avaient pas pensé. La question de leur réelle intention se pose ainsi: veulent-ils par cette attention élargir les droits ou bien les cantonner à l'intérieur de ce qui est déjà connu (pour le Pacte II) ou y encore opposer l'obstacle de l'applicabilité directe (pour le Pacte I)? A priori, il semble que le système est très réceptif au droit international et qu'il n'y a pas de volonté de limiter d'emblée les Pactes. La prise en compte de sources secondaires évolutives en est une preuve.

6.4.3a.2. En Allemagne

867. * Dans la plupart des cas, les juges examinent les Pactes sans que ceux-ci figurent parmi les moyens soulevés par les recourants, quels qu'ils soient. L'extrême imperméabilité du système allemand à tout ce qui n'est pas la GG a sans doute découragé les particuliers, qui sont pourtant traditionnellement les moteurs principaux du Verfassungsbeschwerde.

* Dans les procédures liées à l'art. 25 GG (règles générales de DIPU), c'est la nature même du litige qui suggère de tenir compte des Pactes. Parfois de manière moins flagrante, ce sont les critères légaux (de la mise en oeuvre de la politique constitutionnelle sur le droit d'asile) ou la codification en droit allemand d'un principe général de DIPU qui poussent à en tenir compte. L'initiative émane là aussi plus du tribunal que du particulier.

* Face au droit international, ce sont souvent les juges qui décident de l'examiner ou de le passer sous silence. Ils revendiquent à cet égard l'entière liberté d'étendre leur examen à des moyens qui n'ont pas été soulevés par les recourants. Concrètement, ce seront surtout les particuliers qui demandent le contrôle de constitutionnalité et les juges qui étendront parfois la mesure aux Pactes et autres textes internationaux. Néanmoins, même lorsqu'ils examinent les Pactes d'office, ils motivent peu leur analyse par rapport aux argumentations détaillées sur la GG.

6.4.3a.3. Au Canada

868. * La différence entre l'examen d'office ou l'invocation par le particulier est moins intéressante à analyser dans cet Etat. Cela est inhérent au système même du contrôle diffus: chaque juge de chaque instance débusque le problème de constitutionnalité puis le résout lui-même avec les moyens de son choix. Ainsi n'est-il pas surprenant de

voir des droits invoqués par les particuliers dans les instances inférieures être ensuite ignorés par la C.S.C.⁸⁶⁴.

* Le système canadien offrant une place privilégiée aux sources supranationales, l'intégration des textes internationaux dans l'examen de constitutionnalité va souvent de soi. Une telle extension des sources paraîtra si naturelle que les juges pallieront tout oubli du particulier sans même en être conscients. Il est à signaler aussi que les autorités politiques encouragent le recours au droit international.

*6.4.50. Le Pacte est-il invoqué par le particulier ou examiné d'office?:
comparaison*

869. La question étudiée sous cette section revient à nous demander qui est le moteur du recours, qui du particulier ou des autorités en est l'instigateur et, le cas échéant, quelles autorités - judiciaires ou politiques - exercent une influence prépondérante. De prime abord, les systèmes suisse et allemand sont deux systèmes où les individus devraient encore pouvoir beaucoup initier, tant il est vrai que soit l'engagement y est récent, soit l'habitude porte plus à examiner les textes nationaux. Le système canadien offre, lui, de toute manière une place privilégiée au droit comparé et international; l'analyse même discrète des Pactes à côté d'autres sources internationales commence <à faire partie du paysage>. Cette tendance y est le fait de juges très ouverts⁸⁶⁵ et d'autorités politiques qui les stimulent dans ce sens⁸⁶⁶.

870. Du point de vue du seul contrôle de constitutionnalité, l'initiative revient en Suisse au particulier, alors qu'en Allemagne diverses autorités sont également instigatrices. Nous pensons spécialement aux différents organes, aux différentes autorités et aux tribunaux sur renvois. S'agissant des Pactes, si leur invocation en Suisse reste prioritairement le fait des recourants, en Allemagne, ce sont plutôt les juges qui décident de les intégrer au raisonnement.

⁸⁶⁴ Cf. Quebec Association of Protestant School Boards, n. 704.

⁸⁶⁵ Cf. § 575.

⁸⁶⁶ Cf. la position de Jean Chrétien, § 555.

871. De la constatation qui vient d'être faite nous retiendrons deux choses. D'une part, l'Etat - l'Allemagne - qui ouvre le contrôle de constitutionnalité à un plus grand nombre de recourants et d'actes est dans le même temps celui où la plupart des recourants ignorent les Pactes. Ainsi n'est-ce donc pas la diversité des acteurs qui entraîne la diversité des sources, le système souffrant incontestablement là encore de son germano-centrisme. D'autre part, l'Etat - la Suisse - qui a l'expérience temporelle des Pactes la plus jeune s'est forgé une jurisprudence plus abondante à l'instigation des particuliers, preuve non seulement de son ouverture au niveau international mais surtout que cette ouverture est bien entrée dans les mœurs judiciaires. Le recours sur la base des Pactes est considéré comme une excentricité par le particulier allemand alors qu'il représente un risque calculé en Suisse.

872. Le fait de savoir qui du particulier ou des juges est à la base de l'examen des Pactes dépend aussi du type d'affaire. En Allemagne, sur les neuf cas tranchés à l'aide notamment des Pactes, quatre appelaient très naturellement cette aide, voire l'imposaient. En effet, que ce soit la détermination de la qualité de règle générale de droit international⁸⁶⁷, la liste légale des critères pour juger de la sécurité d'un Etat⁸⁶⁸ ou la codification en droit allemand d'un principe du droit international⁸⁶⁹, tous ces problèmes nécessitent intrinsèquement un appel au droit international. Ce dernier n'a a priori pas vocation à étendre une notion de la GG. En Suisse, au contraire, l'appel au Pacte II est souvent effectué dans le but de nuancer et d'élargir des droits contenus dans la Constitution fédérale ou dans la CEDH⁸⁷⁰ et l'appel au Pacte I dans l'espoir de constitutionnaliser des droits octroyés par le niveau légal dans le système suisse⁸⁷¹. Dans ce dernier cas, le Pacte I est alors le seul moyen du recours.

⁸⁶⁷ Cf. § 399 et 404.

⁸⁶⁸ Cf. § 405.

⁸⁶⁹ Cf. § 399.

⁸⁷⁰ Cf. 6.4.5. Examen autonome des Pactes ou en liaison avec d'autres droits, les Pactes comme aide à l'interprétation, § 888 ss.

⁸⁷¹ Tel est notamment le cas du droit aux assurances sociales contenu dans le Pacte I, que différentes lois tendent à concrétiser en Suisse (LAVS, LAI, etc...).

873. Derrière la question de savoir qui est le moteur de l'invocation des Pactes se profile aussi celle de savoir quelle intention anime les autorités lorsque ce sont elles qui en sont le catalyseur. En Suisse, les juges semblent ne pas vouloir d'emblée considérer que les Pactes n'apportent rien. Tout au contraire sont-ils ouverts à toute extension et la souhaitent-ils en élargissant les sources, même si dans les faits une extension concrète est rare. En Allemagne, l'approche centrée sur la GG a été si fortement favorisée par les juges qu'il n'est en rien étonnant de les voir se tourner vers les Pactes à titre de confirmation de leur référence nationale. En ce sens, nous comprenons les réticences des particuliers à invoquer les Pactes, l'attitude des juges paraissant bien difficile à bousculer. Le fait qu'il y ait si peu d'arrêts allemands s'explique ainsi tant par la passivité des recourants que par les préjugés des juges⁸⁷². A vrai dire, nous aurions préféré voir les juges allemands adopter l'attitude plus modeste de leurs homologues suisses, à savoir examiner le droit international, quitte à constater qu'il n'y a pas d'extension. En somme, admettre « que le système allemand garantit déjà les droits fondamentaux comme l'impose le niveau international, mais qu'ils ne le savaient pas ».

874. Il doit rester bien clair que le problème de l'initiateur de l'examen n'influence pas ce qu'il sera possible d'obtenir concrètement des Pactes. En d'autres termes, ce n'est pas parce que ce sont les juges qui examinent d'office ou le particulier qui le requiert que le droit sera, dans un cas ou dans l'autre, plus étendu ou au contraire plus restreint du point de vue matériel. D'ailleurs, avant toute extension matérielle par le biais des Pactes, il faut certes que les juges les intègrent à leur raisonnement de leur propre initiative ou sur demande, mais aussi et surtout qu'ils leur reconnaissent l'applicabilité directe.

⁸⁷² Le fait de savoir quelle sera réellement l'extension du droit national grâce aux Pactes dans chacun de nos systèmes sera traité à notre point 6.4.9. Extension du droit national grâce aux Pactes et place réelle des Pactes dans chaque système national, § 936 ss.

6.4.4a. Applicabilité directe des Pactes: rappel

6.4.4a.1. En Suisse

875. * Cette question est récurrente: d'abord deux arrêts topiques de base (§ 201 et 207), puis toute la jurisprudence est bâtie sur ceux-ci. C'est un système structuré qui est mis en place, comme cela fut fait pour la CEDH. D'ailleurs, les critères de l'applicabilité directe sont semblables pour les deux textes, si bien que la jurisprudence sur les Pactes renvoie à celle sur la CEDH. Les deux arrêts topiques du TF et du TFA servent ultérieurement à trancher la question de l'applicabilité directe chaque fois qu'elle se pose: cela prouve la stabilité du système. Il est parfois fait l'impasse sur cette technique habituelle de renvois quand l'applicabilité directe est évidente; les juges entrent alors en matière sur le fond en la reconnaissant implicitement.

* Les critères développés pour les Pactes sur la base de la CEDH sont les suivants: la norme doit être suffisamment claire et précise pour fonder une décision. Les normes programmatiques ou laissant à l'Etat un large choix quant à la mise en oeuvre ou encore ne contenant que des lignes directrices pour le législateur ne sont de ce point de vue pas assez précises. Le fait qu'il y ait un système de contrôle ou non est un indice, le fait que la Suisse y participe ou non n'en est pas un. Finalement, la mise en oeuvre immédiate (sans délai) ou progressive est aussi un critère.

* Globalement, de ces critères appliqués aux Pactes, il résulte que le Pacte I n'est pas directement applicable et que le Pacte II est directement applicable. C'est d'ailleurs la raison pour laquelle les juges examinent le Pacte I sous l'angle de l'art. 84 al. 1 lit. c OJ (traité international) et non pas de l'art. 84 al. 1 lit. a OJ (droit constitutionnel).

6.4.4a.2. En Allemagne

876. * Il n'y a étonnamment pas d'arrêt topique sur l'applicabilité directe. Celle-ci n'a pas été abordée de façon systématique, seulement par touches dans des arrêts isolés. Les juges ne tranchent la question que lorsque cela est incontournable. Ils n'ont pas établi des critères généraux et abstraits pour le principe global de l'applicabilité directe des Pactes. Ils l'admettent parfois tacitement en entrant en matière sur le fond, souvent en parallèle avec des droits dont la justiciabilité ne fait pas de doute (GG, CEDH). En assimilant les deux droits, c'est la justiciabilité de l'un qui est étendue à l'autre.

* Il n'y a donc pas de critères systématisés pour dire de façon générale et abstraite si les Pactes sont directement applicables ou non. Il y en a pour les textes internationaux, mais ils ne sont pas appliqués aux Pactes⁸⁷³. Parmi les indices isolés⁸⁷⁴, les juges retiennent celui du destinataire de la norme (le particulier ou le législateur) et celui de l'incorporation par une Zustimmungsgesetz (le particulier peut alors espérer des droits mais de niveau légal).

* Souvent, le Pacte II est appréhendé en parallèle avec d'autres droits qui sont incontestablement justiciables. Ce Pacte II pourrait ainsi être considéré comme directement applicable quand bien même les juges ne l'ont pas dit. Le Pacte I est soit assimilé à des textes qui s'adressent au législateur (la Charte sociale européenne), soit à une convention internationale qui a été intégrée en droit allemand par une loi et qui donne à ce titre et à ce niveau des droits aux particuliers (Convention n° 87 de l'OIT). Cette alternative pour le Pacte I (pas directement applicable ou seulement de niveau légal) ne nous réjouit pas.

⁸⁷³ Cf. § 698-699.

⁸⁷⁴ Ces indices se trouvent dans les arrêts sur l'interruption de grossesse (cf. § 403 et 423) et sur la capacité des syndicats à conclure des conventions collectives (cf. § 398, 426 et 428).

6.4.4a.3. Au Canada

877. * La structure dualiste de l'ordre canadien enlève d'emblée toute applicabilité directe à la norme qui n'a pas été incorporée par un acte adéquat. La jurisprudence va donc devoir trancher quand et comment un texte international est considéré comme intégré à l'ordre national canadien et dès lors susceptible de donner des droits invocables par les particuliers devant les juridictions.

* Il n'y a pas de législation incorporant globalement les Pactes. Un juge voyait dans la Charte de 1982 l'instrument d'incorporation du Pacte II, mais il n'a pas été suivi. La jurisprudence est claire depuis 1932: si la norme internationale n'est pas mise en oeuvre au niveau législatif, elle ne lie pas les autorités judiciaires. Les tribunaux doivent appliquer les textes internationaux à travers les lois internes. Doctrine et jurisprudence sont d'accord sur la nécessité de l'intégration par transformation, soit avec un acte exprès. Seule la coutume internationale est réputée reprise sans qu'il y ait besoin d'un acte précis, sauf opposition claire du Canada ou droit interne expressément contraire. Controverse pour savoir si l'acte qui incorpore doit préciser quelles normes internationales il incorpore. La jurisprudence semble admettre une incorporation tacite <fractionnée et matérielle>.

* Tout ceci ne veut pas dire que les Pactes seront sans effets en droit canadien, ils vont aider à interpréter le droit interne. S'il semble probable que la Charte n'est pas l'acte qui incorpore le Pacte II entièrement et le rend directement applicable au niveau constitutionnel, d'autres textes peuvent le faire partiellement au niveau légal (ex. Immigration Act pour les droits de réfugiés).

6.4.4b. Applicabilité directe des Pactes: comparaison

878. Notre comparaison va s'ordonner autour de trois points qui se suivent logiquement: d'abord la structure générale de la jurisprudence en matière d'applicabilité directe, puis les critères que cette jurisprudence a ou n'a pas développés au regard des Pactes et finalement le résultat de cette jurisprudence qui rend ou ne rend pas les Pactes justiciables.

879. S'agissant de la structure de la jurisprudence, elle s'appuie en Suisse sur celle - stable - développée pour la CEDH, ainsi que sur deux arrêts topiques du TF et du TFA lors de la première invocation des Pactes devant ces instances⁸⁷⁵. L'Allemagne n'a au contraire pas de jurisprudence globale, ni d'arrêts à eux seuls déterminants pour l'ensemble du système. Le Canada a, lui, une jurisprudence globale, mais celle-ci nie d'emblée l'applicabilité directe des Pactes ou les réduit au niveau de la loi censée les incorporer.

880. De cette structure jurisprudentielle, nous pouvons dégager une première constatation que nous reprendrons à la fin de cette section⁸⁷⁶. La situation suisse nous satisfait le plus car elle a le mérite de la clarté, tout en admettant l'applicabilité directe assez largement - pour le Pacte II à tout le moins. Le Canada est également très clair, mais dans un sens que nous ne saurions soutenir, celui de réduire les Pactes à une loi ou à une aide à l'interprétation, sans justiciabilité. L'Allemagne, bien que n'ayant pas encore tranché clairement, nous laisse l'espoir qu'elle le fera dans le sens observé en Suisse. Au Canada, seul un revirement de jurisprudence et l'abandon des précédents - obstacle considérable - pourra modifier la trajectoire actuelle. Du point de vue des chances de l'individu de tirer un droit directement applicable des Pactes, la Suisse en offre aussi le plus, devant l'Allemagne et le Canada. Ces deux Etats sont bien difficiles à départager, dans la mesure où il faut choisir entre des droits éventuellement directement applicables au niveau constitutionnel en Allemagne et des droits sûrement justiciables mais de niveau légal au Canada. Et nous avons opté pour la première situation.

881. Les grandes orientations de la jurisprudence se trouvent concrétisées dans les critères fixés pour reconnaître l'applicabilité directe. Compte tenu des liens qui existent entre la structure globale et les critères précis, il n'est pas surprenant de voir la Suisse en développer le plus systématiquement. De nos trois Etats, elle est la seule à l'avoir fait d'une façon générale pour les textes internationaux et à les appliquer aux Pactes. S'il est vrai que son expérience avec la CEDH l'y a bien aidée, cette explication ne saurait suffire puisque l'Allemagne, également

⁸⁷⁵ Cf. ATF du 11 février 1994 (§ 201) et ATF du 20 juillet 1995 (§ 207).

⁸⁷⁶ Cf. § 887.

soumise à cette CEDH, n'applique pas les critères précis qu'elle a posés pour les textes internationaux aux Pactes⁸⁷⁷. L'attitude si consciencieuse et ordonnée de la Suisse peut être perçue comme le reflet de sa volonté sincère d'appliquer les Pactes au mieux. Dans cette perspective, elle est le seul de nos Etats dont on puisse le dire en rapport avec la justiciabilité des droits.

882. En Allemagne comme au Canada, à défaut d'avoir des critères généraux et abstraits, l'applicabilité directe est tranchée de cas en cas. En Allemagne, en analysant les droits en parallèle avec d'autres droits justiciables ou avec une loi incorporant le droit en cause. Au Canada, en examinant chaque fois si et quelle loi incorpore de façon fractionnée et matérielle tel ou tel droit ou en y voyant un instrument aidant à l'interprétation de la Charte. Ni dans un cas, ni dans l'autre nous ne voyons de justiciabilité prévisible au niveau constitutionnel. C'est dans cette perspective que l'absence de critères est surtout critiquable: il n'y a aucune possibilité de savoir par avance quelle sera la décision et, dans la mesure où celle-ci reconnaît très rarement la justiciabilité au niveau constitutionnel, quels arguments avancer pour inverser cette quasi-présomption de non applicabilité directe. L'individu ne sachant quelles sont réellement ses chances, ou sachant qu'elles sont extrêmement faibles, se détournera des Pactes. L'avantage en Suisse est celui de savoir ce qu'il faut attendre des Pactes, soit la non-applicabilité directe du Pacte I et l'applicabilité directe du Pacte II. Pour reprendre une formule déjà employée⁸⁷⁸, le risque est calculé en Suisse, alors qu'il est inconsideré en Allemagne et au Canada.

883. En Suisse, le résultat a donc le mérite de la clarté: la présomption admise veut que le Pacte II soit a priori directement applicable et que le Pacte I ne le soit pas. Cette présomption pour le Pacte I est réfragable, si bien que les recourants peuvent encore prouver que les critères jurisprudentiels obligent à reconnaître à tel ou tel droit du Pacte I l'applicabilité directe. Nous pensons notamment aux droits syndicaux, dont le droit de grève, et plus largement à tous les droits que l'on peut apparenter à ceux de la première génération (abstention de l'Etat) selon

⁸⁷⁷ Cf. § 698-699.

⁸⁷⁸ Cf. § 871.

la classification de Vasak⁸⁷⁹. En Allemagne, la transposition d'une jurisprudence sans structure et sans critères précis sur la justiciabilité des Pactes fait que tout n'y est que supputation. L'analyse des arrêts rendus nous permet toutefois de dégager au moins une ligne directrice, à savoir que les droits du Pacte II peuvent être assimilés à des droits dont la justiciabilité n'est pas contestée et ceux du Pacte I à des lois. Au Canada, le résultat synthétisé est simple et clair puisque les deux Pactes doivent être incorporés par une loi, sans quoi ils sont sans effet juridique en droit canadien⁸⁸⁰ et donc a fortiori dépourvus de toute applicabilité directe pour les individus. Tout dépend donc de la transposition qu'aura ou n'aura pas faite le législateur.

884. Sur la base de ce que nous venons de développer, nous allons établir un double classement de nos Etats, le premier sous l'angle de la clarté de la jurisprudence et le second sous celui des chances que l'individu obtienne que tel ou tel droit soit justiciable.

885. S'agissant de la clarté, la Suisse devance le Canada, qui devance à son tour l'Allemagne. La situation allemande n'appelle pas de longs commentaires, la norme internationale étant alternativement l'équivalent d'une loi ou analysée en parallèle avec des droits justiciables ou encore adressée au législateur. Le motif pour placer la Suisse devant le Canada tient, lui, à ce que ce dernier nie l'applicabilité directe sauf mise en oeuvre législative. Le critère n'est donc pas lié comme en Suisse à la nature et aux diverses caractéristiques de la norme elle-même, mais à un acte d'incorporation qui peut être implicite. En Suisse, les juges vont disséquer la norme invoquée par le particulier et déterminer si elle est de nature à lui conférer des droits invocables devant les tribunaux, car suffisamment claire et précise pour fonder une décision concrète. Au Canada, les juges vont constater - voire débusquer si le texte est implicite - l'incorporation par le législateur dont l'activité - parfois aléatoire, politique et capricieuse - échappe à leur emprise. Du point de vue juridique, la méthode suisse - en plus de donner à la norme internationale une nature constitutionnelle - est la plus juste. Elle reconnaît en effet que l'applicabilité directe de la norme est une qualité

⁸⁷⁹ Cf. n. 37.

⁸⁸⁰ § 544-545.

intrinsèque de cette norme et non pas dépendante de ce que législateur décide d'en faire.

886. S'agissant des chances que l'individu obtienne que tel ou tel droit soit justiciable, la Suisse devance cette fois l'Allemagne, qui devance à son tour le Canada. La raison de l'inversion opérée par rapport à l'ordre de clarté réside dans le fait que parfois une situation floue et non tranchée laisse plus d'espoir. A cet égard, le ton péremptoire avec lequel les juges canadiens réduisent les normes internationales au niveau légal n'est guère réjouissant⁸⁸¹, le revirement étant toujours rare. Les juges allemands, en réservant la question de principe, laissent à tout le moins un peu d'espoir. De surcroît, ils attribuent de manière isolée le rang de droit constitutionnel justiciable à certaines normes des Pactes en les examinant en même temps que les droits de la GG⁸⁸².

887. Pour conclure et d'une façon générale, nous pouvons dire que, pour cette question de l'applicabilité directe, l'influence du monisme et du dualisme est nettement perceptible. La Suisse se concentre ainsi directement sur les Pactes, soit à un niveau constitutionnel directement applicable, soit à titre de mandat constitutionnel donné au législateur. En Allemagne et au Canada, tout passe principalement par une loi, et de manière isolée par un parallèle avec d'autres droits constitutionnels, jamais toutefois directement par un niveau constitutionnel autonome. D'où un système moins direct, moins clair et moins favorable à l'individu.

⁸⁸¹ § 544-545.

⁸⁸² Cf. § 411-412.

6.4.5a. Examen autonome des Pactes ou en liaison avec d'autres droits, les Pactes comme aide à l'interprétation: rappel

6.4.5a.1. En Suisse

888. * Sauf exception, les Pactes sont examinés en parallèle avec les droits de la Constitution fédérale ou de la CEDH qu'ils recourent. Les exceptions touchent donc naturellement surtout le Pacte I et ponctuellement le Pacte II (notamment pour la médication forcée⁸⁸³).

* Cette liaison systématique prouve l'imbrication des sources. L'effet principal est de réduire les Pactes à des sources déjà bien ancrées dans le système suisse et de rendre plus difficile, voire d'exclure, les élargissements.

* Plus précisément, le TF examine le plus souvent le Pacte II en même temps que la CEDH ou la Constitution fédérale, donnant l'impression qu'il n'en est que la confirmation. Les juges justifient leur démarche par les nombreux recoupements qui existent entre ces textes, ainsi que par leur rédaction très similaire. Ces motifs de similitudes valent tout particulièrement pour les garanties de procédure (procès équitable : art. 6 CEDH - art. 14 Pacte II), et accessoirement pour certains droits spécifiques (interdiction de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants : art. 3 CEDH - art. 7 Pacte II). Cette analyse parallèle laisse néanmoins un espoir d'élargissement lorsque sont également prises en compte les sources jurisprudentielles de la CEDH. Outre les similitudes, le droit international sert parfois à expliciter formellement des notions connues en droit interne, mais implicitement seulement. Il y a alors un examen commun d'une notion expresse et d'une notion non écrite, sans élargissement matériel cependant.

* Le recours au droit comparé est isolé en droit suisse. Notre seul exemple est celui de l'exonération du minimum vital⁸⁸⁴, où il est fait appel au droit allemand.

⁸⁸³ Cf. § 199.

⁸⁸⁴ Cf. § 211.

* Le TFA n'admet d'examiner certains droits généraux à la non discrimination contenus dans les Pactes (surtout dans le Pacte I) que s'ils sont invoqués conjointement avec des droits justiciables. En d'autres termes, ces droits à la non discrimination n'ont pas de portée autonome.

6.4.5a.2. En Allemagne

889. * Centrés sur la GG, les juges allemands privilégient l'examen des normes internationales en relation avec d'autres droits fondamentaux garantis par la GG.

* L'effet principal est, certes, d'étendre la justiciabilité des droits de niveau international mais dans le même temps de sévèrement entraver les extensions matérielles.

* L'impression qui se dégage de toute la jurisprudence est que les Pactes sont matériellement inférieurs à la GG (centre du système) et à la CEDH (système plus efficace car assorti de sanctions). Concrètement, les juges arriveront donc souvent au résultat que le contenu des Pactes est inférieur (ou égal) à la GG. Lorsqu'il est renvoyé à la jurisprudence - évolutive - de la CEDH, il y a plus d'espoir (regroupement familial et conversion des amendes en TIG⁸⁸⁵). Ce sont tous les développements sociaux des Etats CEDH et une sorte de minimum européen qui est alors repris. En craignant la réduction des Pactes à la CEDH, il s'agit en fait d'une extension de l'un à l'autre. Cette extension pourrait aussi se faire avec les textes quasi-judiciaires de New-York. Sans forcément élargir le droit national, le droit international en clarifie souvent l'application (par ex. : le principe ne bis in idem reconnu en droit allemand, mais explicité dans les Pactes ou la notion d'Etat sûr en rapport avec l'expulsion d'étrangers).

* Le recours au droit comparé est une méthode rare, qui s'impose néanmoins parfois aux juges de par le type de procédure ou de question qu'ils doivent trancher. Tel est notamment le cas lorsqu'ils doivent décider de l'existence d'une règle générale de DIPU au sens de l'art. 25

⁸⁸⁵ Cf. § 402.

GG (par ex. pour savoir si le principe ne bis in idem a une portée supranationale, les juges regardent quelle en est l'approche dans les différents systèmes juridiques⁸⁸⁶, et notamment en Suisse).

6.4.5a.3. Au Canada

890. * La nécessité de mise en oeuvre législative limite énormément l'influence des Pactes. Ceux-ci se voient néanmoins réserver une place particulière puisqu'ils sont le <contexte général> de la Charte. Les relations internationales font en effet partie intégrante de l'ordre constitutionnel canadien. Pour cette raison, les droits des Pactes, lorsqu'ils sont appréhendés, le sont toujours en rapport avec les droits de la Charte, à titre d'aide à l'interprétation.

* Tant le monde judiciaire que politique penche en faveur d'une prise en compte très large des Pactes dans l'interprétation de la Charte. Est aussi prise en compte la quasi-jurisprudence internationale. Formellement l'appel aux Pactes est très fréquent, matériellement les extensions sont limitées.

* L'appel au droit international est justifié par le fait que la Charte a été élaborée dans un courant international. La Charte doit être vue dans son contexte international au moment de son interprétation. L'approche dualiste stricte et statique est donc abandonnée: ce ne sont plus deux systèmes parallèles et déconnectés, mais une approche évolutive qui prend en compte les Pactes tels qu'ils sont interprétés par les Comités de New-York au moment où ils servent à éclairer la Charte. L'appel aux Pactes pour interpréter la Charte ne permet pas les extensions espérées à cause d'une double règle constitutionnelle: la présomption de conformité des lois avec le droit international et la nécessité d'une ambiguïté pour appliquer la présomption.

* La présomption de conformité des lois avec le droit international est la clef de voûte du système. Il est présumé que le législateur n'a pas voulu enfreindre les obligations internationales assumées par le Canada. Le principe de la souveraineté du Parlement est affaibli en ce

⁸⁸⁶ Cf. § 399.

sens qu'une norme internationale ne peut être écartée que si cela est fait expressément. La jurisprudence utilise cette présomption pour justifier l'utilisation du droit international pour interpréter le droit interne. Cela oblige à tenir compte des normes internationales non incorporées et non justiciables, notamment des Pactes. Dans la mesure où une entorse au droit international doit être exprimée par le législateur, cela peut avoir comme effet pervers de considérer le droit international comme respecté chaque fois qu'aucune entorse n'est signalée.

* Contrairement à la Suisse, le Canada exige qu'une norme présente une ambiguïté avant d'appliquer la présomption de conformité au droit international. Le raisonnement devrait se faire en deux étapes: déceler l'ambiguïté puis appliquer la présomption. Ces deux étapes ne sont souvent pas scrupuleusement respectées, ce qui est bon du point de vue de l'influence du droit international. Celle-ci serait en effet diminuée si elle n'était effective qu'en cas d'ambiguïté. Le manque de rigueur juridique joue ici d'autant plus en faveur des Pactes que ceux-ci n'ont pas été incorporés.

* Le recours au droit comparé est très fréquent au Canada, nous y reviendrons plus bas⁸⁸⁷.

6.4.5b. Examen autonome des Pactes ou en liaison avec d'autres droits, les Pactes comme aide à l'interprétation: comparaison

891. Cette question étant intrinsèquement liée à d'autres aspects du problème de l'application des Pactes par les cours constitutionnelles, la présente section est à lire en parallèle notamment avec les sections consacrées à l'appel aux sources secondaires et au droit comparé⁸⁸⁸ ainsi qu'à l'extension du droit national⁸⁸⁹.

⁸⁸⁷ Cf. 6.4.8. Utilisation des sources secondaires et du droit comparé, § 925 ss.

⁸⁸⁸ Cf. 6.4.8. Utilisation des sources secondaires et du droit comparé, § 925 ss.

⁸⁸⁹ Cf. 6.4.9. Extension du droit national grâce aux Pactes et place réelle des Pactes dans chaque système national, § 936 ss.

892. Un survol de la situation dans chaque Etat nous montre qu'ils procèdent tous à l'examen des droits des Pactes conjointement avec les droits issus d'autres sources existant déjà en droit interne. Cependant, si les Pactes sont partout joints à d'autres droits, des degrés sont perceptibles. En Allemagne et au Canada, le lien avec les autres droits transcrit la volonté d'attribuer aux Pactes une fonction confirmative des droits nationaux et rien de plus. Le système dualiste avec nécessité de transposition des textes internationaux donne d'ailleurs un moyen supplémentaire pour limiter leur portée.
893. En Suisse, bien que l'examen parallèle soit également la règle, l'attitude générale est fondamentalement différente. Les Pactes y sont une référence incontournable que les juges appréhendent en même temps que d'autres droits déjà plus connus pour la raison principale de leur ressemblance. Quand certains droits du Pacte II sont comparés aux droits de la CEDH, leur identité presque parfaite justifie cette approche. Des exceptions à cet examen joint ont néanmoins jalonné la jurisprudence suisse. Celles-ci touchent naturellement le Pacte I (dont un parallèle ne saurait être trouvé que dans des lois) et de manière plus intéressante certains droits du Pacte II. Nous pensons spécialement à l'affaire de la médication forcée⁸⁹⁰ où l'art. 7 du Pacte II ajoute à l'art. 3 CEDH, en plus de l'interdiction commune aux deux articles de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, l'interdiction des expériences médicales ou scientifiques sans libre consentement. Le fait qu'ensuite la violation de cette dernière interdiction ne soit pas avérée est une autre question; il n'en demeure pas moins que le Pacte II ajoute ici une nouvelle dimension au droit national et un examen autonome du Pacte II s'imposait impérativement.
894. Une image permet de cerner un peu mieux ce qui vient d'être dit. En admettant que les Pactes soient l'ombre attachée au droit national lorsque celui-ci est éclairé par les juges, la taille de l'ombre va varier selon les Etats et les situations. En Allemagne et au Canada, elle aura toutes les chances d'être moins étendue que sa source. En Suisse, sa surface sera égale ou supérieure. Les Pactes apparaissent donc en Allemagne et au Canada dans un zénith qui porte mal son nom, alors

⁸⁹⁰ Cf. § 199.

qu'en Suisse l'image crépusculaire cache une application concrète beaucoup plus enviable.

895. L'effet de cette approche est des plus logiques. Les droits des Pactes sont, soit assimilés aux droits en parallèle desquels ils sont analysés (en Suisse pour les deux Pactes et en Allemagne pour le Pacte II), soit relégués au titre d'accessoire de ces droits (au Canada pour les deux Pactes et en Allemagne pour le Pacte I).
896. Au Canada, l'idée de l'accessoire est d'ailleurs très bien traduite par la notion de <contexte général> de la Charte. Les Pactes servent ainsi à préciser l'environnement global du texte national dont ils sont l'arrière-fond. C'est paradoxalement dans l'Etat où les Pactes sont le plus souvent analysés que leur apport matériel est le plus réduit. Il en résulte une impérative nécessité de dissocier la dimension formelle et la dimension matérielle de l'invocation des Pactes par le particulier. La limitation des extensions matérielles est du reste encore accentuée par une double règle constitutionnelle canadienne, à savoir que le législateur et le Constituant sont présumés n'avoir pas enfreint le droit international et qu'il faut une ambiguïté avant d'appliquer cette règle de conformité au droit international (sans quoi, c'est la norme de droit national qui est simplement appliquée).
897. Dans le cas où les droits de niveau international sont réellement appréhendés au même niveau et en parallèle avec les autres droits fondamentaux, la méthode des juges est d'une part soutenable et d'autre part porteuse de certaines extensions indirectes. Soutenable d'abord parce que certains droits - notamment de la CEDH en Suisse et en Allemagne - sont de rédaction si semblable qu'il serait incompréhensible de ne pas les rapprocher pour l'interprétation. Porteuse d'extensions indirectes ensuite parce qu'avec les droits issus de la CEDH, c'est aussi toute la jurisprudence relative à ces droits qui est intégrée pour l'analyse des Pactes. En d'autres termes, ne sont pas seulement rapprochées des rédactions similaires mais surtout les interprétations qui en ont été faites.
898. Concrètement, cela signifie que la Suisse et l'Allemagne vont trancher leurs problèmes de constitutionnalité à l'aide des droits nationaux, de la

CEDH et de sa jurisprudence évolutive ainsi que des Pactes, toutes ces sources étant mises en parallèle. La source onusienne ayant toutefois une place plus aléatoire et secondaire en Allemagne qu'en Suisse. Le Canada va, lui, trancher sur la base de sa seule Charte, aidé en cela par un contexte général fait notamment des Pactes et de la quasi-jurisprudence de New-York.

899. A cet égard, les décisions du Comité du Pacte II jouissent d'une attention plus soutenue outre-Atlantique, sans doute par l'absence d'un système comparable à la CEDH et par les nombreuses affaires ayant déjà impliqué le Canada devant cette instance. Bien que n'étant que des ombres - de dimension variable - attachées aux droits nationaux, ces ombres ne sont au moins pas statiques. C'est du reste cette dimension évolutive qui avait soulevé le plus d'espoir en Suisse et en Allemagne où la réduction des Pactes à la CEDH pourrait très bien signifier l'extension de la CEDH aux Pactes. Et ce à un double point de vue: procéduralement en octroyant l'applicabilité directe et matériellement en prenant en compte toutes les évolutions apportées par les expériences diverses concrétisées en jurisprudence.
900. La question de l'examen parallèle des droits de même contenu mais de niveaux différents ne se résout pas dans la seule réduction ou extension des uns aux autres. En effet, il y a parfois un apport formel très important de la part du droit international: quand ce droit international contient explicitement des droits que le niveau national ne reconnaît qu'implicitement. Tout le système gagne alors en clarté. Cela est particulièrement vrai pour le système suisse où la liste des droits fondamentaux en contient de nombreux qui ne sont pas écrits. En Allemagne aussi, pour certains principes de droit pénal: *ne bis in idem* et *nemo tenetur se ipsum accusare*.
901. Le recours au droit comparé est isolé en Allemagne et en Suisse. A l'opposé du Canada où il est très fréquent, voire systématique. Mais nous y reviendrons spécifiquement⁸⁹¹.

⁸⁹¹ Cf. 6.4.8. Utilisation des sources secondaires et du droit comparé, § 925 ss.

902. Finalement, derrière toute la problématique que nous avons exposée sous cette section, nous discernons une question fondamentale relative à l'attitude des juges et dont nous ne pouvons supputer la réponse qu'à travers différents indices. Cette question de base pourrait être formulée ainsi: si les juges interprètent les Pactes en relation avec d'autres droits, est-ce vraiment pour essayer d'élargir ceux-ci parce que les Pactes peuvent les enrichir ou est-ce simplement pour confirmer ce que le droit interne donne déjà (idée de <béquille pour l'interprétation>)? En Suisse, l'impression qui se dégage est que, même si les juges n'octroient matériellement pas plus, ils ne l'excluent pas d'emblée. En Allemagne et au Canada, cette impression est nettement moins positive puisque les textes internationaux semblent n'être appelés en renfort que pour donner l'illusion de lier directement l'individu à l'ordre international que ces Etats disent vouloir développer. En réalité, ces deux Etats, sans le prôner ouvertement, n'entendent pas attribuer une place plus importante aux Pactes, dans la mesure où ils rechignent à abandonner la maîtrise de leur système de protection des droits fondamentaux.

6.4.6a. Niveau hiérarchique des Pactes dans l'ordre interne: rappel

6.4.6a.1. En Suisse

903. * La place hiérarchique des Pactes en droit suisse n'a pas été explicitement définie, mais nous la trouvons en filigrane dans toute la jurisprudence. De l'examen parallèle des droits du Pacte II avec la Constitution fédérale et la CEDH, ainsi que de la nature procédurale de droits constitutionnels (art. 84 al. 1 lit. a OJ) qui leur est reconnue, nous déduisons que le Pacte II est de nature constitutionnelle. Tel n'est pas le cas pour le Pacte I.

* Les Pactes, par le contrôle de conventionnalité des lois fédérales qu'ils permettent là où le contrôle de constitutionnalité est exclu (art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd.), ont dans certains cas et conjointement avec la CEDH plus d'importance pratique que la

Constitution fédérale, sans toutefois lui être hiérarchiquement supérieurs.

6.4.6a.2. En Allemagne

904. * Le BVerfG, sans avoir abstraitement tranché la place hiérarchique des Pactes, donne plusieurs indications explicites concernant le Pacte I. Celui-ci se situe au niveau d'une loi ordinaire en raison de la Zustimmungsgesetz qui l'incorpore⁸⁹². Pour le Pacte II, les choses sont moins claires puisque, d'une part, il est souvent analysé en parallèle avec la GG et pourrait ainsi être du même niveau et, d'autre part, il en est un des instruments d'interprétation⁸⁹³ ce qui suggère une infériorité ou tout au plus une complémentarité par rapport à la GG.

6.4.6a.3. Au Canada

905. * La place hiérarchique n'est pas explicitement définie. Toutefois, de la façon dont les juges utilisent systématiquement les Pactes comme aide à l'interprétation de la Charte dont ils représentent le <contexte général>, nous en déduisons qu'ils sont en tout cas inférieurs à celle-ci. Le système canadien étant dualiste et exigeant l'incorporation législative des textes internationaux, le jour où cette incorporation aura été faite pour les Pactes, ceux-ci seront vraisemblablement de niveau légal, sauf si la Charte est reconnue comme étant l'instrument les incorporant globalement.

⁸⁹² Cf. § 398 (le BVerfG y rappelle que la Convention OIT est incorporée par une loi).

⁸⁹³ Cf. notamment l'arrêt § 402 sur le TIG.

*6.4.6b. Niveau hiérarchique des Pactes dans l'ordre interne:
comparaison*

906. Seule l'Allemagne donne une indication précise sur le niveau hiérarchique qu'elle entend octroyer aux Pactes, et encore seulement pour le Pacte I. Dans l'arrêt de la capacité à conclure des conventions collectives de travail⁸⁹⁴, le BVerfG lie en effet le Pacte I à la Charte sociale européenne et surtout à la Convention n° 87 de l'OIT à titre de loi interne simple (einfachen innerstaatlichen Recht). S'agissant du Pacte II dans cet Etat, son niveau n'est pas aussi clairement établi et semble osciller entre celui de la GG (interprétation simultanée) ou en-dessous (aide à l'interprétation⁸⁹⁵). Seules des indications ponctuelles variant d'un arrêt à l'autre viennent appuyer l'une et l'autre thèse, notamment l'importance donnée dans chaque arrêt aux droits du Pacte II. Le système reste néanmoins trop morcelé pour ériger une véritable règle.
907. Paradoxalement, ce sont les deux Etats où les juges n'ont pas expressément établi de hiérarchie qui sont les plus clairs ou du moins permettent de proposer une règle ne souffrant que d'éparses exceptions. En Suisse et au Canada, le résultat se laisse en effet déduire de ce que nous savons de leurs systèmes constitutionnels respectifs, spécialement leur option moniste ou dualiste vis-à-vis du droit international. Là Suisse intègre les Pactes soit au niveau de la Constitution (cela est confirmé par la nature procédurale de droit constitutionnel au sens de l'art. 84 al. 1 lit. a OJ et par la possibilité du contrôle de conventionnalité), soit au niveau d'un mandat constitutionnel (la loi qui en sera l'exécution sera bien sûr de niveau légal). Le lecteur aura compris que la première voie concerne le Pacte II et la seconde le Pacte I. Le Canada reconnaîtra au plus le niveau légal, à la condition que le Pacte ait été transposé par un acte législatif. L'Allemagne, malgré son dualisme et la nécessité d'une Zustimmungsgesetz, se montre moins stricte, puisque si le niveau légal semble en tout cas s'appliquer au Pacte I, le Pacte II peut prétendre à un traitement apparenté à la GG.

⁸⁹⁴ Cf. § 398.

⁸⁹⁵ Cf. § 405 où le Pacte II aide à l'interprétation des critères légaux du droit d'asile.

908. La détermination de la place hiérarchique dans chaque Etat est donc toujours le fait de la jurisprudence, laquelle remplit ce mandat avec une précision variable. Cependant, même si tout n'est de loin pas fixé expressément, les indices nous font bien sentir quelle est l'attitude des juges et dans quel sens ils ont l'intention de faire évoluer chaque système⁸⁹⁶, si le constituant ne les contraint pas à choisir une autre voie. Et c'est justement dans ce petit coup de pouce du constituant que nous voyons un des moyens les plus efficaces et immédiats pour imposer les Pactes à la place qui leur revient. Dans la perspective d'une norme constitutionnelle expresse classant les Pactes, une source d'inspiration pourrait être trouvée dans l'article 25 GG. Celui-ci impose la priorité des règles générales de DIPU sur les lois allemandes et assure que les citoyens en retirent de véritables droits et obligations.

909. Cet encouragement du constituant est indispensable. En effet, une fois l'inclination des juges fixée, on sent peu de possibilités de changement, et ce même si finalement la position des juges n'est pas issue d'une hiérarchie explicitement imposée par le droit constitutionnel national. Sans être fixée par le droit constitutionnel national, la position ne changera que par le droit constitutionnel national, ce qui est éminemment paradoxal. Il faudrait forcer l'évolution de la jurisprudence en contraignant « par le haut » - donc par la Constitution - les juges à attribuer telle ou telle position aux Pactes. En Suisse, la Constitution impose d'appliquer les traités internationaux (ceux qui sont directement applicables) au même titre que les lois fédérales et même plus selon l'interprétation donnée des art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd. C'est sans doute cette disposition constitutionnelle qui a le plus efficacement et le plus rapidement fait entrer les textes internationaux dans les moeurs judiciaires. Encourager les juges à adopter une nouvelle approche est certes souhaitable, y ajouter la contrainte constitutionnelle est mieux. La Constitution est finalement l'instrument qui doit assurer la protection des droits fondamentaux, alors que les juges veillent seulement à ce que ce qui est promis soit réellement octroyé.

⁸⁹⁶ Cf. 6.4.5. Examen autonome des Pactes ou en liaison avec d'autres droits, les Pactes comme aide à l'interprétation, et notamment § 888 ss.

6.4.7a. Quels sont les droits des Pactes concernés?: rappel

6.4.7a.1. En Suisse

910. * Nos arrêts analysés concernaient les droits suivants:

- *art. 7 Pacte II*: interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ;
- *art. 14 al. 7 Pacte II*: ne bis in idem ;
- *art. 13 al. 2 lit. c Pacte I*: enseignement supérieur rendu accessible à tous, notamment par l'instauration progressive de la gratuité ;
- *art. 13 Pacte I*: droit de toute personne à l'éducation ;
- *art. 14 al. 3 lit. d Pacte II*: droit à un défenseur de son choix ;
- *art. 25 Pacte II*: droit de prendre part aux affaires publiques et de voter, élire et se faire élire à intervalles périodiques ;
- *art. 25 lit. b Pacte II*: votations et élections au scrutin secret ;
- *art. 14 al. 1 et 14 al. 3 lit. a et f Pacte II*: droit d'être entendu équitablement et publiquement devant un tribunal indépendant et droit d'être informé dans une langue que l'on comprend, et liberté de la langue (sans Pacte II) ;
- *art. 9 et 2 al. 2 Pacte I*: droit à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales et non discrimination dans la garantie des droits du Pacte I ;
- *art. 7 et 10 al. 1 Pacte II*: interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et traitement avec humanité des personnes privées de liberté ;
- *art. 9 et 3 Pacte I et 26 Pacte II*: droit à la sécurité sociale, y compris les assurances sociales, égalité entre homme et femme dans la garantie des droits du Pacte I et droit sans discrimination à une protection égale de la loi ;
- *art. 14 al. 3 lit. b Pacte II*: droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ;
- *art. 11 al. 1 Pacte I*: droit à un niveau de vie suffisant ;
- *art. 10 al. 1 Pacte II*: traitement avec humanité des personnes privées de liberté ;
- *art. 14 al. 7 Pacte II*: ne bis in idem.

6.4.7a.2. En Allemagne

911. * Nos arrêts analysés concernaient les droits suivants:

- *art. 14 al. 3 lit. g Pacte II*: ne pas être forcé de témoigner contre soi-même ou de s'avouer coupable ;
- *art. 8 al. 1 lit. a Pacte I*: droit de former un syndicat et de s'y affilier ;
- *art. 14 al. 7 Pacte II*: ne bis in idem ;
- *art. 17 al. 1 et 23 al. 1 Pacte II et 2 al. 1 et 10 al. 1 Pacte I*: protection de la vie privée et familiale, protection de la famille et mise en oeuvre progressive des droits du Pacte I, protection et assistance à la famille ;
- *art. 1 al. 1 des Pactes I et II*: droit des peuples à disposer d'eux-mêmes ;
- *art. 8 al. 3 lit. c Pacte II*: ce qui n'est pas considéré comme « travail forcé » au sens du Pacte II ;
- *art. 3 et 7 Pacte I*: égalité entre homme et femme dans la garantie des droits du Pacte I, droit à des conditions de travail justes et favorables ;
- *art. 15 Pacte II*: non rétroactivité des lois pénales et *lex mitior* ;
- *art. 7 al. 1 Pacte II*: interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.

6.4.7a.3. Au Canada

912. * Nos arrêts analysés concernaient les droits suivants, issus des Pactes et éventuellement de la CEDH:

- *art. 18 Pacte II*: liberté de pensée, de conscience et de religion ;
- *art. 3 et 5 CEDH*: liberté personnelle et torture ;
- *art. 22 Pacte II*: liberté d'association ;
- *art. 15 Pacte II*: non rétroactivité des lois pénales et *lex mitior* ;
- *art. 17 et 18 et 19 al. 2 Pacte II*: protection de la vie privée, liberté de pensée, de conscience et de religion et liberté d'expression ;
- *art. 9 al. 3 Pacte II*: droit de la personne arrêtée ou prévenue à être traduite dans le plus court délai devant une autorité judiciaire ;
- *art. 12 Pacte II*: liberté de résidence et de circulation ;

- *art. 9 al. 3 Pacte II*: droit de la personne arrêtée ou prévenue à être traduite dans le plus court délai devant une autorité judiciaire ;
- *art. 19 Pacte II*: liberté d'opinion et d'expression ;
- *art. 27 Pacte II*: protection des minorités ;
- *art. 5 CEDH*: liberté personnelle ;
- *art. 14 al. 2 Pacte II*: présomption d'innocence ;
- *art. 19 al. 2 et 19 al. 3 Pacte II*: liberté d'expression ;
- *art. 12 Pacte II*: liberté de résidence et de circulation ;
- *art. 22 Pacte II*: liberté d'association.

6.4.7b. Quels sont les droits des Pactes concernés?: comparaison

913. Une mise en regard des droits de Pactes abordés dans chaque Etat est du plus grand intérêt dans la mesure où elle permet de cerner quels droits sont les plus souvent invoqués, et partant les plus sensibles, dans chaque Etat. Nous pouvons d'ores et déjà relever la parenté qui existe entre les préoccupations de nos deux Etats parties à la CEDH, préoccupations qui sont plus orientées sur des questions procédurales qu'au Canada. Dans ce dernier Etat, les attentes sont plus orientées vers les droits substantiels. Mais regardons cela de plus près, sans perdre de vue que ces tendances embryonnaires constatées sur les premiers arrêts pourront évoluer par la suite.
914. En Suisse, sur quinze arrêts, cinq touchent aux garanties de procédure, deux à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, deux aux conditions de détention (dont l'un en relation avec l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants), deux aux votations et élections, cinq aux droits sociaux (deux au droit à l'éducation, deux aux assurances sociales et un au droit à un niveau de vie suffisant) et finalement un aux droits des minorités (liberté de la langue en l'occurrence).
915. En Allemagne, sur neuf arrêts, trois touchent aux garanties de procédure, un à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, deux aux droits sociaux (un à la

protection de la famille et un au droit à des conditions de travail justes et favorables), deux à des droits substantiels (un à l'interdiction du travail forcé et un à la liberté de former des syndicats et de s'y affilier) et finalement un au droit - collectif - des peuples à disposer d'eux-mêmes.

916. Au Canada, sur quinze arrêts, quatre touchent aux garanties de procédure, douze à des droits substantiels (deux à la liberté de pensée, de conscience et de religion, trois à la liberté d'expression et d'opinion, deux à la liberté d'association, deux à la liberté de résidence et de circulation, deux à la liberté personnelle y compris l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants et un à la protection de la vie privée) et un aux droits des minorités (liberté de la langue en l'occurrence).
917. En Suisse et en Allemagne, ce sont ainsi en priorité des droits de nature procédurale dont la violation est dénoncée. En Suisse s'y ajoutent surtout les droits sociaux, alors qu'en Allemagne ce sont des droits substantiels et la détermination de l'existence de règles générales de droit international qui font la particularité du système. Ce système allemand se rapproche un peu plus du système canadien qui tranche en majorité des droits substantiels et aucun droit social. Malgré ce rapprochement, nous percevons clairement au travers de l'énumération des droits des Pactes concernés un courant européen, opposé au courant venu d'outre-Atlantique. Qu'ensuite au sein de ces courants, l'Allemagne ait plus de points communs avec le Canada que la Suisse est une question de nuances dans la différence.
918. L'attention soutenue que les recourants portent aux garanties de procédure en Suisse et en Allemagne s'explique de manière convaincante par leur appartenance au système de la CEDH, dans lequel ces mêmes garanties constituent un terrain de prédilection pour la jurisprudence. Les citoyens de ces deux Etats, obtenant souvent gain de cause sous cet angle, sont évidemment stimulés à revendiquer le même succès sur la base des Pactes. Et ce d'autant plus que la rédaction très similaire des deux textes a imposé leur examen parallèle⁸⁹⁷. L'examen

⁸⁹⁷ Cf. 6.4.5. Examen autonome des Pactes ou en liaison avec d'autres droits, les Pactes comme aide à l'interprétation, § 888 ss.

des Pactes se faisant au Canada de façon systématique en parallèle avec les droits de la Charte de 1982, il n'est pas étonnant de voir les affaires dans cet Etat être clairement orientées vers des droits liés au développement de la personnalité individuelle, donc vers des droits substantiels.

919. S'agissant du Pacte 1, il est à relever que le seul Etat où les individus semblent en espérer quelque chose est la Suisse. Les juges les renvoient certes avec des arguments relatifs à sa non applicabilité directe et à sa valeur de simple mandat donné au législateur, le texte n'en est pas moins analysé par les tribunaux. Un tel examen n'a lieu que de manière évasive en Allemagne et simplement pas du tout au Canada.
920. Pour modifier puis focaliser quelque peu notre éclairage, comparons successivement nos trois Etats sur la base de quatre rubriques dans lesquelles nous pouvons ranger les droits invoqués: les garanties de procédure, les droits substantiels, les droits sociaux et les droits spécifiques à chaque Etat.
921. Les garanties de procédure - cinq arrêts en Suisse, trois en Allemagne et quatre au Canada - se recoupent sensiblement entre la Suisse et l'Allemagne, par exemple pour le principe *Ne bis in idem*. Au Canada, ces garanties de procédure sont d'une part moins fréquemment en cause et d'autre part d'un autre contenu. En effet, sur quatre garanties de procédure invoquées, une seule est identique à ce qui a été soulevé en Europe (non-rétroactivité des lois pénales) alors que les autres sont différentes (présomption d'innocence et délai dans lequel il faut présenter le prévenu aux autorités judiciaires compétentes).
922. Les droits substantiels (y compris l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants) sont surtout examinés au Canada (douze fois contre quatre fois en Suisse si on y inclut les conditions de détention et trois fois en Allemagne). Non seulement sont-ils plus souvent examinés au Canada, mais la variété dans cet Etat contraste avec les cas suisses qui ne touchent qu'à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants ou aux conditions de détention. Le Canada se distingue ici

avec des affaires relatives à des droits ne protégeant plus seulement le noyau d'une certaine dignité humaine, mais aussi une partie de l'enveloppe essentielle qui entoure l'individu lorsqu'il n'est plus seulement question de le soustraire à la torture et à des conditions de détention indignes. Les juges canadiens analysent ainsi les Pactes dans la dimension supplémentaire qu'ils peuvent apporter, dans l'harmonie qu'ils tentent de garantir à la personnalité de chaque individu pour lui-même (liberté de pensée, de conscience et de religion, liberté personnelle, protection de la vie privée) ou dans son rapport avec la société (liberté d'expression et d'opinion, liberté de résidence et de circulation). En ce sens, même si elles n'octroient rien de plus sur la base des Pactes, les affaires canadiennes donnent quelques beaux exemples de protection des droits de l'homme. Il est regrettable que la Suisse et l'Allemagne n'intègrent pas les Pactes dans leur réflexion - pourtant très vaste et détaillée - sur des droits dont l'importance n'échappe à personne.

923. Ayant déjà relevé - en parlant globalement du Pacte I - que les droits sociaux sont essentiellement une préoccupation en Suisse⁸⁹⁸, nous ne nous répéterons pas.
924. S'agissant finalement des droits spécifiques à chaque Etat, si l'ensemble de cette section a permis de déceler les priorités protectrices de chacun d'eux, ces droits spécifiques vont donner, eux, l'image de leurs particularités intrinsèques ou organisationnelles. Ainsi n'est-il guère surprenant de trouver des problèmes de minorités et de droit de la langue en Suisse ou au Canada et pas en Allemagne. Ainsi est-il tout aussi peu étonnant de voir l'Allemagne - pas encore réunifiée - s'interroger sur le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes. Ainsi, les revendications suisses relatives aux votations et élections sont-elles finalement le reflet d'une certaine idée de la démocratie directe et semi-directe. C'est dans la perspective de mieux connaître chaque Etat et de voir se concrétiser l'idée que la juridiction constitutionnelle est profondément empreinte de la nature unique de chaque réalité et système nationaux que la lecture de ces arrêts fut extrêmement instructive.

⁸⁹⁸ Cf. § 919.

6.4.8a. Utilisation des sources secondaires et du droit comparé: rappel

6.4.8a.1. En Suisse

925. * La Suisse reprend et suit la jurisprudence de Strasbourg, même celle des affaires ne l'impliquant pas. Cela n'a rien de surprenant puisque la Suisse a accepté la juridiction obligatoire de la Cour européenne des droits de l'homme et doit dans ce sens s'adapter aux décisions que celle-ci rend. Le fait qu'elle tienne compte des textes onusiens est plus surprenant puisqu'elle n'est liée ni par les décisions du Comité de New York (elle n'a pas ratifié le premier Protocole, par contre ayant ratifié le Pacte elle doit en reprendre les General Comments), ni par les recommandations générales de l'ONU (elle n'est pas membre de l'ONU).

* La justification juridique de cet appel aux sources secondaires est fournie par le tribunal de district de Zurich⁸⁹⁹: la CEDH renvoie dans son préambule à la DUDH, donc la DUDH ainsi que des textes comme les Pactes et les recommandations qui l'exécutent font partie du droit national suisse. Cette attitude est à saluer dans la perspective d'une ratification future du premier protocole et pour la promotion du standard minimum international. Le TF avait du reste déjà fait appel par le passé (avant l'entrée en vigueur des Pactes) aux recommandations concernant le traitement des prisonniers (sources secondaires).

* Le recours au droit comparé est isolé en droit suisse. Notre seul exemple est celui de l'exonération du minimum vital⁹⁰⁰, où il est fait appel au droit allemand.

⁸⁹⁹ Cf. § 208 pour l'arrêt et § 257-258 pour son analyse.

⁹⁰⁰ Cf. § 211.

6.4.8a.2. En Allemagne

926. * Le renvoi à la jurisprudence de Strasbourg est fréquent. L'analyse des droits de la CEDH comprend la jurisprudence qui a été développée sur leur base. Le renvoi à la quasi-jurisprudence des Pactes devrait logiquement se faire dès aujourd'hui et avant que les premières plaintes allemandes aient été formulées et traitées. Le renvoi à des travaux préparatoires aux Pactes et à la CEDH est à saluer, mais il est regrettable que ce renvoi ne soit pas élargi au standard minimum, aux recommandations et aux lignes directrices élaborées postérieurement.

* Le renvoi à la jurisprudence de Strasbourg est porteur d'espoir car cette source évolue. Ces espoirs se transposent sur la quasi-jurisprudence relative aux Pactes. Ils sont absents des renvois aux travaux préparatoires, forcément statiques car achevés.

* Le recours au droit comparé est une méthode rare, qui s'impose néanmoins parfois aux juges de par le type de procédure ou de question qu'ils doivent trancher. Tel est notamment le cas lorsqu'ils doivent décider de l'existence d'une règle générale de DIPU au sens de l'art. 25 GG (par ex. : pour savoir si le principe *ne bis in idem* a une portée internationale, les juges regardent quelle en est l'approche dans les différents systèmes juridiques⁹⁰¹, notamment en Suisse).

6.4.8a.3. Au Canada

927. * Le Canada est très réceptif aux sources extérieures pour interpréter la Charte. Les sources en question sont principalement le droit d'autres Etats (droit comparé), le droit de la CEDH et bien plus rarement le droit international liant le Canada (notamment les Pactes). Le recours à des sources secondaires au sens étroit (recommandations de l'ONU, travaux préparatoires) est moins fréquent que le recours au droit comparé proprement dit. Une partie de la doctrine estime qu'il ne faudrait pas aborder les sources internationales liant le Canada et les sources de

⁹⁰¹ Cf. § 399.

droit comparé sur le même plan: le droit international devrait être privilégié car il ne s'agit pas du même type de rapport (l'un est de pur conseil, l'autre est obligatoire).

* Pour ce qui est du droit comparé la justification principale réside dans le lien historico-géographique avec les Etats-Unis (dont l'expérience bicentenaire ne saurait être négligée) et dans le lien historique avec la Grande-Bretagne. C'est ce dernier lien qui intègre la CEDH au système canadien. On y tient d'ailleurs plus compte de la CEDH que des Pactes, sans doute à cause de son système jurisprudentiel développé. La doctrine encourage le recours à la CEDH mais dénonce la trop grande fréquence avec laquelle les textes américains sont inclus (« tyrannie de la majorité »). Une autre justification est trouvée au Canada dans la notion de <contexte international>, qui peut être immédiat (les Pactes et le Bill of Rights américain) ou élargi (la DUDH et la CEDH).

* Le recours au droit comparé est certes très fréquent, mais le nombre de sources est limité essentiellement au droit américain et à la CEDH. De manière isolée, d'autres droits sont appréhendés, comme le droit suisse dans une affaire concernant le droit des langues⁹⁰².

6.4.8b. Utilisation des sources secondaires et du droit comparé: comparaison

928. Le propos de la présente section est à mettre en regard avec le point 6.4.5. sur l'examen autonome des Pactes ou en liaison avec d'autres droits et les Pactes comme aide à l'interprétation⁹⁰³. Nous y avons notamment effleuré des aspects liés à l'appel au droit comparé et au caractère évolutif de certaines sources. Ici, nous allons dans un premier temps comparer l'origine des sources - le droit comparé et les sources secondaires. Puis, nous nous pencherons sur les justifications qui sont données à l'emploi de ces dernières. Avant de finalement classer nos Etats selon la fréquence à laquelle ils font appel à chaque source.

⁹⁰² Cf. n. 704, Québec Association of Protestant School Boards.

⁹⁰³ Cf. § 888 ss.

929. S'agissant du droit comparé, la Suisse et l'Allemagne utilisant si rarement cette méthode, il n'est guère aisé de voir une systématique dans les références qui seront choisies. Elles varieront en effet selon le problème en cause. Tout au plus pouvons-nous pronostiquer que les juges suisses se laisseront volontiers inspirer par l'exemple du voisin allemand⁹⁰⁴. Au Canada, c'est surtout le droit américain et celui de la CEDH qui est employé. Dans ce dernier cas de la CEDH, nous pouvons le considérer comme un recours au droit comparé si nous partons du postulat que les juges canadiens perçoivent ce système comme complet et analogue à un système étatique. L'espace CEDH serait dans cette perspective une sorte de super-Etat. Accessoirement et selon la nature de l'affaire à trancher, les juges canadiens puiseront également à des sources ponctuellement appropriées. Tel est notamment le cas dans l'affaire des langues au Québec où la solution pouvait s'inspirer de l'expérience d'un autre Etat plurilinguistique, en l'occurrence la Suisse⁹⁰⁵.
930. Le sens dans lequel nous entendons les <sources secondaires> dans la comparaison suivante doit être défini, dans la mesure où il peut diverger quelque peu de celui communément entendu ou de celui utilisé dans les parties nationales les abordant. Les textes dont nous parlerons sont ainsi soit ceux qui ne lient pas l'Etat parce que celui-ci ne fait pas partie de l'ordre dont ils sont issus, soit ceux qui sont dérivés d'autres textes qui les lient (jurisprudence, recommandations).
931. En Suisse, nous trouvons la plus grande variété puisque sont prises en compte tant la jurisprudence CEDH que la quasi-jurisprudence DNU et les recommandations ONU. En Allemagne, tout se focalise sur la jurisprudence CEDH, la quasi-jurisprudence et les recommandations ONU étant négligées de manière surprenante puisque l'Allemagne est membre de cette organisation tout en ayant ratifié les Pactes. Au Canada, si l'on considère que l'appel à la CEDH et à sa jurisprudence est assimilable à du droit comparé tant les Canadiens paraissent considérer l'espace CEDH comme un super-Etat, les sources secondaires sont peu

⁹⁰⁴ Tel fut en particulier le cas pour trancher l'exonération fiscale du minimum vital. Cf. § 211.

⁹⁰⁵ Cf. n. 704.

sollicitées. La doctrine dénonce d'ailleurs cette négligence et appelle à davantage d'attention sur le droit international liant le Canada par une adhésion spécifique (les Pactes) ou globale (le système onusien)⁹⁰⁶.

932. La justification de l'appel aux sources secondaires est particulièrement intéressante pour celles des sources provenant de systèmes ou d'ordres auxquels l'Etat n'est pas soumis. En effet, lorsqu'il reprend des textes issus d'un système dont il est membre, il ne fait rien d'autre que de remplir une obligation générale découlant de cette qualité de membre. En d'autres termes et par exemple, l'Allemagne doit tout naturellement reprendre tous les textes de l'ONU alors que pour la Suisse cela ne va pas de soi.
933. En Suisse, c'est le préambule à la CEDH qui fournit la justification de l'appel aux recommandations ONU pour le traitement des prisonniers. Les juges zurichois ont très clairement décrit la filiation entre ces textes⁹⁰⁷, et plus largement le lien entre les systèmes ONU et CEDH. En Allemagne, le besoin de justification est bien moins impérieux puisque cet Etat fait partie de la CEDH et de l'ONU, et est partant lié par les textes de ces deux organisations. Au Canada, une justification globale a été avancée pour l'emploi de la CEDH et du droit comparé et nous semble valoir très largement: la notion de <contexte international>. Entre les justifications suisse et canadienne, il y a ainsi une grande différence de qualité juridique, la première étant rattachée à un texte clair et la seconde relevant plus de la politique juridique.
934. Le fait que la Suisse et le Canada reprennent tous deux des textes ne les liant pas directement (essentiellement les recommandations ONU pour la Suisse et la CEDH pour le Canada) est à souligner. Tout comme l'est leur attitude divergente quant à la fréquence de ce phénomène. Marginal en Suisse, cet appel est systématique au Canada au point que nous avons pris le parti de considérer le recours à la CEDH comme étant du droit comparé dans cet Etat. Notre position face à cet état de fait rejoint une partie de la doctrine canadienne: il est certes souhaitable de s'inspirer de

⁹⁰⁶ Cf. Le Bel, § 575.

⁹⁰⁷ Cf. § 208 et n. 338.

la longue expérience des autres⁹⁰⁸, une telle démarche devient critiquable lorsqu'elle est poussée à son extrême. En particulier il n'est plus défendable de privilégier des sources qui ne lient pas l'Etat, au détriment de celles qui le lient. Tel est en l'occurrence souvent le cas au Canada où les Pactes sont bien moins sollicités que diverses autres sources de droit comparé ou de la CEDH.

935. Au vu de ce qui précède, le double classement selon la fréquence de l'appel au droit comparé d'une part et aux sources secondaires d'autre part s'articule ainsi. Pour le droit comparé, le Canada se distingue clairement devant les deux autres Etats, également dilettantes. Pour les sources secondaires, la Suisse semble la plus réceptive. Celle-ci peut par ce biais atténuer son exclusion du système onusien. Le Canada, s'il fait peu appel aux sources secondaires (la CEDH étant donc ici exclue de cette catégorie) pourrait très bien évoluer dans l'autre sens puisque cet Etat se montre généralement très ouvert et puise très largement dans d'autres ordres. L'Allemagne déçoit en ce sens le plus - est-ce un nouveau symptôme de son germano-centrisme ? - : elle prend bien en compte tout ce qui la lie déjà du fait de son acceptation de la juridiction obligatoire de la CEDH et de la quasi-jurisprudence onusienne, nettement moins par contre les recommandations annexes et ciblées de ces deux ordres dont elle devrait pourtant tenir compte dans toute leur globalité.

6.4.9a. Extension du droit national grâce aux Pactes et place réelle des Pactes dans chaque système national: rappel

6.4.9a.1. En Suisse

936. * De façon générale, il y a peu d'extensions qui soient apportées par les Pactes. L'accueil qui leur est réservé reste ainsi bien en deçà de celui de la CEDH. Le plus facile pour éviter l'extension est de nier

⁹⁰⁸ Cf. § 575.

l'applicabilité directe ou la portée autonome du droit. Tel est surtout le cas pour le Pacte 1. Pour le Pacte II, les juges limitent l'extension en cantonnant son interprétation à celle de textes de contenu et de rédaction similaires (CEDH et Constitution fédérale). Dans ce cas, l'appel aux sources secondaires permet d'espérer quelques élargissements ou au moins précisions. Il y a néanmoins trois extensions: les expérimentations sur les humains, le secret du vote et les conditions de détention.

* Extension potentielle limitée par une réserve à l'art. 26 Pacte II, dont la portée autonome est rejetée. Sans cette réserve, toutes les lois - notamment en matière d'assurances sociales⁹⁰⁹ - auraient dû être immédiatement exemptes de discriminations, sans le délai de mise en oeuvre actuellement accordé. La réserve à l'art. 25 Pacte II ne vise, elle, pas à limiter une extension, mais plutôt à préserver la particularité suisse qu'est la Landsgemeinde, laquelle dispense du secret des urnes.

* Le bilan: sur 15 recours, 11 sont rejetés et 4 sont admis⁹¹⁰. Cela représente un bon taux par rapport à la réussite habituelle des RDP et RDA.

* Ces arrêts introduisent des extensions sur les trois plans: matériel, formel et procédural.

* Par trois fois, il y a une réelle extension du droit matériel: la médication forcée⁹¹¹ (malgré cela: échec du RDP) et les conditions de détention deux fois⁹¹² (dans ces deux derniers cas, c'est le recours aux sources internationales qui fait aboutir le RDP).

* Il y a spécialement une extension apportée par les recommandations pour le traitement des prisonniers émises par l'ONU et reprises par la CEDH (indépendamment des Pactes): la promenade doit être d'une heure et pas de 30 minutes par jour⁹¹³. La justification de l'appel à ces recommandations se trouve dans un autre arrêt où le RDP aboutit aussi⁹¹⁴.

⁹⁰⁹ Cf. § 209.

⁹¹⁰ Cf. § 200, 208, 210 et 212.

⁹¹¹ Cf. § 199.

⁹¹² Cf. § 208 et 212.

⁹¹³ Cf. § 212.

⁹¹⁴ Cf. § 208.

* D'une façon générale, le recours n'est jamais favorablement tranché en se basant de manière déterminante sur les Pactes seuls, même s'ils comptent dans la balance⁹¹⁵. Par contre, le rejet est immédiat quand on ne se base que sur les Pactes, surtout le Pacte I, en raison de la non applicabilité directe ou de l'absence de portée autonome⁹¹⁶.

* A côté des rares extensions matérielles, les extensions procédurales (contrôle de conventionnalité) et formelles (explicitier certains droits) ne sont pas à négliger. Cette extension formelle concerne surtout le principe ne bis in idem⁹¹⁷ et dans une moindre mesure le droit de vote⁹¹⁸. Dans le premier cas, le principe est implicite à la Constitution fédérale et la CEDH (explicité dans un Protocole additionnel n° 7) et explicite dans le Pacte II, donc plus clair. Sinon, ce qui est implicite à la Constitution fédérale est souvent déjà explicite dans la CEDH (notamment toutes les garanties de procédure et l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants⁹¹⁹) et donc les Pactes ne font que la répéter.

* Extension procédurale⁹²⁰: elle laisse espérer un appel plus fréquent aux Pactes (et à la CEDH) tant que le contrôle de constitutionnalité des lois fédérales sera fermé, puisque le contrôle de conventionnalité, lui, sera possible⁹²¹.

* Résumé⁹²²:

Extension matérielle ? Oui.

Extension formelle ? Oui.

Extension procédurale ? Oui.

⁹¹⁵ Cf. § 200 et 210, où les Pactes sont un complément à la CEDH.

⁹¹⁶ Cf. par exemple les § 201, 202, 207, 209 et 211.

⁹¹⁷ Cf. § 200 et 213.

⁹¹⁸ Cf. § 204 et 205.

⁹¹⁹ Cf. § 199, 203, 206, 208 et 210.

⁹²⁰ Cf. § 260 à 264 et § 864.

⁹²¹ Cf. § 200 (lois fiscales), 207 (LAI) et 209 (LAVS). Aussi § 260 à 264, 265 à 267.

⁹²² Voir aussi le tableau synoptique des droits garantis, 2.3.5., § 63 et 64.

6.4.9a.2. En Allemagne

937. * La tendance générale est très claire: les Pactes restent en deçà de la GG, tout au plus peuvent-ils parfois préciser ou recouper cette GG. L'attention des juges est focalisée sur la GG en priorité, laquelle est perçue comme le centre d'un système que les sources internationales servent à confirmer⁹²³. Cela explique aussi pourquoi il y a si peu d'arrêts impliquant les Pactes: la GG suffit presque toujours à résoudre le problème.

* Sans forcément étendre le droit matériel de la GG, les Pactes peuvent clarifier cette dernière. Tel est notamment le cas en précisant les critères d'un Etat sûr du point de vue du droit d'asile et en codifiant certaines garanties de procédure (*nemo tenetur se ipsum accusare*).

* Le bilan sur 9 arrêts: 3 admis et 6 rejets (ce taux de réussite élevé - nettement au-dessus de la moyenne - ne doit pas cacher que ce n'est pas dû aux Pactes).

* Extension matérielle? Souvent l'analyse est centrée sur la GG et les Pactes ne font que confirmer l'analyse sur la GG. Le contenu des Pactes est aussi parfois nettement en deçà de la GG⁹²⁴.

* L'art. 9 al. 3 GG recoupe toutes les sources internationales de la liberté syndicale, mais couvre plus largement cette liberté syndicale que les sources internationales. Un syndicat étendait les garanties internationales pour couvrir exactement l'art. 9 al. 3 GG, mais il n'a pas été suivi⁹²⁵.

* Un délai de 3 ans pour le regroupement familial est une restriction excessive à l'art. 6 GG, alors que les sources internationales admettent un délai aussi long comme restriction admissible au droit à une vie de famille⁹²⁶.

* Le TIG n'est pas du travail forcé au regard, ni de la GG, ni des sources internationales. On aurait cependant pu douter de la

⁹²³ Cf. § 450-451, énumérant les cas où les Pactes sont cloisonnés dans la GG (arrêts des § 399, 403 et 404). Le passage de la simple confirmation de la GG au statut d'instrument d'interprétation de la GG est néanmoins encourageant (§ 452-453).

⁹²⁴ Cf. § 398, 400 et 402.

⁹²⁵ Cf. § 398.

⁹²⁶ Cf. § 400.

proportionnalité des 300 heures comme restriction à la liberté personnelle, et ce notamment parce que certains Etats de la CEDH limitent la durée à 240 heures. Ce serait donc l'exemple de la CEDH et non pas des Pactes qui aurait étendu le droit allemand et la GG⁹²⁷.

* Extension formelle? Oui, parfois les Pactes disent expressément ce que la CEDH, la GG et le droit allemand ne connaissent qu'implicitement.

* Nemo tenetur se ipsum accusare, où l'art. 14 al. 3 Pacte II exprime ce que les art. 2 al. 1 et 1 al. 1 GG et le droit pénal allemand contiennent déjà⁹²⁸.

* On pourrait voir dans les textes internationaux contre la torture l'expression de critères que l'art. 16a GG contient déjà⁹²⁹.

* Pas d'extension formelle pour ne bis in idem de l'art. 14 al. 7 ONU II car l'art. 103 al. 3 GG le dit déjà⁹³⁰.

* Pas d'extension formelle pour l'interdiction de la rétroactivité des lois pénales car l'art. 15 Pacte II est déjà couvert par l'art. 103 al. 2 GG⁹³¹.

* Pas d'extension procédurale due aux Pactes (le système est d'ailleurs déjà très complet).

* Ne bis in idem n'est peut-être pas explicite en droit suisse alors qu'il l'est en Allemagne, il y est cependant plus étendu et ses sources n'y sont pas aussi systématiquement énumérées. Le juge suisse lui reconnaît une portée internationale: il évite l'extradition de celui qui a déjà purgé sa peine ou été acquitté dans un Etat tiers.

* Résumé⁹³².

Extension matérielle ? Non.

Extension formelle ? Oui.

Extension procédurale ? Non.

⁹²⁷ Cf. § 402.

⁹²⁸ Cf. § 397.

⁹²⁹ Cf. § 405.

⁹³⁰ Cf. § 399.

⁹³¹ Cf. § 404.

⁹³² Voir aussi le tableau synoptique des droits garantis, 2.3.5., § 63 et 64.

6.4.9a.3. Au Canada

938. * Les simples lois et la Charte ne sont pas interprétées de la même manière au Canada. Une partie de la doctrine soutient que les Pactes incorporés seraient formellement des lois mais matériellement au niveau de la Charte en raison de leur nature spéciale et des droits réellement fondamentaux qu'ils contiennent. Le concept jurisprudentiel de l'interprétation « large et libérale » de la Charte va donc s'étendre aux Pactes. Cela ne signifie pas forcément une extension du droit national. Les sources comparatives peuvent élargir la Charte mais ne le font pas forcément (par ex. : Morgenthau où le droit à la vie dans la perspective de l'avortement de l'art. 5 CEDH est plus restreint que celui de la Charte⁹³³).

* La grande majorité des arrêts utilisent les Pactes pour interpréter les restrictions admissibles aux droits de la Charte en cause et non pour définir les droits eux-mêmes. La doctrine critique cet emploi des Pactes limité à la deuxième étape (d'abord définir le droit puis à quelles conditions il peut être restreint), l'impact du droit international s'en trouvant réduit (définir une position de la cour n'est pas aussi fort que de définir abstraitement un concept). La jurisprudence a entendu ces critiques et définit de plus en plus de contenus de droits avec l'aide du droit international.

* Certaines notions servant à apprécier la restriction aux droits fondamentaux ont ainsi été précisées grâce au droit international, sans extension matérielle néanmoins: la société libre et démocratique, les limites raisonnables aux droits, la nécessité et la justification des restrictions, l'obligation de les prévoir dans une loi, mais la marge d'appréciation des juges pas encore. Nous espérons que le droit international ne servira pas seulement dans le cadre des restrictions de l'art. 1^{er} de la Charte mais aussi dans celui des dérogations nettement plus inquiétantes de l'art. 33 de la Charte.

* La jurisprudence s'aventure donc rarement à définir un droit du point de vue de son contenu matériel général et abstrait. Elle n'a encore jamais élargi le contenu d'un droit de la Charte par le biais des Pactes. Devant cet état de fait, la doctrine demande aux juges de les considérer

⁹³³ Cf. § 583-584 et n. 707.

comme un « standard minimum », défini en liaison avec la CEDH. La jurisprudence n'a pas encore admis ni défini cette notion de « standard minimum international en droit canadien ». Les solutions de la doctrine sont pauvres: elles se limitent à un certain ordre dans lequel il faudrait analyser les différentes sources. Ces solutions sont méthodologiques et procédurales, mais pas du tout matérielles. En comparant cette solution avec ce qui se passe en Suisse (qui suit un ordre fixe où le droit international vient en dernier sans que cela dévalorise aucune source), on voit que ce n'est pas l'ordre qui fait le texte ou la décision. Seul Le Bel stimule la réflexion en exigeant le respect de la présomption que les droits de la Charte assurent au moins une protection aussi grande que les dispositions similaires des instruments internationaux.

* Résumé⁹³⁴:

Extension matérielle ? Non.

Extension formelle ? Non.

Extension procédurale ? Non.

6.4.9b. Extension du droit national grâce aux Pactes et place réelle des Pactes dans chaque système national: comparaison

939. Sous cette dernière section de comparaison, nous allons mettre en évidence la place réelle des Pactes dans chaque ordre, dans la jurisprudence de chaque Etat et plus largement dans la réalité de leurs citoyens. Cette place réelle, nous allons la définir par ricochet en quelque sorte puisqu'elle découlera des éventuelles extensions que les Pactes ont apportées à chaque Etat. Si ces extensions sont importantes, la place sera privilégiée et l'intérêt des individus aux Pactes très grand. Si elles sont insignifiantes ou inexistantes, la place sera en retrait par rapport au droit national et l'intérêt des individus ne sera que d'ordre cosmétique.

940. Les extensions que les Pactes sont susceptibles d'apporter à chaque système national peuvent se classer selon trois axes: les extensions

⁹³⁴ Voir aussi tableau synoptique des droits garantis, 2.3.5., § 63 et 64.

matérielles, formelles et procédurales. C'est d'ailleurs en tenant compte de ces trois catégories que nous allons structurer notre comparaison.

941. S'agissant tout d'abord des extensions matérielles, le panorama d'ensemble est plutôt décevant. Seule la Suisse en a réellement admis, et ce en nombre et dans une mesure très limités. L'Allemagne et le Canada n'en accordent pas. Dans ces deux derniers Etats, les Pactes ne font que confirmer ou préciser les textes et la jurisprudence internes. Le système allemand se montre au moins plus précis dans sa délimitation entre l'ordre GG et l'ordre international. Les juges y décrivent en effet les Pactes comme restant en deça des garanties allemandes⁹³⁵. Au Canada, les juges ne se prononcent pas clairement sur les zones de recoupement, de chevauchement et de dépassement entre l'ordre interne et l'ordre international. Tout au plus pouvons-nous en déduire que l'ordre canadien est plus grand (ou parfois égal) à l'ordre international. Les juges canadiens n'ayant pas admis et encore moins défini leur conception du « standard minimum » international, il semble bien difficile de décrire les zones frontières.

942. Ainsi seule la Suisse a admis des extensions matérielles - limitées - à partir des Pactes, spécialement à partir du Pacte II. Deux de ces réelles extensions matérielles aboutissent néanmoins au succès du RDP (dans le cadre des conditions de détention, le passage de 30 minutes à une heure de promenade quotidienne est une extension particulièrement claire⁹³⁶). Pour le cas de la médication forcée, le recours n'aboutit pas car s'il y a bien une extension du droit national (interdiction des expérimentations scientifiques et médicales sans le consentement éclairé de la personne concernée), la limitation du droit nouveau reconnu est admissible (droit à ne pas subir d'expériences scientifiques ou médicales, mais en l'espèce il n'y a pas une telle expérimentation)⁹³⁷. Dans les deux autres cas où le recours aboutit, les Pactes ne sont qu'un complément par rapport à la CEDH et n'apportent donc pas à

⁹³⁵ En particulier, l'art. 9 al. 3 GG dépasse les textes internationaux protégeant la liberté syndicale (§ 398) et le délai de trois ans imposé au regroupement familial est une restriction inadmissible à l'art. 6 GG alors que les standards internationaux l'admettent (§ 400).

⁹³⁶ Cf. § 212.

⁹³⁷ Cf. § 199.

proprement parler une extension telle que le recours n'aurait pas abouti sur la base de la seule CEDH⁹³⁸.

943. Du point de vue de l'extension formelle, la Suisse n'est pour une fois - la seule fois - pas seul bon élève, puisque l'Allemagne enrichit également son système sous cet angle. Très net en Suisse, l'apport des Pactes en clarté est toutefois plus ponctuel et moins flagrant en Allemagne, alors qu'au Canada il est absent. Avant de donner quelques exemples illustrant ceci, nous pouvons lier ce phénomène avec les dates auxquelles les systèmes nationaux de protection des droits fondamentaux remontent. En Suisse, le souci de protection est nettement postérieur à la Constitution fédérale (1874), si bien que ce système s'est surtout développé par le biais des droits jurisprudentiels non écrits. Les grands mouvements européen et international de codification de ces droits ont depuis lors avantageusement exprimé beaucoup de notions déjà connues. En Allemagne (1949) et surtout au Canada (1982), les systèmes sont plus récents, simultanés (et même catalyseurs du mouvement européen) ou postérieurs aux mouvements internationaux, si bien que les formulations internationales ont alors soit largement été élaborées à partir des expériences nationales (la GG vers la CEDH), soit largement été reprises du niveau international (la Charte canadienne à partir de la CEDH et des Pactes). Dans la rédaction de tous ces textes, nous distinguons du reste clairement des apparentements⁹³⁹.

944. A la lecture du paragraphe précédent, il apparaît comme une évidence que les systèmes suisse et allemand - dans une moindre mesure pour ce dernier - étaient tout destinés à bénéficier des extensions - ou clarifications - formelles que les Pactes sont en mesure d'apporter du fait de leur développement postérieur. Extensions formelles apportées d'une part à ces systèmes nationaux et d'autre part au système de la CEDH qui a exprimé et systématisé tant de droits implicitement contenus dans différents textes nationaux. Plus concrètement, l'art. 14 al. 3 Pacte II exprime le principe *nemo tenetur se ipsum accusare*, reconnu par ailleurs dans le code de procédure pénale allemand et implicitement au niveau constitutionnel. L'art. 16a GG reçoit aussi un contenu plus palpable par

⁹³⁸ Cf. § 200 et 210.

⁹³⁹ Cf. Tableau synoptique des § 63 et 64, point 2.3.5.

référence aux textes internationaux relatifs à l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. S'agissant des principes de la non-rétroactivité des lois pénales (art. 103 al. 2 GG) et ne bis in idem (art. 103 al. 3 GG), dans la mesure où ils sont déjà exprimés dans la GG, leur formulation dans le Pacte II ne constitue pas une extension formelle du système allemand.

945. Il en va tout autrement du système suisse où le principe ne bis in idem est certes reconnu en droit pénal et droit constitutionnel non écrit à l'art. 4 Cst. féd., mais où il a dû être explicité par le niveau international. C'est ce que fait le Pacte II à son art. 14 al. 7 et additionnellement le Protocole n° 7 à la CEDH. Ce principe ne bis in idem est d'ailleurs très intéressant à comparer entre la Suisse et l'Allemagne: il n'est peut-être pas explicite en droit suisse alors qu'il l'est en Allemagne, mais il y est plus étendu et ses sources y sont plus systématiquement énumérées, ce qui sert également la clarté. Au surplus, le juge suisse lui reconnaît - matériellement donc - une portée internationale et évite l'extradition de celui qui a déjà purgé sa peine ou été acquitté dans un Etat tiers.
946. L'amélioration en clarté de l'ordre constitutionnel suisse par le biais des sources internationales, et spécialement des Pactes, n'est pas limitée à l'énoncé du principe ne bis in idem, même s'il est sans doute le plus marquant de nos exemples en tant qu'il distingue la Suisse de l'Allemagne. S'ajoutent en effet à ce principe les normes sur le droit de vote et - en relation avec la CEDH, il est vrai - les garanties de procédures ainsi que l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants.
947. C'est finalement les caractéristiques et les nécessités propres à chaque système national de juridiction constitutionnelle - plus que les juges eux-mêmes - qui vont influencer sur le potentiel d'extension procédurale par l'intermédiaire des Pactes. En effet, si le seul Etat qui en bénéficie est la Suisse, la raison en est évidemment le besoin éminent de contourner l'immunité des lois fédérales⁹⁴⁰ qu'elle est seule à connaître. Critiquée de longue date en tant qu'elle soustrayait tout un pan de la législation au contrôle de constitutionnalité, cette immunité est relativisée par la

⁹⁴⁰ Art. 113 al. 3 et 114bis al. 3 Cst. féd. Cf. § 260-264, 265-267.

possibilité d'un contrôle de conventionnalité⁹⁴¹ qui tombait donc à point nommé. Dans la mesure où, tant en Allemagne qu'au Canada, la juridiction constitutionnelle connaissait déjà ce type de litiges, une extension procédurale sur la base des Pactes n'y entraînait pas en ligne de compte. La doctrine canadienne en appelle certes à un examen des diverses sources selon un ordre différent - modification méthodologique -, cela ne constitue pas une extension procédurale au sens où nous l'entendons ici, de même que nous doutons des extensions matérielles qui pourraient en découler⁹⁴².

948. Un rapide bilan à la lumière de ce que nous venons de développer - s'agissant des extensions matérielles, formelles et procédurales que les Pactes étaient susceptibles d'apporter à chacun des ordres nationaux étudiés - met en évidence que les extensions réelles sont faibles. Il n'est en tous les cas pas possible de parler de révolution - comme cela avait notamment pu être le cas en Suisse suite à l'entrée en vigueur de la CEDH⁹⁴³. Seule la Suisse semble leur attribuer une importance non négligeable. Les Pactes y renforcent en effet les droits de manière générale, en mettent certains en lumière en les explicitant et y soulignent des attentes sociales (spécialement les assurances sociales dans la jurisprudence et le droit de grève dans la doctrine⁹⁴⁴). C'est en Suisse que les Pactes sont le mieux intégrés à la réalité juridique des particuliers, contrairement à l'Allemagne et au Canada où ils sont remarquablement relégués, voire ignorés.

949. Plus précisément, la jurisprudence suisse admet que les Pactes puissent apporter des extensions tant matérielles que formelles et procédurales. Les juges allemands voient au plus dans les Pactes l'énoncé explicite de droits déjà garantis sous une forme ou une autre dans l'ordre allemand (extension formelle seule). Les juges canadiens ne semblent, eux, considérer les Pactes que comme instruments d'interprétation, confirmant le droit canadien sans jamais l'étendre. Revenant à la

⁹⁴¹ Cf. § 200, 207 et 209.

⁹⁴² Cf. § 596-598.

⁹⁴³ C'est notamment la position de Malinverni et Rouiller.

⁹⁴⁴ Cf. Kuenzli, *SOZIALE MENSCHENRECHTE*, § 188-189 S.

situation en Suisse, il en ressort que, du point de vue du particulier, l'extension matérielle est très limitée, mais que les extensions formelles et procédurales sont une avancée certaine et concrète. D'une part, un système plus clair est un système plus abordable pour l'individu qui profitera du potentiel réel de chaque droit. D'autre part, un système qui autorise plus largement les recours permet d'attaquer un nombre accru d'actes différents, dans des circonstances plus variées, avec des moyens plus divers et ne laisse plus en friche tout un pan de la juridiction constitutionnelle - conventionnelle - qui existe dans d'autres Etats ne connaissant pas l'immunité des lois fédérales. Techniquement en Suisse, la clarté accrue (extension formelle) donnera plus de moyens de recours ou du moins les précisera, alors que l'extension procédurale ouvrira le contrôle contre un plus grand nombre d'actes attaquables.

6.5. Conclusion

950. Notre étude aura pu convaincre le lecteur que la protection des droits fondamentaux, quelle que soit la source dont ils proviennent, reste avant tout une affaire nationale. Il pourrait certes exister un standard minimum international, la concrétisation de celui-ci n'en resterait pas moins une tâche dévolue en premier ressort aux cours constitutionnelles de chaque Etat. Nowak partait d'ailleurs aussi de cette prémisse : « International control is limited to a supervisory function. Primary responsibility for implementation is incumbent upon the States Parties within the scope of their national legal systems. As regards the concrete manner of domestic implementation, the States Parties have broad autonomy. In particular, they have the discretion to incorporate the Covenant rights into their legal or constitutional systems or otherwise to implement them by law »⁹⁴⁵.

951. Nowak a de la même façon souligné un autre aspect de notre problématique, celui que le texte en lui-même perd de son importance s'il n'occupe pas une place influente dans la réalité quotidienne des

⁹⁴⁵ Nowak, CCPR, n° 15 Introduction.

individus : « These developments (i.e. la croissance du nombre d'Etats parties au Pacte II qui acceptent la communication individuelle du Protocole facultatif) are encouraging. More important is, however, that the Covenant's provisions truly <come to life> in the daily practice of States Parties, both in the actions and behaviour of States authorities and law enforcement officials, as well as in the day-to-day relations between private individuals. This presupposes, first of all, a general human rights awareness based on a precise knowledge of the contents of all the rights protected by the Covenant »⁹⁴⁶. Et pour devenir une telle réalité, ce sont en priorité - et avant même le système de contrôle international spécialement prévu - les moyens de mise en œuvre nationale qui doivent seconder le texte international.

952. C'est à partir de cette dimension nationale de la mise en œuvre des droits que nous nous sommes convaincue d'adopter le point de vue comparatiste. En effet, le fait que la concrétisation des Pactes dépend de chaque système national ne devrait pas réduire ces textes à vocation universelle à un tel cloisonnement. Le droit comparé offre la possibilité d'apprendre et de s'enrichir de l'expérience des autres⁹⁴⁷, et cet apport devrait être d'autant plus intéressant qu'il s'agit finalement de l'application concrète dans différents Etats du même texte de base. Plus que notre seule opinion personnelle face à un tel échange, le Pacte I à son art. 2 al. 1 préconise <l'assistance et la coopération internationales> en plus du seul <effort propre> de chacun des Etats parties. Nous comprenons cet article comme une incitation non seulement à plus d'entraide des Etats riches vers les Etats plus pauvres, mais plus généralement à ce que tous les Etats bénéficient des expériences respectives des autres Etats.

953. Ainsi donc, la première hypothèse de l'efficacité nationale pour mettre en œuvre les Pactes justifie que nous nous soyons attachée à l'étude de

⁹⁴⁶ Nowak, CCPR, n° 27 Introduction.

⁹⁴⁷ Rappelons-nous la jurisprudence canadienne : « Les tribunaux américains ont presque deux cents ans d'expérience dans l'accomplissement de cette tâche, et l'analyse de leur expérience offre plus qu'un intérêt passager pour ceux qui s'intéressent à cette nouvelle évolution au Canada » ; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, (1984) 1 R.C.S. 357, 367.

leur place dans l'ordre constitutionnel national plus qu'aux institutions internationales de contrôle. L'enrichissement qu'apporte la perspective comparatiste justifie, lui, que nous étendions notre examen à plusieurs systèmes nationaux de contrôle. Et qu'en est-il globalement ressorti ?

954. Nous avons voulu, au travers de notre étude, examiner les systèmes nationaux le plus objectivement possible et proposer des améliorations dans le cadre de la comparaison de chacun avec les autres. La conclusion générale que nous pouvons en tirer se veut réaliste sans délibérément contenter tout le monde : aucun système n'est parfait, tous requièrent des améliorations et des adaptations, mais certains de manière plus incisive et plus urgente. Sans revenir dans le détail sur la situation en Suisse, en Allemagne et au Canada, ni sur les constatations et suggestions que nous avons pu faire en confrontant les solutions qu'ils ont chacun développées, l'impression générale qui s'est dégagée tout au long de notre recherche est venue corroborer un certain nombre de nos idées préconçues, tout en en bousculant d'autres. Plus précisément, c'est principalement le rapport avec le système CEDH et le rôle de ce dernier qui ont été confirmés, alors que le lien entre l'écoulement du temps depuis la ratification et l'efficacité de la mise en oeuvre a été démenti.

955. La tendance dans les Etats qui sont également parties à la CEDH est de privilégier ce système qui a fait ses preuves, face à un système universel encore nettement moins performant. Tant la doctrine que les résolutions du Comité des Ministres de la CEDH les y incitent d'ailleurs. La prééminence attendue et compréhensible du système régional va même très loin. Dans un domaine - les conditions minimales pour le traitement des prisonniers - qui a d'abord été développé par l'ONU, les arrêts font mention des conditions adoptées sous l'égide du Conseil de l'Europe, lesquelles ne sont en fait rien d'autre que la reprise intégrale du texte onusien⁹⁴⁸. La différence - purement formelle, certes - de source pour le même texte contribue à cacher les efforts universels derrière les réussites régionales. En effet, même là où le texte est en réalité d'origine universelle, les jugements nationaux donnent l'illusion qu'ils sont une réalisation européenne puisque c'est dans leur version européenne qu'ils

⁹⁴⁸ Voir par exemple, ATF 121 I 164, 167, cons. 2c., où la parenté avec le texte onusien n'est pas même mentionnée.

soutiennent leur décision. Sans doute est-ce parce qu'elle leur est plus familière et non pas pour priver le forum international de ses succès.

956. Le lien entre les Pactes et le système européen - CEDH et Charte sociale - ne saurait être dénoncé en bloc dans le sens que l'efficacité de ce dernier réduirait tous les efforts des premiers à néant. Nous avons vu que ce n'était pas parce que les droits reconnus dans les Pactes étaient souvent réduits à ceux du niveau régional - même encore plus souvent à ceux du niveau national - qu'ils demeuraient sans effet aucun. De plus, il se peut que la CEDH soit le tableau actuel au niveau régional de ce qu'un système développé à partir du Pacte II pourra offrir au niveau universel dans quelques années⁹⁴⁹. La participation à un effort commun, de surcroît dans le domaine sensible de la protection des droits fondamentaux, génère une dynamique à laquelle les Etats sont automatiquement intégrés. Que ce soit par la solidarité et les pressions internationales imposées ou les élargissements éventuels octroyés par les jurisprudences nationales et régionales, tout concourt à la reconnaissance progressive d'un standard minimum de protection secondé par une application véritablement uniforme. Le rôle traditionnel et premier des plus hautes cours de chaque Etat est de veiller à l'application uniforme du droit national sur l'ensemble du territoire. La Cour CEDH a réalisé cette application uniforme dans un domaine spécifique - celui des droits de l'homme - et sur un territoire déterminé - l'Europe. C'est là sa plus belle réussite. Et cette réussite devrait non seulement stimuler les Etats parties au Pacte II, mais aussi les rassurer sur le potentiel résidant dans le Premier protocole facultatif. Nous sommes bien loin de pouvoir comparer les deux niveaux, l'espoir n'est cependant pas défendu.

957. S'il est une idée reçue que notre étude devrait anéantir, c'est celle selon laquelle il faut une longue période d'adaptation avant de pouvoir appliquer les Pactes dans toute leur dimension. En d'autres termes, que les Etats qui les ont ratifiés très tôt sont très en avance dans leur mise en œuvre par rapport aux Etats nouvellement parties. L'impression générale qui se dégage de la comparaison de différentes questions essentielles pour la mise en œuvre des textes internationaux montre une Suisse

⁹⁴⁹ S'agissant du Pacte I, la nature des droits qu'il garantit le rapproche plus de la Charte Sociale européenne, dépourvue de contrôle judiciaire, si bien que le potentiel d'évolution de ce texte est plus limité.

tardive dans la ratification être plutôt bonne élève dans l'application. Ce n'est donc pas tant la précocité de l'engagement que la volonté de lui donner un réel effet qui compte. La célérité suisse est en outre servie par son approche moniste du droit international et par son expérience avec la CEDH. Du point de vue de l'effet concret immédiat, nous avons découvert un Canada, très ouvert aux sources de son voisin américain et de la CEDH, dédaigner les Pactes. Nous avons vu une Allemagne, certes moteur de l'Europe économique, être plus encline à une protection des droits fondamentaux basée sur sa seule Grundgesetz. Et voilà plus de vingt ans que la ratification des Pactes a eu lieu dans ces deux derniers Etats.

958. La mise en œuvre concrète des Pactes dans les ordres nationaux - dans ceux qui ont été étudiés, mais aussi dans les autres ordres juridiques - souffre aujourd'hui encore de sérieuses carences. Parmi les suggestions générales que nous pouvons avancer, l'abandon du dualisme et l'intégration de ces textes à un niveau au moins constitutionnel figurent en bonne place parmi les améliorations techniques à apporter aux systèmes nationaux. Au lieu de faire la liste des nombreux changements du même ordre que nous pourrions proposer, nous choisirons ici de nous attacher à un aspect moins technique, quoiqu'au moins aussi important. Pour assurer de manière systématique une application pratique et concrète des Pactes qui soit efficace, il faut en priorité modifier l'approche qu'en ont les juges et plus largement tous les acteurs de la machine judiciaire, particuliers inclus. Cela commence par l'attitude de chacun d'eux face à ces textes et sera stimulé par le choix d'une politique juridique globale adéquate.
959. Pour mieux prendre conscience des enjeux et des avantages à retirer d'une ouverture plus grande, nous remarquerons tout d'abord que les problèmes liés aux droits de l'homme sont souvent très voisins. Tout au long de notre partie comparative, nous avons mis en évidence ce qui distinguait nos trois Etats de référence les uns des autres du point de vue de la concrétisation des Pactes. Nous avons en particulier vu que les droits fondamentaux invoqués n'étaient pas toujours les mêmes⁹⁵⁰. Or, sur le fond du fond, les préoccupations de nos trois Etats se rejoignent. Plus largement même, les interrogations et les difficultés relatives aux

⁹⁵⁰ Cf. 6.4.7. Quels sont les droits des Pactes concernés ? ; § 910 ss.

droits de l'homme restent les mêmes, par-delà les frontières et par-delà les époques.

960. Sans donner ici une longue liste d'exemples, nous illustrerons cela par quelques brefs parallèles entre les différents systèmes. Les revendications zurichoises relatives aux taxes universitaires trouvent un écho dans les manifestations estudiantines de l'hiver 1998 en Allemagne. La décision - judiciaire - en Allemagne sur l'avortement se retrouve dans les velléités - politiques - de réforme du code pénal suisse. La question du regroupement familial préoccupe autant ces deux Etats, l'un dans sa jurisprudence et l'autre par les suggestions que lui a faites le Comité des droits de l'homme relativement à son rapport initial. Le jugement du Hongrois Finta au Canada rappelle le procès Papon en France, sur la même période sombre de l'histoire. Finalement, les tendances révisionnistes de Monsieur Zundel au Canada ne sauraient nous faire oublier que le tribunal de district Bülach a condamné le 10 décembre 1997 un éditeur d'une revue patriotique pour discrimination raciale ; il critiquait <la cupidité> des Juifs. Quelques jours auparavant, un tribunal de Vevey condamnait un libraire qui avait mis en vente des ouvrages révisionnistes ; alors qu'en février 1998, c'est un libraire genevois qui se voyait infliger une peine analogue.
961. Face à la similitude des problèmes et dans un monde toujours plus interdépendant, il n'est plus tolérable de proposer des solutions et remèdes si différents en fonction de l'Etat qui doit gérer le problème. C'est à notre avis d'autant plus intolérable que sont en jeu des droits <fondamentaux>, censés - dans la limite d'un standard minimum - être intrinsèquement liés à la qualité d'homme, constituer un fondement commun de la nature humaine et donc devant être garantis à tous sur l'ensemble du globe⁹⁵¹. Certes, s'il est évidemment indispensable de respecter les conceptions et sensibilités locales face à certaines questions controversées (par exemple, l'avortement), il est tout autant souhaitable et nécessaire de tendre à des solutions semblables dans un maximum d'Etats lorsqu'est en cause le minimum des minima de la dignité humaine.

⁹⁵¹ La doctrine canadienne et surtout Le Bel insistent sur la nature spéciale qu'ils attribuent aux droits de l'homme provenant du niveau international. Ce sont des droits intrinsèquement fondamentaux au sens premier du terme, contenus dans des traités codifiant des règles de *jus cogens* ; § 580.

962. Face à ce constat, il s'avère désormais impératif de chercher des solutions universelles, capables toutefois d'adaptation aux particularités locales ou régionales. En d'autres termes, il s'agit de promouvoir un texte commun à tous les hommes, avec des moyens d'application efficacement accessibles à tous. Si, à l'échelle mondiale, nous sommes encore loin de pouvoir garantir uniformément la protection des droits de l'homme à la manière des hautes cours nationales, le système issu du Pacte II a au moins le mérite de tenter d'y parvenir. Proposer des solutions équivalentes à des problèmes semblables est la raison d'être des textes universels, ainsi que l'objectif qu'ils visent à réaliser. La légitimité et la générosité de cet objectif sont les raisons pour lesquelles tous les Etats devraient s'associer concrètement à sa réalisation, notamment en assurant, pour commencer, la mise en œuvre concrète des Pactes à l'intérieur de leurs frontières respectives. Un système régional comme la CEDH est parvenu à donner à des questions identiques des réponses identiques sur tout le continent européen. N'est-ce pas la preuve qu'atteindre ce but n'est pas une vaine utopie ?