

UNIVERSITÉ DE NEUCHÂTEL
FACULTÉ DE DROIT ET DES SCIENCES ÉCONOMIQUES

La Suisse et la Convention européenne des droits de l'homme

THÈSE

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

par

BLAISE-FRANÇOIS JUNOD

Avocat

IMPRIMERIE CENTRALE S.A., NEUCHÂTEL

**La Suisse et la Convention européenne
des droits de l'homme**

Monsieur Blaise JUNOD est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée « La Suisse et la Convention européenne des droits de l'homme ».

Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, 30 décembre 1968.

*Le doyen
de la Faculté de droit et des
sciences économiques
François Clerc*

A ma mère

« J'aime, me disait-il, l'humanité, mais, à ma grande surprise, plus j'aime l'humanité en général, moins j'aime les gens en particulier, comme individus. J'ai plus d'une fois rêvé passionnément de servir l'humanité, et peut-être fusse-je vraiment monté au calvaire pour mes semblables, s'il l'avait fallu, alors que je ne puis vivre avec personne deux jours de suite dans la même chambre, je le sais par expérience. Dès que je sens quelqu'un près de moi, sa personnalité opprime mon amour-propre et gêne ma liberté. En vingt-quatre heures je puis même prendre en grippe les meilleurs gens : l'un parce qu'il reste longtemps à table, un autre parce qu'il est enrhumé et ne fait qu'éternuer. Je deviens l'ennemi des hommes dès que je suis en contact avec eux. En revanche, invariablement, plus je déteste les gens en particulier, plus je brûle d'amour pour l'humanité en général. »

(DOSTOIEVSKY, *Les Frères Karamazov.*)

« La jeunesse, dit l'homme, c'est la joie. Et, la jeunesse, ce n'est ni la force, ni la souplesse, ni même la jeunesse comme tu disais : c'est la passion pour l'inutile. »

(Jean GIONO, *Que ma joie demeure.*)

Que Monsieur Henri Thévenaz, Monsieur François Clerc et Monsieur Jean-François Aubert, professeurs à la Faculté de droit de l'Université de Neuchâtel, veuillent recevoir ici nos remerciements pour leurs précieux conseils et pour l'intérêt qu'ils nous ont manifesté durant la préparation et la rédaction de ce travail.

INTRODUCTION

A. L'adhésion de la Suisse au Statut du Conseil de l'Europe et ses répercussions dans le domaine des droits de l'homme

Le 19 mars 1963, l'Assemblée fédérale de la Confédération suisse approuvait le Statut du Conseil de l'Europe et autorisait le Conseil fédéral à communiquer au Conseil de l'Europe l'adhésion de la Suisse audit statut¹. La Suisse manifestait ainsi son désir de collaborer au but que s'est fixé le Conseil de l'Europe, tel qu'il est défini dans le chapitre premier du Statut, c'est-à-dire de « réaliser une union plus étroite entre ses Membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social » (art. 1, litt. a). Ces principes et idéaux sont énumérés dans le préambule du Statut : la liberté individuelle, la liberté politique et la prééminence du Droit, sur lesquels se fonde toute démocratie véritable.

L'article premier, litt. b nous indique les moyens que les Etats-membres ont décidé de mettre à la disposition du Conseil de l'Europe pour sauvegarder cet idéal démocratique : « ce but sera poursuivi au moyen des organes du Conseil, par l'examen des questions d'intérêt commun, par la conclusion d'accords et par l'adoption d'une action commune dans les domaines économique, social, culturel, scientifique, juridique et administratif, ainsi que par la sauvegarde et le développement des droits de l'homme et des libertés fondamentales ». C'est principalement par la conclusion d'accords soumis à la signature et à la ratification des Etats-membres que le Conseil de l'Europe parvient à ses fins. Ainsi que l'expose le Conseil fédéral dans son rapport à l'Assemblée fédérale concernant les relations de la Suisse avec le Conseil de l'Europe, celui-ci « n'a donc pas la compétence de légiférer, ni d'édicter des normes générales ou particulières... Il s'agit d'un type de coopération intergouvernementale qui s'exerce par l'instrument d'une organisation permanente »².

S'il est vrai que le Conseil de l'Europe n'a aucune compétence législative, il n'en demeure pas moins que les Etats-membres se sont engagés à remplir les obligations qui découlent du Statut et notamment celle qui est formulée à l'article 3 : « Tout Membre du Conseil de l'Europe reconnaît le principe de la prééminence du Droit et le principe en vertu duquel toute personne placée sous sa juridiction doit jouir des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Il s'engage à collaborer sincèrement et activement au but défini au chapitre premier. » Quelle est la portée de cet engagement ? Le Conseil fédéral relève dans son rapport

¹ Voir le texte du Statut in « RO » 1963, p. 767.

² FF 1962, II, pp. 1074-1075.

que « l'article 3 du Statut ne requiert de la part des Etats-membres qu'une attitude de principe et ne vise d'aucune manière les législations nationales en vigueur »³. Certes, mais il convient de signaler que, selon cet article 3, l'Etat-membre s'engage à collaborer à la réalisation des droits de l'homme et des libertés fondamentales. La Haute Partie Contractante qui enfreindrait cette disposition pourrait être invitée à se retirer du Conseil de l'Europe (art. 7 et 8 du Statut). Or, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales adoptée le 4 novembre 1950 par le Conseil de l'Europe a précisément pour but de réaliser le programme de l'article 3. Comme on l'a fort justement remarqué au Conseil national, lors des débats sur l'adhésion de la Suisse au Statut du Conseil de l'Europe⁴, cette convention est le meilleur interprète de l'article 3 du Statut⁵.

Si donc la Suisse veut se conformer aux obligations découlant pour elle de l'article 3, elle doit confronter son ordre juridique interne avec les dispositions de la Convention et si elle constate des divergences, elle doit s'efforcer de les diminuer. Le problème ainsi soulevé ne concerne d'ailleurs pas seulement nos rapports avec le Conseil de l'Europe. Il a une portée plus générale, car il nous conduit à réexaminer les principes de base de nos institutions et à nous demander si certains aménagements ne devraient pas être envisagés.

Dans la première partie de notre étude, nous passerons en revue les diverses dispositions de la Convention pour les confronter avec le droit en vigueur en Suisse. Dans notre deuxième partie, nous examinerons quels seraient les effets d'une adhésion de la Suisse à la Convention sur notre droit interne. Dans une troisième partie enfin, nous tenterons de montrer comment le contrôle de l'application de la Convention s'exercerait en Suisse et comment, en cas de carence du contrôle national, le contrôle international prendrait la relève.

Mais au préalable, il convient de mentionner les instruments qui assurent une protection des droits de l'homme dans le cadre du Conseil de l'Europe et de définir le cercle des personnes que ces instruments entendent protéger.

B. Les sources formelles de la Convention

Les textes concernant la protection des droits de l'homme dans le cadre du Conseil de l'Europe sont contenus dans plusieurs instruments que l'on peut classer dans deux catégories : les règles relatives aux droits et libertés reconnus (droit de fond) et les règles relatives à la mise en œuvre de ces droits et libertés (droit de forme)⁶.

³ FF 1962, II, p. 1088.

⁴ *Bulletin sténographique, Conseil national, 1962, pp. 684 et ss.*

⁵ Voir Intervention GRENDELMEIER, *op. précité*, p. 698.

⁶ On peut consulter ces textes dans la publication du Conseil de l'Europe : *Convention européenne des droits de l'homme, « Recueil de textes », 4^{ème} édition, Strasbourg, 1965.*

1. Les droits et libertés reconnus sont actuellement libellés dans trois instruments :

a) La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953 (art. 2 à 18).

b) Le Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Paris le 20 mars 1952 et entré en vigueur le 18 mai 1954 (art. 1 à 3).

c) Le Protocole N° 4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le Premier Protocole additionnel à la Convention, signé à Strasbourg le 16 septembre 1963 et entré en vigueur le 2 mai 1968 (art. 1 à 4) ⁷.

2. La mise en œuvre des droits et libertés reconnus est libellée dans les instruments suivants :

a) La Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950 et entrée en vigueur le 3 septembre 1953 (art. 1 et 19 à 66).

b) Le Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signé à Paris le 20 mars 1952 et entré en vigueur le 18 mai 1954 (art. 4 à 6).

c) Le Protocole N° 2 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, attribuant à la Cour européenne des Droits de l'homme la compétence de donner des avis consultatifs, signé à Strasbourg le 6 mai 1963.

d) Le Protocole N° 3 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, modifiant les articles 29, 30 et 34 de la Convention, signée à Strasbourg le 6 mai 1963.

e) Le Protocole N° 4 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'homme et des libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le Premier Protocole additionnel à la Convention, signé à Strasbourg le 16 septembre 1963 et entré en vigueur le 2 mai 1968 (art. 5 à 7).

Les Protocoles N° 2 et 3 ne sont pas encore entrés en vigueur.

f) Le Règlement intérieur de la Commission européenne des droits de l'homme.

g) Le Règlement de la Cour européenne des droits de l'homme.

h) Les Règles de procédure adoptées par le Comité des ministres relatives à l'application de l'article 32 de la Convention.

i) Le Deuxième Protocole additionnel à l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe, dispositions relatives aux membres de la Commission européenne des droits de l'homme, signé à Paris le 15 décembre 1956 et entré en vigueur le 15 décembre 1956.

⁷ Le terme « Convention » que nous utiliserons par la suite se réfère à ces trois instruments.

j) Le Quatrième Protocole additionnel à l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe, dispositions relatives à la Cour européenne des droits de l'homme, signé à Paris le 16 décembre 1961 et entré en vigueur le 16 décembre 1961.

C. Les sujets des droits garantis

Ce sont les individus, d'une part, et les Etats contractants, d'autre part.

A l'article premier Conv., il est dit : « Les Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis au Titre I de la présente Convention. » Peu importe la nationalité de l'individu ; il peut même n'en avoir aucune, pourvu qu'il relève, même passagèrement, de la juridiction d'un Etat contractant. Dans ce sens, la Convention est universelle. Mais cette universalité n'a d'effets qu'à l'égard des Etats assujettis aux obligations de la Convention, parce qu'ils l'ont ratifiée. La Convention régit uniquement les relations entre l'individu et l'Etat, elle est inopérante dans les rapports des individus entre eux ; elle contient, par conséquent, des règles qui se rattachent au droit public.

Lorsque la Suisse, Etat fédéral, aura adhéré à la Convention, c'est la Confédération qui assumera la responsabilité d'un acte contraire aux règles conventionnelles, même si l'acte illicite est commis par une autorité cantonale⁸.

⁸ Voir Paul GUGGENHEIM, *Traité de droit international public*, (1^{re} éd.) cité ci-après : « Traité », vol. 1, p. 307.

PREMIERE PARTIE

Les droits de l'homme garantis par la Convention et l'ordre juridique suisse

Le titre que nous avons mis en tête de cette première partie est quelque peu prétentieux. On ne saurait trouver, en effet, dans les lignes qui vont suivre, une nomenclature complète de toutes les dispositions du droit suisse qui peuvent être en harmonie ou en opposition avec la Convention. On comprendra aisément notre prudence pour les raisons suivantes :

Un premier obstacle surgit pour une question de vocabulaire ; le langage utilisé par la Convention ne correspond pas toujours au vocabulaire juridique suisse. Ainsi la loi suisse peut être conforme à la Convention, tout en présentant, à première vue, des divergences quant à la forme. Un même terme, utilisé par la Convention et le droit suisse, peut aussi s'appliquer à des institutions différentes¹.

Comme la Convention, d'autre part, protège les droits de l'homme contre la puissance publique, il nous vient d'emblée à l'esprit de chercher le pendant des garanties proclamées par la Convention dans le catalogue des libertés garanties par la Constitution fédérale. Mais cette recherche est purement formelle : il arrive que la Convention traite de droits qui sont absents ou imparfaitement libellés dans la Constitution fédérale, mais qui, par contre, ont leur fondement dans les constitutions cantonales, voire, plus simplement, dans la législation ordinaire, fédérale ou cantonale.

Mais une confrontation limitée aux sources du droit se révèle encore insuffisante : les organes internationaux chargés d'appliquer la Convention n'apprécient pas la législation nationale *in abstracto*. La jurisprudence internationale nous donnera des exemples où une législation interne n'a pas été jugée contraire à la Convention, parce qu'elle n'avait pas lésé le requérant, bien qu'*in abstracto*, elle violât manifestement la Convention. De telle sorte que les doutes sur la conformité d'une loi suisse à la Convention peuvent disparaître, suivant l'usage qu'en fait l'autorité chargée de l'appliquer.

Du point de vue scientifique, signalons encore que les travaux préparatoires de la Convention sont confidentiels. Seuls les documents de base sont accessibles au public, sous la forme des comptes rendus, rapports et résolutions de l'Assemblée consultative. Les sources historiques

¹ Voir dans le même sens : Rapport de M. A. VERDROSS, « Colloque de Vienne » : *La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans la hiérarchie des normes juridiques*, p. 90.

de la Convention sont donc considérablement limitées, si bien qu'il est souvent difficile de se fonder sur l'intention de ses auteurs.

Enfin, on constatera, par la suite, que certains droits et libertés ont été rarement invoqués dans la pratique, tandis que d'autres ont donné lieu à une abondante jurisprudence. Quand on saura qu'en moyenne près du tiers des requérants qui s'adressent à la Commission sont détenus ou internés, on comprendra la place importante que nous avons dû accorder aux chapitres 4 et 5, de la section première, relatifs au droit à la liberté et à la sûreté et au droit à une bonne administration de la justice. Faute de matériaux, nous évoquerons plus rapidement les droits et libertés dont la violation paraît plus rare.

Ces réserves faites, nous allons examiner maintenant, l'une après l'autre, chaque liberté, en indiquant chaque fois dans quelle mesure la Suisse assure déjà ou n'assure pas la protection de ces libertés. La première section concerne les droits et libertés garantis par la Convention du 4 novembre 1950, la deuxième section, les droits et libertés garantis par le Protocole additionnel du 20 mars 1952, et la troisième section, les droits et libertés garantis par le Protocole additionnel N° 4 du 16 septembre 1963.

SECTION PREMIÈRE

Les droits et libertés garantis par la Convention du 4 novembre 1950

Comme elle le dit dans son préambule, la Convention garantit certains droits énoncés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme. Elle est donc un premier essai de protection internationale des droits de l'homme.

C'est aussi dans cet instrument que nous trouvons les règles relatives aux organes et à la procédure de contrôle international de l'application de la Convention. Nous y ferons allusion dans la troisième partie de notre thèse ¹.

¹ Voir *infra*, pp. 149 et ss.

CHAPITRE PREMIER

Le droit à la vie (art. 2 Conv.)

§ 1 : CONTENU DE LA GARANTIE INTERNATIONALE

A l'article 2 Conv., on peut lire :

« 1. Le droit de toute personne à la vie est protégé par la loi. La mort ne peut être infligée à quiconque intentionnellement, sauf en exécution d'une sentence capitale prononcée par un tribunal au cas où le délit est puni de cette peine par la loi.

» 2. La mort n'est pas considérée comme infligée en violation de cet article dans les cas où elle résulterait d'un recours à la force rendu absolument nécessaire :

» a) pour assurer la défense de toute personne contre la violence illégale ;

» b) pour effectuer une arrestation régulière ou pour empêcher l'évasion d'une personne régulièrement détenue ;

» c) pour réprimer, conformément à la loi, une émeute ou une insurrection. »

A partir de quel moment le droit à la vie est-il protégé ? Si l'article 2 Conv. ne prohibe pas l'avortement, une loi interne peut-elle autoriser l'interruption de grossesse, non seulement pour protéger la vie ou la santé de la mère, mais pour des raisons d'eugénisme ? A cette question posée par un ressortissant norvégien qui mettait en cause la législation de son pays, la Commission¹ n'a pas répondu : comme le requérant n'était pas personnellement victime de la loi, elle l'a débouté². Dans une décision non publiée, la Commission a admis que la stérilisation pourrait dans certaines circonstances constituer une violation de l'article 2 Conv.³.

§ 2 : SITUATION EN DROIT SUISSE

L'avortement est prohibé en droit suisse ; il constitue même une infraction. L'article 120 du Code pénal suisse prévoit cependant des circonstances dans lesquelles une interruption de grossesse est autorisée, mais seules entrent en considération la vie et la santé de la mère ; il n'y a pas d'exceptions fondées sur l'eugénisme⁴. Notre droit interne nous paraît dans ce domaine conforme à la garantie internationale.

¹ Sur le rôle de la Commission dans la protection internationale des droits de l'homme, voir *infra*, pp. 149 et ss.

² Req. N° 867/60, Ann. IV, p. 271.

³ Req. N° 1287/61 cité par Karel VASAK, *La Convention européenne des droits de l'homme*, p. 17.

⁴ Voir P. LOGOZ, *Commentaire du code pénal suisse, ad article 120 n. 3.*

L'article 2 Conv. n'exclut pas la sanction de la peine de mort, à la condition que celle-ci soit prévue par une disposition légale. Le droit suisse ne connaît pas la peine de mort⁵, sauf en temps de guerre⁶.

Enfin, le chiffre 2, de l'article 2 Conv. prévoit des exceptions au droit à la vie, lorsque la mort résulte d'un recours à la force rendu absolument nécessaire. Les circonstances énumérées aux lettres a), b) et c) sont prévues par le Code pénal suisse et le Code pénal militaire⁷.

CHAPITRE II

L'interdiction de la torture ainsi que des traitements et peines inhumains et dégradants (art. 3 Conv.)

§ 1: CONTENU DE LA GARANTIE INTERNATIONALE

L'article 3 Conv. prévoit que « nul ne peut être soumis à la torture ni à des peines ou traitements inhumains ou dégradants ».

Cet article a été invoqué dans deux requêtes interétatiques introduites par la Grèce contre le Royaume Uni au moment des événements qui agitaient l'île de Chypre¹. La première requête mettait en cause la législation prévoyant à Chypre l'imposition de la peine du fouet et de certaines peines collectives. La seconde alléguait la responsabilité du Royaume Uni pour quarante-neuf cas de tortures ou de sévices assimilables à la torture. Ces deux requêtes ont été déclarées recevables par la Commission, aucun obstacle de procédure n'empêchant l'examen des requêtes au fond. Entre-temps, le problème de Chypre avait fait l'objet des accords de Zurich et Londres, si bien que le Comité des ministres a décidé de ne pas prendre de nouvelles mesures². Les rapports établis par la Commission sont restés confidentiels³.

Si les violences contre l'intégrité corporelle sont sans doute contraires à l'article 3 Conv., il est d'autres circonstances où l'analyse de l'interdiction des traitements et peines inhumains se révèle plus délicate.

Telle, par exemple, l'aggravation d'une peine d'emprisonnement par un régime de « couche dure » applicable une fois par trimestre, ainsi

⁵ Voir « Code pénal », livre premier, titre III, chapitre 1: *les différentes peines et mesures*.

⁶ Voir « Code pénal militaire », art. 27.

⁷ Voir article 32 du « Code pénal » et article 26 du « Code pénal militaire ».

¹ Req N° 176/56 et 299/57, Ann. II, pp. 175 et ss.

² Voir les Résolutions N° (59) 12 et (59) 32 Ann. II, pp. 187 et 197.

³ Manuel, p. 19.

que le prévoit le droit autrichien. La Commission n'a pas considéré ce régime comme inhumain et dégradant ⁴.

L'article 3 Conv. n'est pas violé, selon la jurisprudence allemande, lorsqu'un tribunal inflige à un délinquant en état de récidive une peine aggravée ⁵ ou qu'il prive un délinquant de ses droits civiques ⁶.

La Commission a été saisie, à plusieurs reprises, de requêtes émanant d'individus qui faisaient l'objet d'une procédure d'expulsion ou d'extradition ⁷. A ce propos, la Commission constate que le droit de résider sur le territoire d'un Etat contractant, le droit d'asile ou le droit de ne pas être extradé, ne sont pas garantis comme tels par la Convention ⁸. Cependant l'article 3 Conv. peut entrer en ligne de compte dans le cadre de l'extradition ou de l'expulsion d'un étranger vers un pays déterminé, lorsqu'en raison de la nature même du régime de ce pays ou de la situation qui y règne, des droits humains fondamentaux pourraient être, soit grossièrement violés, soit entièrement supprimés ⁹. Tel serait le cas d'un ressortissant de nationalité égyptienne, hostile au régime nassérien et connu pour ses sentiments et activités pro-israéliens, expulsé par la République fédérale d'Allemagne ¹⁰. La Commission procède à un examen particulièrement minutieux dans les cas de ce genre, pour s'assurer que l'extradition ou l'expulsion ne constituent pas un traitement inhumain ou dégradant ¹¹. A ce propos, un arrêt d'une cour administrative allemande ¹², arrêt auquel la Commission s'est référée dans une décision ultérieure ¹³, précise qu'« un traitement ne devient pas inhumain uniquement par le fait que le requérant se trouve soumis à la justice d'un pays du bloc de l'Est. (...) Chaque criminel dangereux et non pas seulement le criminel politique, en se fondant uniquement sur le fait qu'il est soumis à la justice d'un des pays du bloc oriental, pourrait prétendre qu'il est un persécuté politique. Or cela conduirait à des conséquences inadmissibles. Il convient donc de tenir compte, dans chaque cas d'espèce, des circonstances particulières pour apprécier si l'expulsion constitue un traitement inhumain ». Dans le cas particulier, l'intéressé devait s'attendre, s'il était livré à la Tchécoslovaquie, à être condamné pour espionnage et désertion. Le cas peut prêter à discussion, mais il est vrai que la distinction entre les actes qui se déroulent dans

⁴ Req. N° 462/59, Ann. II, p. 382.

⁵ BayObLG *N.J.W.* 17 (1964), pp. 2025-2026.

⁶ OLG/Köln *N.J.W.* 16 (1963), pp. 1748-1750; OLG/Oldenbourg, *N.J.W.* 18 (1965), pp. 509-510; BGH, *N.J.W.*, 18 (1965), pp. 770-772.

⁷ L'expulsion d'un national est interdite en vertu de l'article 3 P.A., N° 4.

⁸ Req. N° 1546/62, Ann. V, p. 249, spéc., p. 261. Req. N° 2143/64, Ann. VII, p. 315, spéc., p. 329.

⁹ Req. N° 1802/62, Ann. VI, p. 463, spéc., p. 481.

¹⁰ Req. N° 1465/62, Ann. V, p. 257; la procédure d'expulsion a été suspendue après l'introduction de la requête.

¹¹ Voir par exemple Req. N° 2143/64, Ann. VII, p. 315, spéc., p. 331.

¹² Obergerverwaltungsgericht, Berlin, *Die öffentliche Verwaltung*, 1956, p. 381, traduction française, Ann. III, p. 639.

¹³ Req. N° 2143/64, Ann. VII, p. 315, spéc., p. 331.

un contexte politique et des délits purement criminels est souvent malaisée ¹⁴.

L'article 3 Conv. a été invoqué devant les tribunaux allemands, lorsque l'expulsion frappait un étranger marié ¹⁵. Pour les juges allemands, l'expulsion d'un homme marié ne constitue pas un traitement inhumain si l'épouse a obtenu la nationalité de son mari par le mariage et a, dès lors, la possibilité de le suivre ¹⁶. Cette dernière obligation pour l'épouse n'est pas davantage un traitement inhumain, dans la mesure où l'ordre juridique étranger a la même valeur que l'ordre juridique allemand et, outre, par conséquent, les mêmes garanties de protection des droits de l'épouse ¹⁷.

§ 2: SITUATION EN DROIT SUISSE

Le droit suisse, en matière d'expulsion, semble être conforme à l'esprit qui se dégage de l'article 3 Conv. et de la jurisprudence de la Commission. La loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931 ¹⁸ prévoit en son article 11, alinéa 3 que l'expulsion ne sera prononcée que si elle apparaît appropriée aux circonstances. Il ne suffit pas, dès lors, qu'une expulsion soit fondée en droit, l'opportunité de la mesure entre également en considération.

C'est la loi fédérale du 22 janvier 1892 ¹⁹ qui règle l'extradition aux Etats étrangers. Selon l'article 10, l'extradition ne sera pas accordée pour des infractions politiques. La lecture d'une décision récente du Tribunal fédéral ²⁰ nous montre que notre Haute Cour de justice ne se fonde pas sur la nature d'un régime ou de la situation qui y règne pour statuer sur une demande d'extradition. Elle développe une thèse complexe pour déterminer si le délit a un caractère politique ou relève du droit commun. Toutefois, elle nous paraît interpréter la notion de délit politique d'une manière suffisamment large pour qu'implicitement l'article 3 Conv. soit respecté.

¹⁴ Voir dans le même sens: Rapport de M. U. SCHEUNER, « Colloque de Vienne »: *Confrontation de la jurisprudence des tribunaux nationaux avec la jurisprudence des organes de la Convention en ce qui concerne les droits autres que les droits judiciaires*, p. 380.

¹⁵ Voir *infra*, pp. 66 et ss, dans le cadre de l'article 8 Conv. le cas d'une expulsion entraînant une atteinte à l'unité de la famille.

¹⁶ *Die öffentliche Verwaltung*, 1954, p. 223.

¹⁷ *Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts* 3, p. 58.

¹⁸ RS I, p. 113; RO 1949, p. 225.

¹⁹ RS 3, p. 501.

²⁰ ATF 90 I 298.

CHAPITRE III

L'interdiction de l'esclavage,
de la servitude et du travail forcé (art. 4 Conv.)

§ 1 : CONTENU DE LA GARANTIE INTERNATIONALE

Selon l'article 4 Conv.,

- * 1. Nul ne peut être tenu en esclavage ni en servitude.
- * 2. Nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire.
- * 3. N'est pas considéré comme « travail forcé ou obligatoire » au sens du présent article :
 - * a) tout travail requis normalement d'une personne soumise à la détention dans les conditions prévues par l'article 5 de la présente Convention, ou durant sa mise en liberté conditionnelle ;
 - * b) tout service de caractère militaire ou, dans le cas d'objecteurs de conscience dans les pays où l'objection de conscience est reconnue comme légitime, à (sic) un autre service à la place du service militaire obligatoire ;
 - * c) tout service requis dans le cas de crises ou de calamités qui menacent la vie ou le bien-être de la communauté ;
 - * d) tout travail ou service formant partie des obligations civiques normales. *

Le chiffre 1, de l'article 4 Conv. qui prohibe l'esclavage et la servitude n'a pas trouvé, à notre connaissance, de jurisprudence.

Par « travail forcé ou obligatoire » selon le chiffre 2, de l'article 4 Conv., on entend des services que l'Etat réclame unilatéralement, qui ont une certaine étendue dans le temps et qui portent atteinte à la sphère privée, et avant tout, à la liberté professionnelle de l'intéressé¹.

C'est à l'aide d'une requête² présentée à la Commission par un dentiste norvégien que nous allons tenter de préciser le contenu du chiffre 2, de l'article 4 Conv., ainsi que des quatre réserves apportées à la garantie par la Convention elle-même. La Commission a d'ailleurs montré son embarras en répondant d'une manière succincte qui laisse la porte ouverte à plusieurs interprétations. A notre connaissance, c'est la seule affaire où la Commission a abordé le problème de l'interprétation du chiffre 2, de l'article 4 Conv.³.

Les faits de la cause sont les suivants : une loi norvégienne prévoit un service public de soins dentaires. Comme le gouvernement éprouvait

¹ SCHEUNER, *op. cit.*, p. 382.

² Req. N° 1468/62 (IVERSEN), Ann. VI, pp. 279 et ss.

³ Dans sa décision sur Req. N° 833/60, Ann. III, p. 429, la Commission a seulement constaté qu'il n'y avait aucune apparence de violation de l'article 4 Conv.

certaines difficultés à trouver des dentistes pour les districts de la Norvège septentrionale, le parlement promulgua une loi provisoire en 1956 instituant un service obligatoire. Les étudiants en art dentaire qui venaient de passer leurs examens finals pouvaient être requis d'exercer leur profession, sur décision du Ministère des affaires sociales, dans un service public d'un district dont, à défaut d'entente avec l'intéressé, la désignation relevait de l'appréciation du ministre. L'intéressé qui refusait de se soumettre était puni d'une amende ou de prison.

Le ministère norvégien a envoyé le D^r Iversen, pour une année, conformément à la loi, à Moskenes (Nordland). Ayant protesté en vain contre cette désignation forcée, le requérant a quitté son poste, après quatre mois, et a été puni d'une amende de 2000 couronnes. Après avoir épuisé sans succès les voies de recours que lui offrait la législation interne, le D^r Iversen s'est adressé à la Commission, faisant valoir que la loi norvégienne de 1956 était contraire à l'article 4 Conv.

L'article 4, chiffre 2, selon la thèse du requérant⁴, ne vise pas seulement à interdire les actes inhumains comparables aux crimes de guerre. La Convention va au-delà d'une « simple prévention des actes criminels caractérisés ». Il y a contrainte lorsque l'Etat exige d'un petit nombre de personnes pratiquant une profession particulière à entrer à son service, temporairement, et qu'on décide de l'affectation de ces personnes contre leur gré. Si le service public de soins dentaires constitue un aspect spécial du développement économique d'un pays, il n'en demeure pas moins que la liberté individuelle doit être considérée comme plus importante.

De son côté, le gouvernement défendeur fait valoir que les termes : « travail forcé et obligatoire » doivent être pris dans une acception raisonnable et pratique, de manière à ne pas empêcher un gouvernement démocratique d'édicter des mesures nécessaires pour assurer aux citoyens le bénéfice des avantages sociaux⁵. La Norvège septentrionale souffre de circonstances particulières (région pauvre, climat arctique, sous-équipement des services sociaux, pénurie de dentistes). Au surplus, dans son contexte historique, l'article 4 Conv. tend « à éliminer les camps de concentration et de travail et n'a jamais été conçu pour s'appliquer aux mesures raisonnables prises par des gouvernements démocratiques en vue de résoudre des problèmes sanitaires et sociaux pressants »⁶. En d'autres termes, l'interdiction du travail forcé et obligatoire doit s'interpréter restrictivement, à la lumière du chiffre 1 de l'article incriminé qui prohibe l'esclavage et la servitude.

Par six voix contre quatre, la Commission a rejeté la requête, mais c'est une majorité divisée qui a pris cette décision.

Quatre membres de la majorité ont suivi la thèse du gouvernement défendeur. Ils ont estimé que les conditions du travail forcé n'étaient pas remplies en l'espèce en raisonnant de la manière suivante : tout

⁴ Ann. VI, pp. 313 et ss.

⁵ Ann. VI, p. 299.

⁶ Ann. VI, pp. 303-305.

d'abord la Convention ne dit pas ce qu'il faut entendre par « travail forcé ou obligatoire » et il n'existe nulle part ailleurs une définition autorisée. Ces quatre membres de la majorité ont cependant tiré du chiffre 2 deux éléments : pour qu'il y ait « travail forcé ou obligatoire », il faut : a) que le travail ou le service soit accompli par le travailleur contre son gré ; b) que l'obligation d'accomplir le travail soit injuste ou oppressive ou que le travail ou le service lui-même constitue une épreuve véritable. S'agissant de ce deuxième élément, les quatre membres ont été d'avis que, si la loi provisoire de 1956 imposait un service obligatoire, ce service, par contre, était de courte durée, assurait une rémunération satisfaisante, ne s'écartait pas de l'activité professionnelle choisie, ne s'appliquait que dans le cas de postes non pourvus après que leur vacance a été dûment annoncée et ne comportait pas d'application discriminatoire, arbitraire ou punitive. En conclusion, l'obligation d'accomplir ce service n'était ni injuste, ni oppressive ⁷.

Deux autres membres de la Commission se sont également prononcés pour l'irrecevabilité, mais en invoquant des motifs tirés des exceptions prévues au chiffre 3, de l'article 4 Conv.

L'article 4, chiffre 3 prévoit, en effet, quatre circonstances où il n'y a pas « travail forcé ou obligatoire ». Les deux premières réserves sont précises (litt. a et b) ; à première vue, leur application ne doit pas soulever de difficultés. Par contre, le contenu des deux réserves suivantes est beaucoup plus vague (litt. c et d). Dans l'affaire Iversen, les deux autres membres de la majorité se sont référés à l'article 4, chiffre 3 litt. c Conv. : ils n'ont pas mis en doute la thèse subsidiaire du gouvernement défendeur, selon laquelle la situation en Norvège septentrionale était un cas de crise menaçant le bien-être de la communauté.

On ne peut tirer un avis de la minorité qui s'est prononcée pour la recevabilité de la requête. En effet, en raison des règles de procédure qui régissent l'examen des requêtes devant la Commission, la minorité a seulement exprimé l'avis qu'il y avait un doute et que la cause méritait d'être examinée au fond. A ce stade de la procédure, les griefs du requérant ne leur paraissaient pas manifestement mal fondés, selon l'article 27, chiffre 2 Conv., notamment le fait que le travail était imposé sous peine de sanctions pénales ⁸. La Commission, en effet, n'est pas autorisée à rejeter les requêtes dont le mal-fondé ne tombe pas sous le sens ⁹. Nous partageons ce point de vue. Le problème délicat de la définition du travail forcé ou obligatoire aurait mérité un examen approfondi.

En résumé, le contenu de l'article 4 Conv. est difficile à discerner. Sa formulation se prête à plusieurs interprétations et il paraît délicat d'appliquer la règle aux cas particuliers. La Commission, d'ailleurs, première source de la jurisprudence, a montré son embarras.

⁷ Ann. VI, p. 329.

⁸ Ann. VI, p. 333.

⁹ Voir par exemple Req. N° 214/56, Ann. II, pp. 215 et ss., spéc., pp. 253-255 ; Req. N° 1727/62, Ann. VI, p. 371, spéc., pp. 419-421.

§ 2 : SITUATION EN DROIT SUISSE

Exceptions faites des circonstances où un travail requis par l'Etat n'est pas considéré comme un travail forcé ou obligatoire selon l'article 4, chiffre 3 Conv., personne n'est tenu, en Suisse, de travailler. Selon M. Aubert, si l'on introduisait dans la Constitution fédérale le droit au travail, l'Etat pourrait imposer l'obligation juridique de travailler¹⁰. Cette obligation serait, à notre avis, contraire à l'article 4 Conv.

CHAPITRE IV

Le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5 Conv.)

Le droit à la liberté et à la sûreté prévu à l'article 5 Conv. protège la personne humaine contre les atteintes portées par la puissance publique à sa liberté physique. A l'article 5, chiffre 1, il est dit que : « Toute personne a droit à la liberté et à la sûreté. » La règle internationale condamne, en d'autres termes, les arrestations et les détentions arbitraires. L'individu est particulièrement sensible à cette faculté essentielle de se mouvoir librement. Avec l'article 6 Conv. qui garantit une bonne administration de la justice, l'article 5 Conv. est fréquemment invoqué devant les organes internationaux.

Mais il va de soi que ce sont les limites apportées à la garantie qui retiennent l'attention. C'est par leur truchement qu'on saisit la portée du principe lui-même. L'article 5 Conv. prévoit, en effet, des cas dans lesquels la privation de la liberté est admise (art. 5, chiffre 1 Conv.). Les limitations, règle essentielle, doivent reposer sur une base légale et rentrer dans l'une des catégories prévues aux lettres a à f. Les exceptions au droit à la liberté et à la sûreté sont exhaustives¹. De plus, certaines garanties sont accordées à la personne privée de sa liberté (art. 5, chiffres 2 à 5).

§ 1 : CAS DANS LESQUELS LA PRIVATION DE LIBERTÉ EST ADMISE

- a) *Détention après condamnation par un tribunal compétent* (art. 5, chiffre 1, litt. a Conv.)

La privation de la liberté est autorisée par la Convention lorsque l'individu « est détenu régulièrement après condamnation par un tribunal compétent ».

La Commission s'est souvent contentée, lors de l'examen d'une requête, de reproduire le texte de la lettre a sans autre commentaire². Nous savons cependant que le régime des peines n'est pas visé par cette

¹⁰ Jean-François AUBERT, *Traité de droit constitutionnel suisse*, cité ci-après : « *Traité* », p. 92.

¹ Voir Arrêt LAWLESS, Ann. IV, p. 439, spéc., p. 465.

² Voir par exemple Req. N° 134/55, Ann. I, p. 232 ; Req. N° 892/60, Ann. IV, p. 241.

disposition. Si le tribunal qui a statué est compétent, une détention pour une durée indéterminée n'entre pas en conflit avec la Convention³. La Commission n'examinera pas, semble-t-il, la base légale d'une condamnation ; elle s'inquiète seulement de la régularité de la procédure. Ainsi, selon la Commission, une condamnation, fondée sur une loi déclarée par la suite inconstitutionnelle, mais qui est justifiée en vertu d'une autre loi, ne porte pas atteinte à la régularité de la détention⁴.

La Convention autorise donc, sous réserve de l'observation des « voies légales », la détention « régulière » d'une personne condamnée par un « tribunal compétent ». La Commission s'est demandé si par « tribunal compétent », il ne fallait pas entendre uniquement un tribunal de l'Etat contractant sur le territoire duquel le prévenu devra purger sa peine privative de liberté. Mais elle a constaté que l'article 5 Conv. ne renferme aucune distinction fondée sur l'emplacement du tribunal qui a statué ; cet article ne prohibe donc pas expressément l'exécution par un Etat contractant d'une condamnation à l'emprisonnement dont un individu a été frappé en dehors du territoire de cet Etat, voire par un Etat qui n'est pas partie à la Convention. Mais la Commission a précisé que la Convention contient des garanties de nature à empêcher que les Etats contractants n'exécutent à la légère des jugements ou arrêts inconciliables avec les principes démocratiques, puisqu'elle exige que la détention pénitentiaire soit « régulière » et conforme aux « voies légales », et non pas seulement qu'elle ait été ordonnée par un « tribunal compétent »⁵.

Pour déterminer si un tribunal est compétent selon la Convention, il semble que la Commission se réfère au droit interne et même, si besoin est, au droit interne d'un Etat qui ne serait pas partie à la Convention. Toutefois, M. Buergenthal se demande si la notion internationale de tribunal compétent ne pourrait pas modifier une règle nationale qui fixe la compétence d'un tribunal. Tel serait le cas, lorsqu'un individu aurait été soustrait de force à la juridiction d'un Etat pour être jugé dans un autre⁶.

b) *Arrestation ou détention pour insoumission à une ordonnance rendue par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi (art. 5, chiffre 1, litt. b Conv.)*

Selon la lettre b de l'article 5, chiffre 1 Conv., un individu peut être arrêté ou détenu dans deux circonstances : « pour insoumission à une ordonnance rendue, conformément à la loi, par un tribunal ou en

³ Req. N° 138/55, Ann. I, p. 234 ; Req. N° 2518/65, Rec. 18, p. 44.

⁴ Req. N° 2136/64, Ann. VII, p. 299.

⁵ Req. N° 1322/62, Ann. VI, p. 495, spéc., pp. 517 et ss.

⁶ Voir Rapport de M. Thomas BUERGENTHAL, « Colloque de Vienne » : *Confrontation de la jurisprudence des tribunaux nationaux avec la jurisprudence des organes de la Convention en ce qui concerne les droits judiciaires* (art. 5, 6 et 13), p. 268 ; voir par exemple *Les considérations sur les arrestations internationalement irrégulières* développées par M. André COCATRE-ZILGIEN dans son ouvrage sur l'affaire Argoud et M. Pierre A. PAPADATOS, le procès Eichmann ; voir aussi : Daniel MARCHAND, *Les enlèvements opérés hors du territoire national*, in « Revue de la Commission internationale de juristes », vol. VII, N° 2 (1966), pp. 258 et ss.

vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ». Il est malaisé de faire une distinction entre ces deux hypothèses. On a justement remarqué que la détention destinée à assurer l'exécution d'obligations imposées par la loi implique toujours une décision judiciaire constatant l'existence d'une telle obligation. La détention serait ainsi justifiée pour insoumission à une ordonnance rendue par un tribunal⁷. La deuxième hypothèse semble, par conséquent, surabondante.

La jurisprudence internationale ne donne pas d'explication. La Commission a seulement émis l'avis que l'arrestation ou la détention d'une personne qui se livre à des activités préjudiciables au maintien de la paix et de l'ordre publics ou de la sûreté de l'Etat n'est pas un cas d'arrestation ou de détention en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi ; l'obligation prescrite par la loi doit être précise⁸.

c) *Arrestation et détention en vue de conduire l'individu devant l'autorité judiciaire compétente* (art. 5, chiffre 1, litt. c Conv.)

Souvent les requérants se plaignent que les autorités judiciaires et de police n'avaient pas de raison plausible pour procéder à leur arrestation. Ils fondent leur argumentation sur la lettre c de l'article 5, chiffre 1 Conv. : Un individu peut être privé de sa liberté « en vue d'être conduit devant l'autorité judiciaire compétente, lorsqu'il y a des raisons plausibles de soupçonner qu'il a commis une infraction ou qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci ». La Commission se contente souvent de constater simplement qu'il y a, au contraire, des raisons plausibles de soupçonner le requérant d'avoir commis une ou plusieurs infractions⁹. Mais elle a tout de même précisé dans d'autres décisions que, pour apprécier le bien-fondé ou la nécessité de toute détention basée sur l'article 5, chiffre 1, litt. c, elle tiendra compte des circonstances de l'affaire telles qu'elles sont apparues au moment de l'arrestation et de la détention¹⁰.

Les auteurs de la Convention ont souligné que la faculté accordée aux autorités publiques d'arrêter quiconque sur la base d'un soupçon ne devait pas ouvrir la porte à un régime de police. C'est la raison pour laquelle il convient d'appliquer strictement la règle de l'article 18 Conv. qui prévoit que les restrictions aux droits et libertés de la Convention ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues¹¹.

⁷ BUERGENTHAL, *op. cit.*, p. 271.

⁸ Voir rapport de la Commission, Affaire LAWLESS, in « Publications de la Cour européenne des droits de l'homme », Série B, p. 64. La Cour européenne a confirmé cet avis : Arrêt LAWLESS, Ann. IV, p. 439, spéc., p. 465. Sur le rôle de la Cour européenne dans la protection internationale des droits de l'homme, voir *infra*, pp. 153 et ss.

⁹ Req. N° 1103/61, Ann. V, p. 169, spéc., p. 189 ; Req. N° 1216/61, Rec. 11, p. 1, spéc., p. 5.

¹⁰ Req. N° 1936/63 (NEUMEISTER), Ann. VII, p. 225 ; Req. N° 1602/62 (STOG-MÜLLER), Ann. VII, p. 169.

¹¹ Manuel, p. 23.

Si la jurisprudence de la Commission n'a pas grand intérêt parce qu'elle laisse une large marge d'appréciation aux autorités de police des Etats contractants, la lettre *c*, en garantissant à toute personne arrêtée et détenue la comparution devant une autorité judiciaire, a permis aux organes internationaux de déclarer contraire à la Convention l'internement sans jugement, appelé aussi « internement administratif »¹².

Cette jurisprudence a été élaborée à propos de l'affaire Lawless où l'Irlande, Etat défendeur, était impliquée, parce qu'elle avait interné un de ses ressortissants soupçonné d'appartenir à une organisation illégale. L'Irlande a soutenu devant les organes internationaux que l'obligation de conduire devant l'autorité judiciaire une personne arrêtée ne s'appliquait que lorsqu'il y avait des raisons plausibles de soupçonner qu'elle avait commis une infraction et non lorsqu'on arrête une personne à titre préventif, pour l'empêcher de commettre une infraction. Il est vrai que la version anglaise de la lettre *c* pourrait se prêter, au point de vue grammatical, à cette argumentation ; mais la rédaction du texte français, ainsi que la Cour européenne l'a constaté, ne laisse pas de doute qu'une personne arrêtée à titre préventif doit également être conduite devant l'autorité judiciaire. La virgule, qui se trouve après les mots « autorité judiciaire compétente », signifie que ce texte se réfère à toutes les hypothèses d'arrestation et de détention visées par les termes qui suivent la virgule¹³.

S'il est heureux de pouvoir affirmer que la Convention interdit la détention sans comparution devant un juge, « ce véritable cancer de la liberté et de la sûreté »¹⁴, il est, par contre, regrettable de constater que par le jeu de l'article 15 Conv.¹⁵, qui permet aux Etats-membres de suspendre certains droits et liberté de la Convention, cette mesure n'entre plus en conflit avec la garantie internationale ; il est notoire que c'est en périodes troublées que l'Etat a le plus tendance à recourir à pareille méthode. C'est ce qui s'est passé dans l'affaire Lawless¹⁶.

d) *Arrestation et détention ordonnée par voie administrative* (art. 5, chiffre 1, litt. *d*, *e*, *f* Conv.)

Aux lettres *d*, *e* et *f* de l'article 5, chiffre 1 Conv., la Convention autorise des arrestations et détentions qui peuvent être ordonnées par voie administrative¹⁷.

S'agissant de la détention régulière d'un mineur (lettre *d*) « décidée pour son éducation surveillée ou de sa détention régulière, afin de le

¹² Manuel, p. 26 ; voir également VASAK, *op. cit.*, p. 22.

¹³ Arrêt Lawless, Ann. IV, p. 439, spéc., pp. 453 et ss.

¹⁴ VASAK, *op. cit.*, p. 22.

¹⁵ Voir *infra*, pp. 115 et ss.

¹⁶ Arrêt Lawless, *op. cit.*, pp. 471 et ss. ; récemment le gouvernement hellénique, issu du coup d'Etat du 21 avril 1967, s'est prévalu de l'article 15 Conv. pour justifier la suspension de certaines dispositions constitutionnelles ; de nombreuses personnes ont été internées « administrativement ». Quatre pays (Danemark, Norvège, Suède, Pays-Bas) ont saisi la Commission de requêtes dirigée contre la Grèce qui sont actuellement pendantes, voir Conseil de l'Europe, Direction de l'Information, Réf. C (67) 33 et 36.

¹⁷ Voir VASAK, *op. cit.*, p. 21 ; Roger PINTO, *Les organisations européennes*, p. 113.

traduire devant l'autorité compétente », aucune requête, à notre connaissance, n'est parvenue à la Commission.

Deux requêtes ont trait à l'internement administratif, selon le sens que l'on donne à cette institution en droit suisse. Selon la lettre *e* de l'article 5, chiffre 1 Conv., tout individu peut être privé de sa liberté, lorsqu'il s'agit d'une « personne susceptible de propager une maladie contagieuse, d'un aliéné, d'un alcoolique, d'un toxicomane ou d'un vagabond ». Ces deux requêtes se sont révélées manifestement mal fondées¹⁸. La Commission les a rejetées, sans approfondir la portée de la restriction au droit à la liberté et à la sûreté. On peut ici encore se poser la question de savoir si la Convention se réfère au droit interne pour définir les aliénés, les alcooliques, les toxicomanes ou les vagabonds. M. Buergenthal donne un exemple où l'Etat pourrait, sous le couvert d'une détention pour vagabondage, arrêter et détenir certaines personnes afin de leur arracher, par un moyen détourné, des preuves justifiant la délivrance de mandats d'arrêt pour d'autres chefs d'accusation¹⁹. S'appuyant sur l'article 18 Conv., la Commission devrait examiner si, dans une telle hypothèse, l'Etat n'a pas commis un détournement de pouvoir.

L'article 5, chiffre 1, litt. *f* Conv. autorise l'arrestation ou la détention d'une personne « pour l'empêcher de pénétrer irrégulièrement dans le territoire, ou contre laquelle une procédure d'expulsion ou d'extradition est en cours ». La Commission a été plusieurs fois amenée à vérifier la régularité de la détention, c'est-à-dire si les règles prévues par les procédures internes des Etats-membres, dans les circonstances énumérées à lettre *f*, avaient été observées²⁰. M. Buergenthal relève à juste titre que la détention ne peut être que provisoire, soit, dans le but de refouler, extradier ou expulser un individu. En aucun cas, la détention autorisée à la lettre *f* ne doit aboutir à une détention pour une durée indéterminée²¹.

§ 2 : LES DROITS D'UNE PERSONNE PRIVÉE DE SA LIBERTÉ

a) *Droit d'être informé des raisons de l'arrestation* (art. 5, chiffre 2 Conv.)

« Toute personne arrêtée doit être informée, dans le plus court délai et dans une langue qu'elle comprend, des raisons de son arrestation et de toute accusation portée contre elle » (art. 5, chiffre 2 Conv.).

Comparant les textes de l'article 5, chiffre 2 Conv. et l'article 6, chiffre 3, litt. *a* Conv., la Commission a tiré la conclusion que le droit d'être informé des accusations dont on est l'objet exige des éléments plus précis et plus détaillés à propos du droit à un procès équitable selon l'article 6 Conv., qu'à propos du droit à la liberté et à la sûreté

¹⁸ Req. N° 770/60, Rec. 6, p. 1, spéc., p. 4 ; Req. N° 2219/64, Rec. 16, p. 53, spéc., p. 56.

¹⁹ *Op. cit.*, p. 273.

²⁰ Req. N° 858/60, Ann. IV, p. 225, spéc., p. 237 ; Req. N° 1465/62, Ann. V, p. 237, spéc., p. 261 ; Req. N° 2143/64, Ann. VII, p. 315, spéc., p. 329.

²¹ *Op. cit.*, p. 274.

garanti par l'article 5 Conv. Il suffit, dans ce dernier cas, d'une information en termes généraux, lors de l'arrestation, des motifs de celle-ci et de l'accusation portée contre l'intéressé²². Le chiffre 2, de l'article 5 Conv. n'exige pas que cette information soit fournie par écrit à la personne détenue²³. La lecture d'un mandat d'arrêt est suffisante²⁴. La Commission s'est montrée encore plus libérale : une information communiquée par bribes n'est pas contraire à la garantie ; ainsi un interrogatoire conduit par un juge d'instruction en plusieurs audiences, une confrontation de la personne arrêtée avec un témoin, sont suffisants aux yeux de la Commission pour que l'intéressé soit pleinement au courant des raisons de son arrestation et de la nature des charges qui pèsent sur lui²⁵. Cette jurisprudence surprend M. Buergenthal, qui estime au contraire que l'information communiquée doit donner rapidement à la personne arrêtée une indication claire et facile à comprendre des raisons de son arrestation et des motifs sur lesquels celle-ci est fondée²⁶.

b) *Droit d'être traduit aussitôt devant un juge et d'être jugé dans un délai raisonnable* (art. 5, chiffre 3 Conv.)

La personne arrêtée et détenue — parce qu'elle est soupçonnée d'avoir commis une infraction ou parce qu'il y a des motifs raisonnables de croire à la nécessité de l'empêcher de commettre une infraction ou de s'enfuir après l'accomplissement de celle-ci (art. 5, chiffre 1, litt. c) — « doit être traduite aussitôt devant un juge ou un magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires et a le droit d'être jugée dans un délai raisonnable, ou libérée pendant la procédure. La mise en liberté peut être subordonnée à une garantie assurant la comparution de l'intéressé à l'audience » (art. 5, chiffre 3 Conv.).

Personne, semble-t-il, ne s'est plaint à la commission d'avoir été gardé à vue pendant une longue durée sans avoir été amené à comparaître devant un juge. Par contre, la Commission a connu plusieurs affaires ayant trait à la durée de la détention préventive, soit la période écoulée entre l'arrestation et le jugement.

Tout d'abord le caractère « raisonnable » ou « déraisonnable » du délai qui s'écoule entre l'arrestation et le jugement doit s'apprécier, selon la Commission, non pas *in abstracto*, mais à la lumière de données concrètes²⁷.

De la jurisprudence de la Commission et des décisions des tribunaux de la République fédérale d'Allemagne qui se sont penchés sur la question,

²² Req. N° 343/57, Ann. II, p. 413, spéc., p. 463 ; Req. N° 2689/65 (DEL COURT), Rec. 22, p. 48.

²³ Req. N° 1211/61, Ann. V, p. 225, spéc., p. 229 ; Req. N° 2621/65, Rec. 19, p. 100.

²⁴ Req. N° 1216/61, Rec. 11, p. 1, spéc., p. 5.

²⁵ Req. N° 1936/63 (NEUMBISTER), Ann. VII, p. 225.

²⁶ *Op. cit.*, pp. 275 et ss.

²⁷ Req. N° 297/57, Ann. II, pp. 205 et ss., spéc., p. 211 ; Req. N° 222/56, Ann. II, p. 344 ; Req. N° 892/60, Ann. IV, p. 241, spéc., p. 253 ; Req. N° 1103/61, Ann. V, p. 169, spéc., p. 191.

il ressort que deux intérêts sont en présence, pour ne pas dire en conflit, lorsqu'il s'agit d'apprécier si la durée de la détention préventive est raisonnable ou déraisonnable : l'intérêt, d'une part, des autorités chargées de l'instruction d'établir les faits qui sont à la charge du prévenu et, d'autre part, l'intérêt du prévenu à sauvegarder sa liberté.

Il semble que, pour la Commission, la sauvegarde de la liberté individuelle a passé, jusqu'à maintenant, au second plan ; le caractère complexe d'une affaire à instruire peut justifier une longue détention préventive²⁹. Le prévenu, semble-t-il, n'a qu'à s'en prendre à lui-même s'il introduit des recours contre des actes de procédure d'instruction et prolonge ainsi la durée de la détention préventive. Il empêche ainsi de diligenter l'affaire au sujet de ses faits et gestes³⁰ et il ralentit l'instruction parce que, par exemple, le dossier judiciaire est constamment transmis d'un service à un autre³⁰. On a justement remarqué que l'exercice du droit reconnu à l'article 5, chiffre 4 Conv. de contester la légalité de la privation de la liberté devant une autorité judiciaire pouvait ainsi justifier une détention prolongée pendant la procédure, ce qui est pour le moins contradictoire³¹.

La Commission s'est également risquée sur le terrain de la déduction de la détention préventive : une détention préventive n'est pas anormalement prolongée, lorsque celle-ci a été prise en considération lors du calcul de la peine³². Dans un autre cas, elle a également admis qu'il n'y avait pas d'abus, bien que finalement la peine infligée ait été d'une durée plus courte que la période de la prison préventive³³ ; il est vrai que la Commission a jugé les circonstances du cas exceptionnelles : il s'agissait d'un délinquant d'habitude et l'Etat était en droit de se demander si le requérant du point de vue mental était pénalement responsable et si des sanctions normales étaient suffisantes et appropriées. Dans l'intérêt de la justice et de l'avenir du requérant lui-même, ces aspects de l'affaire rendaient nécessaire un examen consciencieux de la personnalité et de la responsabilité du requérant. Le prévenu a été puni finalement de dix mois d'emprisonnement, après avoir passé dix-sept mois en détention préventive. Il est difficile de prétendre, à la lecture des faits succincts reproduits dans la décision, que les autorités judiciaires internes ont manqué de diligence. Il n'en demeure pas moins que l'écart entre la durée de la peine et celle de la détention préventive laisse une impression désagréable³⁴.

Appréciant des cas où le plaignant mettait en cause la durée de la détention préventive, la jurisprudence allemande a aussi émis l'avis que

²⁹ Req. N° 297/57, Ann. II, p. 205, spéc., p. 211 ; Req. N° 2077/63, Ann. VII, p. 269.

³⁰ Req. N° 297/57, Ann. II, p. 205, spéc., p. 211.

³¹ Req. N° 530/59, Ann. III, p. 185, spéc., p. 193.

³² BUERGENTHAL, *op. cit.*, p. 278.

³³ Req. N° 222/56, Ann. II, p. 344, spéc., p. 347 ; ce raisonnement ne nous paraît pas pertinent pour des raisons que nous exposerons plus loin ; dans le même sens, PINTO, *op. cit.*, p. 116.

³⁴ Req. N° 1546/62, Ann. V, p. 249, spéc., p. 253.

³⁵ M. VASAK n'est pas non plus convaincu par cette décision, *op. cit.*, p. 25.

l'importance du délai dépend des difficultés de l'instruction, du temps écoulé depuis que l'infraction a été commise et du comportement de l'inculpé, lequel, en particulier, doit supporter une prolongation de sa détention préventive lorsque, par son comportement, l'instruction a été retardée. Le délai raisonnable sera dépassé si la durée de la détention préventive excède, sans qu'il y ait faute du détenu, la durée de la peine d'emprisonnement à laquelle il serait au maximum condamné si l'on tient compte raisonnablement de toutes les circonstances de l'affaire³⁵.

Mais cette jurisprudence fondée sur l'intérêt de l'instruction a reçu un correctif. L'argument selon lequel la durée de la détention préventive n'est pas déraisonnable tant qu'elle ne dépasse pas la durée prévisible de la peine a été écarté par une Cour d'appel allemande³⁶. A ce premier pas dans le sens d'une protection accrue des droits de l'individu s'en est ajouté un autre, provoqué par une détention préventive qui durait depuis six ans. Tout en admettant que l'on pouvait imposer à un prévenu une détention prolongée pour les besoins de l'enquête, un tribunal allemand a estimé qu'il y avait une limite à l'application du principe, lorsque la détention préventive brise le moral de la personne arrêtée, détruit sa volonté de se défendre et porte ainsi une atteinte profonde à sa personnalité³⁷. La loi sur la modification de la procédure pénale allemande (StPO und GVG) du 19 décembre 1964 donne une nouvelle réglementation de la détention préventive ; il s'en dégage la tendance générale de limiter la durée de la détention pendant la phase de l'instruction. Se fondant sur cette nouvelle législation, la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne a admis que la liberté personnelle du prévenu pouvait prévaloir sur l'intérêt des autorités d'instruction à le garder en détention³⁸.

Cette opinion doit être accueillie avec satisfaction. Si les difficultés rencontrées par un juge d'instruction pour établir la vérité peuvent à la rigueur justifier une détention prolongée, elles ne sauraient reporter aux calendes grecques la mise en jugement du prévenu. Celui-ci se trouve dans deux situations totalement différentes, lorsqu'il est en détention préventive et lorsqu'il est condamné. Malheureusement, dans une jurisprudence récente, la Cour européenne n'a pas pris en considération ce principe selon lequel il y a un délai au-delà duquel il est inadmissible de priver un homme de sa liberté, lorsque sa culpabilité n'a pas encore été reconnue par un jugement. Selon la Cour européenne, si aucune critique ne peut être soulevée contre la manière dont l'instruction a été conduite et que la longue détention trouve sa justification dans la complexité de l'affaire, trois ans et cinq mois de détention

³⁵ OBL/Bremen *N.J.W.* 13 (1960), p. 1265, traduction française Ann. III, p. 635 ; dans le même sens : OLG/Saarbrücken *N.J.W.* 13 (1960), p. 1731 ; Bundesverfassungsgericht *N.J.W.* 13 (1960), p. 1243, traduction française Ann. III, p. 629 ; OLG/Bremen *N.J.W.* 15 (1960), p. 2260 ; OLG/Bremen, traduction française Ann. V, p. 359.

³⁶ OLG/Saarbrücken *N.J.W.* 14 (1961), p. 377.

³⁷ LG/Köln *N.J.W.* 17 (1964), p. 1816.

³⁸ Bundesverfassungsgericht *N.J.W.* 19 (1966), pp. 243-245.

préventive ne présentent pas un caractère « déraisonnable »^{38 bis}. Si dans une autre affaire ayant trait à une détention préventive de deux ans, la Cour européenne a retenu une violation de la Convention, c'est uniquement parce que les autorités internes n'ont pas interrogé le prévenu pendant quinze mois³⁹.

c) *Droit de contester en justice la légalité de la détention* (art. 5, chiffre 4 Conv.)

La Convention s'est inspirée de l'*habeas corpus* britannique⁴⁰ en déclarant que « toute personne privée de sa liberté par arrestation ou détention a le droit d'introduire un recours devant un tribunal, afin qu'il statue à bref délai sur la légalité de sa détention et ordonne sa libération si la détention est illégale » (art. 5, chiffre 4 Conv.).

L'application de cette garantie n'a pas fait l'objet de nombreux litiges. La Commission a cependant posé deux principes fondamentaux : tout d'abord l'autorité de recours doit obéir au principe de l'égalité des armes énoncé à l'article 6, chiffre 1 Conv.⁴¹. S'agissant ensuite du recours prévu par l'article 5, chiffre 4 Conv., celui-ci doit avoir un caractère judiciaire et les juges ont l'obligation de statuer par priorité (« devant un tribunal » et « à bref délai »). Le contrôle judiciaire imposé par l'article 5, chiffre 4 Conv. doit porter sur la légalité de la mesure et non pas nécessairement sur son opportunité⁴².

d) *Droit à réparation en cas d'arrestation ou de détention contraire à la Convention* (art. 5, chiffre 5 Conv.)

La personne victime d'une arrestation ou d'une détention dans des conditions contraires aux dispositions de l'article 5 Conv. a droit à réparation (art. 5, chiffre 5 Conv.).

La Commission a précisé que le droit à la réparation de n'importe quel préjudice subi ne figure pas en tant que tel parmi les droits et libertés garantis par la Convention. L'article 5, chiffre 5 Conv. s'applique dans un cas bien déterminé : l'arrestation et la détention illégales, l'indemnité éventuelle étant due à la victime ou à ses ayants droit⁴³. De plus, une détention préventive ne devient pas *ipso facto* illégale parce que le prévenu a été acquitté⁴⁴.

^{38 bis} Arrêt WEMHOFF, in « Publications de la Cour européenne des droits de l'homme », Série A ; voir aussi l'opinion dissidente du juge ZEKIA critiquant cette jurisprudence.

³⁹ Arrêt NEUMEISTER, in « Publications de la Cour européenne des droits de l'homme », Série A.

⁴⁰ Voir PINTO, *op. cit.*, p. 114.

⁴¹ Req. N° 1936/63 (NEUMEISTER) Ann. VII, p. 225, *spéc.*, pp. 249 et ss. ; Req. N° 2178/64 (MATZNETTER), Ann. VII, p. 331, *spéc.*, p. 347 ; Req. N° 1850/63 (KÖPLINGER), Rec. 19, p. 71, *spéc.*, p. 85 ; sur le Principe de l'égalité des armes, voir *infra*, pp. 39 et ss.

⁴² Req. N° 858/60, Ann. IV, p. 225, *spéc.*, p. 239.

⁴³ Req. N° 1151/61, Rec. 7, p. 118, *spéc.*, p. 119.

⁴⁴ Req. N° 653/59, Rec. 3, p. 1, *spéc.*, p. 3.

L'article 5, chiffre 5 Conv. ne précise pas contre qui l'action doit être intentée ; dès lors, l'inexistence d'une voie de recours spéciale contre l'Etat ne viole pas l'article 5, chiffre 5 Conv.⁴⁵. Sans approfondir la portée de la garantie, la Commission semble avoir admis, par exemple, une procédure allemande prévoyant que celui qui prétend avoir été incarcéré par erreur doit déposer une demande en dommages-intérêts auprès des tribunaux civils ordinaires⁴⁶.

§ 3 : SITUATION EN DROIT SUISSE

a) La garantie fédérale de la liberté individuelle

Le droit à la liberté et à la sûreté trouve son pendant dans une institution fondamentale de l'ordre juridique suisse : la liberté individuelle. Sans doute la Constitution fédérale ne contient-elle aucune disposition à ce sujet, mais la plupart des cantons protègent la liberté physique, en précisant souvent la portée de la garantie par des règles qui ont trait à la procédure pénale. Toutefois, se fondant sur l'opinion dominante de la doctrine, le Tribunal fédéral a incliné la liberté individuelle dans le catalogue des droits constitutionnels fédéraux non écrits⁴⁷.

C'est à la lumière d'un arrêt récent du Tribunal fédéral⁴⁸ que nous tenterons de confronter l'ordre juridique suisse et la garantie de l'article 5 Conv.

Le Tribunal fédéral a procédé, tout d'abord, à une définition de la liberté individuelle : c'est la liberté physique, c'est-à-dire le droit de disposer librement de son corps. Elle protège la liberté d'aller et venir, d'une part, l'intégrité corporelle, d'autre part. La liberté individuelle s'étend également à des intérêts idéaux : « Il faut aussi qu'elle protège l'homme contre les atteintes qui tendraient, par un moyen quelconque, à restreindre ou supprimer la faculté qui lui est propre, d'apprécier une situation donnée et de se déterminer d'après cette appréciation. En effet l'existence de cette faculté constitue la condition d'exercice de nombreux droits constitutionnels. »⁴⁹ En présence de l'article 5 Conv., c'est seulement la garantie de la liberté physique qui retiendra notre attention.

Comme il se doit, la liberté individuelle n'est pas illimitée. Selon le Tribunal fédéral, le législateur cantonal peut la restreindre, à condition que l'atteinte repose sur une base légale et que la restriction soit dans l'intérêt public. Mais si la loi peut restreindre la liberté individuelle, elle ne saurait toutefois la faire dans une mesure qui équivaldrait

⁴⁵ Voir BUERGENTHAL, *op. cit.*, p. 281.

⁴⁶ Req. N° 89/55, Ann. 1, p. 226.

⁴⁷ ATF 89 I 92, spéc., pp. 97-98 ; dans le même sens : FLEINER-GJACOMETTI, *Schweizerisches Bundesstaatsrecht*, p. 241 ; ERWIN RUCK, *Schweizerisches Staatsrecht*, p. 119 ; HANS HUBER, *Probleme des ungeschriebenes Verfassungsrechts in Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins*, Vol. 91 bis (1953), pp. 95 et ss ; ANTOINE FAVRE, *Droit constitutionnel suisse*, p. 257 ; AUBERT, *Traité*, p. 772.

⁴⁸ ATF 90 I 29.

⁴⁹ ATF précité, p. 36.

à la supprimer ou la vider de sa substance. « Quant à dire quelles limitations sont possibles et quelles autres sont inadmissibles, c'est une question qu'il appartient aux autorités cantonales, le cas échéant au juge constitutionnel fédéral, de trancher de cas en cas. ⁶⁰ »

L'article 5 Conv. nous conduit à rechercher dans les règles de procédure pénale la base légale des atteintes permises à la liberté d'aller et venir, car comme le constate le Tribunal fédéral, c'est là que « les atteintes auxquelles la liberté individuelle est exposée y sont aussi les plus graves » ⁶¹. Une confrontation entre le droit suisse et le droit international se heurte cependant à une difficulté inhérente à notre système fédéral. Le droit interne, dans le domaine de la procédure, est réparti en vingt-sept systèmes différents ⁶², puisqu'en vertu de l'article 64 bis de la Constitution fédérale, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé, créant ainsi dans le domaine de la mise en œuvre du droit pénal un partage des compétences entre l'Etat fédéral et les cantons.

Il faudrait donc fouiller non seulement une multitude de textes législatifs, mais encore, pour tenter d'être complet, se pencher sur l'application de ces différentes règles : un tel examen dépasse le cadre de notre étude. Il nous est possible, toutefois, de prétendre que la garantie de la liberté individuelle est un principe connu des différents droits constitutionnels cantonaux qui respectent ainsi la garantie internationale ⁶³. A défaut d'une loi uniforme, les différentes lois cantonales présentent une similitude de formules qui toutes tendent à la protection de la liberté individuelle. L'adhésion de la Suisse à la Convention aurait le mérite, dans ce domaine particulier, d'apporter des principes généraux pour l'interprétation des normes cantonales.

Sans dire quelles limitations de la liberté physique sont possibles et quelles autres sont inadmissibles, le Tribunal fédéral s'est cependant réservé un droit de regard sur la législation cantonale qui nous incline à penser que toute règle cantonale qui ne respecterait pas les principes fondamentaux, tels qu'ils sont énoncés à l'article 5 Conv., serait déclarée contraire à la Constitution fédérale.

En vertu des règles qui régissent sa compétence, la Cour de droit public ne jouit pas du même pouvoir de contrôle en matière fédérale. Mais la loi fédérale sur la procédure pénale du 15 juin 1934 ⁶⁴ et la loi sur l'organisation judiciaire et la procédure pénale pour l'armée fédérale du 28 juin 1889 ⁶⁵ ne nous paraissent pas contenir des règles qui porteraient atteinte à la garantie internationale.

⁶⁰ ATF précité, p. 37.

⁶¹ ATF précité, p. 39.

⁶² 25 lois cantonales, deux lois fédérales, civile et militaire.

⁶³ Voir François CLERC, *Etat de droit et procédures pénales dans les constitutions cantonales, Strafprozess und Rechtsstaat*, in « *Festschrift Pfenniger* », pp. 207 et ss., spéc., p. 215.

⁶⁴ RS 3, p. 295 et RO 1959, p. 931, RO 1965, p. 913.

⁶⁵ RS 3, p. 451 et RO 1951, p. 450.

b) *L'internement administratif*

Il existe d'autres règles cantonales privatives de liberté dont la conformité à la garantie de la liberté individuelle soulève quelques doutes : il s'agit de l'internement administratif. Cette institution repose sur deux sources matérielles différentes : l'une est prévue par l'article 42 du Code pénal suisse ; elle est fédérale, et sous la rubrique : « mesures de sûreté » vise l'internement des délinquants d'habitude ; l'autre est fondée sur des dispositions cantonales. Les cantons ont en effet la compétence de prendre des mesures contre les personnes qui, sans commettre de délit, sont dégradées par le vagabondage, l'ivrognerie ou la paresse et nuisent de la sorte à la société. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de proclamer que la législation fédérale sur l'internement des délinquants d'habitude n'empêchait pas les cantons d'édicter des mesures cantonales sur l'internement administratif ⁵⁶.

On n'a pas manqué de signaler que ces deux systèmes d'internement n'accordaient pas à l'individu des garanties égales, et qu'une distinction s'imposait selon que la privation de la liberté reposait sur la loi fédérale ou sur une loi cantonale ⁵⁷. Le Tribunal fédéral, en effet, en vertu de sa compétence pleine et entière en matière de droit pénal, applique de façon restrictive l'article 42 du Code pénal et laissait, autrefois, en tant que Cour de droit public, une marge d'appréciation aux cantons, lorsqu'il s'agissait d'interner un individu en vertu d'une législation cantonale : « le Tribunal fédéral, qui cassera un jugement de 15 jours d'emprisonnement contre un vagabond, ne s'occupera pas de l'envoi simultané de la même personne, pour cinq ans, dans une prison, à titre d'internement administratif » ⁵⁸.

Cette critique n'est heureusement plus fondée aujourd'hui, puisque le Tribunal fédéral, comme nous l'avons vu, a laissé entendre qu'à l'avenir, la Cour de droit public statuera avec un plein pouvoir d'examen, lorsque l'atteinte portée à la liberté individuelle sera particulièrement grave.

Comme nous l'avons observé ⁵⁹, la Convention ne met pas en cause le fondement de l'internement administratif (art. 5, chiffre 1, litt. e). Les cantons restent donc libres de prévoir un internement à titre préventif. Mais c'est l'absence dans certains cantons d'une voie de recours de caractère judiciaire qui soulève la question de la conformité de notre législation interne aux exigences de l'article 5, chiffre 4 Conv. Déjà en 1944, M. Picot avait exprimé ses inquiétudes à ce sujet et préconisé l'institution d'un recours à une autorité judiciaire ⁶⁰. D'une manière générale, M. Zwahlen remarque que le système de l'administrateur-juge

⁵⁶ ATF 53 I 107 ; 73 I 42.

⁵⁷ Albert PICOT, *L'Etat fondé sur le droit et le droit pénal*, in « RDS », vol. 63 (1944), pp. 201a et ss, spéc., pp. 265a et ss.

⁵⁸ PICOT, *op. cit.*, pp. 272a-273a.

⁵⁹ Voir *supra*, pp. 25 et ss.

⁶⁰ PICOT, *op. cit.*, p. 273a.

n'est pas satisfaisant, parce que les procédures de recours à l'intérieur de l'administration n'inspirent guère confiance ⁶¹.

Lorsque la Suisse a engagé la procédure d'adhésion au Statut du Conseil de l'Europe, le Conseil fédéral a mentionné cette carence dans l'organisation judiciaire de certains cantons ⁶² et la doctrine n'a pas manqué de relever cette incompatibilité entre le droit suisse et la Convention ⁶³.

Certains cantons ne prévoient aucun recours et une seule autorité se prononce sur l'internement administratif. L'intéressé n'a aucun moyen de droit cantonal pour contester devant une autorité administrative ou judiciaire la légalité de sa détention. D'autres cantons prévoient un recours, mais à une autorité administrative; ils sont également en-deçà des exigences de la Convention. Enfin, des cantons ont prévu une voie de recours à une autorité judiciaire: leur législation est conforme aux exigences de la Convention ⁶⁴. Le canton de Berne est un canton modèle en matière d'internement administratif: il a pris soin de comparer sa nouvelle législation avec la Convention ⁶⁵. Il a prévu un recours au Tribunal administratif contre les décisions de placement (on ne parle plus d'internement) prononcées par le Conseil exécutif.

Ne pourrait-on pas remédier à l'absence de recours judiciaire dans certains cantons par un contrôle direct et par priorité du Tribunal fédéral? Avant l'arrêt 90 I 29, la Cour de droit public n'avait que des pouvoirs très limités: l'interprétation des lois cantonales portant atteinte à la liberté individuelle lui était étrangère; elle n'appréciait les décisions cantonales incriminées que sous l'angle de l'arbitraire. Ainsi le rejet d'un recours ne signifiait pas nécessairement que la décision attaquée était conforme au droit. Tel n'est plus le cas aujourd'hui, le Tribunal fédéral jouit d'un plein pouvoir d'examen, de telle sorte que l'instance de recours à caractère judiciaire qui fait défaut dans certains cantons existerait en matière fédérale ⁶⁶. Toutefois, comme on l'a fait remar-

⁶¹ Henri ZWAHLEN, *Le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons*, in « RDS », vol. 66 (1947), pp. 95 a et ss, spéc., p. 113 a.

⁶² FF 1962 II, p. 1073, spéc., p. 1088.

⁶³ Voir Dietrich SCHINDLER, *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz*, in Separatabdruck aus der « Neuen Zürcher Zeitung », Nr. 3314 und 3323 vom 8. und 9. August 1964, p. 9; voir également Otto K. KAUFMANN, *Frauen, Italiener, Jesuiten, Juden und Anstaltsversorgte, Vorfagen eines Beitritts der Schweiz zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, in « Stillstand und Vorentwicklung im Schweizerischen Recht, Festgabe der Juristischen Abteilung der Hochschule Skt.-Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften und des Stk.-Gallischen Juristenvereins zum Schweizerischen Juristentag, 1965 in Ssk.-Gallen », pp. 245 et ss, spéc., p. 261.

⁶⁴ Sur l'état des législations cantonales, voir Peter BOSSART, *Persönliche Freiheit und administrative Versorgung*, thèse, Zurich, 1965, pp. 71 et ss, avec la réserve que l'arrêt neuchâtelois concernant l'internement administratif de personnes s'adonnant habituellement à l'inconduite du 19 décembre 1939 a été abrogé le 16 décembre 1963.

⁶⁵ Voir *Message du Grand Conseil du Canton de Berne*, mai 1965, p. 23.

⁶⁶ A ce propos, M. FAVRE indique qu'en 1966 huit recours ont été adressés au Tribunal fédéral pour détention prétendument illégale qui ont été jugés dans des délais allant de 5 à 55 jours (La Convention européenne des droits de l'homme, Questions choisies, cité ci-après: « Questions choisies », in *Annuaire suisse de droit international*, vol. 23 (1966), pp. 9 et ss., spéc., p. 36.). L'article 5, chiffre 4 Conv. exige, à notre avis, une décision beaucoup plus rapide.

quer⁶⁷, pour saisir la Cour de droit public, l'intéressé doit épuiser, au préalable, les voies de recours cantonales, puisque la protection de la liberté individuelle ne figure pas parmi la liste des droits constitutionnels dont la violation peut être portée directement devant la Cour de droit public (art. 86, al. 2 OJ). Dès lors, on ne saurait parler d'un recours à bref délai devant un tribunal au sens de l'article 5, chiffre 4 Conv. Pour parer à cette difficulté, il suffirait, selon M. Kaufmann, d'ajouter le droit à la liberté individuelle au catalogue des libertés constitutionnelles pour lesquelles la loi sur l'organisation judiciaire n'exige pas l'épuisement préalable des voies de recours cantonales. Le recours direct au Tribunal fédéral ne serait recevable que pour les cantons qui n'auraient pas prévu une instance judiciaire de recours répondant aux exigences de la Convention. Cette suggestion aurait le mérite, par la seule modification d'une loi fédérale, d'éviter un conflit entre certains droits cantonaux et la garantie internationale.

c) *Le droit à réparation en cas d'arrestation ou de détention illégales*

Cette question est tranchée par les différentes législations cantonales, mais malgré l'éparpillement des dispositions légales, nous sommes autorisés à affirmer que le droit à réparation accordé à une personne victime d'une arrestation ou d'une détention illégales (art. 5, chiffre 5 Conv.) est garanti en droit suisse⁶⁸. Certains cantons, et en tous cas la Confédération⁶⁹, admettent leur responsabilité pour les privations, non seulement illégales, mais injustifiées, « par quoi il faut entendre qu'une personne, arrêtée conformément à la loi, a finalement été reconnue innocente, de sorte que cette captivité forcée apparaît comme un malheureux concours de circonstances »⁷⁰.

La Convention ne prévoit aucune mise en œuvre particulière du droit à réparation⁷¹, si bien que les différents systèmes que l'on rencontre dans les droits fédéral et cantonaux, que ce soit la responsabilité directe ou indirecte de l'Etat, ne sont pas en contradiction avec le droit international.

⁶⁷ Voir KAUFMANN, *op. cit.*, p. 261.

⁶⁸ Voir Argente RIGHETTI, *La riparazione all'imputato e all'accusato e il giudizio sulla spesa in caso di abbandono del procedimento penale o di assoluzione nel diritto cantonale e nel diritto federale* (art. 122, procedura penale federale) in particolare de lege ferenda, in « RDS », vol. 79 (1960) IX, pp. 421a et ss, spéc., pp. 465a et ss et 472a.

⁶⁹ Art. 122, 176, 237 PPF.

⁷⁰ François CLERC, *De la responsabilité de l'Etat pour le fonctionnement de la justice pénale*, in « RPS », vol. 75 (1959), p. 366 et ss, spéc., p. 372.

⁷¹ Voir *supra*, p. 30.

CHAPITRE V

Le droit à une bonne administration de la justice (art. 6 Conv.)

La Convention s'inquiète aussi de la mise en œuvre du droit. Elle prévoit à son article 6 diverses règles d'ordre procédural destinées à assurer une bonne administration de la justice. Avec l'article 5 Conv., c'est l'article 6 Conv. qui est le plus souvent invoqué devant les organes internationaux.

Comme pour l'article 5 Conv., la définition de la garantie de l'article 6 Conv. est libellée sous une forme détaillée qui n'exclut pas cependant toute difficulté d'interprétation, d'autant plus que la Commission se garde d'énoncer dans ses décisions des principes solidement établis.

Les règles édictées par l'article 6 Conv. se divisent en deux groupes. Le premier concerne les règles relatives aux affaires appelant une décision sur les droits et obligations de caractère civil et sur le bien-fondé d'accusations en matière pénale (art. 6, chiffre 1 Conv.). Le second proclame des règles fondamentales relatives aux droits des accusés (art. 6, chiffres 2 et 3 Conv.).

§ 1 : RÈGLES RELATIVES A L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE
EN MATIÈRE CIVILE ET PÉNALE (art. 6, chiffre 1 Conv.)

a) *Domaine d'application de l'article 6, chiffre 1 Conv.*

Selon l'article 6, chiffre 1 Conv. « toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice. »

L'article 6, chiffre 1 Conv. s'applique donc aux procédures relatives à des contestations sur des droits et obligations de caractère civil et au bien-fondé d'accusations en matière pénale. C'est la nature de l'affaire et non celle du tribunal saisi qui détermine si l'article 6, chiffre 1 Conv. est applicable ou non¹. La Convention n'établit aucune distinction

¹ Dans le même sens VASAK, *op. cit.*, p. 38.

d'ordre organique entre les différentes sortes de tribunaux². C'est aussi l'avis de la Commission : la question de savoir si un droit ou une obligation est de caractère civil aux termes de l'article 6, chiffre 1 Conv. ne dépend pas de la procédure particulière prescrite par le droit interne pour trancher la contestation, mais uniquement de la prétention elle-même et de son objet³. Ainsi, si l'article 6 Conv. ne garantit pas le droit de porter plainte et d'exiger l'ouverture de poursuites pénales contre des tiers⁴, la Commission a estimé que celui qui dépose plainte pour diffamation a droit à la protection de l'article 6, chiffre 1 Conv., parce qu'en cherchant à réhabiliter son honneur il faisait valoir un droit de caractère civil⁵. Les notions de « droits et contestations de caractère civil » et d'« accusation pénale » ne sautaient s'interpréter comme un simple renvoi au droit interne de la Haute Partie Contractante mise en cause, mais comme une notion autonome qu'il faut interpréter indépendamment des droits internes⁶ ; on a justement remarqué que, s'il est relativement facile de définir une accusation en matière pénale, la notion de « droits et obligations de caractère civil » est, par contre, beaucoup plus difficile à définir⁷.

La Commission s'est cependant trompée dans une décision N° 1329/62⁸. Il s'agit d'une mère divorcée qui demande de pouvoir exécuter son droit de visite. Le ministère de la justice du pays en cause, compétent pour prendre la décision, rejette la requête de la mère et suspend son droit de visite. S'adressant à la Commission, la mère se plaint, entre autres griefs, qu'elle n'a pas pu faire valoir ses droits de caractère civil devant un tribunal ainsi que le prescrit l'article 6, chiffre 1 Conv. Au lieu de considérer la nature de la prétention de la mère qui, sans aucun doute, a la caractéristique d'un droit civil, la Commission répond que l'article 6 Conv. ne s'applique qu'à la procédure devant les tribunaux et que le ministère de la justice en question est une autorité purement administrative qui se trouve en dehors du champ d'application de l'article 6, chiffre 1 Conv.

Rien n'empêcherait, si l'on suivait aveuglément cette jurisprudence, qu'un individu puisse être condamné à la prison à vie par une autorité administrative au mépris des règles de l'article 6 Conv. Cette décision, unique en son genre à notre connaissance, est mal fondée. Ce n'est pas la distinction formaliste entre les procédures administrative, civile ou

² Voir Jacques VELU, *Le problème de l'application aux juridictions administratives des règles de la Convention européenne des Droits de l'homme relatives à la publicité des audiences et des jugements*, in « Revue de droit international et de droit comparé », 1961, N° 3-4, pp. 129 et ss, spéc., p. 135.

³ Req. N° 808/60 (ISOP), Ann. V, p. 109, spéc., p. 123 ; Req. N° 1931/63, Ann. VII, p. 213, spéc., p. 223 ; Req. N° 2145/64, Rec. 18, p. 1, spéc., p. 16.

⁴ Req. N° 1599/62, Ann. VI, p. 349, spéc., p. 355 ; Req. N° 858/60, Ann. IV, p. 225 ; Req. N° 1420/62, 1477/62 et 1478/62, Ann. VI, p. 591 ; Req. N° 1794/63, Rec. 20, p. 8, spéc., p. 24.

⁵ Req. N° 808/60 (ISOP) Ann. V, p. 109, spéc., p. 123.

⁶ Req. N° 1931/63, Ann. VII, p. 213, spéc., p. 223.

⁷ Voir VASAK, *op. cit.*, p. 39.

⁸ Ann. V, p. 201, spéc., p. 209.

pénale, mais la nature de la prétention, civile ou pénale, qui détermine l'application de l'article 6 Conv.⁹.

La méthode instaurée par la Convention permet d'exclure certaines procédures instituées par les Etats contractants du champ d'application de l'article 6 Conv. Par exemple, la procédure qui se déroule devant une cour administrative relative au droit d'être nommé à une fonction publique ne doit pas nécessairement respecter les règles de procédure de l'article 6, chiffre 1 Conv., parce qu'il ne s'agit pas d'une contestation sur des droits et obligations de caractère civil¹⁰. Il en est de même pour les procédures de taxation fiscale¹¹. Une accusation en matière disciplinaire est exclue de l'article 6, chiffre 1 Conv.¹². Celui qui est l'objet d'une mesure d'expulsion administrative ne peut se prévaloir de l'article 6 Conv.¹³, à moins que l'intéressé soit inculpé, prévenu ou accusé d'une infraction pénale. La Commission a également décidé qu'une procédure d'extradition n'est pas régie par l'article 6 Conv., l'intéressé n'étant pas accusé d'une infraction, au sens propre du terme. L'autorité compétente n'est appelée à se prononcer que sur la question de savoir si la personne doit être extradée ou non, même si l'existence d'une infraction est la cause première de la procédure d'extradition, car la constatation de l'infraction elle-même relève des tribunaux répressifs qui sont, eux, par contre, soumis aux exigences de l'article 6 Conv.¹⁴.

Il existe aussi des procédures qui ont des liens étroits avec le droit pénal, mais qui sont pourtant exclues du champ d'application de l'article 6 Conv. La Commission a proclamé, à plusieurs reprises, que la procédure en revision d'une condamnation pénale n'entrait pas dans le cadre de la garantie. L'intéressé ne possède plus la qualité d'« accusé », mais bien celle de condamné, car il se heurte à l'autorité de la chose jugée et s'efforce précisément de la renverser en produisant des faits et moyens de preuve nouveaux¹⁵. L'Etat-membre est donc libre d'organiser la procédure en revision d'une condamnation pénale comme il l'entend. A fortiori, le droit à la revision d'un procès pénale n'est pas garanti par la Convention¹⁶. Cependant il va de soi que si une demande en réouverture d'une procédure pénale est admise, la garantie de l'article 6 Conv. s'applique à la nouvelle procédure, que les faits retenus à la charge du prévenu soient les mêmes ou nouveaux¹⁷.

⁹ Dans le même sens, BUERGENTHAL, *op. cit.*, p. 295.

¹⁰ Req. N° 423/58, Rec. 1, p. 1.

¹¹ Req. N° 1904/63, 2029/63, 2094/63 et 2217/64, Rec. 19, p. 106, *spéc.*, p. 115; Req. N° 2248/64, Rec. 22, p. 23.

¹² Req. N° 734/70, Rec. 6, p. 29; Req. N° 2413/65, Rec. 23, p. 1, *spéc.*, p. 8; Req. N° 2793/66, Rec. 23, p. 125.

¹³ Req. N° 858/60, Ann. IV, p. 225, *spéc.*, pp. 237-239.

¹⁴ Req. N° 1918/63, Ann. VI, p. 485, *spéc.*, p. 493.

¹⁵ Req. N° 914/60, Ann. IV, p. 373, *spéc.*, p. 377; Req. N° 913/60, Rec. 8, p. 43; Req. N° 1098/61, Rec. 8, p. 50; Req. N° 2369/64, Rec. 23, p. 21, *spéc.*, p. 25.

¹⁶ Req. N° 704/60, Rec. 3, p. 1; Req. N° 1237/61, Ann. V, p. 97, *spéc.*, p. 101.

¹⁷ Req. N° 2136/64, Ann. VII, p. 299, *spéc.*, p. 307; dans le même sens BUERGENTHAL, *op. cit.*, p. 296.

Les procédures subséquentes à une condamnation relatives à l'octroi d'une mesure de grâce¹⁸, d'une libération conditionnelle¹⁹ ou à la révocation d'une remise conditionnelle de peine²⁰ ne relèvent pas de l'article 6 Conv., l'intéressé ayant également perdu sa qualité d'accusé.

Peut-on affirmer que l'examen de la recevabilité d'un recours par une autorité judiciaire se trouve en dehors du cadre de l'article 6 Conv. ? En instituant la Cour constitutionnelle fédérale, la République fédérale d'Allemagne a établi certaines règles définissant les conditions dans lesquelles un recours peut être introduit devant cette juridiction. Ces conditions de saisine sont examinées par un « Comité de Trois Juges », qui peut rejeter le recours, sans motif, au cours d'une audience non publique. Cette manière de procéder, à première vue, est contraire à l'article 6 Conv. Cependant, la Commission a constaté que si, dans une certaine mesure, le « Comité des Trois Juges » pouvait se prononcer sur le bien-fondé de la requête, la fonction essentielle du Comité n'est pas de juger l'affaire elle-même, mais de décider si les conditions de saisine de la Cour étaient bien remplies. Cette décision ne consiste pas, dès lors, à prendre une « décision relative soit à une contestation sur les droits et obligations de caractère civil, soit au bien-fondé d'une accusation en matière pénale ». La Commission a conclu que le « Comité des Trois Juges » n'était pas un tribunal au sens de l'article 6 Conv.²¹. La distinction de la Commission entre la recevabilité et le bien-fondé du recours nous paraît, dans le cas particulier, artificielle. Il ne serait pas prudent de tirer de cette jurisprudence le principe général que les règles régissant la saisine d'une autorité judiciaire échappent à la garantie internationale, d'autant plus que l'article 6 Conv. contient précisément des règles de procédure. La Commission a d'ailleurs exprimé une certaine réserve.

Les quelques exemples que nous avons tirés de la jurisprudence de la Commission nous montrent qu'il n'est pas toujours facile de déterminer quand l'article 6 Conv. est applicable aux procédures internes. Ils nous indiquent tout au plus une méthode.

Le domaine d'application de l'article 6 Conv. ainsi précisé, il reste à examiner les droits que la garantie internationale accorde au justiciable.

b) *Droit à ce que la cause soit entendue équitablement*

L'article 6 Conv. ne définit pas la notion de procès équitable.

En matière pénale, la Commission a constaté que les chiffres 2 et 3, de l'article 6 Conv. énumèrent certains éléments essentiels du procès équitable. Mais le terme : « notamment » qui figure au chiffre 3 indique clairement que la liste des droits n'est pas limitative, mais exemplative.

¹⁸ Req. N° 1135/61, Ann. VI, p. 195, spéc., p. 205 ; Req. N° 1127/61, Rec. 8, p. 9.

¹⁹ Req. N° 606/59, Ann. IV, p. 341 ; Req. N° 369/58, Ann. II, p. 382 ; Req. N° 1760/63, Rec. 20, p. 1.

²⁰ Req. N° 1140/61, Rec. 8, p. 57, spéc., p. 62.

²¹ Req. N° 436/58, Ann. II, p. 386, spéc., p. 389 ; Req. N° 441/58, Ann. II, p. 391, spéc., p. 395.

De telle sorte que, même si les garanties prévues aux chiffres 2 et 3 étaient respectées, un procès pourrait ne pas être équitable selon le chiffre 1, de l'article 6 Conv. ²².

De la notion de procès équitable, la Commission a tiré le principe de l'égalité des armes, selon lequel aucun argument de l'accusation ne doit être inconnu de la défense ²³. Ce principe a été proclamé au cours de l'examen des règles de procédure autrichienne relatives aux recours en appel et en cassation.

Quatre requérants, MM. Ofner ²⁴, Hopfinger ²⁵, Pataki ²⁶ et Dunshirn ²⁷ se sont plaints que leurs pourvois en appel et en cassation devant la Cour d'appel et la Cour suprême d'Autriche étaient contraires à l'article 6 Conv., parce qu'ils avaient été examinés en leur absence et celle de leurs avocats, mais en présence du procureur général qui avait été entendu par la Cour. Du fait du caractère non contradictoire de la procédure, l'équilibre entre les parties a été rompu au profit de l'une d'elles. La cause n'était plus entendue équitablement.

Tout d'abord, la Commission a défini l'égalité des armes, c'est-à-dire l'égalité dans la procédure entre l'accusé et le ministère public comme un élément inhérent à tout procès équitable. Cet élément trouve son fondement dans le chiffre 1, de l'article 6 Conv. ²⁸.

Dans le cas des affaires Ofner et Hopfinger, la Commission, au cours de son enquête, a été amenée à constater que ni le requérant, ni son avocat, ni le procureur général n'assistaient à l'audience de la Cour suprême ²⁹, de telle sorte que le principe d'égalité n'a pas été violé. Le procureur général s'est borné, en un seul mot, à manifester son accord en écrivant : « einverstanden » sur le rapport du juge qui lui avait été soumis. Le ministère public n'a pas joué un rôle actif au détriment de la défense ³⁰. Chargé de mettre un terme à ces deux procédures, le Comité des ministres a entériné l'avis de la Commission ³¹.

S'agissant des cas Pataki et Dunshirn, le procureur général, au contraire, présent, fut entendu par le tribunal, alors que ni les prévenus, ni leurs avocats n'ont été admis à comparaître devant la Cour ³². Bien que la Commission n'ait pu établir avec certitude si le ministère public avait pris une part active aux délibérations de la Cour, le fait qu'il ait été présent et qu'il ait eu la possibilité d'influencer les membres de la Cour sans que la défense ait bénéficié du même droit, a suffi pour

²² Voir *Extrait du Rapport de la Commission européenne des Droits de l'homme*, Affaire NIELSEN, in Ann. IV, pp. 491 et ss, spéc., pp. 549-551.

²³ Req. N° 1035/61, Ann. VI, p. 181, spéc., p. 191.

²⁴ Req. N° 524/59, Ann. III, pp. 323 et ss.

²⁵ Req. N° 617/59, Ann. III, pp. 371 et ss.

²⁶ Req. N° 596/59, Ann. III, pp. 357 et ss.

²⁷ Req. N° 789/60, Ann. IV, pp. 187 et ss.

²⁸ Ann. VI, pp. 697 et 731-733.

²⁹ Ann. VI, pp. 693-695.

³⁰ La Commission a confirmé cet avis dans deux décisions ultérieures : Req. N° 1135/61, Ann. VI, p. 195 et Req. N° 1793/62, Ann. VI, p. 459.

³¹ Voir *Résolution*, in « Ann. VI », pp. 709 et ss.

³² Ann. VI, pp. 725-729.

créer une inégalité incompatible avec la notion de procès équitable³³. Mais comme l'Autriche a procédé, au cours de l'examen de ces deux affaires par la Commission, à une modification de la procédure devant la Cour d'appel qui respecte le principe de l'égalité des armes et qu'elle a, au surplus, promulgué une loi permettant aux requérants lésés de faire réexaminer leurs causes³⁴, la Commission a transmis son rapport au Comité des ministres en lui proposant de ne pas donner suite aux affaires Pataki et Dunshirn. Le Comité des ministres a entériné cette proposition³⁵.

Quatorze requêtes qui invoquaient des griefs identiques contre la législation autrichienne ont été déclarées recevables par la Commission et n'ont pas eu de suite pour les mêmes raisons³⁶.

Un autre exemple nous montre à quel point la Commission répugne à prendre des décisions de principe³⁷. A première vue, il semble que la procédure appliquée dans une affaire qui s'est déroulée devant la Cour de cassation de Berlin est contraire à la Convention, puisque la Cour a rendu son arrêt après consultation du procureur général et du ministère berlinois de la Construction, sous la forme de mémoire dont la défense n'a pas eu connaissance. Examinant *in concreto* si l'égalité des armes a été violée, la Commission est parvenue à la conclusion que le requérant n'avait pas été lésé : les mémoires ne contenaient aucun argument nouveau qui n'avait été préalablement débattu devant l'instance inférieure, mise à part une « idée relativement nouvelle jetée dans la controverse », mais qui ne se reflète aucunement dans l'arrêt de la Cour de cassation.

Si le premier motif, selon lequel les deux mémoires ne contenaient aucun argument nouveau, est, à la rigueur, admissible, il nous paraît, par contre, peu satisfaisant qu'une « idée relativement nouvelle », inconnue de la défense, ne viole pas le principe de l'égalité des armes, parce qu'elle ne se reflète pas dans la décision. Cette « idée » a tout de même pu influencer les juges. La Commission s'était montrée plus sévère en examinant les requêtes Pataki et Dunshirn, où le seul fait que la présence du ministère public aurait pu influencer le tribunal était considéré comme une inégalité incompatible avec la notion du jugement équitable³⁸. Il est vrai que la Commission n'a pas manqué de signaler qu'il eût mieux valu donner l'occasion à la défense de répondre aux deux mémoires.

De l'égalité des armes, la Commission a tiré en outre la conclusion que le tribunal n'a pas l'obligation d'entendre les parties oralement,

³³ Ann. VI, p. 733.

³⁴ Voir les nouveaux textes législatifs autrichiens in « Ann V », pp. 345 et ss et VI, pp. 805 et ss.

³⁵ Voir *Résolution*, in « Ann. VI », pp. 737 et ss.

³⁶ Voir la requête de principe N° 834/60, Ann. VI, pp. 141 et ss et *Résolution* (64) DH 1 du Comité des Ministres, in « Ann. VII », pp. 435 et ss.

³⁷ Req. N° 1169/61, Ann. VI, p. 521, spéc., pp. 573-575.

³⁸ Voir *supra*, pp. 40 et ss.

pourvu que celles-ci aient la possibilité, en toute égalité, d'exposer leurs arguments par écrit ³⁹.

Mais l'« égalité des armes » n'est pas la seule notion que la Commission a tiré du droit au procès équitable. Elle a examiné d'autres règles de procédure.

Si le droit de comparaître en personne devant un tribunal n'est pas un élément essentiel du droit à un procès équitable, toute partie doit, cependant, avoir la possibilité d'exposer sa cause au tribunal dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse ⁴⁰. La comparution personnelle paraît, par contre, indispensable à la Commission, lorsque le caractère et le comportement personnels de l'une des parties contribuent directement à former l'opinion du tribunal. Ainsi en sera-t-il, dans une affaire civile, lorsqu'un père, à la suite d'un divorce, demande à un tribunal de pouvoir exercer son droit de visite ⁴¹. Par contre, la comparution personnelle n'est pas nécessaire devant une Cour de cassation pénale qui n'apprécie que des questions de droit et ne statue pas sur la matérialité des faits, ni sur la culpabilité de l'intéressé. Une procédure entièrement écrite n'est pas contraire à l'article 6, chiffre 1 Conv. ⁴².

La Commission n'a pas jugé contraire à la Convention la réglementation allemande qui ne permet pas aux avocats de comparaître devant les tribunaux de travail, lorsque la valeur litigieuse est inférieure à 300 DM, sauf si leur présence paraît nécessaire pour la sauvegarde des droits des parties ⁴³.

Citons encore qu'un tribunal n'a pas l'obligation de fonder sa décision sur les déclarations sous serment de l'une ou l'autre partie ⁴⁴ et qu'une partie en cause doit s'informer de la marche de la procédure et, par exemple, communiquer son adresse pour qu'on puisse lui notifier un jugement. A défaut, l'expiration d'un délai pour l'utilisation d'une voie de recours ne constitue pas une violation de l'article 6 Conv. ⁴⁵.

Trois décisions de la Commission retiendront encore notre attention dans ce vaste domaine du « procès équitable ».

Il est notoire que la *presse* parlée ou écrite s'intéresse au déroulement des procès pénaux avec une intention qui n'est pas toujours compatible avec les intérêts propres de la justice ; c'est ainsi que la Commission a jugé qu'une campagne de presse virulente contre un prévenu pouvait mettre en cause le principe du « procès équitable », avec une influence d'autant plus néfaste si des juges laïques participent à l'administration de la justice ⁴⁶.

³⁹ Req. N° 599/59, Rec. 8, p. 12, spéc., p. 19.

⁴⁰ Req. N° 1092/61, Ann. V, p. 211.

⁴¹ Req. N° 434/58, Ann. II, p. 355, spéc., p. 371.

⁴² Req. N° 1169/61, Ann. VI, p. 521, spéc., p. 571.

⁴³ Req. N° 1013/61, Ann. V, p. 159, spéc., p. 165.

⁴⁴ Req. N° 911/60, Ann. IV, p. 199, spéc., p. 223.

⁴⁵ Req. N° 1059/61, Ann. V, p. 263.

⁴⁶ Req. N° 1476/62, Rec. 11, p. 31, spéc., pp. 41-43.

La Commission a aussi examiné la question de la *motivation* des jugements. En fait, pour être plus précis, la Commission n'a posé aucun principe en la matière. Elle a apprécié un cas d'espèce, mais le soin qu'elle a mis pour examiner si une décision sans motif violait ou non la notion de « cause entendue équitablement » nous conduit à prétendre que le justiciable est en droit, en principe, de connaître les motifs qui ont amené un tribunal à prendre sa décision ; il s'agit du jugement d'une Cour d'appel allemande qui a précisément rejeté un pourvoi sans indiquer de motifs ⁴⁷.

La Commission a émis l'avis suivant : lorsque, au cours de la deuxième instance, seuls les points de droit sont examinés, on peut considérer qu'en rejetant un pourvoi comme manifestement mal fondé, sans donner de motifs détaillés, l'autorité de recours a confirmé la décision du tribunal inférieur, ainsi que les motifs indiqués par celui-ci. Mais si un nouveau recours est offert au recourant, on pourrait se demander, dit la Commission, si la notion de « cause entendue équitablement », au sens de l'article 6, chiffre 1 Conv., ne pourrait pas signifier qu'un tribunal doit exposer en détail les motifs de sa décision, afin que, sur appel de celle-ci, les droits de la défense puissent être convenablement sauvegardés. Mais, en l'espèce, la décision était définitive ; aucun recours ordinaire n'était ouvert au requérant. Il est vrai que le requérant pouvait encore introduire un recours constitutionnel. Cependant les motifs du pourvoi constitutionnel ne sont pas les mêmes : la décision du tribunal inférieur est appréciée en vertu des règles de la Constitution et non plus en vertu de la loi particulière invoquée dans le pourvoi en appel.

Troisième décision importante : la Commission a admis que les individus pouvaient *renoncer* à l'exercice des droits définis à l'article 6, chiffre 1 Conv. ⁴⁸. Un professeur de nationalité allemande conclut un contrat de travail avec une école allemande sise en Espagne. Le contrat s'accompagna d'une clause compromissaire prévoyant qu'un représentant de la République fédérale d'Allemagne arbitrerait les différends éventuels. Licencié par son école, le professeur doit soumettre sa cause au Consul général d'Allemagne en Espagne, autorité compétente selon la clause compromissaire, qui déclare la résiliation régulière.

La Commission a tout d'abord constaté que le requérant n'avait pas eu la possibilité de saisir un tribunal répondant aux exigences de l'article 6 Conv. pour faire valoir son droit. Cette situation résulte de la clause compromissaire qui « s'analyse juridiquement en une renonciation partielle à l'exercice des droits que définit l'article 6, chiffre 1 Conv. ; rien, dans le texte de cet article ni d'aucun article de la Convention n'interdit pareille renonciation » ⁴⁹.

Cette décision, unique en son genre à notre connaissance, pose le problème plus général de l'efficacité de la Convention. C'est ainsi que M. Vasak souligne que « cette position (de la Commission) mériterait

⁴⁷ Req. N° 1035/61, Ann. VI, p. 181, *spéc.*, p. 193.

⁴⁸ Req. N° 1197/61, Ann. V, p. 89.

⁴⁹ Req. N° 1197/61, Ann. V, pp. 89 et *es, spéc.*, p. 95.

d'être nuancée. En effet, poussée jusqu'à sa logique extrême, elle pourrait aboutir à priver l'individu, sous couvert du libre arbitre, de ses droits les plus essentiels »⁵⁰. En se posant la question de savoir si la Convention avait dans le cadre du droit interne une valeur d'ordre public, et en concluant d'ailleurs par l'affirmative, M. Ganshof van der Meersch s'est également arrêté à cette décision de la Commission. Pour cet auteur, il faut distinguer entre l'exercice d'un droit et le droit lui-même. La Commission ne parle que de la renonciation à l'exercice des droits. Ainsi un individu ne peut renoncer aux droits substantiels, eux-mêmes prévus dans la Convention, qu'il s'agisse de ceux qu'énonce l'article 6 Conv. ou d'autres droits de la personnalité⁵¹.

La logique sera satisfaite par cette argumentation. Mais il nous paraît que, du point de vue de l'efficacité, le résultat est le même ; peu importe que l'individu renonce à l'exercice du droit ou au droit lui-même, la règle, dans l'un et l'autre cas, n'est pas appliquée.

Les réserves émises par la Commission dans sa décision nous semblent plus rassurantes ; c'est ainsi qu'une clause compromissaire signée sous la contrainte serait contraire à la Convention. Au surplus, la Commission s'est demandé si la validité initiale du consentement dont une clause compromissaire tire sa valeur juridique, ne se trouve pas affectée, après coup, lorsque l'arbitre, dans l'accomplissement des fonctions qu'elle lui confère, se comporte d'une manière incompatible avec l'article 6 Conv. Il nous est, dès lors, possible de conclure que l'individu ne peut pas renoncer aux droits que lui accorde la Convention, sans que les organes internationaux n'aient examiné, au préalable, la validité de la renonciation.

c) *Droit à ce que la cause soit entendue et le jugement rendu publiquement*

Puisque l'« égalité des armes » n'exige pas nécessairement une procédure orale⁵², il paraîtrait admissible de tirer la conclusion logique que toute cause ne doit pas nécessairement être entendue publiquement. La Cour fédérale de justice d'Allemagne est de cet avis : les débats publics ne sont pas nécessaires s'ils peuvent être remplacés par une autre procédure qui tient compte équitablement des intérêts des parties en cause⁵³. Dans le domaine de la procédure administrative, la Cour supérieure de Münster (Allemagne) a tiré la même conclusion, mais en se fondant sur le motif que la nature de l'affaire ne pouvait pas être soumise aux règles de l'article 6 Conv.⁵⁴.

⁵⁰ *Op. cit.*, p. 37.

⁵¹ Voir Rapport de M. W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Colloque de Vienne » : *La Convention européenne des Droits de l'Homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ?* pp. 239 et ss.

⁵² Voir *supra*, pp. 41 et ss. Req. N° 599/59 et N° 1169/61.

⁵³ BGH, *N.J.W.* 10 (1957), p. 1480, traduction française, in « Ann. II », pp. 597 et ss.

⁵⁴ OVG/Münster, *N.J.W.* 9 (1956), p. 1374-1375, traduction française in « Ann. II », p. 573 et ss.

Mais lorsque la procédure est orale, l'audience doit-elle être publique ? En parlant du domaine d'application de l'article 6, chiffre 1⁵⁵, nous avons remarqué que celui qui fait valoir une prétention de caractère civil ou qui est accusé d'une infraction pénale a droit à ce que sa cause soit jugée par un tribunal. Le même raisonnement s'applique pour déterminer si la Convention exige ou non la publicité des audiences : si la procédure, d'une part, a un caractère civil ou pénal et, d'autre part, si elle est orale, nous pouvons tirer la conclusion que les débats doivent être publics.

S'agissant des juridictions administratives, la règle de la publicité s'appliquera quand ces juridictions administratives seront appelées à juger essentiellement du bien-fondé d'une action portant sur des droits et obligations de caractère civil ou d'une accusation en matière pénale. Par conséquent, la règle de la publicité ne s'appliquera pas nécessairement à toutes les causes qu'un tribunal administratif interne aura à connaître⁵⁶. Le moins qu'on puisse dire, c'est que l'application de ce système en droit interne est particulièrement délicate.

Comme pour les autres droits et garanties de la Convention, la publicité des débats judiciaires, lorsque la procédure est orale, n'est pas un principe absolu ; la deuxième phrase de l'article 6, chiffre 1 Conv. énumère les circonstances dans lesquelles une procédure peut se dérouler à huis-clos.

Signalons qu'aucune décision internationale, à notre connaissance, n'était nos considérations sur le problème de la publicité des débats.

La Commission n'a pas eu, non plus, l'occasion d'appliquer la garantie du prononcé public du jugement. Comment apprécierait-elle la règle de procédure qui prévoit que le jugement est seulement signifié aux parties ? La Cour fédérale de justice allemande n'a pas jugé ce procédé contraire à l'article 6 Conv., lorsque la procédure s'est déroulée par écrit⁵⁷. Au regard de la garantie de l'article 6, chiffre 1 Conv., cette décision nous paraît discutable. Un jugement portant sur une contestation relative à des droits et obligations de caractère civil ou sur une accusation en matière pénale, qu'il émane d'un tribunal civil, pénal ou administratif, doit être prononcé publiquement.

d) *Droit à ce que la cause soit entendue dans un délai raisonnable*

Cette garantie prévue à l'article 6, chiffre 1 Conv. est plus générale que celle de l'article 5, chiffre 3 Conv. qui s'applique uniquement dans le cas d'une personne arrêtée et détenue. Nous connaissons déjà la jurisprudence de la Cour européenne relative à la durée « raisonnable » de la détention préventive⁵⁸.

La garantie de l'article 6, chiffre 1 Conv. s'applique à toute cause, aussi bien civile que pénale et, dans ce dernier cas, que la personne

⁵⁵ Voir *supra*, pp. 36 et ss.

⁵⁶ Dans le même sens, VELU, *op. cit.*, pp. 170-171.

⁵⁷ BGH, *N.J.W.* 10 (1957), p. 1480, traduction française in « *Ann. II* », p. 597 et ss.

⁵⁸ Voir *supra*, p. 29.

soit arrêtée ou non, et il va de soi que l'exercice du droit est subordonné, singulièrement en matière civile, à la diligence de la partie intéressée ⁵⁹.

S'agissant d'une affaire pénale, la Commission a précisé que le « délai raisonnable » de l'article 6, chiffre 1 Conv. se réfère à la période qui s'écoule entre l'accusation et la décision judiciaire, et non pas entre l'infraction incriminée et l'accusation. Ainsi un dépôt tardif d'un acte d'accusation n'entraîne pas une violation de l'article 6, Conv. ⁶⁰.

Comme pour l'article 5, chiffre 3 Conv., le caractère raisonnable ou déraisonnable du délai doit s'apprécier non pas *in abstracto*, mais à la lumière de données concrètes, telles que la complexité de l'affaire litigieuse ⁶¹.

Sans aucun doute une personne détenue a le droit d'exiger que le jugement de sa cause soit rendu dans le plus bref délai possible, parce qu'elle est privée de sa liberté ; un individu qui jouit de la faculté d'aller et venir est moins atteint dans sa personne, lorsqu'il attend simplement qu'une autorité statue sur ses droits et obligations civils ou sur sa culpabilité.

Que dire du cas d'un justiciable qui a attendu cinq ans que le jugement de sa cause soit rendu ⁶² ? En l'espèce, la Cour constitutionnelle allemande, constate la Commission, a été saisie d'un recours extrêmement difficile et complexe ; bien que regrettablement long, le délai n'était pas déraisonnable. *Mutatis mutandis*, on pourrait reprendre l'argumentation développée par le tribunal de Cologne ⁶³ qui avait pris en considération les droits de l'individu, en laissant de côté l'argument de la complexité de l'affaire, lorsqu'il s'est agi de statuer sur le caractère raisonnable de la détention préventive. La longue attente d'un jugement peut aussi porter une atteinte profonde à la personnalité d'un individu, même si celui-ci n'est pas privé de sa liberté.

e) *Droit à ce que la cause soit entendue par un tribunal indépendant, impartial et établi par la loi*

La garantie de l'indépendance du tribunal, garantie essentielle de tout Etat fondé sur la primauté du Droit, n'a donné lieu, à notre connaissance, à aucun litige devant les organes internationaux, à croire que l'organisation judiciaire des Etats parties à la Convention est conforme au droit conventionnel.

La Commission s'est référée à la garantie de l'impartialité du tribunal dans deux décisions : Elle s'est déclarée compétente pour apprécier si une erreur dans la composition d'un jury dans une affaire pénale a causé un préjudice au prévenu sous la forme d'un déni de justice ⁶⁴.

⁵⁹ Req. N° 127/55, Ann. I, p. 230 ; Req. N° 1794/63, Rec. 20, p. 8, spéc., p. 26.

⁶⁰ Req. N° 1545/62, Ann. V, p. 271.

⁶¹ Req. N° 1103/61, Ann. V, p. 169, spéc., p. 191.

⁶² Req. N° 2105/64, Rec. 17, p. 31, spéc., pp. 35-36.

⁶³ Voir arrêt LG/Köln, N.J.W. 17 (1964), p. 1816, supra, p. 29.

⁶⁴ Req. N° 1476/62, Rec. 11, p. 31, spéc., p. 42.

Une législation interne qui prévoit que le droit de récusation d'un juge pour cause de partialité ne peut plus être exercé lorsque la partie a continué de prendre part à l'audience n'est pas contraire à l'article 6, chiffre 1 Conv. Il s'agit d'une renonciation implicite au droit de récusation ⁶⁵.

Le tribunal doit être établi par la loi. Il semble, dès lors, que la Convention proscrie les tribunaux d'exception.

§ 2 : LES DROITS GARANTIS A L'ACCUSE

En édictant les règles fondamentales d'un procès équitable, les auteurs de la Convention se sont plus particulièrement préoccupés, aux chiffres 2 et 3, de l'article 6 Conv., des droits de l'accusé.

a) Droit à la présomption d'innocence (art. 6, chiffre 2 Conv.)

Selon l'article 6, chiffre 2 Conv., « toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie ».

Dans son avis sur l'affaire Autriche c. Italie ⁶⁶, la Commission a indiqué comment elle interprétait l'article 6, chiffre 2 Conv. : « Ce texte, aux termes duquel toute personne accusée d'une infraction est présumée innocente jusqu'à ce que sa culpabilité ait été légalement établie, exige en premier lieu que les membres du tribunal, en remplissant leur fonction, ne partent pas de la conviction ou de la supposition que le prévenu a commis l'acte incriminé. Autrement dit, la charge de la preuve de la culpabilité incombe au Ministère public, et le doute profite à l'inculpé. De plus, les juges doivent permettre à ce dernier de leur fournir des contre-preuves. Puis, au moment de prendre leur décision, ils ne doivent arriver à une condamnation que sur la base de preuves directes ou indirectes mais suffisamment fortes, aux yeux de la loi, pour établir la culpabilité de l'intéressé. »

La garantie de l'article 6, chiffre 2 Conv. ne peut être interprétée comme assurant à un accusé qu'aucune opinion de nature à lui porter préjudice ne sera exprimée sur sa culpabilité, notamment des informations sur des condamnations antérieures ⁶⁷. Une expertise médicale ne préjuge pas l'innocence ou la culpabilité du prévenu ⁶⁸.

Sans se prononcer sur le fond de l'affaire, les parties étant parvenues à un règlement amiable, la Commission a déclaré recevable une requête

⁶⁵ Req. N° 556/59, Ann. III, p. 289, spéc., pp. 293-295.

⁶⁶ Voir *Extraits du Rapport de la Commission*, in « Ann. VI », pp. 741 ss.

⁶⁷ *Op. cit.*, pp. 783-785.

⁶⁸ Req. N° 2518/65, Rec. 18, p. 44 ; Req. N° 2742/66, Rec. 19, p. 95 ; Req. N° 2676/65, Rec. 23, p. 31.

⁶⁹ Req. N° 986/61, Ann. V, p. 193, spéc., p. 199.

présentée par un ressortissant belge dont le système de défense avait été qualifié par un juge rapporteur d'« invraisemblable », « scandaleux », « mensonger », « ignoble » et « répugnant »⁷⁰.

b) *Droit d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation*
(art. 6, chiffre 3, litt. a Conv.)

Selon l'article 6, chiffre 3, litt. a Conv., tout accusé a droit à « être informé, dans le plus court délai, dans une langue qu'il comprend et d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui ».

Comme nous l'avons déjà signalé, la Convention a conclu que le droit d'être informé des accusations dont on est l'objet exige des éléments plus précis et plus détaillés selon l'article 6, chiffre 3, litt. a Conv. qu'à propos du droit à la liberté et à la sûreté selon l'article 5, chiffre 2 Conv.⁷¹.

L'accusé a le droit d'être informé non seulement de la *cause* de l'accusation, c'est-à-dire des faits matériels qui sont mis à sa charge et qui sont à l'origine de son inculpation, mais aussi de la *nature* de l'accusation, c'est-à-dire de la qualification juridique des faits matériels. Cette information doit permettre à l'accusé de préparer sa défense en conséquence selon l'article 6, chiffre 3, litt. b Conv.⁷².

La Commission a jugé, dans une affaire relative à un meurtre, que sous le vocable « instigation », mentionné dans un acte d'accusation, la défense, en raison du contexte général de l'affaire, devait s'attendre à ce que l'accusation traite de l'« influence hypnotique » exercée par le prévenu sur un tiers⁷³.

c) *Droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de la défense* (art. 6, chiffre 3, litt. b Conv.)

L'article 6, chiffre 3, litt. b Conv. garantit à tout accusé le droit de « disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de sa défense ». Mais, selon l'esprit de la Convention, il est de l'intérêt de tout accusé que la procédure d'instruction et de jugement soit menée avec célérité ; dès lors, un délai de 15 jours pour introduire un pourvoi en cassation ne prive pas un justiciable de son droit à la défense, d'autant plus qu'il a la possibilité de motiver sommairement son mémoire pour le développer au cours de l'audience⁷⁴.

D'une manière générale, les droits garantis au chiffre 3, de l'article 6 Conv. sont aussi bien ceux de l'accusé que ceux de la défense, en d'autres

⁷⁰ Req. N° 1727/62, Ann. VI, p. 371, spéc., pp. 419-421 ; voir *Rapport de la Sous-Commission*, notamment la Deuxième Partie concernant la « solution adoptée », in « Rec. 15 », pp. 57 et ss.

⁷¹ Voir *supra*, p. 26.

⁷² Req. N° 524/59 (OFNER), Ann. III, p. 323, spéc., p. 345.

⁷³ Voir *Extraits du Rapport de la Commission*, Affaire NIELSEN, Ann. IV, p. 495, spéc., p. 537.

⁷⁴ Req. N° 441/58, Ann. II, p. 391, spéc., p. 395.

termes le défenseur de l'accusé bénéficie, *mutatis mutandis*, des droits visés au chiffre 3, de l'article 6 Conv., puisque ces droits doivent permettre la défense efficace de l'accusé. L'article 6, chiffre 3, litt. b Conv., par conséquent, ne doit pas seulement être examiné en la personne de l'accusé ; à un requérant qui se plaignait qu'il n'avait pas pu prendre connaissance de son dossier en toute liberté, la Commission a répondu que le droit à la défense n'avait pas été violé, puisque son avocat avait pu consulter le dossier sans aucune entrave exercée par les autorités judiciaires ⁷⁵.

d) *Droit à l'assistance d'un défenseur* (art. 6, chiffre 3, litt. c Conv.)

Aux termes de l'article 6, chiffre 3, litt. c Conv., tout accusé a le droit de « se défendre lui-même ou avoir l'assistance d'un défenseur de son choix et, s'il n'a pas les moyens de rémunérer un défenseur, pouvoir être assisté gratuitement par un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ».

Précisons que le droit à l'assistance d'un défenseur n'est garanti qu'à toute personne accusée d'une infraction pénale. Il ne s'applique pas en matière civile ⁷⁶.

Nous distinguons dans le chiffre 3, litt. c, deux catégories de droits ; la première concerne le droit à l'assistance d'un défenseur de son choix et la seconde, le droit à l'assistance d'un avocat d'office.

Le droit de choisir son avocat n'est pas absolu ; il est limité par le droit de l'Etat intéressé de réglementer la comparution des avocats devant les tribunaux ; l'Etat dispose, dit la Commission, du pouvoir discrétionnaire pour exclure la comparution des avocats devant les tribunaux ⁷⁷. Cet avis péremptoire de la Commission mériterait d'être nuancé. Prise telle quelle, cette décision prive l'article 6, chiffre 3, litt. c Conv. de sa réelle signification qui est d'assurer une défense efficace ⁷⁸. Il va de soi que l'Etat est libre de contrôler l'admission au barreau des mandataires professionnels. Mais ce contrôle doit être limité aux qualités professionnelles, de moralité et d'honorabilité, et non être étendu, par exemple, à des considérations politiques.

Quant au droit à un avocat d'office, la Commission a précisé, tout d'abord, que le bénéfice de l'assistance judiciaire n'est pas reconnu par la Convention comme un droit que toute personne pourrait invoquer et dont le refus par l'autorité compétente constituerait par lui-même une violation de la Convention. La lettre c, du chiffre 3 ne garantit pas davantage le droit à une procédure judiciaire gratuite, mais seulement le droit à l'assistance gratuite d'un avocat d'office, lorsque les intérêts de la justice l'exigent ⁷⁹.

⁷⁵ Req. N° 524/59 (OFNER), Ann. III, p. 323, spéc., p. 353.

⁷⁶ Req. N° 727/60, Ann. III, p. 303, spéc., p. 309 ; Req. N° 265/57, Ann. I, p. 192 ; Req. N° 1143/60, Rec. 8, p. 135.

⁷⁷ Req. N° 722/60, Ann. V, p. 105.

⁷⁸ Dans le même sens, BUERGENTHAL, *op. cit.*, p. 303.

⁷⁹ Req. N° 89/55, Ann. I, p. 226, spéc., p. 228.

La Convention ne reconnaît pas à l'accusé le droit de choisir son avocat d'office. L'autorité compétente de l'Etat intéressé jouit d'un pouvoir discrétionnaire pour désigner le défenseur⁸⁰. Dans ce domaine, la Cour constitutionnelle allemande a rendu une décision plus nuancée : le vœu du prévenu dans la désignation d'un avocat d'office doit être pris en considération, bien que l'accusé ne dispose pas d'un droit⁸¹.

Enfin, le terme : « avocat d'office » ne doit pas être pris dans son sens étroit, mais au sens de « défenseur ». Un avocat commis d'office peut aussi charger son stagiaire de le remplacer⁸².

e) *Droit d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge* (art. 6, chiffre 3, litt. d Conv.)

Selon l'article 6, chiffre 3, litt. d Conv., l'accusé a le droit d'« interroger ou de faire interroger les témoins à charge et (d)'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge dans les mêmes conditions que les témoins à charge ».

La Commission a proclamé à plusieurs reprises, comme nous l'avons signalé⁸³, que le droit à l'assistance d'un défenseur garanti par la lettre c du chiffre 3, de l'article 6 Conv. ne s'appliquait pas en matière civile. Il semblerait logique de tirer la même conclusion pour la lettre d du même article. Mais la Commission a infirmé cette conséquence. Elle ne rejette pas d'emblée l'idée que le chiffre 1, de l'article 6 Conv. puisse être interprété selon les chiffres 2 et 3, aussi bien en matière civile qu'en matière pénale⁸⁴. La constatation de la violation de la Convention se ferait au nom de la norme plus générale du droit au « procès équitable » stipulée au chiffre 1, de l'article 6 Conv. C'est ainsi qu'à propos de la règle sur le témoignage en justice, la Commission a émis l'avis que le refus par un tribunal d'entendre les autres témoins cités par un plaideur pourrait éventuellement entraîner la violation du chiffre 1, de l'article 6 Conv. qui reconnaît à toute personne le droit à ce que sa cause soit entendue équitablement par un tribunal impartial qui tranchera les contestations relatives à ses droits et obligations de caractère civil⁸⁵. Ainsi, par le truchement du « droit à un procès équitable », les chiffres 2 et 3, de l'article 6 Conv. peuvent trouver leur application dans une affaire civile.

Quant au droit lui-même, prévu à la lettre c, son application n'offre pas de difficultés dans les systèmes qui appartiennent à la « common law » : l'article 6, chiffre 3, litt. d Conv. n'est qu'une simple règle mécanique, à savoir que tous les témoins doivent être autorisés à se présenter à la barre⁸⁶.

⁸⁰ Req. N° 127/55, Ann. I, p. 230 ; Req. N° 646/59, Ann. III, p. 273, spéc., p. 277.

⁸¹ Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts 9 (1959), p. 36.

⁸² Req. N° 509/59, Ann. III, p. 175.

⁸³ Voir *supra*, p. 49.

⁸⁴ Req. N° 785/60, Rec. 8, p. 135 (résumé).

⁸⁵ N° 852/60, Ann. IV, p. 347, spéc., p. 355.

⁸⁶ BUERGENTHAL, *op. cit.*, p. 304.

Pour le juge continental, l'application de la garantie est plus délicate, parce que, par une décision préalable, il devra décider si l'audition des témoins, dont la défense demande la comparution, est susceptible d'aider à la manifestation de la vérité.

La jurisprudence de la Commission, jusqu'à présent, ne traite que des procédures d'origine continentale. Elle a toujours admis que le droit de faire citer des témoins n'était pas absolu⁸⁷. Un tribunal peut donc refuser de convoquer les personnes citées par la défense pour le motif qu'elles ne peuvent apporter la preuve d'un fait⁸⁸.

L'Allemagne nous donne un exemple curieux d'application de la lettre *d*⁸⁹ : la défense invoquait la violation de la Convention, parce que certains témoignages anonymes avaient été recueillis par la police et rapportés à l'audience par son entremise. La Cour a répondu que les témoins à charge n'étaient pas les témoins anonymes, mais les officiers de police. Les « indicateurs » n'avaient pas la qualité de témoins au sens de la Convention. Si nous partageons l'avis de M. Buergenthal pour dire que cette décision est absurde⁹⁰, laissons tout de même à l'honneur des juges leur mise en garde, selon laquelle pareils « témoignages » doivent être examinés avec la plus grande circonspection ! Il va de soi que la Convention exige un interrogatoire bilatéral et que les déclarations des indicateurs sont unilatérales. Il va de soi également que cette pratique poussée à l'extrême ouvre la porte à l'arbitraire et, sans nul doute, dans des périodes politiques troubles, aux simulacres de procès.

f) Droit à l'assistance d'un interprète (art. 6, chiffre 3, litt. e Conv.)

Aux termes de l'article 6, chiffre 3, litt. e Conv., tout accusé a le droit de « se faire assister gratuitement d'un interprète, s'il ne comprend pas ou ne parle pas la langue employée à l'audience ».

Les organes de la Convention n'ont pas encore eu l'occasion d'appliquer cette disposition. Dans une affaire où le chiffre 1, de l'article 6 Conv. était invoqué et qui avait trait à la rédaction d'une plainte dans une langue autre que celle pratiquée par les autorités judiciaires⁹¹, la Commission avait estimé que celui qui a une connaissance linguistique suffisante d'une autre langue que sa langue maternelle ne peut pas se prévaloir d'une violation de la Convention. D'où l'on peut déduire que celui qui a une maîtrise suffisante de la langue dans laquelle se déroulent les débats ne peut pas invoquer l'article 6, chiffre 3, litt. e Conv.⁹².

Selon un tribunal allemand, les frais de l'interprète ne peuvent pas être mis à la charge du prévenu⁹³ : un Américain qui ne comprenait

⁸⁷ Req. N° 1134/61, Ann. IV, p. 379.

⁸⁸ Req. N° 753/60, Ann. III, p. 311, spéc., p. 321 ; Req. N° 617/59 (HOPFINGER), Ann. III, p. 371.

⁸⁹ BGH *N.J.W.* 15 (1962), pp. 1876-1877.

⁹⁰ *Op. cit.*, p. 317.

⁹¹ Req. N° 808/60 (ISOP), Ann. V, p. 109, spéc., p. 125.

⁹² Dans le même sens, BUERGENTHAL, *op. cit.*, p. 310.

⁹³ Amtsgericht Bremerhaven, *N.J.W.* 16 (1963), p. 827, traduction française, Ann. V, p. 363.

pas l'allemand avait été condamné à une amende et aux dépens comprenant, en particulier, les frais d'interprète pendant l'instruction. Le tribunal supérieur, saisi d'un recours, a interprété la garantie de la Convention comme signifiant non seulement que l'assistance gratuite d'un interprète est immédiatement nécessaire, mais que les frais qui en résultent ne peuvent pas davantage être mis à la charge du condamné. Condamné ou acquitté, les frais accessoires d'interprète sont à la charge de l'Etat ; l'inverse constituerait une discrimination entre nationaux et étrangers.

§ 3 : SITUATION EN DROIT SUISSE

a) Procédures fédérales et cantonales

La confrontation des règles internationales contenues dans la Convention au sujet de l'administration de la justice avec les règles de l'ordre juridique suisse se révèle une fois de plus particulièrement délicate. La complexité de cette étude trouve son origine dans notre système fédéral, ainsi que nous l'avons déjà constaté à propos de la garantie de l'article 5 Conv.⁹⁴. La règle de partage des compétences entre la Confédération et les cantons des articles 64, al. 3 et 64 bis, al. 2 de la Constitution fédérale stipule que l'« organisation judiciaire, la procédure et l'administration de la justice demeurent aux cantons dans la même mesure que par le passé ». C'est ainsi qu'on a pu dire qu'en matière d'organisation judiciaire, la Suisse « constitue positivement un musée de tous les systèmes concevables »⁹⁵.

Loin de nous la prétention d'examiner la valeur de toutes les pièces de la collection de ce musée au regard des exigences de la Convention. Il faudrait étudier vingt-six systèmes d'organisation judiciaire. Notre étude des règles internes sera limitée essentiellement aux cas d'espèce qui ont été tranchés par la jurisprudence internationale.

Si l'administration de la justice en Suisse est principalement l'affaire des Etats fédérés, il n'en demeure pas moins que le droit fédéral, surtout dans sa source jurisprudentielle, pose certains principes élémentaires qui assurent aux justiciables sur l'ensemble du territoire fédéral — peu importe le système de mise en œuvre du droit adopté par un canton — une bonne administration de la justice.

Le chiffre 1, de l'article 6 Conv. concerne l'administration de la justice en matière de droit civil et de droit pénal, selon le sens que donne la Convention à ces deux termes. Les chiffres 2 et 3 du même article sont limités aux droits spécifiques de l'accusé. Nous reprendrons cette distinction pour énumérer les garanties proclamées par le droit suisse.

⁹⁴ Voir *supra*, pp. 32 et ss.

⁹⁵ Roger SECRETAN, *L'organisation du pouvoir judiciaire en Suisse*, p. 6.

b) *Les règles relatives à l'administration de la justice en matière civile et pénale*

1) *Le procès équitable* — On ne connaît pas en droit suisse l'expression : « garantie du procès équitable », expression d'origine anglo-saxonne⁹⁶. Mais celle-ci correspond, en droit suisse, à l'un des aspects d'une garantie plus large et solidement établie, le « droit d'être entendu », garanti par la Constitution fédérale⁹⁷. Peu importe que ce principe repose sur l'article 4 de la Constitution fédérale qui garantit l'égalité devant la loi⁹⁸, ou qu'il déborde cette disposition en constituant une norme constitutionnelle non écrite⁹⁹; le Tribunal fédéral a tiré du droit d'être entendu, dans une jurisprudence abondante, des règles sur l'administration de la justice qui correspondent à celles énumérées à l'article 6 Conv. Il suffit de nous référer à l'inventaire et à l'analyse systématique de la jurisprudence publiée du Tribunal fédéral, dressée récemment par le professeur Darbellay¹⁰⁰.

Le droit d'être entendu implique, notamment, en procédure, l'« égalité des armes »; il exige que l'autorité garantisse aux parties, au cours d'une procédure contradictoire, l'égalité de traitement dans l'expression de leur droit à la défense. Aucune décision ne peut être prise sur la conclusion d'une partie sans que l'autre ait eu l'occasion de s'exprimer à ce sujet¹⁰¹.

En matière de recours, problème dont la Commission s'est occupée lors des affaires Ofner, Hopfinger, Pataki et Dunshirn¹⁰², le principe semble bien établi en droit suisse qu'on ne saurait admettre un recours sans l'avoir adressé à la partie intimée pour qu'elle puisse y répondre ou sans avoir entendu cette partie¹⁰³. Dans une affaire pénale, l'accusé a le droit d'exiger d'être entendu, non seulement en première instance, mais devant l'instance de cassation et alors même que la procédure cantonale ne renfermerait pas de disposition expresse à cet égard¹⁰⁴. Cette règle concerne aussi bien les autorités de recours civiles que pénales¹⁰⁵. On a observé que certains cantons suisses connaissent une

⁹⁶ Voir notamment l'étude de M. Viktor LIEBSCHER, *Bedarf die österreichische Rechtsprechung der ausländische Kontrolle?* in « Juristische Blätter », 1963, pp. 117 et ss. où l'auteur constate que l'article 6 Conv. reproduit le système de procédure pénale anglo-saxon, pure procédure de parties.

⁹⁷ Un requérant allemand a fait valoir son droit d'être entendu (*das rechtliche Gehör*) en se fondant précisément sur l'article 6 Conv. Voir décision sur la recevabilité de nouveaux griefs de la Req. N° 2122/64 (WEMHOFF), Ann. VII, p. 281, spéc., p. 293.

⁹⁸ W. BURCKHARDT, *Kommentar der schweizerischen Bundesverfassung von 29. Mai 1874*, p. 53; FLEINER-GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 419-420.

⁹⁹ FAVRE, *op. cit.*, p. 251.

¹⁰⁰ Jean DARBELLAY, *Le droit d'être entendu*, Rapport présenté à la Société suisse des juristes, in « RDS », vol. 83 (1964) II, pp. 419 et ss.; M. Rolf TINNER a présenté le Rapport en langue allemande: *Das rechtliche Gehör*, in « RDS », vol. 83 (1964), II, pp. 295 ss.

¹⁰¹ DARBELLAY, *op. cit.*, pp. 572-573.

¹⁰² Voir *supra*, pp. 40 et ss.

¹⁰³ DARBELLAY, *op. cit.*, p. 458.

¹⁰⁴ DARBELLAY, *op. cit.*, p. 459.

¹⁰⁵ DARBELLAY, *op. cit.*, pp. 500 et ss.

procédure analogue à celle qu'appliquait l'Autriche, avant l'intervention de la Commission des Droits de l'homme, procédure selon laquelle, rappelons-le, le procureur pouvait assister à certaines délibérations d'un tribunal de recours, alors que le conseil de la défense n'y assistait pas¹⁰⁶. On constatera, cependant, que ces procédures sont non seulement contraires à la Convention, mais déjà à la Constitution fédérale.

L'obligation d'entendre le prévenu est donc absolue en matière pénale¹⁰⁷ et la garantie de l'égalité devant la loi assure aux parties, dans une contestation civile, un droit à être entendues de la même manière¹⁰⁸.

Le droit d'être entendu implique aussi que le prévenu ou la partie à un procès civil soit régulièrement cité¹⁰⁹.

Nous avons vu que la Commission avait admis implicitement que les jugements et les décisions devaient être *motivés*¹¹⁰. Le droit d'être entendu, en Suisse, accordé cette garantie au justiciable, parce que la motivation permet à l'intéressé d'utiliser à bon escient une voie de recours et de faire valoir ses moyens de droit, c'est-à-dire de se faire entendre par une autorité supérieure. La motivation permet aussi de constater dans quelle mesure l'autorité a tenu compte des allégués de l'intéressé¹¹¹.

2) *La publicité des audiences et du prononcé du jugement* — Il semble que les pays qui sont parties à la Convention ont des règles de procédure sur la publicité des audiences et du prononcé du jugement qui sont conformes aux exigences internationales; jusqu'à ce jour, à notre connaissance, la Commission n'a jamais été saisie d'une requête invoquant une violation de la Convention dans ce domaine particulier. L'application de la garantie en droit suisse, par contre, présenterait quelques difficultés.

En matière *fédérale*, l'article 17 OJ prescrit qu'au Tribunal fédéral, les débats, délibérations, votations ont lieu en séance publique. On remarquera qu'il n'est pas question du prononcé du jugement lui-même; mais il va de soi que si les juges délibèrent et votent en public, ils prononcent par la même occasion un jugement. Ainsi la règle fédérale va au-delà des exigences de la Convention, puisqu'il n'est pas fait mention dans cet instrument de la délibération et de la votation des juges en public. Dès lors, les exceptions de l'article 17 OJ prévoyant que les délibérations et les votations des sections pénales du Tribunal fédéral, de la Chambre de droit administratif dans les affaires disciplinaires et de la Chambre des poursuites et faillites ne sont pas publiques, ne sont pas contraires à la Convention, car ces restrictions ne concernent pas le prononcé du jugement. La loi fédérale du 28 juin 1889 sur l'organisation judiciaire et la procédure pénale militaire exprime bien cette

¹⁰⁶ Voir Viktor LIEBSCHER, *l'Autriche et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in « Revue de la Commission internationale de juristes », vol. IV, N° 2 (1963), pp. 292 et ss., spéc., p. 302.

¹⁰⁷ DARBELLAY, *op. cit.*, pp. 446 et ss.

¹⁰⁸ DARBELLAY, *op. cit.*, p. 493.

¹⁰⁹ DARBELLAY, *op. cit.*, pp. 480 et ss.

¹¹⁰ Voir *supra*, p. 43.

¹¹¹ DARBELLAY, *op. cit.*, p. 573.

distinction à l'article 65 : « les séances des tribunaux militaires sont publiques, sauf la délibération et le vote des juges, mais la lecture du jugement doit avoir lieu en public, même si les débats se sont déroulés à huis-clos ».

Cependant il est d'autres règles fédérales sur la publicité dont la conformité à la Convention nous paraît douteuse.

La procédure fédérale connaît en matière de droit public une institution analogue au Comité des Trois Juges de la Cour constitutionnelle de la République fédérale d'Allemagne. L'article 92, al. 1 et 2 OJ prévoit qu'une « délégation de trois membres de la Cour de droit public et de droit administratif peut, sans délibération publique et à l'unanimité, décider de ne pas examiner le fond des recours manifestement irrecevables ou rejeter ceux qu'elle considère sans hésitation comme mal fondés ».

Dans sa décision sur la requête N° 436/58¹¹², la Commission a estimé que le Comité des Trois Juges de la Cour constitutionnelle allemande n'était pas soumis à la règle de la publicité de l'article 6 Conv. parce que le « Comité » n'avait pas fonction de juger l'affaire elle-même, mais uniquement de décider si les conditions régissant la saisine de la Cour avaient été observées. Cette fonction n'est pas celle d'un tribunal, au sens de l'article 6 Conv.

On peut donc déduire de cette jurisprudence que toutes les fois que le Tribunal fédéral examine la recevabilité d'un recours en matière de droit public (art. 92 OJ), l'article 6 Conv. est inapplicable. Il lui est, dès lors, loisible de statuer en audience non publique. Il en est de même lorsque le Tribunal fédéral statue en qualité de juridiction de recours en réforme (art. 60 OJ) ou de nullité (art. 72/2 OJ) en matière de droit civil, de révision de ses propres arrêts (art. 143/1 OJ) et de recours en nullité en matière de droit pénal (art. 275 bis PPF). Ces dernières juridictions ont, en effet, des pouvoirs analogues à la Cour de droit public, lors des examens de la recevabilité des recours. Le législateur suisse a voulu permettre au Tribunal fédéral de liquider les cas qui ne donnent lieu à aucune discussion.

Cependant cette économie de temps en droit suisse s'étend également au fond de la cause ; si le recours est recevable, mais manifestement mal fondé, soit la délégation de trois juges pour la Cour de droit public et de droit administratif, soit l'ensemble des juges des sections civile et pénale, peuvent à l'unanimité rejeter les recours sans délibération publique.

Dans une décision ultérieure sur une requête qui mettait en cause une deuxième fois le « Comité des Trois Juges » de la Cour constitutionnelle allemande¹¹³, la Commission a dû apprécier le texte de l'article 91 (a) de la loi instituant la dite Cour qui prévoit : « ...le Comité des Trois Juges peut, à l'unanimité, rejeter le recours constitutionnel si une décision sur le cas d'espèce n'est pas susceptible de contribuer à la solution d'une question de droit constitutionnel et si le fait de ne

¹¹² Ann. II, pp. 386 et ss., voir *supra*, p. 39.

¹¹³ Req. N° 441/58, Ann. II, pp. 391 et ss.

pas se prononcer au fond ne cause pas au requérant un préjudice grave et inévitable ». La Commission n'a pas caché que, dans cette hypothèse, le Comité des Trois Juges aurait pu se prononcer dans une certaine mesure sur le bien-fondé du recours, mais qu'en fait, la fonction essentielle du « Comité » était d'examiner si les conditions de saisine avaient été bien remplies. Le « Comité » n'étant pas un tribunal, il s'ensuivait que l'article 6 Conv. était inapplicable.

La Commission éprouverait-elle les mêmes hésitations si elle devait apprécier les règles de procédure fédérale que nous avons mentionnées ? Celles-ci parlent expressément du fond de l'affaire et on ne voit guère comment argumenter pour faire perdre au Tribunal fédéral sa qualité de tribunal lorsqu'il rend ses décisions après la circulation du dossier parmi les juges. Il est vrai qu'un jugement rendu sans délibération publique nécessite l'unanimité des juges. Mais cette garantie ne saurait écarter un conflit avec la règle de la publicité de l'article 6. Conv.

D'une manière générale, cependant, en matière civile, les débats devant les tribunaux, tant en procédure fédérale, lorsque le Tribunal fédéral siège en qualité d'instance unique, que cantonale, sont publics¹¹⁴, sous réserve du huis-clos pour cause d'intérêt public, exception que la Convention prévoit, elle aussi, expressément.

Dans certains cantons¹¹⁵, l'interrogatoire des témoins se déroule en audience non publique, voire en l'absence des parties et de leurs mandataires¹¹⁶. Ou bien c'est la procédure d'instruction qui n'est pas publique¹¹⁷. Il existe encore d'autres particularités des législations cantonales qui pourraient soulever des difficultés d'application¹¹⁸, à moins qu'on puisse faire rentrer ces restrictions à la publicité des débats parmi les exceptions prévues par l'article 6 Conv.

Il est de règle également que les jugements sont communiqués oralement aux parties à un procès civil. Font exception les cas que nous avons déjà mentionnés à propos de la législation fédérale et celle de quelques cantons qui prévoient la possibilité de remplacer le prononcé public par la seule signification aux parties¹¹⁹. D'une manière générale, le droit suisse nous paraît conforme à la Convention. Ceci dit, il va de soi, dans le domaine de la législation. Reste toujours ouverte la question de savoir comment on applique cette législation.

La publicité des débats en matière pénale est un principe généralement admis en droit suisse. Nous avons déjà fait allusion aux prescriptions fédérales¹²⁰. Les cantons n'ont pas manqué non plus d'accorder cette garantie dans leurs constitutions et leurs lois de procédure pénale¹²¹.

¹¹⁴ Max GULDENER *Schweizerisches Prozessrecht*, p. 160.

¹¹⁵ OBWALD, article 35 du *Code de procédure civile*; Schaffhouse, article 206 du *Code de procédure civile*.

¹¹⁶ OBWALD, article 94 du *Code de procédure civile*.

¹¹⁷ Appenzell, Rhodes Extérieures, article 217 du *Code de procédure civile*.

¹¹⁸ Voir GULDENER, *op. cit.*, p. 160.

¹¹⁹ Voir GULDENER, *op. cit.*, p. 195 n. 38.

¹²⁰ Voir *supra*, pp. 54 et ss.

¹²¹ Voir le tableau du droit positif dressé par M. François CLERC dans ses *Réflexions sur la publicité des débats*, in « RPS », vol. 77 (1961), pp. 233 et ss.

Cependant, dans certains cantons, les débats secrets ne sont pas un souvenir de l'ancien régime : il n'y a, par exemple, pas de publicité dans les cantons de Nidwald et d'Appenzell Rhodes Intérieures¹²².

Mais la politique législative relative à la publicité en matière pénale pourrait soulever un autre conflit à propos de la Convention. Les défenseurs des libertés individuelles luttent contre la justice de cabinet au nom de la sauvegarde d'un régime libéral et démocratique ; la publicité des débats, dans cette perspective, est un moyen pratique de prévenir l'arbitraire de l'Etat. La Convention, charte constitutionnelle européenne, cherche à écarter définitivement les dangers d'une justice expéditive telle que l'Europe occidentale en a donné maints exemples lors du dernier conflit mondial.

Les pénalistes, de leur côté, ont une vue différente des choses. Ils ne nient pas l'utilité de la publicité des débats, lorsque les causes pénales peuvent servir de leçon, d'avertissement. La publicité des débats permet aussi à l'opinion publique de s'assurer que les institutions judiciaires sont bien établies et qu'elles jugent avec impartialité. Cependant, le droit pénal moderne montre un intérêt de plus en plus marqué pour la personnalité des délinquants ; il ne se contente plus d'établir la matérialité des faits criminels. On fouille dans la vie intime des prévenus, voire de tiers, pour avoir une compréhension raisonnée du fait pénal et appliquer une peine appropriée à la personne du délinquant. Pareilles investigations appartiennent à la sphère intime de l'individu. L'intérêt public devient secondaire, même négligé¹²³.

La Convention permet-elle à cette conception du droit pénal de se développer ? Les exceptions prévues à l'article 6 Conv. sont étendues : non seulement la moralité, l'ordre, la sécurité publics peuvent justifier un huis-clos, mais encore les intérêts des mineurs, la protection de la vie privée des parties au procès sont des motifs de restriction de la publicité. D'une manière plus générale, les « intérêts de la justice » permettent d'exclure la presse et le public des débats ; il est vrai que la Convention s'empresse d'ajouter : « ...dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal ». Il nous paraît, ainsi, que les pénalistes ont le champ libre pour remédier aux inconvénients indéniables de la publicité des débats. D'un côté la Convention protège l'individu contre l'emprise de l'Etat, de l'autre côté le droit pénal s'attache à protéger la personnalité du délinquant pour que la répression soit efficace. Le principe de la publicité des débats doit tenir compte de ces deux directives qui, bien comprises, concourent en définitive au même but¹²⁴.

3) *La justice doit être rendue dans un délai raisonnable* — Nous éprouvons des difficultés à trouver en droit suisse le pendant de la

¹²² Voir CLERC, *op. précité*, p. 236, N° 10.

¹²³ Voir sur ce sujet l'étude de M. François CLERC déjà citée et celle de M. Georges LEVASSEUR : *Liberté de presse et justice pénale*, in « RPS », vol. 76 (1960), pp. 251 et ss.

¹²⁴ La Commission, d'ailleurs, comme nous l'avons mentionné, n'a pas manqué de signaler que la publicité et l'usage particulier qu'en fait la presse, dans la rubrique de ses chroniques judiciaires, pourraient compromettre une saine administration de la justice, voir Req. N° 1476/62, *supra*, p. 42.

garantie internationale. La Cour européenne a donné son avis lorsqu'une personne est privée de sa liberté ¹²⁶ ; s'agissant de la règle plus générale de l'article 6 Conv. qui s'applique aussi bien aux affaires civiles que pénales, qu'un justiciable ait attendu pendant cinq ans un jugement, comme on le sait ¹²⁶, n'a pas effrayé la Commission.

En tout état de cause, en Suisse, on ne saurait faire le reproche à notre juridiction fédérale de ne pas suivre les affaires qui lui sont soumises dans un délai raisonnable. Reste ouverte la question des juridictions cantonales. Il est notoire que des juges cantonaux, d'autant plus qu'ils ne sont pas liés par un délai fixé par la loi, tardent, d'une manière inadmissible, à rendre leurs jugements ¹²⁷. La Commission serait compétente pour examiner les causes de ces retards. Un surcroît de travail ne nous paraît pas un motif d'excuse suffisant. Seule la complexité d'une affaire pourrait justifier un long délai, selon la jurisprudence de la Commission ¹²⁸.

4) *L'indépendance du tribunal* — La jurisprudence internationale ne donne aucun commentaire sur le contenu de cette garantie. Nous croyons qu'elle a voulu consacrer un principe généralement admis dans un système libéral, celui de la séparation des pouvoirs.

La Constitution fédérale n'en parle pas, à l'inverse de la plupart des cantons qui la mentionnent dans leur constitution. Mais si le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas formellement proclamé par la Constitution fédérale, on s'accorde cependant pour admettre qu'il fait partie des libertés implicites garanties par le droit fédéral ¹²⁹.

L'autorité qui doit statuer sur une prétention civile ou juger une cause pénale doit donc, selon l'esprit de la Convention, être composée de personnes qui n'appartiennent pas à l'autorité législative ou exécutive et de personnes qui ne soient pas soumises à ces deux autorités. En matière de droit civil et pénal, cette garantie est respectée en droit suisse, à part quelques exceptions.

Ainsi, dans le canton d'Appenzell Rhodes Intérieures, le gouvernement est investi du pouvoir de cassation en matière civile et pénale ¹³⁰. On a vu dans ce système une violation flagrante de la séparation des

¹²⁶ Voir *supra*, pp. 29 et ss, à propos de l'article 5, chiffre 3 Conv.

¹²⁷ Voir *supra*, p. 46.

¹²⁸ Ainsi le législatif schwyzois a eu l'occasion d'adresser de vives critiques au Tribunal cantonal pour la lenteur avec laquelle il rend ses jugements, voir *Neue Zürcher Zeitung*, 13 septembre 1967.

¹²⁹ Voir *supra*, p. 46.

¹³⁰ Voir PLEINER-GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 470 et ss ; Wilhelm OSWALD, *Die Gewaltentrennung im Schweizerischen Staatsrecht*, in « RDS », Vol. 62 (1943), pp. 403 a et ss, spéc., p. 438 a et ss ; Marc GOSSWEILER, *Richterliche Unabhängigkeit und Gewaltentrennung in Bund und Kantonen*, thèse, Berne, 1951, p. 32.

¹³¹ Article 30, al. 9-11 de la Constitution cantonale et 13 du Code de procédure pénale. Le canton des Grisons connaissait le même système en matière pénale, mais une révision législative a privé le Petit Conseil de son pouvoir de cassation, voir RPS, vol. 75 (1958), p. 414.

pouvoirs¹⁵¹. En fait, il est incontestable que le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire sont exercés par les mêmes personnes. D'un point de vue formel, le principe de la séparation des pouvoirs n'est pas respecté. Mais on ne saurait, par contre, prétendre que le pouvoir judiciaire est soumis au pouvoir exécutif : les membres de ces deux autorités sont élus par le peuple et, dès lors, une influence néfaste d'un pouvoir sur l'autre nous paraît inexistante¹⁵². Les organes de contrôle internationaux confirmeraient-ils ce point de vue ? — Comme la Commission a proclamé la thèse constante que les éventuelles violations de la Convention devaient être appréciées *in concreto*, il ne nous semble pas téméraire d'affirmer qu'en examinant de près les systèmes cantonaux qui admettent la confusion des pouvoirs exécutif et judiciaire, la Commission ne verrait pas de conflit entre le droit suisse et la Convention.

Les lois d'organisation judiciaire, en Suisse, ne connaissent pas le système de la nomination du juge par le gouvernement. Le juge suisse est élu pour une période déterminée par le peuple ou ses représentants, ou encore, par le tribunal cantonal, lui-même choisi par le souverain. On a vu dans ce système une garantie efficace de l'indépendance du juge, bien que le pouvoir judiciaire, au moment du choix de ses membres, ne soit pas à l'abri des pressions démagogiques¹⁵³.

Nous sommes, par contre, moins convaincus que l'application du droit pénal en Suisse soit tout à fait conforme à la garantie du « tribunal indépendant ». Nous savons qu'en vertu de l'article 64bis, alinéa 2 de la Constitution fédérale les cantons sont compétents en matière d'organisation de la justice pénale et en matière de procédure pénale. Cependant, le code pénal suisse a tracé certaines limites : les crimes et les délits doivent être soumis à l'appréciation d'une autorité judiciaire¹⁵⁴. Les cantons sont libres d'attribuer, par contre, le jugement des contraventions à une autorité administrative¹⁵⁵. Il en est de même pour la procédure à l'égard des enfants et des adolescents. Les cantons désignent les « autorités compétentes »¹⁵⁶ et la jurisprudence¹⁵⁷ a admis qu'en

¹⁵¹ OSWALD, *op. cit.*, p. 474 a ; voir cependant l'avis opposé de M. Peter NOLL, *Gewaltenteilung und Unabhängigkeit des Richters im Strafrecht*, in « RPS », vol. 75 (1959), pp. 294 et ss, spéc., p. 306, N° 27.

¹⁵² M. François CLERC ne voit pas non plus un inconvénient à ce que les fonctions de préfet et de président de tribunal dans le canton de Berne soient exercées par la même personne, précisément parce que le préfet et le président du tribunal sont élus par le peuple. Voir François CLERC, *Etat de droit et procédure pénale dans les constitutions cantonales*, in « Festschrift H.-P. Pfenniger, Strafprozees und Rechtsstaat », p. 210 n. 12 ; dans le même sens, Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, cité ci-après : « Rapport », in « RF » 1968 II, pp. 1069 et ss, spéc., p. 1113.

¹⁵³ Voir GOSSWEILER, *op. cit.*, p. 23 ; Marcel BRIDEL, *Précis de droit constitutionnel et public suisse*, tome II, p. 246 ; La Commission internationale de juristes estime que ce mode de recrutement des magistrats n'assure pas l'indépendance du tribunal au sens de la Convention (Voir « Bulletin de la Commission internationale de juristes » N° 33 (1968), p. 39). Nous ne croyons pas que le mode de recrutement ait une influence sur l'indépendance du magistrat. Ce qui est, par contre, discutiable en Suisse, c'est la réélection du magistrat après une période déterminée.

¹⁵⁴ Article 345 du Code pénal.

¹⁵⁵ Article 345, al. 2 du Code pénal.

¹⁵⁶ Article 369 du Code pénal.

¹⁵⁷ ATP 68 IV 158 ; 78 IV 148.

vertu de cette règle, les cantons étaient libres d'organiser l'administration de la justice pénale comme ils l'entendaient. Il y a, par conséquent, une grande diversité de procédures pénales applicables aux mineurs : des tribunaux ordinaires, des autorités administratives — qu'on a expressément qualifiées d'exception au principe de la séparation des pouvoirs¹³⁸ — et des juridictions spéciales.

Le principe de l'indépendance du juge en Suisse, particulièrement en ce qui concerne les autorités administratives cantonales chargées de punir les contraventions et les infractions commises par les enfants et les adolescents, laisse donc la porte ouverte à des discussions.

c) *Les droits de l'accusé*

La liste des droits de l'accusé que la Convention garantit aux chiffres 2 et 3, de l'article 6 Conv. ont leurs pendants en droit suisse, mais ces libertés individuelles sont éparpillées dans la législation.

S'agissant de la *présomption d'innocence* énoncée au chiffre 2, de l'article 6 Conv., la Commission a tiré de ce principe la règle que dans le procès pénal le fardeau de la preuve de la culpabilité incombe à l'accusation et que le doute profite à l'accusé. La Cour de cassation du Tribunal fédéral a déclaré à plusieurs reprises que ce principe constituait une règle d'appréciation des preuves et ressortissait comme tel au droit cantonal dont l'application échappe à sa censure¹³⁹. En d'autres termes, la garantie de la présomption d'innocence ne ressortit pas au droit fédéral. A la différence du Code civil, le Code pénal fédéral ne contient aucune disposition quelconque relative au fardeau de la preuve. On admet, cependant, que cette garantie procédurale s'impose au droit cantonal, qui ne peut y faire échec par l'institution de présomptions qui renverseraient le fardeau de la preuve¹⁴⁰. Les commentateurs du Code pénal en font un principe acquis¹⁴¹.

C'est de nouveau au principe constitutionnel fédéral du droit d'être entendu que nous nous référons pour affirmer que tout justiciable doit savoir s'il est entendu comme *inculpé ou accusé*. Le prévenu doit être en mesure de se défendre, de s'expliquer sur tous les faits qui conditionnent cette inculpation¹⁴².

Le droit d'être entendu implique la possibilité pour l'intéressé de se défendre normalement. L'accès au *dossier* en est une condition fondamentale : le droit à la consultation du dossier est une condition préalable au plein exercice des droits de la défense¹⁴³. Remarquons que le

¹³⁸ Voir Valy DEGOUMOIS, *Les principes de la procédure pénale applicable aux mineurs en Suisse*, thèse, Neuchâtel 1957, pp. 18 et ss.

¹³⁹ ATF 75 IV 154 ; 78 IV 123 ; 83 IV 95.

¹⁴⁰ Voir Pierre CAVIN, *Droit fédéral et procédure cantonale*, in « RDS », vol. 65 (1946), pp. 1 a et ss, spéc., p. 38 a.

¹⁴¹ Voir Ernst HAFTER, *Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts, Allgemeiner Teil* (2. Auflage), p. 109 ; Vital SCHWANDER, *Das schweizerische Strafgesetzbuch*, p. 89, N° 178 a et p. 350, N° 563.

¹⁴² DARBELLAY, *op. cit.*, p. 486 et p. 490.

¹⁴³ DARBELLAY, *op. cit.*, pp. 509-510 et p. 573

droit fédéral garantit ce principe aussi bien en matière civile que pénale, voire en matière administrative, lorsque des droits éminemment personnels du citoyen sont en jeu (par exemple, en cas d'internement administratif). La garantie internationale, par contre, ne protège que les « accusés » d'une infraction, encore qu'une interdiction de consulter un dossier dans une affaire civile nous paraisse contraire au « procès équitable » garanti par le chiffre 1, de l'article 6 Conv.

D'une manière générale, l'article 33, alinéa 1 de la Constitution fédérale permet aux cantons d'exiger des preuves de capacité de ceux qui veulent exercer des professions libérales. En raison de l'intérêt général qui est en jeu, le droit d'exercer une profession libérale, par exemple celle d'avocat, peut être non seulement limité à des preuves de capacité, mais soumis à d'autres conditions, telles que certaines qualités personnelles — possession des droits civiques, bonne réputation, honorabilité¹⁴⁴.

Le *libre choix d'un défenseur*, selon l'expression qu'utilise la Convention à l'article 6, chiffre 3, litt. c, peut donc, en Suisse, être restreint et la Commission a admis cette restriction¹⁴⁵.

Des réserves ont été émises au sujet des règles de procédure de certains cantons qui permettent au juge d'instruction de refuser au prévenu d'entrer en relation avec son défenseur¹⁴⁶. Mais d'une manière générale, nos codes de procédure se montrent soucieux des droits de l'inculpé et entourent l'instruction de garanties lorsque le défenseur ne peut intervenir¹⁴⁷. D'autre part, l'instruction préparatoire sans intervention du défenseur nous paraît admissible tant que les preuves ne sont pas administrées définitivement.

On sait aussi que l'interdiction aux avocats de comparaître devant les tribunaux de travail pour les causes peu importantes ne viole pas la garantie d'un procès équitable, selon la jurisprudence de la Commission¹⁴⁸. Un arrêt, quelque peu ancien, du Tribunal fédéral a émis la même opinion¹⁴⁹.

Quant à l'assistance judiciaire gratuite, la Convention ne s'inquiète que de l'*assistance gratuite d'un défenseur*, et, au surplus, en matière pénale. La garantie constitutionnelle fédérale qui dispense le justiciable indigent des avances de frais de justice est plus large et va au-delà des exigences de la Convention.

Alors que l'assistance judiciaire en matière civile a toujours été reconnue en Suisse, il n'en a pas été de même en matière pénale. Dans

¹⁴⁴ ATF 71 I, p. 369, spéc., p. 377, traduction française JdT, 1946, p. 114, spéc., pag. 121.

¹⁴⁵ Voir *supra*, p. 49.

¹⁴⁶ Voir « Bulletin de la Commission internationale de Juristes », N° 33 (1968), p. 39.

¹⁴⁷ Voir François CLERC, *L'instruction préparatoire en Suisse*, in « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé », 1952, N° 2, pp. 203 et ss; Jean GRAVEN, *La protection de la personne dans le procès pénal en droit suisse*, rapport présenté aux Quatorzièmes journées de défense sociale, Fribourg, 28 et 29 octobre 1966, in supplément à la « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé », 1967, N° 3, pp. 18 et ss.

¹⁴⁸ Voir *supra*, p. 42.

¹⁴⁹ ATF 43 I 34, spéc., p. 39.

un arrêt ancien ¹⁵⁰, le Tribunal fédéral estimait que le rôle de défenseur d'un accusé dans une procédure pénale était secondaire. Il justifiait sa thèse ainsi : dans le procès civil, c'est aux parties qu'il incombe d'établir un droit, ce qui exige d'elles des connaissances juridiques qui, en général, manquent à un non-professionnel ; dans le procès pénal, au contraire, le jugement repose non plus sur les faits établis par les parties, mais sur le résultat d'une instruction opérée d'office et dans laquelle les questions de fait et de droit sont résolues indépendamment de l'attitude des intéressés au procès. Mais dans un arrêt plus récent ¹⁵¹, le Tribunal fédéral a admis que l'article 4 de la Constitution fédérale fondait une prétention à la désignation d'un avocat d'office également dans une affaire pénale, à la condition que l'affaire présente, en ce qui concerne les faits et le droit, des difficultés particulières telles que l'accusé ou son représentant légal ne sont pas en mesure de les affronter ou qu'il ne s'agit pas d'une bagatelle. Cette dernière jurisprudence est en tout point conforme à la Convention.

Mais que faut-il entendre par gratuité de l'assistance d'un défenseur d'office ? Il semble établi en droit suisse que l'assistance judiciaire gratuite d'un défenseur est une forme de l'avance des frais, de telle sorte que si le bénéficiaire succombe au procès, les frais de justice, dépens et indemnités sont mis à sa charge ¹⁵². Il est difficile de dire si l'article 6, chiffre 3, litt. d Conv. prévoit l'exonération de l'avance des frais ou s'il exclut purement et simplement les frais. La Commission n'a, à notre connaissance, donné aucun avis à ce sujet. Rappelons la jurisprudence de ce tribunal allemand à propos de l'assistance gratuite d'un interprète (art. 6, chiffre 3, litt. e), qui a jugé contraire à la Convention le paiement des frais de l'interprète par un condamné ¹⁵³. Cette jurisprudence nationale donne au mot « gratuité » le sens d'exonération pure et simple.

C'est encore un principe de droit constitutionnel fédéral qui répond à la garantie de l'article 6, chiffre 3, litt. d Conv. : chaque partie, en vertu du droit d'être entendu, doit pouvoir faire prendre en considération ses moyens de preuve (témoignages, visions locales, expertises), dans la mesure où ils sont pertinents ¹⁵⁴. Le tribunal doit donc, non seulement entendre les allégations du prévenu ou des parties à un procès civil, mais donner suite aux moyens de preuve proposés par les justiciables, notamment les offres de *preuve testimoniale*. La restriction apportée par la jurisprudence fédérale quant à la pertinence du témoignage trouve son pendant dans la jurisprudence de la Commission.

Nous avons déjà fait allusion à la garantie de l'assistance gratuite d'un interprète à tout accusé qui ne comprend pas la langue employée

¹⁵⁰ ATF 63 I 209, traduction française IdT, 1938, p. 130, c. 3.

¹⁵¹ Arrêt HABEGGER du 24 avril 1959, non publié, cité par M. FAVRE, *op. cit.*, p. 255.

¹⁵² Voir Jean Ernest DUBI, *La pratique des frais de justice pénale en Suisse romande*, thèse, Neuchâtel, p. 45.

¹⁵³ Voir *supra*, p. 51.

¹⁵⁴ DARBELLAY, *op. cit.*, p. 573.

à l'audience. On ne rencontre pas, à notre connaissance, de cas d'application dans la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il nous semble, cependant, que le droit d'être assisté d'un interprète pour comprendre et se faire comprendre est une condition essentielle du droit d'être entendu et est imposée, par là même, au législateur cantonal.

Bon nombre de règles concernant la bonne administration de la justice reposent en Suisse sur le principe constitutionnel du droit d'être entendu. En guise de conclusion, nous aimerions, comme pour l'article 6 Conv., tracer le champ d'application de cette liberté individuelle. Le droit d'être entendu est absolu en matière civile et pénale¹⁵⁵.

Il est admis en droit suisse qu'en matière administrative, le droit d'être entendu n'a pas la même efficacité. Mais il nous paraît que les restrictions apportées par la jurisprudence fédérale ne violent pas la Convention. En effet, le droit d'être entendu est garanti à l'administré chaque fois que la décision met en cause sa liberté personnelle ou porte une atteinte grave à la sphère de ses intérêts privés¹⁵⁶. Il est garanti également lorsque l'administration est appelée à trancher un litige de droit privé ou à s'immiscer dans une relation de droit privé¹⁵⁷. Comme on le voit, la jurisprudence fédérale garantit le droit d'être entendu en matière administrative comme en matière civile et pénale dans tous les cas qui sont énumérés à l'article 6 Conv.

CHAPITRE VI

La légalité des délits et des peines (art. 7 Conv.)

§ 1: CONTENU DE LA GARANTIE INTERNATIONALE

L'article 7 Conv. consacre le principe de la légalité des délits et des peines qu'il énonce ainsi :

« 1. Nul ne peut être condamné pour une action ou une omission qui, au moment où elle a été commise, ne constituait pas une infraction d'après le droit national ou international. De même il n'est infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise.

» 2. Le présent article ne portera pas atteinte au jugement et à la punition d'une personne coupable d'une action ou d'une omission qui, au moment où elle a été commise, était criminelle d'après les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées. »

¹⁵⁵ Voir FAVRE, *op. cit.*, pp. 251 et ss; BURCKHARDT, *op. cit.*, p. 53; FLEINER-GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 419-420; ATF 43 I 162, *spéc.*, p. 165.

¹⁵⁶ ATF 92 I 259, *spéc.*, p. 263.

¹⁵⁷ DARBELLAY, *op. cit.*, p. 574.

Nous avons déjà remarqué que les droits garantis par la Convention peuvent embrasser une multitude de faits juridiques qui ont souvent, à première vue, un rapport très lâche avec les droits de l'homme. Il n'en est pas de même de l'article 7 Conv. : celui-ci s'applique dans le cadre limité d'une condamnation pénale, et comme cette règle paraît solidement établie dans les démocraties occidentales, on a pu dire que le principe : « nulla poena sine lege » n'avait pas joué un grand rôle dans l'application de la Convention¹. L'article 7 Conv. présente cependant un grand intérêt lorsque l'on se pose la question de savoir quelle est l'étendue du pouvoir d'investigation des organes chargés d'assurer le respect de la Convention dans le droit interne des Etats-membres².

S'agissant du contenu de la garantie, la Commission a tiré certains principes d'application du droit pénal comme elle en a exclu d'autres.

Tout d'abord, la règle a pour corollaire l'interdiction de l'application extensive de la loi pénale « in malam partem » par voie d'analogie. L'article 7 Conv. garantit l'interprétation restrictive des textes répressifs³. Du principe de la légalité des délits et des peines découle l'impossibilité de condamner une personne en vertu d'une loi abrogée, lorsque les faits incriminés sont postérieurs à cette abrogation⁴.

Mais il n'y a pas violation de l'article 7 Conv. lorsqu'une disposition interne permet au juge d'augmenter la durée d'une peine criminelle, en cas de récidive. Il n'est pas question ici de la qualification d'un acte, ni même de la condamnation à une peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise⁵. L'article 7 Conv., au surplus, concerne la condamnation d'un accusé et non les modalités de l'exécution de la peine prononcée, si bien que l'application rétroactive d'une loi plus sévère relative à la libération conditionnelle du condamné ne viole pas l'article 7 Conv.⁶.

L'article 7 Conv. contient une réserve en son chiffre deuxième qui n'intéresse pas la Suisse. Cette réserve concerne les circonstances tout à fait exceptionnelles qui se sont produites à l'issue de la deuxième guerre mondiale. La garantie de l'article 7 Conv. n'affecte pas les lois qui ont été promulguées alors pour réprimer les crimes de guerre et les faits de trahison et collaboration avec l'ennemi. Bon nombre de requérants qui invoquaient le principe de la légalité des délits et des peines se sont heurtés à cette réserve⁷.

¹ SCHEUNER, *op. cit.*, p. 385.

² Voir *infra*, pp. 156 et ss.

³ Req. N° 217/56, Ann. I, p. 238 ; Req. N° 1169/61, Ann. IV, p. 521, spéc., p. 587 ; dans le même sens *Bundesgerichtshof*, N.J.W. 16 (1963), p. 500.

⁴ Req. N° 1169/61, Ann. VI, p. 521, spéc., p. 587.

⁵ Req. N° 458/59, Ann. III, p. 223, spéc., p. 235.

⁶ Req. N° 1760/63, Rec. 20, p. 1.

⁷ Req. N° 268/57, Ann. I, p. 239 ; Req. N° 214/56, (DE BECKER), Ann. II, p. 215, spéc., p. 227 ; Req. N° 1028/61, Ann. IV, p. 325, spéc., p. 335.

§ 2 : SITUATION EN DROIT SUISSE

L'application de l'article 7 Conv. dans l'ordre juridique interne suisse n'offre pas de difficultés : Les articles 1 et 2 du Code pénal suisse mentionnent le principe de la légalité des délits et des peines et l'article 4 de la Constitution fédérale impose implicitement le respect du principe aux cantons, dans la mesure où ceux-ci sont encore compétents pour légiférer en matière de droit pénal⁸.

CHAPITRE VII

Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (art. 8 Conv.)

§ 1 : CONTENU DE LA GARANTIE INTERNATIONALE

La Convention proclame à l'article 8 Conv. que :

« 1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

» 2 Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

On constatera d'emblée qu'à l'opposé de l'article 7 Conv., la garantie de l'article 8 Conv. est libellée en termes généraux : les cas d'application de cet article sont d'ailleurs nombreux et variés. Inutile de s'étendre sur le chiffre deuxième qui prévoit une réserve particulièrement large à laquelle la Commission s'est souvent référée.

Le droit au respect de la vie privée et familiale a été invoqué dans plusieurs domaines.

Plusieurs requérants se sont plaints devant la Commission de la répression de l'homosexualité, telle qu'elle est prévue par la législation allemande. En tant que telle, la répression est contraire au respect de la vie privée, et dans son étendue viole, au surplus, l'article 14 Conv., parce qu'elle se limite aux hommes et ne s'applique pas à l'homosexualité féminine¹. La Commission a rejeté ces requêtes en se fondant

⁸ Voir FLEINER-GIACOMETTI, p. 425 et ATF 65 I 8 ; 80 I 113.

¹ Req. N° 104/55, Ann. I, p. 228 ; Req. N° 167/56, Ann. I, p. 235 ; Req. N° 261/57, Ann. I, p. 255 ; Req. N° 530/59, Ann. III, p. 185.

sur le chiffre 2, de l'article 8 Conv. : la punition de l'homosexualité est une ingérence admissible dans la vie privée, lorsque cette ingérence est prévue par la loi de la Haute Partie Contractante, pour la protection de la santé ou de la moralité. La Commission a estimé, au surplus, que l'article 14 Conv. relatif à la discrimination quant au sexe, n'exclut pas la possibilité d'opérer une différenciation entre les sexes dans les mesures que prend l'Etat à l'égard de l'homosexualité pour la protection de la santé ou de la morale conformément à l'article 8, chiffre 2 Conv.². L'argumentation de la Commission tirée de l'article 14 Conv. est sibylline : nous croyons au contraire que la différenciation entre les sexes qui peut être légitime en d'autres circonstances, présente dans ce cas d'espèce tous les traits d'une discrimination.

L'article 8 Conv. a aussi trouvé son application dans un tout autre domaine : Nous avons déjà signalé qu'une mesure d'expulsion pouvait violer l'article 3 Conv., parce qu'elle consisterait en un traitement inhumain et dégradant, lorsqu'elle frappe un étranger marié³. La même mesure peut également porter atteinte à la vie familiale.

Il n'y a pas, selon la Commission, violation du respect de la vie privée et familiale, lorsqu'un Etat refuse un permis de résidence à un étranger qui a épousé l'une de ses ressortissantes, lorsque l'un et l'autre des conjoints peuvent continuer à résider ensemble dans un autre pays⁴. La mesure d'expulsion peut, d'autre part, être justifiée par l'article 8, chiffre 2 Conv., si la présence de l'étranger a été jugée par l'Etat partie dangereuse pour son ordre public⁵. En se refusant d'approfondir les motifs mêmes de la mesure d'expulsion, la Commission enlève à l'article 8 Conv. une grande partie de son efficacité. Il suffit que l'Etat estime la présence de l'étranger dangereuse pour l'ordre public pour que les conditions du chiffre 2, de l'article 8 Conv. soient remplies⁶.

La jurisprudence allemande a, par contre, donné quelques exemples plus intéressants d'application du chiffre 2. Ainsi la Cour administrative supérieure de Münster⁷ constate que si à la suite d'une mesure d'expulsion du chef de famille, celle-ci est menacée dans son existence, l'intérêt de sauvegarder l'unité de la famille doit être soigneusement pesé par rapport à l'intérêt public. Après examen des circonstances de la cause qui lui était soumise, la Cour a repoussé au second plan l'intérêt que trouverait l'ordre public à l'expulsion du chef de famille.

Cette jurisprudence interne nous montre la marche à suivre pour confronter une mesure d'expulsion avec la garantie de l'article 8 Conv. Il faut soigneusement peser les deux intérêts en présence, celui de la sauvegarde de l'unité de la famille et celui de la sécurité de l'Etat.

² Voir entre autres Req. N° 104/55, Ann. I, p. 228 ; dans le même sens BVG (Allemagne), in « Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts », vol. 6, pp. 441 et ss.

³ Voir *supra*, p. 18.

⁴ Req. N° 238/56, Ann. I, p. 205 ; Req. N° 858/60, Ann. IV, p. 225, spéc., p. 241.

⁵ Req. N° 312/57, Ann. II, p. 352.

⁶ Voir, par exemple, *Cour de cassation de Belgique*, Ann. III, p. 625.

⁷ *Oberverwaltungsgericht*, traduction française in « Ann. IV », p. 619 ; dans le même sens, *Bundesverwaltungsgericht*, Ann. II, p. 585.

Il est regrettable que la Commission, dans ce domaine, se contente de vérifier la base légale de la décision interne, sans examiner davantage les circonstances de la cause.

La Commission a inauguré, par contre, une jurisprudence solidement établie en matière de droit de visite des parents. Le droit d'un conjoint d'avoir la garde de l'enfant à l'encontre de l'autre n'est pas garanti par la Convention⁸. En cas de divorce, notamment, la question de la garde de l'enfant doit être nécessairement tranchée en faveur de l'une ou l'autre des parties⁹. Mais si le droit de garde lui-même n'est pas garanti, il peut, dans ses effets, entraîner une violation de la Convention, celui de ne pas avoir l'occasion d'être en contact avec l'enfant. En principe, un père ou une mère a toujours un droit d'accès auprès de son enfant ; mais les tribunaux internes peuvent à bon droit, lors de la dissolution du mariage, tenir compte de l'équilibre mental de l'enfant, en confiant la garde à l'un ou l'autre des parents et en déterminant les modalités du droit de visite¹⁰. Le droit de visite peut même être suspendu : C'est une ingérence de l'Etat admise par la Commission au sens du chiffre 2, de l'article 8 Conv.¹¹.

Mais la caractéristique la plus digne d'attention de cette jurisprudence, c'est que la Commission s'estime compétente en dernier ressort pour juger, lorsqu'un tribunal interne a refusé à l'un des parents le droit d'accès auprès de l'enfant, si cette mesure se justifie aux termes du chiffre 2, de l'article 8 Conv.¹². La même compétence s'applique, *a fortiori*, aux décisions relatives à la garde d'enfants de parents divorcés¹³, ainsi qu'à la garde et l'éducation d'un enfant naturel décidée par un office des mineurs¹⁴.

On constatera que la Commission, dans ce domaine du droit de garde et de visite de l'enfant, ne se contente pas de trancher le conflit qui surgit entre l'individu et l'Etat, sous le seul angle de l'arbitraire ; il ne serait pas téméraire, au vu de cette jurisprudence, d'attribuer à la Commission, en l'espèce, la compétence d'une cour d'appel.

La garantie du respect de la vie privée et familiale a été également invoquée à l'occasion des requêtes linguistiques belges. Les requérants estimaient qu'ils avaient un droit personnel à ce que leurs enfants reçoivent une éducation et une formation dans la même langue qu'eux¹⁵ et que leur vie familiale serait compromise contrairement à la garantie de l'article 8 Conv., s'ils devaient mettre leurs enfants dans une pension éloignée de leur domicile, afin que ceux-ci reçoivent un enseignement dans leur langue maternelle.

⁸ Req. N° 172/56, Ann. I, p. 211, spéc., p. 216.

⁹ Req. N° 1449/62, Ann. VI, p. 263, spéc., p. 267.

¹⁰ Req. N° 911/60, Ann. IV, p. 199, spéc., p. 217 ; Req. N° 2516/65, Rec. 20, p. 28, spéc., p. 39.

¹¹ Req. N° 1329/62, Ann. V, p. 201.

¹² Req. N° 911/60, Ann. IV, p. 199, spéc., p. 219.

¹³ Req. N° 1449/62, Ann. VI, p. 263.

¹⁴ Req. N° 514/59, Ann. III, p. 197, spéc., p. 205.

¹⁵ Req. N° 1769/62, Ann. VI, p. 445 ; Req. N° 1474/62, Ann. VI, p. 333.

Saisie de ces affaires, la Cour européenne n'a pas contesté que des « mesures prises dans le domaine de l'enseignement puissent affecter le droit au respect de la vie privée et familiale ou y porter atteinte ; il en serait ainsi, par exemple, si elles avaient pour but ou pour effet de troubler la vie privée ou familiale d'une manière injustifiée, notamment en éloignant de façon arbitraire des enfants de leurs parents »^{15 bis}. Mais l'article 8 Conv. ne garantit nullement le droit d'être instruit dans la langue des parents par les soins ou avec l'aide des pouvoirs publics. Si des parents d'expression française résidant dans une région où l'enseignement officiel n'est dispensé qu'en néerlandais désire soustraire leurs enfants à cet enseignement, il leur est loisible de les confier à des établissements privés de langue française. Si le choix des parents entraînent une séparation de leurs enfants, celle-ci n'est pas imposée par la loi. Elle découle uniquement de la décision des parents^{15 ter}. Au surplus « obliger un enfant à étudier, de manière approfondie, la langue nationale qui n'est pas la sienne, ne saurait être qualifié d'entreprise de « dépersonnalisation »^{15 quater}.

S'agissant du droit au respect de la correspondance, plusieurs détenus se sont plaints devant la Commission que leurs lettres étaient soumises à la censure des autorités pénitentiaires. La Commission a estimé que cette censure n'entraîne pas en conflit avec la Convention, en vertu du chiffre 2, de l'article 8 Conv.¹⁶.

L'article 8, chiffre 2 limite également le droit au respect du domicile ; tel sera le cas pour une exécution forcée¹⁷ et une perquisition¹⁸.

§ 2 : SITUATION EN DROIT SUISSE

Dans la mesure où la répression de l'homosexualité pourrait constituer une atteinte à la vie privée, nous constatons que le droit suisse ne prévoit que la répression de la débauche contre nature des mineurs¹⁹ de moins de vingt ans des deux sexes. Il ne punit les actes de ce genre qu'en tant qu'on peut les considérer comme une atteinte à la liberté sexuelle d'autrui (vu l'âge de la victime ou l'état de dépendance dans lequel elle se trouvait), ou lorsque l'auteur de ces actes en « fait métier »²⁰. L'âge de la victime, l'état de dépendance ainsi que la répression de la prostitution masculine aussi bien que homosexuelle féminine, nous paraissent être des motifs de répression qui entrent dans le cadre de l'article 8, chiffre 2 Conv. Le doute que l'on peut avoir sur la compatibilité du

^{15 bis} Arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme. « Affaires linguistiques belges », publication ronéotypée du Conseil de l'Europe (23 juillet 1968), p. 37.

^{15 ter} Arrêt « Affaires linguistiques belges », *op. cit.*, p. 49.

^{15 quater} Arrêt « Affaires linguistiques belges », *op. cit.*, p. 64.

¹⁶ Req. N° 530/59, Ann. III, p. 185 ; Req. N° 646/59, Ann. III, p. 273.

¹⁷ Req. N° 125/55, Ann. I, p. 251.

¹⁸ Req. N° 530/59, Ann. III, p. 185.

¹⁹ Art. 194 du Code pénal.

²⁰ LOGOZ, *op. cit.*, ad 194, n. 1.

droit allemand en cette matière n'apparaît pas en droit suisse. Le Code pénal militaire²¹, par contre, punit la débauche contre nature comme telle. Mais la vie militaire rassemble des hommes en communauté constante et souvent étroite qui justifie, dans ces circonstances, la répression de l'homosexualité²². Encore une fois, les restrictions prévues au chiffre 2, de l'article 8 Conv. nous paraissent autoriser une sanction pénale.

En Suisse, l'article 36 de la Constitution fédérale assure expressément l'inviolabilité du secret des lettres. Des dispositions législatives fédérales précisent cette garantie constitutionnelle, en prévoyant notamment des sanctions pénales pour celui qui, exécutant un service postal, viole le secret²³; il en est de même pour celui qui viole le secret télégraphique ou téléphonique²⁴.

La Constitution fédérale ne mentionne pas le droit au respect du domicile, parce que cette dernière liberté est déjà garantie, en Suisse, dans les constitutions cantonales²⁵. Cependant, comme la Constitution fédérale garantit toute liberté individuelle qui pourrait être efficace en droit positif, on peut tirer la conséquence que l'inviolabilité du domicile est implicitement garantie par le droit constitutionnel fédéral²⁶.

CHAPITRE VIII

Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9 Conv.)

§ 1 : CONTENU DE LA GARANTIE INTERNATIONALE

La liberté de pensée, de conscience et de religion est proclamée dans la Convention à l'article 9 dans les termes suivants :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion ; ce droit implique la liberté de changer de religion ou de conviction, ainsi que la liberté de manifester sa religion ou sa conviction individuellement ou collectivement, en public ou en privé, par le culte, l'enseignement, les pratiques et l'accomplissement des rites.

» 2. La liberté de manifester sa religion ou ses convictions ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi,

²¹ Art. 157, al. 1.

²² LOGOZ, *op. cit.*, ad 194.

²³ *Loi fédérale du 2 octobre 1924 sur le service des postes*, RS 7, p. 752, (art. 57).

²⁴ *Loi fédérale du 14 octobre 1922 réglant la correspondance télégraphique et téléphonique*, RS 7, p. 872 (art. 39).

²⁵ GIACOMETTI, *Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, p. 156.

²⁶ Voir à ce sujet Heinrich STEINER, *Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung*, thèse, Berne, 1959, p. 40.

constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité publique, à la protection de l'ordre, de la santé ou de la morale publiques, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. »

Cette disposition fondamentale, garantie essentielle dans un régime démocratique, a suscité dans l'histoire de la Convention des cas d'application dont l'interprétation est particulièrement délicate. Quelques décisions puisées dans la jurisprudence de la Commission et dans la jurisprudence interne nous en fournissent des exemples.

Que faut-il entendre par « liberté de manifester sa religion » ? Lorsqu'un pasteur est contraint de payer une cotisation pour l'allocation-vieillesse, contrairement à ses convictions religieuses, selon lesquelles sa subsistance doit être assurée par l'Eglise, y a-t-il violation de la liberté religieuse ? La Cour de cassation des Pays-Bas, chargée d'examiner cette affaire, a statué ainsi : « La liberté garantie à chacun de manifester sa religion ou ses convictions ne coïncide pas avec la liberté de chacun de confronter les prescriptions législatives avec ses propres conceptions ou convictions religieuses (...). Partant l'article 9 de la Convention ne signifie pas que chacun serait libre de se soustraire à l'application des dispositions législatives, même lorsque celles-ci n'ont aucun rapport avec la manifestation de la religion ou des convictions, en alléguant la nullité ou l'inapplicabilité de ces dispositions législatives sur la base de griefs tirés de conceptions ou de convictions religieuses. ¹ »

Cette jurisprudence a été l'objet de critiques aux Pays-Bas. On a notamment regretté que la Cour ait restreint l'application de l'article 9 Conv. aux « pratiques et (à) l'accomplissement des rites » et ne l'ait pas étendue à « l'observance des préceptes religieux dans la pratique quotidienne » ². On a prétendu, au contraire, que la loi hollandaise sur l'assurance-vieillesse empiétait sur la liberté religieuse, mais que le deuxième alinéa de l'article 9 Conv. inclinerait à penser que « une bonne prévoyance sociale de la population d'âge avancé, semble être une mesure prévue par la loi, aussi bien pour la protection de l'ordre, que pour la santé ou la morale publiques » ³.

Saisie de l'affaire, la Commission a esquivé le problème ; elle a rejeté la requête, après avoir constaté que la loi incriminée n'obligeait personne à demander une pension (!) et qu'il y avait possibilité, pour ceux qui avaient des objections de conscience, de faire des versements équivalents aux cotisations sous forme d'impôts ⁴.

Une décision belge nous donne un autre exemple d'une violation de l'article 9 Conv. où l'intéressé, un ouvrier, s'il accomplissait ses devoirs religieux, perdrait ses droits aux allocations de chômage : il s'agit d'un israélite qui, selon les règles de sa confession, ne travaille pas le samedi et ne peut donc se rendre au « pointage ». Selon la Commission de

¹ Voir la traduction française de l'arrêt, in « Ann. III », p. 649, spéc., p. 669.

² J.M. van EMDE BOAS, *La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la jurisprudence néerlandaise*, in « Annuaire Européen », vol. 10 (1962), pp. 226 et ss., spéc., p. 239.

³ Van EMDE BOAS, *op. cit.*, p. 239, n. 5.

⁴ Req. N° 1497/62, Ann. V, p. 287.

réclamation de l'Office national de l'Emploi à Bruxelles⁵, l'intéressé peut tout de même toucher ses allocations, s'il travaille pendant six jours ininterrompus, à savoir du dimanche au vendredi soir. Il y a violation de l'article 9 Conv. si l'on compte les six jours pendant lesquels l'ouvrier doit travailler sans interruption, du lundi au samedi, et qu'on en fasse une condition pour l'octroi d'allocations de chômage ; en effet, l'autorité compétente fait pression sur la conscience de l'intéressé en le mettant en demeure de choisir entre les impératifs catégoriques de sa religion et la crainte de perdre son droit au bénéfice de l'indemnisation. L'intéressé, dès lors, ne pourrait plus manifester sa religion.

On approuvera cette jurisprudence qui témoigne d'un grand respect des convictions religieuses d'un individu. Cette décision nous permet aussi de dire, avec la Cour de cassation des Pays-Bas, que l'article 9 Conv. ne protège que l'acte cultuel individuel ou collectif. Ceci semble ressortir du texte de la deuxième phrase de l'alinéa 1, de l'article 9 Conv. qui précise le contenu du principe proclamé dans la première phrase du même alinéa : il n'est question que de la liberté de manifester sa religion ou ses convictions.

Une autre affaire fort délicate et qui n'a malheureusement pas été portée devant la Commission est celle de la procession religieuse organisée sur la voie publique par un vicaire du culte catholique dans un village des Pays-Bas, procession interdite par la législation. On voit d'emblée l'intérêt que présente ce cas d'espèce pour la Suisse, pays ayant une population mixte du point de vue des convictions religieuses. Déféré devant la justice et puni, le vicaire recourt devant la Cour d'Arnheim qui le libère des fins de la poursuite pénale⁶. La Cour d'appel estime, en effet, qu'une procession doit être considérée comme une manifestation en public de la religion catholique au sens de l'article 9 Conv. et que, selon l'alinéa 2 du même article, elle n'est pas attentatoire à la santé ou à la morale publiques, ni aux droits et libertés d'autrui. Reste à savoir si la législation interne qui restreint cette manifestation en public d'un culte est une mesure nécessaire à la protection de l'ordre public. Selon l'article 184, alinéa 2 de la Constitution hollandaise, l'exercice du culte à l'extérieur des bâtiments ou lieux clôturés reste permis là où il était admis lors de la promulgation de la Constitution de 1848 ; ce qui n'est pas le cas pour le village où la procession s'est déroulée. Cette législation avait pour but d'éviter toute tension et agitation entre les membres des deux communautés. Mais selon la Cour d'appel « la question de savoir si la limitation que contient l'article 184, alinéa 2 de la Constitution doit être considérée comme une mesure *nécessaire* dans une société démocratique à l'ordre public doit être tranchée dans ce cas concret en se basant sur les conditions actuelles »⁷. La Cour en vient à constater que la réglementation sur laquelle est fondée la condamnation du vicaire n'est plus une norme valable aujourd'hui, plus

⁵ Voir le texte de la décision, in « Ann. V », p. 365.

⁶ Voir traduction française de l'arrêt, in « Ann. IV », pp. 631 et ss.

⁷ Ann. IV, p. 639.

de cent ans plus tard, pour justifier une mesure nécessaire à l'ordre public.

Saisie d'un pourvoi du Procureur près la Cour d'Arnheim, la Cour de cassation des Pays-Bas⁸ a refusé d'endosser cette argumentation en déclarant notamment : « ...dans une société démocratique le législateur peut parfaitement estimer nécessaire de prendre, dans l'intérêt de la légalité, de telles dispositions protégeant l'ordre public, et de le faire de telle sorte que la possibilité de tenir des cultes en public tels qu'ils sont entendus ici, ne soit pas jugée d'après chaque cas d'espèce, mais selon un critère de portée générale.⁹ » Une limitation d'une liberté est en principe soustraite à l'appréciation du juge, sauf dans le cas où « l'on peut considérer comme tout à fait impensable qu'un législateur mis devant la nécessité d'adopter une réglementation en cette matière pour assurer la protection de l'ordre public, pourrait adopter ou maintenir une telle réglementation en toute équité »¹⁰. Se plaçant dans l'optique du législateur, la Cour de cassation a refusé de voir dans la restriction de la liberté religieuse une entorse à l'équité.

Deux conceptions s'affrontent dans cette jurisprudence interne : l'une, dynamique, qui ne voit dans la restriction d'une liberté qu'un caractère provisoire qui ne peut plus se justifier si les circonstances avec le temps se modifient, et l'autre, légaliste, qui s'en remet au législateur et admet des restrictions générales à l'exercice d'une liberté. Les arguments ne manquent ni dans un sens ni dans l'autre. Nous verrons que le même dilemme se pose en droit suisse¹¹.

§ 2 : SITUATION EN DROIT SUISSE

a) *La liberté de conscience et de croyance*

Le principe proclamé à l'article 9 Conv. se retrouve en droit suisse aux articles 49 et 50 de la Constitution fédérale. L'article 49, alinéa 1 dit que « la liberté de conscience et de croyance est inviolable » et l'article 50, alinéa 1 : « le libre exercice des cultes est garanti dans les limites compatibles avec l'ordre public et les bonnes mœurs ».

L'article 49, alinéa 1 de la Constitution fédérale exclut toute contrainte de l'Etat sur les personnes résidant en Suisse en matière religieuse. « La liberté de conscience, au sens de l'article 49 cst, consiste dans la libre détermination personnelle en matière de foi religieuse, c'est-à-dire dans la liberté de choisir la croyance religieuse que l'on veut adopter, y compris le droit de changer de croyance, ou encore la liberté de n'en adopter aucune. La liberté de croyance est le droit de professer sa religion et de la propager. Elle est englobée dans la liberté

⁸ Voir traduction française de l'arrêt, in « Ann. IV », pp. 641 et ss.

⁹ Ann. IV, p. 649.

¹⁰ Ann. IV, p. 649.

¹¹ Voir *infra*, pp. 73 et ss.

de conscience ; elle en est l'expression la plus positive et la plus haute. ¹² »

Selon l'article 59, alinéa 1 de la Constitution fédérale, l'Etat garantit la libre manifestation des convictions religieuses (le libre exercice des cultes) sous réserve des mesures nécessaires pour protéger l'ordre public et les bonnes mœurs.

C'est ici que se pose la question de savoir dans quelle mesure la Confédération ou une autorité cantonale peut interdire la manifestation en public de la religion catholique sous la forme d'une procession. L'article 50, alinéa 2 de la Constitution fédérale prévoit, en effet, que « les cantons et la Confédération peuvent prendre les mesures nécessaires pour le maintien de l'ordre public et de la paix confessionnelle entre les membres des diverses communautés religieuses, ainsi que contre les empiètements des autorités ecclésiastiques sur les droits des citoyens et de l'Etat ».

Le Tribunal fédéral a donné une solution libérale à ce problème ¹³ : les restrictions apportées au libre exercice du culte doivent trouver une justification suffisante dans les intérêts dont l'Etat est tenu d'assurer la garantie à l'ensemble des citoyens. Ainsi, dans le cas d'une procession, l'intérêt particulier de l'exercice du culte doit céder le pas à celui, général, de la liberté de circuler sur les voies et places publiques s'il n'est pas possible de les concilier.

La question de la sauvegarde de la paix religieuse est plus difficile à apprécier, notamment le fait qu'une cérémonie peut blesser le sentiment religieux des adeptes d'une autre religion ; toutefois, poursuit le Tribunal fédéral, on est en droit d'exiger un certain degré de tolérance de celui qui professe une autre croyance. Pour interdire une manifestation culturelle en public, il faut que celle-ci apparaisse, suivant les circonstances locales, comme inopportune, provocatrice, de nature à créer un état de tension préjudiciable. En conclusion, le Tribunal fédéral admet qu'en période de surexcitation confessionnelle extraordinaire, une procession soit interdite, mais une interdiction générale de faire des processions n'est pas conforme à l'article 50 de la Constitution fédérale.

Cette décision présente une analogie évidente avec l'arrêt de la Cour d'Arnheim ¹⁴. Signalons, cependant, que l'arrêt du Tribunal fédéral est critiqué par la doctrine dominante : la Constitution fédérale permettrait, au contraire, aux autorités d'interdire d'une façon générale le déroulement de processions sur la voie publique ¹⁵. Les deux thèses défendues par les juridictions hollandaises sont donc également débattues en Suisse.

Dans son rapport sur l'affaire De Becker ¹⁶, la Commission a émis l'opinion que, avec le temps, une mesure restrictive d'une liberté

¹² FAVRE, *op. cit.*, p. 265.

¹³ ATF 49 I 138 ; traduction française JdT, 1924, p. 151.

¹⁴ Voir *supra*, pp. 71 et ss.

¹⁵ FLEINER-GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 340 et n. 11, p. 340 ; Frits FLEINER, *Schweizerische Bundesstaatsrecht*, p. 339 ; BURCKHARDT, *op. cit.*, p. 465 ; *contra* : François CLERC, *Les principes de la liberté religieuse en droit suisse*, thèse, Genève, 1937, p. 106.

¹⁶ Voir *infra*, p. 79.

pouvait cesser d'être une mesure nécessaire. La Commission se placerait donc plutôt dans une perspective dynamique du droit. Ainsi, une interdiction générale d'un acte cultuel sur la voie publique pourrait, à notre avis, au gré des circonstances, toujours être remise en question devant les organes internationaux.

b) *Les articles d'exception*

La Confédération et les cantons ont la compétence générale, en vertu de la Constitution fédérale, de restreindre la liberté de croyance et le libre exercice des cultes, lorsque le maintien de l'ordre public et de la paix confessionnelle entre les membres des diverses communautés religieuses l'exige. Cependant, le constituant a jugé utile de prendre des mesures spéciales qui sont communément appelées : « les articles d'exception ». Il s'agit de l'interdiction de l'ordre des Jésuites (art. 51 de la Constitution fédérale), de l'interdiction de fonder de nouveaux couvents (art. 52 de la Constitution fédérale), de l'approbation de la Confédération relative à l'érection d'évêchés (art. 50, al. 3 de la Constitution fédérale) et de l'interdiction de l'abattage juif des animaux (art. 25bis de la Constitution fédérale).

L'article 51 de la Constitution fédérale prévoit que « l'ordre des Jésuites et les sociétés qui lui sont affiliées ne peuvent être reçus dans aucune partie de la Suisse, et toute action dans l'Eglise et dans l'école est interdite à leurs membres.

» Cette interdiction peut s'étendre aussi, par voie d'arrêté fédéral, à d'autres ordres religieux dont l'action est dangereuse pour l'Etat ou trouble la paix entre les confessions ».

Cet article est un des témoins des luttes religieuses et anticléricales qui se sont déroulées en Suisse au XIX^e siècle. Mais la question qui se pose est de savoir si aujourd'hui, cette interdiction est encore justifiée. Cette mesure qui restreint une liberté individuelle doit s'analyser selon le critère de la proportionnalité, principe fondamental de l'ordre juridique suisse. Or, il est admis qu'à notre époque l'interdiction des Jésuites n'est plus une mesure proportionnée au but que s'est fixé la Confédération qui est d'assurer le maintien de l'ordre public et de la paix confessionnelle¹⁷.

Mais relevons, cependant, que l'interdiction des Jésuites en Suisse n'est pas générale. L'article 51 de la Constitution fédérale interdit à la Compagnie de Jésus de s'établir en Suisse et d'avoir une activité quelconque au sein de l'Eglise et l'école. Par contre, un Jésuite bénéficiaire de la liberté d'établissement, même s'il est étranger, pour autant, dans ce dernier cas, qu'il respecte les règles de la police des étrangers. Il faut aussi distinguer entre prédication et conférence. Si la Constitution fédérale interdit la première, elle autorise la seconde, même si elle a pour sujet un thème religieux et qu'elle soit prononcée, par

¹⁷ Voir Dietrich SCHINDLER, *Rechtliche Würdigung der konfessionellen Ausnahmeartikel*, in « Civitas », Revue mensuelle de la Société des étudiants suisses, cité ci-après « Civitas », Vol. 21 (1966), N° 9, pp. 594 et ss, spéc., p. 596.

exemple, dans une université ou à la radio. L'aumônerie dans une maison d'étudiants ne tombe pas non plus sous le coup de l'article 51 de la Constitution¹⁸. A cela s'ajoute que l'Assemblée fédérale qui a la faculté d'interdire d'autres ordres religieux, n'a jamais usé de sa compétence¹⁹.

Une autre disposition qui porte atteinte à la liberté religieuse est celle prévue à l'article 52 de la Constitution fédérale : « Il est interdit de fonder de nouveaux couvents ou ordres religieux et de rétablir ceux qui ont été supprimés. » Depuis 1874, date d'entrée en vigueur de la Constitution fédérale, aucun nouveau couvent ne peut être fondé en Suisse, de même qu'aucun ordre religieux qui n'était pas établi en Suisse avant cette date ne peut jouir de la liberté d'établissement. Ici encore cette mesure d'interdiction, à la lumière des circonstances actuelles, dépasse le cadre limité de la protection de l'ordre public et de la paix confessionnelle. Elle devient même discriminatoire, puisque selon le Département fédéral de justice et police, l'interdiction ne vise que l'Eglise catholique²⁰.

Sans doute, l'interdiction des Jésuites et celle de fonder de nouveaux couvents ne sont pour ainsi dire plus appliquées : les Jésuites ont en Suisse une activité quasiment sans restriction et certaines communautés ne sont pas considérées comme des couvents²¹. Il n'en demeure pas moins que les articles 51 et 52 doivent disparaître de la Constitution²². Tant l'Assemblée fédérale que le Conseil fédéral sont sensibles à ces atteintes à la liberté religieuse²³.

Ce conflit de normes en droit interne prend une dimension internationale, en raison de l'article 9 Conv. Le Conseil fédéral voyait déjà, au moment de la procédure d'admission de la Suisse au Conseil de l'Europe, la possibilité d'un conflit entre le droit interne et le Statut²⁴.

Si la Suisse est le dernier pays d'Europe à stipuler dans sa Constitution fédérale des mesures contre l'ordre des Jésuites et contre l'Eglise catholique, cela est dû à une question de procédure : toute modification de la Constitution doit entraîner l'adhésion du peuple et des cantons ; le sort des articles religieux dépend de l'avis des citoyens ; or, il est

¹⁸ Voir sur la pratique des autorités administratives la réponse du Conseil fédéral à l'interpellation SCHMID, in « Bulletin sténographique 1949, Conseil national », pp. 477 et ss.

¹⁹ FAVRE, *op. cit.*, p. 278 ; AUBERT, *Traité*, p. 726.

²⁰ JAAC, 1960, N° 12, p. 46 ; M. FAVRE estime que l'article 52 de la Constitution fédérale a, au contraire, une portée générale et vise les communautés de toutes les confessions, *op. cit.*, p. 280.

²¹ Dans le même sens, KAUFMANN, *op. cit.*, p. 258.

²² Dans le même sens, FLEINER-GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 363, N° 48 ; AUBERT, *Traité*, p. 727.

²³ Voir motion VON MOOS au Conseil des Etats du 24 juin 1954 et réponse de feu le Conseiller fédéral FELDMANN, in « Bulletin sténographique », Conseil des Etats, 1955, pp. 93 et ss ; plus récemment, Interpellation LUSSER au Conseil des Etats et réponse du Conseiller fédéral WAHLEN, in « Bulletin sténographique, Conseil des Etats, 1965 », pp. 175 et ss.

²⁴ Voir *Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant les relations de la Suisse avec le Conseil de l'Europe*, FF 1962, 11, p. 1088.

notoire que la démocratie directe travaille plus lentement qu'un parlement élu.

Selon l'article 50, alinéa 4 de la Constitution fédérale, « il ne peut être érigé d'évêchés sur le territoire suisse sans l'approbation de la Confédération ».

Cet article est également un reflet de la tension qui avait surgi à la fin du siècle passé entre le Saint-Siège et la Suisse. Cette disposition n'a plus été appliquée en Suisse depuis l'année 1888 où fut réglée la situation épiscopale du Tessin. M. Favre voit dans cette disposition constitutionnelle une immixtion injustifiée dans le domaine de l'autonomie d'une Eglise²⁵. Pour M. Schindler, par contre, si, à l'origine, la mesure ne visait que l'Eglise catholique, sa rédaction en termes généraux s'applique uniformément à toutes les Eglises épiscopaliennes (Eglise catholique chrétienne, Eglise méthodiste)²⁶, et l'article 50, alinéa 4 de la Constitution fédérale ne porterait pas atteinte à la liberté de conscience et de religion, tant au regard de la Constitution fédérale que de la Convention. Il nous paraît également que l'article 9 Conv. n'est pas violé si l'Etat se permet d'avoir un droit de regard sur l'organisation d'une Eglise. Mais l'article 9 Conv. pourrait, cependant, entrer en conflit avec le droit interne si, par le truchement de l'article 50, alinéa 4 de la Constitution fédérale, la Confédération parvenait à empêcher une Eglise de professer sa foi.

Enfin, sous la rubrique des articles d'exception, il faut mentionner l'interdiction de l'abattage israélite des animaux de l'article 25bis de la Constitution fédérale : « Il est expressément interdit de saigner les animaux de boucherie sans les avoir étourdis préalablement ; cette disposition s'applique à tout mode d'abattage et à toute espèce de bétail. »

Bien que la Confédération et les cantons aient une compétence générale fondée sur la règle de la sauvegarde de l'ordre public et de la paix confessionnelle de l'article 50, alinéa 1 de la Constitution fédérale, le constituant, sous la forme d'une initiative constitutionnelle approuvée par les citoyens et les cantons en 1893, a cru bon d'introduire dans la Constitution une mesure d'interdiction d'un rite. Dans son sens matériel, la doctrine dominante accorde à cette disposition la valeur d'une règle de police qui ressortirait plutôt au domaine de la loi et de l'ordonnance²⁷. Si l'article 25bis de la Constitution fédérale a la forme d'une norme constitutionnelle, c'est parce que le peuple et les cantons ont le pouvoir d'introduire dans la Constitution fédérale n'importe quelle règle de droit, pourvu que la procédure de révision de la Constitution soit respectée.

En introduisant l'article 25bis dans la Constitution fédérale, les auteurs de l'initiative avaient pour but de prévenir le mauvais traitement des animaux. Cette opinion est encore partagée aujourd'hui²⁸.

²⁵ *Op. cit.*, p. 274.

²⁶ « Civitas », p. 601.

²⁷ FLEINER-GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 27 ; FAVRE, *op. cit.*, p. 44.

²⁸ FLEINER-GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 332 ; FLEINER, *op. cit.*, p. 334 ; RUCK, *op. cit.*, p. 134.

Si dans d'autres pays l'interdiction de l'abattage israélite est profondément liée au mouvement politique national-socialiste, au contraire, en Suisse l'article 25bis n'est apparemment pas fondé sur des sentiments antisémites²⁹.

Il n'en demeure pas moins que l'article 25bis de la Constitution fédérale restreint l'exercice des pratiques religieuses israélites. Selon les préceptes de la religion juive, l'abattage des animaux doit se faire par égorgement au moyen d'un couteau qui sectionne transversalement le cou de l'animal. Cette façon de procéder est un acte religieux aussi important pour un israélite que la messe pour un catholique. Toute viande qui provient d'un animal qui n'a pas été abattu de la sorte, c'est-à-dire qui a été étourdi au préalable, est impropre à la consommation.

Avant l'entrée en vigueur de l'interdiction constitutionnelle, le Conseil fédéral, examinant le problème au regard de l'article 50, alinéa 1 de la Constitution fédérale qui garantit la liberté des cultes, s'exprimait ainsi dans un arrêté du 17 mars 1890³⁰ : « L'abattage juif étant un acte du culte, on peut donc invoquer en sa faveur la protection de la Constitution fédérale, s'il n'est pas contraire aux exigences des bonnes mœurs et de l'ordre public (Cst. féd., art. 50, al. 1^{er}). »

» En revanche, la cruauté envers les animaux, la manière de les traiter par laquelle l'homme leur inflige des tortures, soit par méchanceté, soit par manque d'intelligence, doit être considérée comme quelque chose d'immoral ; d'après le sentiment général, elle blesse la dignité humaine et les égards que l'homme doit aux animaux ; elle est même passible de peines édictées par la législation des différents Etats³¹.

» Si donc la méthode rituelle d'abattage des Israélites, l'égorgement, constitue une cruauté envers les animaux, on ne peut plus invoquer en sa faveur la protection garantie par l'article 50, alinéa 1 de la Constitution fédérale.

» Or, ce mode d'abattage israélite (Schächten) ne peut pas être considéré d'une manière absolue comme un tourment inutile infligé aux animaux ; par contre, c'est une méthode de boucherie qui, en raison des actes préparatoires et du mode d'exécution qu'elle comporte, peut occasionner aux animaux des souffrances inutiles, si l'on ne prend pas toute une série de mesures de précaution et de protection et si on ne les observe pas strictement... »

Dans sa thèse, M. Rothschild passe en revue les différents systèmes d'abattage des animaux et en tire la conclusion que l'égorgement sans étourdissement préalable n'occasionne pas des souffrances inutiles³² : le sang qui coule en abondance entraîne une perte de conscience

²⁹ Voir à ce sujet l'histoire de l'interdiction de l'abattage rituel dans la thèse de M. Dany ROTHSCHILD, *Das Schächtverbot der Schweizerischen Bundesverfassung*, Zurich, 1955, pp. 36 et ss.

³⁰ SALIS, *Le droit fédéral suisse*, vol. 3, N° 1028, p. 88.

³¹ Depuis l'entrée en vigueur du Code pénal suisse, le 1^{er} janvier 1942, c'est l'article 264 de ce code qui s'appliquerait.

³² *Op. cit.*, pp 28 et ss.

immédiate de l'animal³³. Quant aux méthodes préparatoires pour mettre l'animal dans une position favorable à l'égorgement, si elles sont soigneusement organisées, elles ne constituent pas davantage un mauvais traitement³⁴.

L'article 25bis de la Constitution fédérale, à l'heure actuelle, oblige les israélites résidant en Suisse à importer la viande dite « kosher » de l'étranger.

En privant une confession d'un rite, l'article 25bis de la Constitution fédérale entre en conflit avec l'article 9 Conv. D'autre part, une justification de cette disposition sur la base de la sauvegarde de l'ordre public nous paraît discutable, dans la mesure où ce mode d'abattage ne peut pas être considéré comme une cruauté inutile envers les animaux³⁵. Mais il va de soi que l'Etat a le pouvoir de contrôler, précisément dans le cadre de l'ordre public, que cette méthode de boucherie soit entourée des précautions nécessaires.

CHAPITRE IX

Le droit à la liberté d'expression (art. 10 Conv.)

§ 1 : CONTENU DE LA GARANTIE INTERNATIONALE

En accordant à toute personne le droit à la liberté d'expression, la garantie de l'article 10 Conv. est large ; en effet, sous le vocable « liberté d'expression » il faut entendre, selon le libellé de l'article 10 Conv. : « la liberté d'opinion et la liberté de recevoir ou de communiquer des informations ou des idées sans qu'il puisse y avoir ingérence d'autorités publiques et sans considération de frontière ». Seules « les entreprises de radiodiffusion, de cinéma ou de télévision » peuvent être soumises à un régime d'autorisations de l'Etat.

La garantie est large, mais les restrictions apportées à cette liberté le sont aussi. Celles-ci sont motivées par le fait que, comme le dit la Convention au début de l'alinéa 2, de l'article 10 Conv., ces libertés comportent des devoirs et des responsabilités. L'exercice de la liberté d'expression peut, dès lors, « être soumis à certaines formalités, conditions, restrictions ou sanctions, prévues par la loi, qui constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à l'intégrité territoriale ou à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de

³³ *Op. cit.*, p. 23.

³⁴ *Op. cit.*, p. 20.

³⁵ *Contra* : Rapport, p. 1129.

la morale, à la protection de la réputation ou des droits d'autrui, pour empêcher la divulgation d'informations confidentielles ou pour garantir l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire ». « Aucun article de la Convention n'ouvre d'aussi vastes possibilités de restrictions à un législateur plus soucieux de protéger l'ordre public que de respecter la liberté d'expression. ¹ »

Toutefois, une célèbre affaire infirme quelque peu l'opinion selon laquelle les pouvoirs du législateur, en matière de liberté d'expression, seraient illimités.

Un ressortissant belge, M. De Becker, rédacteur en chef du quotidien belge « Le Soir », a été condamné à la détention perpétuelle à la fin de la dernière guerre pour collaboration avec l'ennemi. A titre de peines accessoires, M. De Becker était frappé de diverses déchéances prévues à l'article 123sexies du Code pénal belge, notamment :

litt. e) Du droit de participer à quelque titre que ce soit à l'exploitation, à l'administration, à la rédaction, à l'impression ou à la diffusion d'un journal ou de toute publication ;

litt. f) Du droit de participer à la direction ou à l'administration de toute manifestation culturelle, philanthropique et sportive, ou de tout divertissement public ;

litt. g) Du droit de participer à l'exploitation, à l'administration ou d'une manière quelconque à l'activité de toute entreprise ayant pour objet les spectacles de théâtre, la cinématographie ou la radiodiffusion.

M. De Becker a introduit une requête auprès de la Commission en se plaignant notamment de ce qu'il ne pouvait exercer son droit à la liberté d'expression prévu à l'article 10 Conv. La Commission a déclaré sa requête recevable ². Elle a estimé, en effet, qu'on ne pouvait priver le requérant de sa liberté d'expression en n'importe quelle matière et à perpétuité, « sans qu'il soit envisagé d'assouplir (cette mesure) si, avec le temps, le moral de la nation et l'ordre public sont restaurés et le maintien de cette incapacité particulière cesse d'être une mesure nécessaire dans une société démocratique » ³. Au cours de la procédure qui s'est déroulée devant la Cour européenne, le gouvernement belge a modifié sa législation, en ne maintenant les déchéances des lettres e, f et g qu'à l'égard de l'expression d'opinions politiques. Le requérant De Becker avait même la possibilité, d'après la nouvelle législation, de se faire relever de ces dernières déchéances par voie judiciaire. La Cour européenne, dès lors, a radié l'affaire du rôle, après avoir décidé qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre d'office l'examen de l'affaire ⁴. La Cour européenne ne s'est donc pas prononcée sur le fond de l'affaire.

¹ VASAK, *op. cit.*, p. 55.

² Req. N° 214/56, Ann. II, p. 215.

³ Voir *Rapport de la Commission*, Affaire DE BECKER, in « Publication de la Cour européenne des droits de l'homme », Série B, p. 128.

⁴ Voir *Arrêt De Becker*, Ann. V, p. 321.

Dans une décision ultérieure, la Commission a admis qu'un Etat pouvait priver à perpétuité une personne de sa liberté d'expression d'opinions politiques lorsqu'elle était coupable de haute trahison⁵.

§ 2: SITUATION EN DROIT SUISSE

La Constitution fédérale ne proclame pas le principe général de la liberté de manifester ses opinions. Quelques constitutions cantonales, par contre, garantissent la liberté d'expression en tant que telle⁶. Le Tribunal fédéral a, cependant, émis l'opinion que la liberté d'expression est un principe fondamental du droit fédéral et cantonal, écrit ou non⁷. En fait, la Constitution fédérale mentionne des formes particulières de la liberté d'expression, comme la liberté de presse de l'article 55 ou la liberté d'association de l'article 56⁸.

S'agissant plus précisément de la liberté de presse, citons plusieurs restrictions à l'exercice de ce droit que l'on rencontre en droit suisse et qui, au vu de la jurisprudence de la Commission, nous paraissent conformes à la Convention. Ainsi le Code pénal suisse réprime les abus de presse, notamment les atteintes à l'honneur⁹. Les articles 204 et 212 du même code sur la répression des auteurs de publications obscènes sont des dispositions qui restreignent la liberté de presse, mais qui sont couvertes par le chiffre 2, de l'article 10 Conv.¹⁰.

Le maintien de l'ordre public autorise aussi l'Etat à prendre des mesures préventives qui limitent la liberté de presse¹¹.

Dans le domaine de la censure de la correspondance des détenus, il est d'usage, en Suisse, de retenir les lettres qui contiennent des propos offensants. La Commission a admis cette manière de procéder comme une restriction justifiée de la liberté d'expression¹².

L'article 10 Conv. protège-t-il aussi la liberté linguistique? La question est importante dans un pays comme la Suisse qui connaît quatre langues nationales et trois langues officielles reconnues par la Constitution fédérale¹³. M. Giacometti estime que la liberté linguistique est garantie implicitement par la Constitution fédérale comme moyen nécessaire mis à la disposition de l'individu pour exercer son droit à la liberté d'expression¹⁴. Mais la Commission a jugé, à l'occasion des

⁵ Req. N° 924/60, Ann. VI, p. 151; Req. N° 764/60, Rec. 16, p. 1.

⁶ GIACOMETTI, *Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, p. 157.

⁷ ATF 87 I 114.

⁸ FLEINER-GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 365; FAVRE, *op. cit.*, p. 295; FLEINER, *op. cit.*, p. 372; AUBERT, *Traité*, pp. 710 et ss.

⁹ Article 173 et ss; cette restriction est admise par la Commission, Req. N° 753/60, Ann. III, p. 311, spéc., p. 319.

¹⁰ Req. N° 1167/61, Ann. VI, p. 205, spéc., p. 219.

¹¹ Voir ATF 60 I 108: interdiction d'un journal qui se livre à une campagne d'excitation à l'occasion d'une grève; Req. N° 1747/62, Ann. VI, p. 425.

¹² Req. N° 1628/62, Rec. 12, p. 61, spéc., p. 68.

¹³ Art. 116.

¹⁴ FLEINER-GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 394; par contre, pour M. AUBERT, la liberté linguistique dépasse le cadre de la liberté d'opinion, *Traité*, p. 711.

requêtes linguistiques belges, que l'article 10 Conv. ne consacre pas la liberté linguistique : le fait que des enfants étudient à l'école dans une langue autre que celle de leur famille doit être assimilé à une influence : « La manière dont se forme et s'exprime la pensée humaine se trouve conditionnée par une série d'éléments contingents sur lesquels l'individu n'a guère de prise (donnée de temps et de lieu, milieu social, événements et influences diverses, etc...), sans qu'il en résulte *ipso facto*, une atteinte aux libertés de pensée et d'expression comme telles. ¹⁵ »

CHAPITRE X

La liberté de réunion et d'association (art. 11 Conv.)

§ 1 : CONTENU DE LA GARANTIE INTERNATIONALE

L'article 11 Conv. proclame que :

« 1. Toute personne a droit à la liberté de réunion pacifique et à la liberté d'association, y compris le droit de fonder avec d'autres des syndicats et de s'affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts.

» 2. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, à la défense de l'ordre et à la prévention du crime, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui. Le présent article n'interdit pas que des restrictions légitimes soient imposées à l'exercice de ces droits par les membres des forces armées, de la police ou de l'administration de l'Etat. »

Deux formes particulières de la liberté d'expression sont garanties à l'article 11 Conv. : la liberté de réunion pacifique et la liberté d'association. De plus, les auteurs de la Convention ont estimé qu'il était nécessaire de préciser cette dernière liberté en prévoyant de manière expresse le droit de se syndiquer.

L'article 11 Conv. ne garantit que le droit de fonder une association ou un syndicat ou de s'y affilier ; à l'inverse, il ne garantit pas le droit de participer à un titre quelconque à l'administration, la gérance ou la direction d'une association ¹.

Comme il se doit, l'article 11 Conv. permet aux Etats de restreindre l'exercice de la liberté de réunion. Alors que la première phrase du

¹⁵ Req. N° 1474/62, Ann. VI, p. 333, spéc., p. 343 ; Req. N° 1769/62, Ann. VI, p. 445, spéc., p. 457.

¹ Req. N° 1028/61, Ann. IV, p. 325, spéc., p. 337.

chiffre 2, de l'article 10 Conv. exige une base légale pour que l'intervention de l'Etat soit justifiée, la deuxième phrase autorise l'Etat à porter atteinte à la garantie au nom de la légitimité. L'article 11 Conv. est le seul article de la Convention qui fasse appel à ce principe plus vague qui autorise quasiment l'Etat à suspendre la garantie au cas où l'ordre public se trouverait menacé; c'est l'allusion aux « membres des forces armées, de la police et de l'administration de l'Etat » qui nous permet de le supposer. A notre connaissance, la jurisprudence internationale ne s'est jamais prononcée sur le contenu de ce principe.

§ 2 : SITUATION EN DROIT SUISSE

L'article 56 de la Constitution fédérale prévoit que « les citoyens ont le droit de former des associations, pourvu qu'il n'y ait dans le but de ces associations ou dans les moyens qu'elles emploient rien d'illicite ou de dangereux pour l'Etat. Les lois cantonales statuent sur les mesures nécessaires à la répression des abus ».

La liberté d'association garantie à l'article 11 Conv. a donc son pendant en droit suisse. Il est même admis que les étrangers établis en Suisse peuvent fonder des associations². Toutefois, à ce sujet, il y a une exception s'agissant des associations ayant un but politique. La nationalité suisse est une qualité essentielle pour en fonder et en faire partie. L'étranger ne peut fonder en Suisse une association politique³. Cette discrimination selon la nationalité n'est pas contraire à la Convention. L'article 16 Conv. prévoit que les Hautes Parties Contractantes ont la possibilité d'imposer des restrictions à l'activité politique des étrangers et l'article 11 Conv. est l'un des cas d'applications⁴.

La liberté de réunion ne figure pas dans la Constitution fédérale. Mais on a remarqué que la réunion de plusieurs personnes est une forme passagère de l'association. Et comme la liberté de réunion est, par conséquent, une liberté moins étendue que la liberté d'association, elle est, dès lors, comprise dans la liberté d'association, en vertu du principe *a maiore minus*⁵. On peut dire aussi que la liberté de réunion est tacitement reconnue par la Constitution fédérale parce que celle-ci, en tant que constitution libérale, garantit toute liberté nécessaire à « l'épanouissement des individus »⁶. Si le Tribunal Fédéral a laissé jusqu'à présent la question ouverte⁷, il ne l'a même plus abordée

¹ FLEINER, *op. cit.*, p. 368; FLEINER-GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 380; RUCK, *op. cit.*, p. 121; AUBERT, *Traité*, p. 748.

² FLEINER-GIACOMETTI, p. 380; FAVRE, *op. cit.*, p. 311 J.-F. AUBERT, *Le statut des étrangers en Suisse*, in « RDS », Vol. 77 (1958), pp. 215 et ss; M. Hans HUBER estime au contraire que la garantie constitutionnelle ne contient pas de discrimination selon la nationalité: *Die Vereinsfreiheit der Ausländer*, in « Festschrift für Hermann Jahrreiss », p. 108 et ss.

³ Voir *infra*, pp. 111 et ss.

⁴ FLEINER, *op. cit.*, p. 368; FAVRE, *op. cit.*, p. 313; RUCK, *op. cit.*, p. 123.

⁵ AUBERT, *Traité*, p. 754.

⁷ ATF 60 I 197, *spéc.*, p. 207.

dans deux arrêts récents où il aurait pu répondre à cette question⁸, ce qui laisse entendre que d'une façon ou d'une autre la liberté de réunion est garantie par la Constitution fédérale.

CHAPITRE XI

Le droit au mariage (art. 12 Conv.)

§ 1: CONTENU DE LA GARANTIE INTERNATIONALE

La tradition juridique continentale ne connaît plus depuis longtemps des empêchements généraux de contracter mariage fondés sur la race, la nationalité, la religion, la naissance ; l'article 12 Conv. ne doit pas donner lieu à de nombreux conflits. Il est rédigé en ces termes : « A partir de l'âge nubile, l'homme et la femme ont le droit de se marier et de fonder une famille selon les lois nationales régissant l'exercice de ce droit. »

On a soutenu deux thèses quant à la portée du contenu de l'article 12 Conv. : la première consiste à dire que la Convention s'en remet au législateur national. Il y aurait ainsi une incorporation dans la Convention des règles qui régissent l'exercice du droit de se marier et de fonder une famille. Les organes chargés d'assurer le respect de la Convention « auront à contrôler l'application et l'interprétation de ces lois nationales de la même manière que les tribunaux internes »¹. Le renvoi aux lois nationales, selon une autre thèse, est, au contraire, une restriction étendue à l'exercice du droit lui-même accordée au législateur national, mais avec la réserve que les restrictions ne doivent pas vider la garantie de son contenu : les organes internationaux ont la faculté d'apprécier les restrictions elles-mêmes, sans se limiter au contrôle unique de leur application². Notre préférence va à la seconde thèse, car, à suivre la première argumentation, un Etat partie pourrait très bien, par exemple, fixer à quarante ans l'âge nubile, sans que cette législation interne entre en conflit avec la Convention !

La jurisprudence des organes internationaux ne nous est pas d'un grand secours, puisqu'une seule décision de la Commission nous dit que « compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire », une décision allemande qui interdit à un détenu de se marier en raison de la longue peine et du préjudice que pourrait porter pareille autorisation au bon ordre de la prison n'est pas contraire à l'article 12 Conv.³. La

⁸ ATF 91 I 321 ; 92 I 24.

¹ VASAK, *op. cit.*, p. 50.

² SCHEUNER, *op. cit.*, p. 391.

³ Req. N° 892/60, Ann. IV, p. 241, *spéc.*, pp. 255 et ss.

Commission s'est contentée de confirmer les motifs de la décision interne, sans émettre sa propre opinion sur l'étendue et les limites de l'article 12 Conv.

La jurisprudence allemande donne deux exemples où l'Etat pourrait porter atteinte indirectement au droit au mariage : tout d'abord le cas où le droit de contracter mariage n'est pas touché en tant que tel, mais où l'obligation de rester célibataire est, par exemple, une condition d'engagement dans un service de l'Etat. La jurisprudence allemande estime que l'article 12 Conv. n'est pas violé dans la mesure où l'intéressé se plie librement à cette obligation⁴. Selon M. Scheuner, des restrictions temporaires librement acceptées qui n'empêchent pas l'intéressé de se marier, mais qui entraînent certaines conséquences s'il passe outre, ne violent pas l'article 12 Conv.⁵.

Mais l'article 12 Conv. est-il violé, lorsqu'une institutrice ayant épousé un homme divorcé dont le précédent mariage reste valide du point de vue religieux, est transférée d'une école catholique dans une école laïque⁶? La Cour constitutionnelle bavaroise a estimé qu'un enseignant dans une école confessionnelle avait l'obligation d'observer les règles de ladite confession. Pour nous, il est évident que l'intéressée ne s'est pas pliée librement à l'injonction de l'autorité. En fait, on constatera qu'elle n'a pas été empêchée de se marier. Seuls ses devoirs de fonction sont en cause. Il n'en demeure pas moins que le cas prête à discussion ; cette jurisprudence nous paraît admissible dans la mesure où l'institutrice a trouvé un emploi équivalent. Mais si, par contre, un mariage modifiait l'avenir personnel et économique d'un conjoint d'une manière intolérable, c'est à bon droit qu'on pourrait invoquer l'article 12 Conv.

§ 2 : SITUATION EN DROIT SUISSE

Le droit au mariage est garanti, en Suisse, par l'article 54 de la Constitution fédérale. Il est placé « sous la protection de la Confédération ». « Aucun empêchement au mariage ne peut être fondé sur des motifs confessionnels, sur l'indigence de l'un ou l'autre des époux, sur leur conduite ou sur quelque autre motif de police que ce soit. » L'article 54 de la Constitution a perdu de son importance depuis que le contenu de la garantie a été réglementé de plus près par la législation uniforme du Code civil qui traite de la capacité pour contracter mariage, des empêchements, de la publication et de la célébration du mariage⁷ et par l'article 7, litt. e de la loi fédérale du 25 juin 1891 sur les rapports de droit civil des citoyens établis ou en séjour qui, pour la célébration du mariage d'un étranger en Suisse, exige que l'Etat d'origine de cet

⁴ BVG, N.J.W. 15, (1962) pp. 1532-1535.

⁵ *Op cit.*, p. 393.

⁶ *Bayerische Verwaltungsblätter*, 1959, p. 58.

⁷ Art. 96 à 118 du *Code civil suisse*.

étranger reconnaisse un tel mariage⁸. Les conditions de forme et de fond auxquelles est subordonné en Suisse le droit au mariage entrent dans le concept des « lois nationales » de l'article 12 Conv.⁹.

Si l'article 54 de la Constitution fédérale a cédé le pas à une législation plus précise, nous ne partageons pas, cependant, l'avis selon lequel il « ne présente guère qu'un intérêt historique »¹⁰. Le Tribunal fédéral lui reconnaît encore une importance pour interpréter la loi¹¹. C'est ainsi que l'article 54 de la Constitution fédérale prohibe expressément de prendre en considération l'intérêt de la communauté et l'intérêt général, lorsqu'un tuteur doit donner son consentement au mariage d'un interdit. Des considérations étrangères à l'intérêt personnel de l'interdit lui-même ne sont pas admissibles¹².

Le Tribunal fédéral, à l'instar des tribunaux allemands, a également eu l'occasion de se prononcer sur les atteintes portées par l'Etat au droit au mariage ; lorsque des personnes sont à l'égard de l'Etat dans un rapport de dépendance particulier, elles sont limitées dans l'exercice de leurs libertés et de leurs droits ; elles ne peuvent exercer leurs droits garantis par la Constitution que si ce rapport de dépendance ne s'y oppose pas¹³. Tel est le cas, par exemple, en matière d'internement, d'expulsion¹⁴, de service militaire ou de l'accomplissement d'une peine privative de liberté¹⁵.

CHAPITRE XII

Le droit à un recours effectif devant une instance nationale

(art. 13 Conv.)

§ 1 : LA PORTEE LIMITEE DE L'ARTICLE 13 CONV.

Selon l'article 13 Conv., « toute personne dont les droits et libertés reconnus dans la présente Convention ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale, alors même que la violation aurait été commise par des personnes agissant dans l'exercice de leurs fonctions officielles ».

L'article 13 Conv. *in fine* précise qu'aucune violation ne peut échapper au droit de recours, au nom de la raison d'Etat. Tant l'Etat que

⁸ RS 2, p. 727.

⁹ Dans le même sens : SCHEUNER, *op. cit.*, p. 394.

¹⁰ FAVRE, *op. cit.*, p. 294.

¹¹ ATF 80 I 427, spéc., p. 430.

¹² ATF 50 II 213.

¹³ ATF 68 I 73.

¹⁴ ATF 73 I 330.

¹⁵ BURCKHARDT, *op. cit.*, p. 499 ; RUCK, *op. cit.*, p. 129.

l'individu, si ses actes sont imputables à l'Etat, peuvent être les auteurs de la violation¹.

Il est difficile de savoir, à l'heure actuelle, quelle est la portée de l'article 13 Conv. dans le système de la protection des droits de l'homme prévu par la Convention.

A première vue, il semble que l'article 13 Conv. offre aux individus une garantie autonome ; en d'autres termes, la Commission pourrait rejeter la requête d'une personne qui se prétend à tort victime d'une violation d'un des droits et libertés garantis par la Convention, tout en accueillant cette même requête pour le motif que la législation interne de l'Etat défendeur n'accorde pas à ce requérant les moyens juridiques d'invoquer une telle violation, même si en fait elle n'a pas lieu.

Mais la Commission n'est pas de cet avis : le recours effectif de l'article 13 Conv. n'est garanti à toute personne qu'en cas de violation de l'un des droits et libertés reconnus dans la Convention. A plusieurs reprises la Commission n'a donné aucune suite au moyen tiré de l'article 13 Conv., après avoir constaté que les autres garanties de la Convention n'avaient pas été violées².

Cette jurisprudence a fait perdre à l'article 13 Conv. une grande partie de son efficacité. En effet, dès que le requérant a prouvé une violation de la Convention, la réparation sera la même qu'il ait ou non invoqué l'article 13 Conv.³.

Ainsi l'article 13 Conv. ne serait qu'une garantie procédurale de mise en œuvre, en droit interne, des droits garantis par la Convention⁴. Il ne semble pas, d'autre part, que cette garantie procédurale doive bouleverser l'ordre juridique des Etats parties à la Convention. Tout d'abord, selon la Commission, aucune disposition de la Convention n'oblige une Haute Partie Contractante à octroyer aux personnes relevant de sa juridiction une voie de recours devant un tribunal constitutionnel en plus des recours qui peuvent être exercés devant les tribunaux ordinaires⁵. L'article 13 Conv. n'exige donc pas la création d'une juridiction spéciale chargée d'examiner les griefs fondés sur une disposition de la Convention. Tel est le sens qu'en ont tiré plusieurs juridictions internes⁶. Il n'est pas nécessaire, non plus, que la cause d'un individu soit entendue successivement par trois instances⁷.

¹ VASAK, *op. cit.*, p. 29.

² Req. N° 472/59, Ann. III, p. 207, spéc., p. 213 ; Req. N° 1092/61, Ann. V, p. 211, spéc., p. 213 ; Req. N° 1167/61, Ann. VI, p. 205, spéc., p. 211 ; Req. N° 1918/63, Ann. VI, p. 485, spéc., p. 495.

³ Dans ce sens : VASAK, *op. cit.*, pp. 27 et ss ; BUERGENTHAL, *op. cit.*, p. 318.

⁴ Dans ce sens : Karl Josef PARTSCH, *Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention*, in « Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte », Vol. 1, Première partie, pp. 234 et ss, spéc., p. 176.

⁵ Req. N° 436/58, Ann. II, p. 386, spéc., p. 389 ; Req. N° 441/58, Ann. II, p. 391, spéc., p. 395 ; Req. N° 778/60, Rec. 5, p. 1.

⁶ Autriche : Verwaltungsgerichtshof, *OJZ* 14 (1959), p. 415 ; Allemagne : OLG/Bremen, *N.J.W.* (1962) 15, p. 1735 ; BGH, *N.J.W.* 17 (1964), p. 2119.

⁷ Req. N° 690/60, Rec. 3, p. 1, spéc., p. 4 ; Req. N° 1850/63, Rec. 19, p. 71, spéc., p. 87.

Mais la jurisprudence internationale semble encore aller plus loin : l'inexistence d'un recours interne ne constituerait pas une violation de la Convention. Ceci apparaît dans l'affaire De Becker⁸. Nous avons déjà signalé que M. De Becker avait été frappé, en Belgique, à la fin de la dernière guerre, de peines accessoires le privant dans une forte mesure et d'une manière continue de sa liberté d'expression⁹. Examinant si le requérant avait épuisé les voies de recours internes, selon l'article 26 Conv., avant d'introduire sa requête, la Commission a simplement constaté que M. De Becker ne disposait, en Belgique, d'aucun recours judiciaire qui lui aurait permis de demander la suppression de ses déchéances. Par conséquent, on ne pouvait pas, selon la Commission, opposer au requérant l'exception de non épuisement des voies de recours internes. A lire l'article 13 Conv., il nous semble que M. De Becker aurait dû, au contraire, pouvoir soumettre son grief à une autorité nationale ; mais l'absence de tout moyen interne n'a pas retenu l'attention de la Commission, peut-être bien parce que, sur le fond de l'affaire, la requête s'est révélée bien fondée.

Une autre incertitude a trait au sens que l'on doit donner au mot : « instance ». S'agit-il des seules autorités judiciaires, ou bien une autorité administrative peut-elle être aussi considérée comme une instance au sens de l'article 13 Conv. ? La Commission ne s'est pas encore prononcée à ce sujet. En Allemagne, la jurisprudence est contradictoire : la Cour administrative de Münster n'estime pas nécessaire que le recours soit porté devant un tribunal¹⁰, tandis que la Cour constitutionnelle du Land Rhénanie-Palatinat est d'avis que par « instance », il faut entendre les seules instances judiciaires¹¹.

La doctrine est également partagée. Pour certains auteurs, l'instance doit avoir un caractère juridictionnel¹² : la Convention précise que le recours doit être « effectif » ; seul un tribunal est à même de satisfaire cette condition. Pour d'autres auteurs, c'est plutôt la procédure que vise le terme d'« instance » : elle doit être conforme aux exigences d'une bonne administration de la justice (caractère contradictoire, communication des pièces), mais l'article 13 Conv. n'impose pas aux Etats d'établir des recours strictement juridictionnels¹³.

Comme l'administration de la justice, en Suisse, est souvent dans les mains d'autorités administratives, nous serions tentés de nous rallier à cette deuxième thèse. Mais tant que la jurisprudence internationale n'aura pas donné son avis, cette affirmation sera sujette à caution.

En résumé, si l'article 13 Conv., par son libellé, impose une obligation précise aux Etats contractants, la sanction d'une telle obligation

⁸ Req. N° 214/56, Ann. II, p. 215.

⁹ Voir *supra*, pp. 79 et ss.

¹⁰ OBG/Münster, *N.J.W.* 9 (1956), pp. 1374-1375, traduction française, Ann. II, pp. 573 et ss, spéc., p. 583 ; dans le même sens : BayOLG, *N.J.W.* 14 (1961), p. 270.

¹¹ VGH/Land Rheinland-Pfalz, *Die öffentliche Verwaltung*, 1959, p. 578, traduction française, Ann. II, p. 599, spéc., p. 605.

¹² M. GOLSONG, *Das Rechtsschutzsystem der europäischen Menschenrechtskonvention*, pp. 16 et ss ; A.-H. ROBERTSON, *Human Rights in Europe*, p. 38.

¹³ PINTO, *op. cit.*, p. 147 ; VASAK, *op. cit.*, pp. 27 et ss ; PARTSCH, *op. cit.*, p. 276.

est pour le moment inexistante ; à tel point qu'il ne serait pas téméraire de dire que les Etats contractants sont libres d'organiser les voies de recours internes pour redresser une violation de la Convention comme ils l'entendent.

§ 2 : L'ARTICLE 13 CONV. ET L'ORGANISATION DU CONTRÔLE CONSTITUTIONNEL EN DROIT SUISSE

L'incertitude qui plane sur l'efficacité de l'article 13 Conv. ne nous empêchera pas de nous attarder à un problème soulevé par le professeur Kaufmann relatif à la conformité de l'article 113 de la Constitution fédérale à l'article 13 Conv.¹⁴.

Nous connaissons, en Suisse, une Cour constitutionnelle fédérale qui, selon l'article 113, alinéa 1, chiffre 3 de la Constitution fédérale, connaît « des réclamations pour violation des droits constitutionnels des citoyens, ainsi que des réclamations de particuliers pour violation de concordats ou de traités ». Mais, selon l'alinéa 2 de ce même article, le Tribunal fédéral, en cette matière, « appliquera les lois votées par l'Assemblée fédérale et les arrêtés de cette assemblée qui ont une portée générale. Il se conformera également aux traités que l'Assemblée fédérale aura ratifiés ». En d'autres termes, cet alinéa 2 limite le pouvoir de contrôle de la constitutionnalité. L'article 84 OJ apporte une restriction supplémentaire : seuls les décisions et arrêtés cantonaux qui violent les droits constitutionnels des citoyens et les traités internationaux peuvent faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal fédéral. Ainsi, non seulement les textes normatifs visés à l'article 113, alinéa 3 de la Constitution fédérale sont soustraits au contrôle du Tribunal fédéral, mais encore les « décisions et les ordonnances du Conseil fédéral, de ses départements et de leurs services, ainsi que les arrêtés simples du Parlement »¹⁵.

L'article 13 Conv., au contraire, ne fait pas de distinction : tous les actes de la puissance publique qui lèsent les personnes doivent pouvoir être soumis au contrôle d'une instance nationale. M. Kaufmann n'exclut pas, d'ailleurs, qu'en Suisse, plusieurs instances soient compétentes pour examiner la conformité de l'ordre juridique interne au traité international.

Où la difficulté surgit pour M. Kaufmann, c'est que les autorités suisses seront amenées à examiner la conformité de la législation interne, qu'elle soit cantonale ou fédérale, à la Convention. Comme la Convention, de son côté, garantit, en général, les mêmes droits que la Constitution fédérale, le contrôle de la législation interne aboutira, en particulier, au contrôle d'actes législatifs fédéraux, ce que l'article 113 de la Constitution fédérale interdit expressément.

Mais si M. Kaufmann voit un conflit entre l'article 13 Conv. et l'article 113 de la Constitution fédérale, c'est qu'il donne à la Convention

¹⁴ Voir KAUFMANN, *op. cit.*, pp. 252 et ss.

¹⁵ AUBERT, *Traité*, p. 595.

le rang d'une loi constitutionnelle. A notre avis, au contraire, il n'est pas nécessaire, ni souhaitable de donner en Suisse, le rang d'une loi constitutionnelle à la Convention. Comme nous le verrons par la suite¹⁶, rien n'empêche de laisser à la Convention en droit interne son caractère de traité, tout en l'incorporant au droit fédéral. Si telle est la solution du droit suisse, le conflit signalé par M. Kaufmann disparaît : tant les autorités fédérales que cantonales seront amenées à appliquer un traité qui pourra éventuellement l'emporter sur une disposition interne. Il est vrai que cet examen ressemble comme deux gouttes d'eau à l'examen de la constitutionnalité d'une décision ou d'un acte législatif ; mais cette ressemblance ne nous incite pas à donner d'emblée à la Convention le rang d'une loi constitutionnelle.

SECTION II

Les droits et les libertés garantis par le premier Protocole additionnel, du 20 mars 1952

La Convention se situe dans une perspective évolutive¹, puisque deux instruments internationaux, jusqu'à l'heure présente, sont venus compléter la liste des droits et libertés garantis par la Convention, au sens restreint du terme, c'est-à-dire le traité signé à Rome, le 4 novembre 1950.

A l'article 5 du Protocole additionnel à la Convention, dont l'étude fait l'objet de la présente section, on peut lire que : « Les Hautes Parties Contractantes considéreront les articles 1, 2, 3 et 4 de ce Protocole comme des articles additionnels à la Convention et toutes les dispositions de la Convention s'appliqueront en conséquence. »

Les trois droits et libertés contenus dans le Protocole additionnel font donc partie intégrante de la Convention. Ils auraient pu y figurer. Telle était l'intention de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, lorsque celle-ci a adressé sa recommandation au Comité des ministres de faire établir un projet de convention². Mais le projet qui revint devant l'Assemblée consultative ne parlait pas du droit de propriété, du droit à l'instruction et du droit aux élections libres. Et c'est en vain

¹⁶ Voir *infra*, pp. 134 et ss.

¹ Voir Rapport de M Guy HERAUD, « Colloque de Strasbourg » : *Les droits garantis par la Convention*, p. 108.

² Recommandation du 8 septembre 1949, Doc. 108, pp. 261 et ss.

que l'Assemblée Consultative pria le Comité des ministres de compléter le projet de Convention³. Ce n'est qu'après de longues discussions que les trois droits écartés de la Convention furent finalement réunis dans le Protocole additionnel, signé à Paris le 20 mars 1952.

CHAPITRE PREMIER

Le droit au respect des biens (art. 1 P. A.)

§ 1 : CONTENU DE LA GARANTIE INTERNATIONALE

La Convention traite essentiellement de droits de nature civil et politique, selon la terminologie utilisée par le Pacte international adopté le 16 décembre 1966 par l'Assemblée générale des Nations Unies. Dès lors, on s'est demandé, lors de son élaboration, s'il était opportun d'inscrire dans la liste des droits garantis, un droit de nature économique¹. Mais comme on l'a justement remarqué, la propriété n'est pas seulement un droit économique, elle a aussi des effets politiques². En lui faisant une place dans la Convention, on indique qu'elle est à la base d'un système politique libéral ; cependant, les restrictions apportées à l'exercice de ce droit nous montrent que les conceptions sociales contemporaines ne sont pas restées étrangères aux auteurs du traité.

L'article 1 P.A. garantit le droit au respect des biens de la manière suivante : « Toute personne physique ou morale a droit au respect de ses biens. Nul ne peut être privé de sa propriété que pour cause d'utilité publique et dans les conditions prévues par la loi et les principes généraux du droit international.

» Les dispositions précédentes ne portent pas atteinte au droit que possèdent les Etats de mettre en vigueur les lois qu'ils jugent nécessaires pour réglementer l'usage des biens conformément à l'intérêt général ou pour assurer le paiement des impôts ou d'autres contributions ou des amendes. »

C'est à l'excellente étude de M. Adam³ que nous nous référons pour aborder le contenu de l'article 1 P.A. « Au double principe classique du respect de la propriété et de la faculté d'expropriation en vertu d'une loi prévu au paragraphe 1, le paragraphe 2 oppose la compétence de l'Etat et la souveraineté de la loi d'apporter toute restriction à la

³ Recommandation du 26 août 1950, Doc. 104, pp. 1028 et ss.

¹ Manuej, pp. 58 et ss.

² VASAK, *op. cit.*, p. 63.

³ H.T. ADAM, *Le droit de propriété dans la Convention européenne des droits de l'homme*, in « Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger », Vol. 59 (1953), pp. 317 et ss.

propriété sous la triple réserve du but d'intérêt général, de la procédure législative et de la compétence de l'organe. ⁴ »

La première phrase du paragraphe 1 pose le principe du respect des biens, la deuxième phrase prévoit les conditions et les modalités permises de l'expropriation.

Le paragraphe 2 admet d'autres restrictions à la propriété dans l'intérêt public, c'est-à-dire, selon M. Adam, « toute restriction provisoire ou définitive, totale ou partielle, de la jouissance ou de la possession même de la propriété... » ⁵. En d'autres termes, la Convention, dans le paragraphe 2, de l'article 1 P.A., sous le vocable de la « réglementation des biens », autorise les restrictions générales apportées au droit de propriété ; elle prévoit plus précisément trois modes spécifiques de restriction : l'expropriation, l'impôt et l'amende.

Mais le pouvoir d'intervention de l'Etat n'est pas illimité. Les restrictions doivent être conformes à l'intérêt général et être prévues dans la loi.

Il n'est pas fait mention d'une obligation d'indemnisation à la charge de l'Etat qui prive une personne de sa propriété. L'inclusion dans le texte de l'article 1 P.A. d'une telle obligation a été fort discutée, puis abandonnée par les auteurs de la Convention, parce que pour certains gouvernements, il était impossible, à leur avis, d'exprimer ce principe en des termes pouvant s'appliquer à tous les cas susceptibles de se présenter. Peut-on dire que l'expression : « dans les conditions prévues par la loi » exige normalement le paiement d'une indemnité ? On a répondu à cette question par l'affirmative ⁶. Mais, selon une autre thèse, il n'est pas nécessaire que l'article 1 P.A. prévoit le versement d'une indemnité pour que la personne lésée soit dédommagée : l'économie de la Convention l'exige ; en effet, la Convention impose aux Parties contractantes l'obligation de respecter les principes généraux du droit international. Selon ces principes, toute confiscation de biens privés étrangers sans indemnité est interdite. Lorsqu'une indemnité est versée, la confiscation est admissible, puisqu'il s'agit, dans ce cas, d'un échange de biens ⁷. Combinés avec l'article 1 Conv., selon lequel les « Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis (...) dans la Convention », les principes généraux du droit international devraient s'appliquer sans référence à la nationalité du propriétaire. Les Etats auraient l'obligation, par conséquent, d'indemniser également leurs ressortissants ⁸. Mais la Commission en a décidé autrement : Les principes généraux du droit international mentionnés à la deuxième phrase du paragraphe 1 visent seulement la confiscation de biens étrangers. Les mesures prises par un Etat à l'égard des biens de ses ressortissants ne sont pas soumises à

⁴ ADAM, *op. cit.*, pp. 327 et ss.

⁵ ADAM, *op. cit.*, p. 343.

⁶ Manuel, p. 60.

⁷ A. VERDROSS, *Völkerrecht* (5. Auflage), p. 366 ; GUGGENHEIM, *Traité* 1^{er} éd., tome 1, p. 330.

⁸ ADAM, *op. cit.*, note 29, p. 328 ; VASAK, *op. cit.*, p. 66.

ces principes généraux du droit international en l'absence d'une clause contraire expressément inscrite dans un traité ⁹.

A quelques reprises, la Commission a examiné si la législation nationale remplissait les conditions qui autorisent une restriction au droit de propriété. Elle a admis, par exemple, que la loi allemande sur la péréquation des charges, qui dispose qu'un prélèvement spécial sera effectué sur tout capital ainsi que sur les bénéfices réalisés par les débiteurs hypothécaires grâce à la dépréciation de la monnaie, était une mesure introduite pour cause d'utilité publique conforme à l'article 1 P.A. ¹⁰. Il en est de même lorsqu'un Etat retire des billets de banque de la circulation, en vue de rétablir une situation économique saine, indispensable au redressement d'un pays après la guerre ¹¹.

En matière d'impôt, la Commission est d'avis que la législation fiscale relève du pouvoir souverain des Etats. Elle examine, cependant, si la mesure vise un objet d'intérêt public. Un impôt sous la forme d'un prélèvement sur le capital dont le taux dépasserait la limite entre impôts licites et confiscation illicite pourrait violer la Convention ¹². Un impôt unique au taux maximum de 25 % sur le capital n'a pas paru prohibitif à la Commission, parce que le contribuable avait la possibilité de s'acquitter en versements échelonnés sur une période de dix ans et que l'impôt avait un caractère d'utilité publique ¹³.

Enfin l'article 1 P.A. n'a pas affecté le régime des peines pécuniaires ¹⁴. Les voies et moyens propres à assurer l'exécution forcée des décisions judiciaires qui tranchent les litiges opposant des particuliers ne constituent pas davantage des confiscations arbitraires ¹⁵.

§ 2 : SITUATION EN DROIT SUISSE

La constitution fédérale ne contient pas de disposition qui traite du respect des biens. Par contre, toutes les constitutions cantonales, à l'exception d'une seule, la constitution tessinoise, garantissent l'inviolabilité de la propriété ¹⁶. Mais d'après l'opinion dominante de la doctrine, la garantie de la propriété appartient au droit non écrit du droit constitutionnel fédéral ¹⁷. Le Tribunal fédéral est du même avis ¹⁸. Mais

⁹ Req. N° 511/59, Ann. III, p. 395, spéc., pp. 423 et ss.

¹⁰ Req. N° 511/59, Ann. III, p. 245, spéc., p. 251.

¹¹ Req. N° 1071/61, Rec. 8, p. 1.

¹² Voir Ignaz SEIDL-HOHENVELDERN, *Internationale Organisationen und der Schutz des Privateigentums*, in « Journal du Droit international », vol. 90 (1963), pp. 627 et ss, spéc., p. 680.

¹³ Req. N° 511/59, Ann. III, p. 395, spéc., p. 423.

¹⁴ Req. N° 323/57, Ann. I, p. 241.

¹⁵ Req. jointes N° 1420/62, 1477/62 et 1478/62, Ann. VI, p. 581, spéc., p. 625.

¹⁶ Z. GIACOMETTI, *Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone*, p. 170.

¹⁷ FLEINER-GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 241 et ss; RUCK, *op. cit.*, p. 116; Hans HUBER, *Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrecht*, in « Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins », Vol. 91 bis (1955), pp. 103 et ss; AUBERT, *Traité*, pp. 757 et ss.

¹⁸ Voir l'arrêt de principe du Tribunal fédéral in « Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung », vol. 62 (1961), p. 69, spéc., p. 72; ATF 89 I 92, spéc., p. 98.

en vertu du régime particulier de la protection des droits individuels en droit suisse, les administrés ne peuvent invoquer la garantie constitutionnelle du respect de la propriété qu'à l'encontre des législations et des décisions cantonales. Le Tribunal fédéral a eu l'occasion de le dire expressément¹⁹. Il n'en demeure pas moins que le droit fédéral, lui aussi, se fonde sur le principe du respect des biens des particuliers, lorsqu'il lui apporte des restrictions²⁰.

Il va de soi que l'Etat en droit suisse peut empiéter sur le droit de propriété des particuliers. En des termes analogues à l'article 1 P.A., l'empiètement n'est admis que s'il est fondé sur la loi, justifié par l'intérêt public et, lorsqu'il équivaut à une expropriation, il entraîne l'obligation d'indemniser l'intéressé²¹.

La Commission a déclaré que le terme « loi », qui figure à l'article 1 P.A., recouvre toutes les lois, y compris les lois constitutionnelles²². Elle semble donc admettre que le terme « loi » doit s'entendre dans son sens matériel et non dans son sens formel. Elle rejoindrait ainsi la pratique suisse, selon laquelle la base légale doit se trouver dans une norme générale et abstraite. Cette norme peut, dès lors, résulter soit d'une loi proprement dite, soit d'une ordonnance législative édictée par l'autorité exécutive en vertu d'une délégation du législateur, soit enfin d'une coutume²³. Une coutume remplira les conditions d'une base légale matérielle, lorsque la règle a été appliquée pendant de nombreuses années et que cet usage repose sur une conviction juridique, l'« *opinio necessitatis* »²⁴.

Le Tribunal fédéral a défini l'intérêt public d'une manière qui nous paraît correspondre à la lettre et à l'esprit de la garantie internationale : « ...L'exigence constitutionnelle de l'intérêt public est remplie lorsque deux conditions sont réunies : l'entreprise qui revendique le droit d'expropriation doit servir le bien public par son but et son activité effective ; ensuite, la chose à exproprier doit être nécessaire à l'entreprise et à son activité au service du bien public. »²⁵ Il y a également un intérêt public lorsque les restrictions de la propriété favorisent des intérêts privés, pourvu qu'il n'y ait pas une disproportion évidente entre l'intérêt privé réellement poursuivi et l'intérêt public allégué, par exemple dans le cadre de construction d'habitations à loyer modéré²⁶, ou lorsqu'une loi cantonale restreint le droit de démolir ou de transformer des maisons d'habitation en raison de la pénurie de logements²⁷.

¹⁹ ATF 86 I 187, spéc., p. 193.

²⁰ Voir, par exemple, la loi fédérale du 20 juin 1930 sur l'expropriation, RS 4, 1173.

²¹ ATF 74 I 147, spéc., p. 150 ; 76 I 329, spéc., p. 334 ; 81 I 26, spéc., p. 29 ; 82 I 157, spéc., p. 161 ; 89 I 381, spéc., p. 384 ; 90 I 334, spéc., p. 340 ; 91 I 329, spéc., pp. 337 et ss.

²² Req. N° 511/59, Ann. III, 395, spéc., p. 423.

²³ ATF 88 I 173, spéc., p. 176 ; dans le même sens, Max IMBODEN, *Die Tragweite der verfassungsrechtlichen Garantie des Privateigentums*, in « *Revue Suisse de Jurisprudence* », Vol. 40 (1944), pp. 292 et ss.

²⁴ ATF 81 I 26, spéc., p. 34.

²⁵ ATF 90 I 328, spéc., p. 331 ; traduction française, JdT 1965, p. 505, spéc., p. 508.

²⁶ ATF 88 I 248, spéc., p. 253.

²⁷ ATF 89 I 460.

Pareille jurisprudence nous paraît conforme à la Convention et surtout, aller bien au-delà de la compétence d'investigation des organes internationaux.

La Convention, selon l'avis de la Commission, ne reconnaît pas aux nationaux, dans le cas d'une expropriation, de droit à une indemnité. Il semble, par contre, admis, en droit suisse, que le principe de l'inviolabilité de la propriété s'oppose à ce que l'expropriation, quelque forme qu'elle revête, s'opère sans réparation du préjudice que cause au propriétaire la perte ou la diminution de ses droits²⁸.

En matière fiscale, la garantie de l'article 1 P.A. trouve son pendant en droit suisse : le mode de procéder du fisc cantonal n'est légitime que s'il repose sur une base légale²⁹. Le principe de la base légale, en droit fiscal fédéral, est encore aggravé par la nécessité d'une compétence expresse prévue dans la Constitution³⁰.

Comme nous l'avons remarqué, un impôt serait contraire à la Convention si le taux d'imposition aboutissait à une confiscation³¹. En d'autres termes, le Tribunal fédéral exprime la même opinion : par exemple, les cantons, en vertu de l'article 31, alinéa 2 de la Constitution fédérale, ont le droit d'instituer des impôts spéciaux sur les professions, mais il est admis que ces impôts ne doivent pas empêcher l'exercice de la profession et qu'ils ne doivent pas avoir d'effets prohibitifs³². D'une façon plus générale, selon le principe de l'égalité devant la loi garantie à l'article 4 de la Constitution fédérale, l'imposition fiscale doit être proportionnée à la capacité économique du contribuable³³.

Selon l'article 46, alinéa 2 de la Constitution fédérale, le contribuable a le droit de ne pas être imposé à double, c'est-à-dire de ne pas être imposé à double pour un même objet d'impôt. La violation de ce principe porte atteinte au droit de propriété³⁴. Une double imposition violerait sans doute aussi le droit au respect des biens prévu dans la Convention.

Enfin le droit suisse connaît l'institution de l'amende, c'est-à-dire l'atteinte au patrimoine du condamné sous la forme d'une peine pécuniaire³⁵. Dans la mesure où la Convention prohiberait le tarif d'amende, c'est-à-dire telle somme, automatiquement, pour telle infraction, le droit pénal suisse serait conforme à la garantie internationale, puisque l'amende est, en principe, fixée selon le critère de la situation personnelle et économique du condamné.

²⁸ ATF 71 I 433, spéc., p. 441.

²⁹ Ernst BLUMENSTEIN, *System des Steuerrechts*, 2^{me} éd., pp. 6 et ss.

³⁰ RUCK, *op. cit.*, p. 284.

³¹ Voir *supra*, p. 92.

³² BLUMENSTEIN, *op. cit.*, p. 103 ; ATF 87 I 29, spéc., p. 32.

³³ BLUMENSTEIN, *op. cit.*, pp. 103 et ss ; voir à ce sujet l'étude de M. Max IMBODEN sur les différentes catégories d'impôts mises en présence de la garantie fédérale de la propriété : *Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Privateigentums als Schranke der Besteuerung*, in « Archiv für schweizerisches Abgaberecht », vol. 29 (1960 - 1961), pp. 2 et ss.

³⁴ FAVRE, *op. cit.*, p. 333.

³⁵ Art. 48 du Code pénal.

CHAPITRE II

Le droit à l'instruction (art. 2 P.A.)

§ 1 : CONTENU DE LA GARANTIE INTERNATIONALE

Selon l'article 2 P.A., « Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'Etat, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques. »

Que les parents soient libres d'éduquer leurs enfants et de choisir l'enseignement qui leur convient, tel est le but de l'article 2 P.A. Celui-ci veut empêcher l'Etat de se substituer aux parents et de soumettre la jeunesse à un enseignement doctrinal déterminé. Les auteurs de la Convention veulent prendre position contre les pratiques des Etats totalitaires¹.

Pendant le contenu de l'article 2 P.A. est vague et se prête à des interprétations différentes ; nombreux sont les Etats contractants qui ont estimé nécessaire d'exprimer des réserves au moment de la ratification du Protocole additionnel. Selon certaines réserves de caractère interprétatif, l'article 2 P.A., d'une manière générale, ne porte pas atteinte à la législation en vigueur² ; pour d'autres, il ne vise pas la législation en matière d'enseignement religieux³, ou bien il n'oblige pas l'Etat à des dépenses publiques exagérées⁴, ou encore il n'oblige pas l'Etat à financer des écoles de caractère religieux ou philosophique⁵. Pour l'Irlande, semble-t-il, l'article 2 P.A. ne met pas d'obstacle à l'école obligatoire⁶. En France, enfin, on a craint que l'article 2 P.A. ne mette en cause la laïcité de l'Etat et ne pose indirectement la question des subventions à l'école libre⁷. Tant de réserves prouvent bien que l'article 2 P.A. peut être la source de malentendus.

La première phrase de l'article 2 P.A. sous sa forme négative garantit le libre accès de chacun à l'enseignement⁸. Les auteurs de la Convention ont renoncé à formuler le droit à l'instruction d'une façon positive — « toute personne a droit à l'instruction » — craignant que cette formule laissât entendre que les Etats contractants devraient prendre des mesures effectives pour que chacun puisse recevoir l'instruction qu'il

¹ Manuel, pp. 64 et ss.

² C'est le cas pour la Turquie (Voir Ann. I, p. 43) et la Grèce (Voir Ann. I, p. 44).

³ Suède (Ann. I, p. 44).

⁴ Royaume Uni (Ann. I, p. 45).

⁵ Allemagne (Ann. I, p. 52) ; dans le même sens : Pays-Bas *Convention européenne des droits de l'homme*, « Recueil de textes », Strasbourg, sept. 1965, chapitre V.

⁶ Voir *Convention européenne des droits de l'homme*, « Recueil de textes », Strasbourg, sept. 1965, chapitre V.

⁷ Voir débats à l'Assemblée nationale de la République française, Ann. III, p. 537.

⁸ SCHEUNER, *op. cit.*, p. 391.

désire⁹ ; l'article 2 P.A. garantit donc un droit d'accès aux établissements scolaires existant à un moment ; de plus, l'individu, titulaire de ce droit, doit pouvoir tirer un bénéfice de l'enseignement suivi, soit obtenir, « conformément aux règles en vigueur dans chaque Etat et sous une forme ou une autre, la reconnaissance officielle des études accomplies »¹⁰.

Il nous paraît utile, pour saisir le sens de la deuxième phrase de l'article 2 P.A., de nous référer à la liberté de pensée, de conscience et de religion garantie à l'article 9 Conv. : l'Etat doit avoir égard aux convictions religieuses ou philosophiques des parents et ne faire en aucune manière pression sur l'éducation de leurs enfants. Par contre, la deuxième phrase de l'article 2 P.A. n'impose pas aux Etats le respect, dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, des préférences linguistiques des parents¹¹.

L'article 2 P.A. a été invoqué au cours d'une ample procédure qui a trouvé son terme dans un arrêt de la Cour européenne auquel nous avons déjà fait allusion¹² : des parents belges d'expression française qui, en vertu des lois linguistiques de leurs pays, sont contraints d'envoyer leurs enfants, soit dans une école flamande, soit dans une école française trop éloignée de leur domicile, se sont plaints notamment que l'article 2 P.A. n'était pas respecté par la Belgique. La Cour européenne a constaté que l'article 2 P.A. ne spécifie pas la langue dans laquelle l'enseignement doit être dispensé pour que le droit à l'instruction soit respecté. Cependant « le droit à l'instruction serait vide de sens s'il n'impliquait pas, pour ses titulaires, le droit de recevoir un enseignement dans la langue nationale ou dans une des langues nationales, selon le cas »^{12 bis}. Cette réserve faite, les parents n'ont cependant pas un droit à voir l'enseignement dispensé dans une langue autre que celle du pays dont il s'agit^{12 ter}.

§ 2 : SITUATION EN DROIT SUISSE

Selon l'article 27, alinéas 2 et 3 de la Constitution fédérale, « les cantons pouvoient à l'instruction primaire qui doit être suffisante et placée sous la direction de l'autorité civile. Elle est obligatoire et, dans les écoles publiques, gratuite. Les écoles publiques doivent pouvoir être fréquentées par les adhérents de toutes les confessions, sans qu'ils aient

⁹ Manuel, p. 67.

¹⁰ Arrêt « Affaires linguistiques belges », *op. cit.*, p. 35.

¹¹ Arrêt « Affaires linguistiques belges », *op. cit.*, p. 36.

¹² Voir *supra*, pp. 67 et ss.

^{12 bis} Arrêt « Affaires linguistiques belges », *op. cit.*, p. 35.

^{12 ter} Arrêt « Affaires linguistiques belges », *op. cit.*, p. 36 ; la Cour a toutefois retenu dans cette affaire une violation de l'article 2 P.A. combiné avec l'article 14 Conv. : dans six communes belges à régime bilingue, les écoles françaises ne sont ouvertes qu'aux enfants dont les parents résident sur le territoire de ces six communes, alors que les écoles néerlandaises sont ouvertes à tous les enfants, peu importe la résidence de leurs parents. Selon la Cour, il y a une discrimination injustifiée (Arrêt « Affaires linguistiques belges », *op. cit.*, pp. 80 et ss).

à souffrir d'aucune façon dans leur liberté de conscience ou de croyance ». Si la Confédération laisse aux cantons le soin d'organiser l'instruction primaire, elle fixe néanmoins certaines directives concernant la liberté de conscience et de croyance.

L'article 2 P.A. proclame-t-il la liberté d'enseignement, c'est-à-dire le droit pour chaque citoyen de créer une école privée ? Cette liberté, en Suisse, n'est pas du domaine fédéral ; les cantons sont encore libres de la protéger¹³. Dans un arrêt récent, le Tribunal fédéral déclare qu'il est loisible à un canton de prescrire qu'après un certain délai, les élèves dont la langue maternelle n'est pas la langue officielle du canton, doivent passer dans une école où l'enseignement est dispensé dans cette langue¹⁴. Dans son arrêt sur les affaires linguistiques belges, la Cour européenne n'a pas tranché le problème de l'enseignement obligatoire dans une langue déterminée. En effet, en Belgique, les écoles privées peuvent enseigner dans la langue de leur choix, mais les diplômes de ces écoles ne sont pas reconnus par l'Etat. Les élèves des écoles libres qui veulent accéder à l'enseignement supérieur doivent passer un examen devant un « jury central », tandis que les certificats des écoles officielles, dont les études répondent aux prescriptions légales sont simplement homologués^{14 b1a}. Mais comme la Cour européenne a admis qu'obliger un enfant à étudier dans une langue nationale qui n'est pas la sienne ne saurait être qualifié d'entreprise de « dépersonnalisation », il nous paraît admissible que, pour la période scolaire obligatoire, un canton suisse unilingue impose l'enseignement sur son territoire dans la langue officielle.

Il est admis qu'en Suisse les écoles confessionnelles publiques ne sont pas compatibles avec l'article 27, alinéa 3 de la Constitution fédérale¹⁵. Mais seul l'enseignement est visé, et non la personne qui donne cet enseignement¹⁶ ; il s'ensuit que des membres d'une confession religieuse, à l'exclusion des Jésuites, peuvent enseigner dans une école publique¹⁷. Ce qui importe, c'est que les opinions confessionnelles et philosophiques ne se manifestent pas dans l'école de manière à léser la liberté de croyance et de conscience des élèves. Mais cela ne veut pas dire que l'enseignement doive être neutre et exclure tout élément moral ou religieux. On ne saurait exiger d'un instituteur, dans la tenue de l'école, et des autorités scolaires, qu'ils renient leur confession au point qu'elle ne soit plus aucunement reconnaissable¹⁸.

Comme nous avons cru le discerner dans l'article 2 P.A., la garantie fédérale, de son côté, a également pour but essentiel de proscrire tout enseignement qui porterait atteinte au principe de la tolérance¹⁹.

¹³ AUBERT, *Traité*, p. 632.

¹⁴ ATF 91 I 480, *spéc.*, p. 486.

^{14 b1a} Arrêt « Affaires linguistiques belges », *op. cit.*, pp. 83 et ss.

¹⁵ SALIS, *op. cit.*, vol. 5, N° 2480, p. 634.

¹⁶ SALIS, *op. cit.*, vol. 5, N° 2479, p. 633.

¹⁷ FLEINER-GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 329 et ss.

¹⁸ SALIS, *op. cit.*, vol. 5, N° 2488, p. 657, *spéc.*, p. 662.

¹⁹ FAVRE, *op. cit.*, p. 283.

L'essentiel est que chacun puisse fréquenter une école primaire publique, sans que ses convictions personnelles ne soient heurtées.

En son article 49, alinéa 2, la Constitution fédérale précise que nul ne peut être contraint de suivre un enseignement religieux. Les leçons de religion dans une école publique sont donc facultatives, qu'elles soient comprises dans le programme scolaire ou laissées à l'organisation des autorités ecclésiastiques²⁰. Les écoles privées, dont la fréquentation n'est pas obligatoire, peuvent prévoir l'enseignement religieux obligatoire²¹. Nous partageons l'avis de M. Favre selon lequel la prière à l'école n'est pas contraire à la Constitution, parce qu'elle ne fait pas partie de l'instruction. Celui qui ne désire pas y participer n'est que le témoin d'un acte religieux accompli par des tiers²². Là encore la tolérance justifierait pareille pratique. Mais on sait, par exemple, que la Cour suprême des Etats-Unis est d'un autre avis²³.

On a exprimé une réserve quant à la conformité de l'article 49, alinéa 5 de la Constitution fédérale avec l'article 2 P.A.²⁴. Selon la Constitution fédérale, nul ne peut, pour cause d'opinion religieuse, s'affranchir d'un devoir civique. Or, en Suisse, l'obligation de fréquenter l'école primaire est un devoir civique aussi bien que de faire son service militaire. A un père de confession adventiste qui demandait que son fils ne soit pas astreint à fréquenter l'école le samedi, l'autorité administrative compétente a répondu qu'en vertu de l'article 50 de la Constitution fédérale, le libre exercice des cultes est garanti dans les limites compatibles avec l'ordre public et les bonnes mœurs ; l'accomplissement des devoirs religieux est limité par l'ordre public dont fait partie la fixation de la scolarité et des jours d'école²⁵. Comme nous l'avons déjà signalé²⁶, l'article 9, alinéa 2 Conv. vient au secours de l'Etat ; mais l'article 2 P.A., par contre, ne contient pas de disposition qui restreindrait le droit des parents à faire respecter les convictions religieuses et philosophiques de leurs enfants, si bien qu'on ne peut pas écarter d'emblée toute discussion.

²⁰ Pour un tableau des différentes solutions adoptées par les cantons, voir l'étude du Département fédéral de l'intérieur sur les confessions en Suisse, pp. 7 et ss.

²¹ RUCK, *op. cit.*, p. 132.

²² FAVRE, *op. cit.*, p. 284.

²³ Voir un résumé de la jurisprudence de la Cour Suprême en la matière par F. William O'BRIEN, *Prayer and Religion in Swiss schools*, in « The North Carolina Law Review », Vol. 42 (1964), N° 4, pp. 791 et ss.

²⁴ SCHINDLER, *op. cit.*, pp. 9 et ss.

²⁵ SALIS, *op. cit.*, vol. 5, N° 2476, p. 632.

²⁶ Voir *supra*, pp. 69 et ss.

CHAPITRE III

Le droit aux élections libres (art. 3 P.A.)

§ 1: CONTENU DE LA GARANTIE INTERNATIONALE

A l'article 3 P.A., on peut lire que « les Hautes Parties Contractantes s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret, dans les conditions qui assurent la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ».

Les auteurs de la Convention ont voulu mettre un accent particulier sur le régime démocratique, tel qu'on l'entend en Europe occidentale. L'idée fondamentale, c'est que l'individu a le droit de participer à la formation du pouvoir sans contrainte.

La Commission a délimité la portée de l'article 3 P.A. en précisant que les droits de vote, d'élection et d'éligibilité ne sont pas garantis en tant que tels¹, pas plus que le droit de demander un référendum d'autodétermination². Le droit aux élections libres n'oblige pas davantage les parties contractantes à reconnaître à toute personne le droit de participer aux élections³. Les Etats contractants peuvent donc exclure certaines catégories de citoyens, par exemple ceux qui résident outre-mer, aussi longtemps que cette exclusion n'empêche pas la libre expression de l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif⁴.

La garantie de l'article 3 P.A. n'est donc pas très étendue; l'Etat s'oblige uniquement à ce que l'opinion du peuple sur le choix du corps législatif ne soit pas entravée par une réglementation qui porterait atteinte à sa liberté d'expression, cette liberté d'expression devant au surplus s'exercer à intervalles raisonnables.

§ 2: SITUATION EN DROIT SUISSE

a) *L'absence du droit de vote des femmes en Suisse*

L'article 3 P.A. a une incidence de grande envergure sur l'ordre juridique suisse.

Déjà dans son rapport à l'Assemblée fédérale concernant les relations de la Suisse avec le Conseil de l'Europe, le Conseil fédéral s'était demandé si le fait que la Suisse — à l'exception de quelques cantons dans les affaires communales ou cantonales — ne connaît pas le vote des femmes était compatible avec les dispositions du Statut du Conseil

¹ Req. N° 1028/61, Ann. IV, p. 325, spéc., p. 339.

² Req. non publié N° 855/60, citée par M. VASAK, *op. cit.*, p. 61, n. 100.

³ Req. N° 530/59, Ann. III, p. 185, spéc., p. 191.

⁴ Req. N° 1065/61, Ann. IV, p. 261, spéc., p. 269.

de l'Europe⁵. Alors qu'il s'agissait de discuter essentiellement de l'adhésion de la Suisse au Statut, le Conseil national a élargi le débat et s'est également préoccupé des exigences de la Convention dans le domaine du suffrage féminin⁶.

L'article 74 de la Constitution fédérale prévoit en effet : « A droit de prendre part aux élections et aux votations tout Suisse âgé de vingt ans révolus... »

Se fondant sur cette disposition et sur l'ancien article 23 de la Constitution vaudoise qui prévoyait : « Sont citoyens actifs tous les Suisses âgés de vingt ans révolus... », plusieurs citoyennes ont demandé à leur commune vaudoise de domicile de les inscrire au rôle des électeurs et de leur délivrer une carte civique. Les autorités compétentes cantonales ont refusé d'accéder à leur désir. Statuant sur recours, le Conseil fédéral, faisant une interprétation historique et traditionnelle de l'article 74 de la Constitution fédérale, a refusé d'entendre sous le vocable « suisse » les personnes du sexe féminin⁷. C'était le Tribunal fédéral qui était compétent pour décider si la disposition constitutionnelle du canton de Vaud accordait le droit de vote aux femmes en matière cantonale ; il a également tiré une conclusion négative de cette disposition : les mots « citoyens actifs » de l'ancien article 23 de la Constitution vaudoise ne s'appliquaient qu'aux hommes⁸. Seule une modification des Constitutions fédérale et cantonales pourrait accorder aux femmes une égalité politique totale. La majorité de la doctrine est du même avis⁹.

Se conformant à cette jurisprudence, cinq cantons¹⁰ ont modifié leur constitution pour accorder aux femmes, dans les matières relevant de leur compétence, les mêmes droits politiques exercés traditionnellement par les hommes.

Une tentative fédérale n'a pas eu le même succès. Le 1^{er} février 1959, le peuple suisse refusait l'institution du suffrage féminin en matière fédérale par 654.939 non contre 328.727 oui et par seize cantons et six demi-cantons contre trois cantons¹¹.

L'absence du droit de vote des femmes exclut-il la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif ? M. Vasak¹² se pose cette question au sujet de la Suisse en s'appuyant sur la jurisprudence de la Commission que nous avons citée¹³, selon laquelle les Etats contractants peuvent exclure du scrutin certaines catégories de citoyens

⁵ FF 1962, II, p. 1073.

⁶ Voir *Bulletin sténographique*, Conseil National, 1962, pp. 684 et ss.

⁷ Voir JAAC, 1957, N° 11, pp. 59 et ss.

⁸ ATF 83 I 173.

⁹ FLEINER-GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 433 ; RUCK, *op. cit.*, p. 90, BRIDEL, *op. cit.*, tome II, pp. 30-31 et p. 39, Werner KÄGI, *Der verfassungsmässige Weg zum Frauenstimmrecht*, in « Gleiches Recht für die Schweizer Frau », p. 10 et ss, spéc., p. 15 ; AUBERT, *Traité*, p. 71.

¹⁰ Vaud et Neuchâtel en 1959 ; Genève en 1960 ; Bâle-Ville en 1966 ; Bâle-Campagne en 1968.

¹¹ FF 1959 I, p. 564.

¹² *Op. cit.*, p. 63, note 105.

¹³ Voir *supra*, p. 99, Req. N° 1065/61.

pour autant que cette exclusion n'empêche pas la libre expression du peuple sur le choix du corps législatif. Tous ceux qui se sont penchés sur ce problème¹⁴ sont d'avis que le droit suisse sur ce point n'est pas conforme à la Convention. Il est vrai qu'à première vue la décision de la Commission laisserait la porte ouverte à une discussion. Mais un Etat peut-il exclure du scrutin les femmes dans leur ensemble, sans apporter une entrave à la liberté d'expression du peuple sur le choix du corps législatif ? Il semble plutôt que les exclusions admises par la jurisprudence internationale visent certaines catégories de citoyens qui n'ont pas un intérêt évident à se prononcer sur la composition du corps législatif. Dans le cas soumis à la Commission, les requérants reprochaient à la Belgique d'avoir refusé aux Belges du Congo le droit de participer aux élections de la métropole. Il nous paraît, dès lors, peu vraisemblable que la Commission tiendrait le même langage dans le cas de l'exclusion du scrutin des personnes du sexe féminin, d'autant plus que l'article 14 Conv. accorde la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention sans distinction aucune fondée notamment sur le sexe. Il n'y a ainsi plus d'hésitation pour affirmer que l'absence du suffrage féminin en Suisse est contraire à la garantie internationale.

La difficulté particulière de la Suisse réside sans doute dans le fait que l'introduction du suffrage féminin dépend de la double majorité des hommes participant à la votation et des cantons. La Suisse est le seul Etat dans ce domaine à observer les exigences de la démocratie directe. Le suffrage féminin a été introduit dans les autres Etats par la décision d'un gouvernement ou d'un parlement¹⁵.

Il convient de signaler, au surplus, qu'une comparaison avec l'étranger pour accélérer l'introduction du suffrage féminin n'est pas opportune. Les droits politiques à l'étranger se limitent souvent à un droit d'élection¹⁶. En Suisse, ils comprennent non seulement le droit de participer aux élections, mais aussi aux votations sur les textes constitutionnels et législatifs, ainsi que le droit de signer des demandes de révision constitutionnelle et de referendum sur des textes législatifs.

Il va de soi, par conséquent, que dès l'introduction du suffrage féminin, les droits politiques en Suisse iront bien au-delà de la garantie internationale.

b) *Le scrutin secret*

A côté de l'absence du suffrage féminin, un des principaux obstacles à l'adhésion de la Suisse à la Convention, l'application de l'article 3 P.A. soulève quelques hésitations au regard du régime particulier de la « Landsgemeinde », tel qu'il existe encore dans un canton et quatre demicantons (Glaris, Obwald, Nidwald, Appenzell Rhodes intérieures et

¹⁴ Voir *Bulletin sténographique*, Conseil National, 1962, p. 684 et ss; SCHINDLER, *op. cit.*, p. 8; KAUFMANN, *op. cit.*, p. 254; KÄGI, *op. cit.*, pp. 15 et ss; Eduard ZELLWEGER, *Kann und soll die Schweiz der europäischen Menschenrechtskonvention beitreten?* in « Europa », organe de l'Union européenne, Bâle, Décembre 1964, N° 12, p. 3.

¹⁵ Voir à ce sujet FF 1957 I, pp. 733 et ss.

¹⁶ FLEINER-GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 433, n. 13.

Rhodes extérieures). Cette véritable assemblée du peuple que l'on a qualifiée de démocratie pure, parce que le souverain délibère lui-même et directement sur les affaires publiques, prend ses décisions à main levée. L'article 3 P.A., de son côté, garantit le choix du corps législatif au bulletin secret.

Lorsque la « Landsgemeinde » est elle-même corps législatif, la procédure de vote à main levée n'entre pas en conflit avec l'article 3 P.A. Par contre, on peut se demander si le même procédé est admissible lorsque la « Landsgemeinde » élit l'organe délibérant (Kantonsrat, Landrat ou Grosser Rat). Si l'on voit dans la « Landsgemeinde » un exemple de démocratie directe, il faut aussi admettre qu'elle présente l'inconvénient de ne pas assurer la même liberté de vote que le scrutin secret¹⁷.

SECTION III

Les droits et libertés garantis par le quatrième Protocole additionnel, du 16 septembre 1963

Signé le 16 septembre 1963, le Protocole N° 4 est entré en vigueur le 2 mai 1968 pour cinq Etats, membres du Conseil de l'Europe : la Norvège, la Suède, le Danemark, l'Islande et le Luxembourg¹.

Selon son article 6, chiffre 1, le Protocole N° 4 fait partie intégrante de la Convention. Toutefois le chiffre 2, de l'article 6, P. N° 4 prévoit une exception relative au droit de recours individuel devant la Commission et à la reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour² ; les Etats contractants doivent déclarer expressément que les articles 25 et 46 Conv. s'étendent également aux droits proclamés dans le Protocole N° 4. L'Islande, la Suède et le Danemark ont fait cette déclaration. Les deux autres Etats ne l'ayant pas faite, ils ne sauraient être mis en cause pour violation de ce protocole que par une requête étatique sur laquelle il appartiendrait, le cas échéant, au Comité des ministres du Conseil de l'Europe de décider en dernière instance.

¹⁷ Voir Georges SAUSER-HALL, « Guide politique suisse », 7^e édition, p. 31.

¹ Voir : « Information du Conseil de l'Europe », N° C (68) 10.

² Sur la mise en œuvre du contrôle international de la Convention, voir *infra*, pp. 149 et ss.

CHAPITRE PREMIER

L'interdiction de la privation de la liberté pour inexécution d'une obligation contractuelle (art. 1, P. N° 4)

§ 1 : CONTENU DE LA GARANTIE INTERNATIONALE

Selon l'article 1, P. N° 4, « nul ne peut être privé de sa liberté pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle ».

L'article 1, P. N° 4 renforce le droit de toute personne à la liberté et à la sûreté garanti à l'article 5 Conv.; en effet, s'il s'agit de l'inexécution d'une obligation contractuelle, le débiteur ne peut en principe être arrêté ni détenu, même s'il tombe sous le coup de l'article 5, chiffre 1 Conv.¹.

L'article 1, P. N° 4 interdit d'emprisonner un débiteur pour la seule raison qu'il n'est pas en mesure d'exécuter une obligation contractuelle. Il est donc loisible à un Etat contractant de priver un individu de sa liberté s'il existe un autre élément que la seule impossibilité d'exécuter l'obligation contractuelle, par exemple, lorsque le débiteur agit par méchanceté ou frauduleusement ou lorsqu'il se refuse volontairement à exécuter son obligation, quelque soit le mobile qui le fasse agir, ou encore lorsque c'est par suite de sa négligence qu'il se trouve dans l'impossibilité de remplir ses engagements².

En précisant que l'obligation doit être contractuelle, l'article 1, P. N° 4 exclut de la garantie non seulement les obligations de droit (obligation fiscale, militaire, etc.), mais les obligations civiles résultant de la loi ou d'une décision judiciaire (par exemple, l'obligation alimentaire entre parents, époux, divorcés ou non, une dette en dommages-intérêts résultant d'une décision judiciaire, etc.).

§ 2 : SITUATION EN DROIT SUISSE

La garantie accordée en Suisse est beaucoup plus étendue que celle prévue dans le Protocole N° 4. L'article 59, alinéa 3 de la Constitution fédérale dispose que « la contrainte par corps est abolie ». Nul ne peut, dès lors, être jeté en prison pour simples dettes. A l'encontre de la Convention, la garantie fédérale s'applique également aux dettes de droit public. L'Etat qui réclame des citoyens des prestations en espèces se trouve dans la même situation qu'un créancier ordinaire.

Plus généralement, l'application d'une pénalité (privation de la liberté) n'est admissible que dans le cas où la demeure du débiteur — le non-

¹ Voir rapport présenté à l'Assemblée consultative par la Commission juridique, Doc. 1057 (17 nov. 1959), p. 9.

² Manuel, p. 80.

paiement de sa dette — doit être attribué à son dol ou sa faute³. Ainsi, selon la loi fédérale du 14 décembre 1959 sur la taxe d'exemption du service militaire⁴, on ne punit le récalcitrant que s'il a négligé de requérir la remise de la taxe ou des facilités de paiement et le débiteur doit prouver son incapacité de payer sans qu'il y ait faute de sa part⁵. Il en est de même pour celui qui viole son obligation d'entretien. Il ne peut être puni que dans le cas de mauvaise volonté, fainéantise ou inconduite⁶.

CHAPITRE II

La liberté de circuler, de choisir sa résidence et de quitter son pays (art. 2, P, N° 4)

§ 1 : CONTENU DE LA GARANTIE INTERNATIONALE

A l'article 2, P. N° 4, il est prévu que :

« 1. Quiconque se trouve régulièrement sur le territoire d'un Etat a le droit d'y circuler librement et d'y choisir librement sa résidence.

» 2. Toute personne est libre de quitter n'importe quel pays, y compris le sien.

» 3. L'exercice de ces droits ne peut faire l'objet d'autres restrictions que celles qui, prévues par la loi, constituent des mesures nécessaires, dans une société démocratique, à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au maintien de l'ordre public, à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.

» 4. Les droits reconnus au paragraphe 1^{er} peuvent également, dans certaines zones déterminées, faire l'objet de restrictions qui, prévues par la loi, sont justifiées par l'intérêt public dans une société démocratique. »

Toute personne — également l'apatride et l'étranger, à la condition qu'il ne se trouve pas illégalement sur le territoire d'un Etat — a le droit de circuler librement et de choisir librement sa résidence dans un Etat. L'alinéa 2 ajoute que personne ne peut être retenu, contre sa volonté, dans un Etat, y compris le sien.

³ SALIS, *op. cit.*, vol. 3, N° 1266, p. 578, spéc., p. 581.

⁴ RO 1959, p. 2097.

⁵ Article 33, alinéa 3 et article 42.

⁶ Article 217 du *Code pénal suisse*.

La Convention va donc moins loin que le Traité instituant la Communauté économique européenne qui tend à réaliser la libre circulation des personnes sur le territoire des pays-membres ; en effet, pour pouvoir se prévaloir de l'alinéa 1, de l'article 2, P. N° 4, il faut se trouver « régulièrement » sur le territoire d'un Etat. Mais que faut-il entendre par « régulièrement » ?

On admet que l'Etat peut autoriser l'entrée sous certaines conditions¹. Ainsi, une personne ne se trouve plus régulièrement sur le territoire d'un Etat, lorsqu'elle bénéficie d'une autorisation pour une durée déterminée et que le délai est échu. Il nous paraît également admissible, au sens de l'article 2, P. N° 4, que l'Etat impose à un étranger l'obligation de travailler dans une branche déterminée de l'économie pour bénéficier d'une autorisation de résidence sur son territoire.

A condition qu'elles soient prescrites par la loi, l'Etat peut prévoir des restrictions à l'exercice de la garantie. A l'origine, le projet du Protocole N° 4 prévoyait que l'Etat pouvait limiter la garantie pour des raisons relevant de l'économie nationale. Le texte définitif ne contient plus cette possibilité qui aurait permis à un Etat contractant, par exemple, de répartir, même contre la volonté des intéressés, la main d'œuvre sur son territoire, en considération des exigences de son économie.

Au chiffre 4, de l'article 2, P. N° 4, il est prévu une restriction supplémentaire à l'égard de certaines zones, quand l'intérêt public le justifie. On a donné comme exemple d'intérêt public, la construction d'un barrage hydraulique, la protection de la nature, ou encore, la présence d'ouvrages militaires².

§ 2 : SITUATION DES NATIONAUX EN DROIT SUISSE

Pour tenter de confronter la garantie internationale et la législation interne, une distinction s'impose entre les ressortissants suisses et les étrangers résidant en Suisse ; le droit de circuler librement et de choisir sa résidence pour les citoyens suisses trouve son fondement dans l'article 45 de la Constitution fédérale. Quant aux étrangers, leurs droits sont régis par une loi spéciale et les traités d'établissement.

L'article 45 de la Constitution fédérale prévoit que « tout citoyen suisse a le droit de s'établir sur un point quelconque du territoire suisse... ». L'article 2, alinéa 1, P. N° 4 trouve donc son pendant dans la législation suisse.

C'est également à l'article 45 de la Constitution fédérale que se trouve garanti le droit de tout Suisse de quitter son pays. En effet, si l'article 45 de la Constitution fédérale ne parle que du libre établissement

¹ Voir Willibald P. PAHR, *Das 4. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention*, in « Juristische Blätter », 1964, pp. 187 et ss, spéc., pp. 191 et ss.

² PAHR, *op. cit.*, p. 191.

en Suisse, le Tribunal fédéral a admis que tout Suisse a également le droit de quitter le territoire de la Confédération et de séjourner en permanence à l'étranger³.

Si nous passons aux restrictions autorisées à l'exercice du droit, on peut citer les obligations de droit public comme le service militaire, l'obligation de résidence pour un fonctionnaire, l'accomplissement des peines privatives de liberté et des mesures de sûreté. D'autre part, l'article 45 de la Constitution fédérale contient une liste des cas dans lesquels l'établissement peut être refusé ou retiré par un canton à des ressortissants d'autres cantons. Toutes ces restrictions ne nous paraissent pas entrer en conflit avec la garantie internationale. On admet également que tout Suisse qui se trouve dans un rapport de dépendance particulier envers l'Etat ne peut pas quitter sans autre le territoire de la Confédération⁴.

La législation suisse a connu des restrictions à la liberté de circuler et de s'établir dans des zones déterminées de son territoire qui, si elles étaient encore en vigueur, seraient conformes à l'alinéa 4, de l'article 2, P. N° 4. Il s'agit de l'arrêté du Conseil fédéral du 29 octobre 1918 concernant la lutte contre la pénurie de logements par des mesures restreignant la liberté d'établissement ou de séjour⁵ et de l'arrêté fédéral du 18 mars 1937 concernant les régions fortifiées⁶. Les deux dates de ces arrêtés indiquent clairement que ces mesures ont été prises en périodes troublées. Le Protocole N° 4 les admettrait également en temps normaux !

§ 3 : SITUATION DES ÉTRANGERS EN DROIT SUISSE

Alors que la plupart des libertés individuelles accordées aux citoyens suisses le sont également aux étrangers qui résident sur le territoire de la Confédération, la garantie prévue à l'article 2, P. N° 4, par contre, est régie en Suisse par une loi spéciale, la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers du 26 mars 1931, révisée le 8 octobre 1948⁷, et par les traités d'établissement.

La politique suisse à l'égard des étrangers dépend d'une donnée démographique non négligeable, à savoir que la densité des étrangers résidant en Suisse est l'une des plus élevées⁸. Il est compréhensible, par conséquent, que le contrôle de l'immigration revête en Suisse une importance considérable. Il ne va pas sans poser des problèmes sur le

³ FLEINER-GIACOMETTI, *op. cit.*, pp. 251 et ss; BURCKHARDT, *op. cit.*, pp. 391 et ss; AUBERT, *Traité*, p. 701; ATF 36 I 215; 51 I 388, *spéc.*, pp. 392 et ss; 53 I 428, *spéc.*, pp. 433 et ss.

⁴ Voir, par exemple, les cas où l'octroi ou le renouvellement d'un passeport peut être refusé selon l'Ordonnance du Conseil fédéral, du 17 juillet 1959 (RO) 1959, p. 603).

⁵ RO 1918, p. 1124.

⁶ RO 1937, p. 162.

⁷ RS 1, p. 113; RO 1949, p. 225.

⁸ Voir FAVRE, *op. cit.*, p. 72.

plan international, qui ne sont pas toujours tranchés en toute sérénité⁹. La législation suisse et la pratique des autorités administratives sont-elles conformes au Protocole N° 4 ? A la quasi impossibilité de connaître la pratique des autorités administratives de police des étrangers, cantonales ou fédérale, s'ajoute le fait que le Protocole N° 4 vient d'entrer en vigueur et qu'il n'existe aucune jurisprudence internationale qui nous permettrait de jeter quelques jalons dans ce domaine particulièrement délicat.

En tous cas, l'article 2, P. N° 4 n'empêche pas de limiter ou de réduire l'effectif des travailleurs étrangers¹⁰, ni de soumettre ceux-ci à l'obligation de requérir une autorisation pour exercer une activité professionnelle.

L'article 2, P. N° 4, selon l'interprétation de M. Kaufmann¹¹, ne viserait pas les étrangers qui sont soumis au contrôle. Ceux-ci ne se trouveraient pas « régulièrement » sur le territoire de l'Etat. L'Etat pourrait donc obliger l'étranger, si l'on suivait cet avis, à résider sur une portion déterminée du territoire. Nous croyons, au contraire, qu'une fois les formalités d'entrée remplies, l'étranger a le droit de circuler et de choisir librement sa résidence. On ne peut pas faire dépendre la régularité du séjour du choix de telle ou telle résidence, sinon l'article 2, P. N° 4 n'aurait aucune efficacité. Dès lors, nous estimons que l'article 8, alinéa 1 de la loi fédérale sur le séjour et l'établissement des étrangers n'est pas conforme au Protocole N° 4, parce que l'étranger en Suisse n'a le droit de résider que dans le canton où l'autorisation a été accordée, et si l'étranger désire résider dans un autre canton, il peut s'exposer à un refus d'autorisation de la part de ce canton¹².

CHAPITRE III

L'interdiction de l'expulsion des nationaux (art. 3, P. N° 4)

§ 1 : CONTENU DE LA GARANTIE INTERNATIONALE

Selon l'article 3, P. N° 4,

« 1. Nul ne peut être expulsé, par voie de mesure individuelle ou collective, du territoire de l'Etat dont il est le ressortissant.

« 2. Nul ne peut être privé du droit d'entrer sur le territoire de l'Etat dont il est le ressortissant. »

⁹ Voir, par exemple, le message du Conseil Fédéral à l'Assemblée fédérale concernant l'approbation de l'accord entre la Suisse et l'Italie relatif à l'émigration des travailleurs italiens en Suisse, in « FF 1964 II », p. 1037.

¹⁰ Arrêté du Conseil Fédéral du 28 février 1968 (RO 1968, p. 386).

¹¹ Kaufmann, *op. cit.*, p. 255.

¹² *Contra* : Rapport, p. 1144.

L'application de l'article 3, P. N° 4 ne soulève pas de difficultés particulières. Ce qui est prohibé, c'est le fait pour une autorité constitutionnelle, législative, administrative ou judiciaire, de chasser des nationaux hors de la patrie¹. L'expulsion des étrangers se trouve en dehors du champ d'application de la garantie.

Il semble, d'autre part, que les auteurs de la Convention donnent un sens strict au terme « expulsion » : l'extradition n'est pas visée à l'article 3, P. N° 4, si bien qu'un Etat requis pourrait extraditer un de ses ressortissants qui a commis un délit à l'étranger !

§ 2 : SITUATION EN DROIT SUISSE

A la garantie internationale répond, en Suisse, l'article 44, alinéa 1 de la Constitution fédérale : « Aucun ressortissant suisse ne peut être expulsé du territoire de la Confédération ou de son canton d'origine. » S'agissant de l'extradition d'un national, mesure qui serait admissible selon la Convention, la loi fédérale sur l'extradition aux Etats étrangers du 22 janvier 1892² l'interdit. En vertu de l'article 1, alinéa 3 de cette loi, les traités d'extradition doivent être conclus dans le respect de ce principe fondamental.

Le droit à la liberté d'établissement garanti à l'article 45 de la Constitution fédérale permet au citoyen suisse de rentrer dans sa patrie en tout temps et de prendre domicile, pour le moins dans sa commune d'origine³.

CHAPITRE IV

L'interdiction des expulsions collectives d'étrangers (art. 4 p. N° 4)

§ 1 : CONTENU DE LA GARANTIE INTERNATIONALE

L'article 4, P. N° 4 prévoit que « les expulsions collectives d'étrangers sont interdites ».

On peut se demander si l'interdiction faite aux Etats contractants de renvoyer en masse les étrangers indésirables a quelque efficacité. Comme on l'a justement remarqué, les expulsions collectives d'étrangers apparaissent lorsque le désordre s'installe dans un Etat et trouble ses relations internationales ; or, l'article 15 Conv. autorise l'Etat à prendre des mesures qui dérogent aux droits et libertés garantis par la

¹ Manuel, p. 83.

² RS 3, p. 501.

³ ATF 46 I 305.

Convention en cas de guerre ou d'autre danger menaçant la vie de la nation. Dans ces circonstances l'article 4, P. N° 4 n'aura plus beaucoup d'efficacité¹.

§ 2 : SITUATION EN DROIT SUISSE

On ne trouve pas en Suisse, à notre connaissance, de disposition analogue. Le seul silence du législateur nous autorise à prétendre que la garantie est observée.

SECTION IV

Les principes d'application et d'interprétation des droits reconnus

La Convention ne se borne pas à définir les droits de l'homme qu'elle entend protéger ; elle proclame des principes d'application et d'interprétation qui, soit étendent, soit restreignent le contenu de chaque droit.

CHAPITRE PREMIER

La non-discrimination (art. 14 Conv.)

Selon l'article 14 Conv., la « jouissance des droits et libertés reconnus dans la présente Convention doit être assurée, sans distinction aucune, fondée notamment sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les opinions politiques ou toutes autres opinions, l'origine nationale ou sociale, l'appartenance à une minorité nationale, la fortune, la naissance ou toute autre situation ».

A plusieurs reprises, la Commission a précisé que l'article 14 Conv. n'interdit expressément une discrimination qu'en ce qui concerne la jouissance des droits et libertés reconnus dans la Convention^{1b18}, si bien que l'application de l'article 14 Conv. a souvent été écartée parce que

¹ FAHR, *op. cit.*, p. 195.

^{1b18} Req. N° 86/55, Ann. I, p. 198 ; Req. N° 95/55, Ann. I, p. 201 ; Req. N° 165/56, Ann. I, p. 203 ; Req. N° 238/56, Ann. I, p. 205.

le requérant se plaignait d'une discrimination relative à un droit qui n'était pas garanti par la Convention².

Le projet du Protocole N° 4 prévoyait, par contre, en son article 6, le principe général de l'égalité devant la loi³. Deux variantes étaient proposées : la première prévoyait l'égalité de protection des droits de l'individu, mais non pas nécessairement l'égalité des droits eux-mêmes. C'est ainsi qu'elle aurait permis l'inégalité de rémunération de la main-d'œuvre masculine et féminine, tout en assurant à toutes les deux un égal recours pour obtenir le paiement de leur rémunération⁴ ; le deuxième projet de texte imposait à l'Etat le respect du principe de la non-discrimination en n'importe quel domaine. Après avoir proclamé que « toutes les personnes sont égales devant la loi », il reprenait le texte de l'article 14 Conv., tout en omettant de dire, il va de soi, que le principe de non-discrimination ne s'appliquait qu'aux droits garantis par la Convention. Ceci prouve bien que l'article 14 Conv., dans sa rédaction actuelle, ne garantit pas l'égalité devant la loi. L'article 6 du projet du Protocole N° 4 a été d'ailleurs abandonné.

Nous avons déjà fait allusion, à propos de l'article 8 Conv., à la jurisprudence de la Commission relative à la répression de l'homosexualité limitée aux personnes du sexe masculin⁵. Une différenciation entre les sexes, selon la Commission, ne signifie pas nécessairement une discrimination. Cette distinction sibylline s'est trouvée mieux fondée dans une autre affaire qui appelait l'application de l'article 1 P.A. ; il s'agissait d'une loi fiscale qui traitait différemment les sociétés de capitaux et les sociétés coopératives. La Commission a constaté que la législation fiscale en question s'appliquait communément de différentes manières à des degrés différents aux diverses personnes ou entités formant la collectivité et ne constituait pas, par conséquent, une discrimination⁶.

La Constitution fédérale proclame en son article 4 l'égalité devant la loi. Contrairement à la Convention, la garantie constitutionnelle est une liberté individuelle autonome ; mais on ne saurait en déduire que le droit constitutionnel va au-delà de la Convention. Nous avons vu à propos du droit de vote des femmes que l'article 14 Conv. combiné à l'article 3 P.A. est un des principaux obstacles à la ratification de la Convention par la Suisse⁷.

² Req. N° 462/59, Ann. II, p. 382, spéc., p. 390 ; Req. N° 472/59, Ann. III, p. 207 ; Req. N° 551/59, Ann. III, p. 245, spéc., p. 253 ; Req. N° 808/60 (ISOP), Ann. V, p. 109, spéc., p. 125.

³ Voir *Rapport présenté à l'Assemblée consultative par la Commission juridique*, Doc. 1057 (17 nov. 1959), p. 4.

⁴ Voir exposé de M. Hermod LANNUNG, Doc. 1057 (17 nov. 1959), p. 13.

⁵ Voir *supra*, pp. 65 et ss.

⁶ Req. N° 511/59, Ann. III, p. 395, spéc., p. 425.

⁷ Voir *supra*, pp. 99 et ss.

CHAPITRE II

Le détournement de pouvoir (art. 18 Conv.)

L'individu ne saurait se prévaloir d'une indépendance totale à l'égard de l'Etat. La vie communautaire impose des limites à l'exercice de ses libertés individuelles et la Convention le reconnaît expressément, en apportant des restrictions souvent fort étendues à la plupart des libertés qu'elle proclame. Toutefois, elle interdit à l'Etat de détourner de leur but les restrictions, dont le droit conventionnel lui permet de faire usage, en vidant de leur contenu les droits et libertés reconnus. C'est pourquoi l'article 18 Conv. proclame que « les restrictions qui, aux termes de la présente Convention, sont apportées auxdits droits et libertés ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues ».

La Commission s'est déclarée compétente pour examiner d'office dans les cas qui lui sont soumis si les restrictions apportées à l'exercice des droits garantis sont conformes au but qu'elles doivent avoir selon la Convention. Elle examine les motifs et l'étendue de ces restrictions pour voir si elles se tiennent dans le cadre du pouvoir d'appréciation laissé aux Etats ¹.

En Suisse, le Tribunal fédéral a toujours cassé les décisions des autorités cantonales qui appliquaient des dispositions légales à des fins étrangères au but poursuivi par le législateur. En détournant les institutions créées par les textes législatifs de leur but véritable, les autorités cantonales tombent dans l'arbitraire et violent l'article 4 de la Constitution fédérale ². Quant à l'étendue des restrictions, le Tribunal fédéral a jugé que le législateur cantonal était autorisé à restreindre les droits constitutionnels jusqu'à un certain point, mais qu'il ne saurait les vider de leur substance ³.

CHAPITRE III

Les restrictions apportées à l'activité politique des étrangers
(art. 16 Conv.)

Alors que la Convention stipule en son article 1 qu'elle protège toute personne quelle que soit sa nationalité, elle apporte, à l'article 16 Conv., des restrictions à ce principe de l'universalité des personnes protégées.

¹ Req. N° 753/60, Ann. III, p. 311, spéc., p. 319.

² ATF 86 I 81, spéc., p. 85 ; 87 I 241, spéc., p. 249.

³ ATF 90 I 29, spéc., p. 34.

Les étrangers qui résident dans un Etat-partie à la Convention peuvent ne pas jouir, s'agissant de leur activité politique, des mêmes droits que les nationaux dans trois domaines : la liberté d'expression (art. 10 Conv.), la liberté de réunion (art. 11 Conv.), et plus généralement, les Parties contractantes n'ont pas l'obligation de respecter le principe de la non-discrimination (art. 14 Conv.).

Le premier but de l'article 16 Conv. est de permettre aux Etats-parties de limiter l'activité politique des étrangers concernant les affaires internes. Mais il autorise aussi un Etat comme la Suisse, dont la politique internationale est fondée sur la neutralité, à surveiller l'activité politique des étrangers vis-à-vis des affaires politiques d'autres Etats. Il est notoire que beaucoup d'étrangers ont tendance à profiter de leur séjour en Suisse, et souvent du droit d'asile qu'on leur accorde, pour se mêler de la politique des Etats dont ils sont les ressortissants, la plupart du temps, cela va de soi, avec hostilité. C'est pourquoi le législateur fédéral a pris des mesures de police qui limitent la liberté d'expression des étrangers¹. Ces mesures restrictives sont autorisées par la Convention.

Nous avons déjà eu l'occasion, en étudiant le contenu de l'article 11 Conv.², de signaler que la liberté d'association, en Suisse, n'est garantie aux étrangers que lorsque leurs associations ont un caractère privé, et que, par conséquent, il était interdit aux étrangers de fonder des associations politiques. La Convention autorise cette distinction entre les nationaux et les étrangers.

CHAPITRE IV

Le refus des libertés aux « ennemis des libertés » (art. 17 Conv.).

Nous reprenons dans ce titre l'expression heureuse que M. Pinto a utilisée^{1b1a} pour résumer le libellé embrouillé de l'article 17 Conv. : « Aucune des dispositions de la présente Convention ne peut être interprétée comme impliquant pour un Etat, un groupement ou un individu, un droit quelconque de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits ou libertés reconnus dans la

¹ Un arrêté du Conseil fédéral du 24 février 1948 (RO 1948, p. 111), réglemente le droit de parole des étrangers sur les sujets politiques. Les étrangers qui ne sont pas en possession d'un permis d'établissement doivent demander une autorisation spéciale qui peut être refusée s'il y a lieu de craindre que la sûreté extérieure ou intérieure du pays soit mise en danger. Il est interdit aux orateurs étrangers de s'immiscer dans les affaires politiques internes. L'arrêté du Conseil fédéral du 29 décembre 1948 (RO 1948, p. 1271) permet au gouvernement de confisquer les objets qui peuvent servir à une propagande propre à mettre en danger la sûreté de l'Etat. Ces deux arrêtés trouvent fréquemment des cas d'application (Voir *Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur sa gestion*, par exemple, 1963, P. 265, 1964, p. 175, 1965, p. 169).

¹ Voir *supra*, p. 82.

^{1b 1a} *Op. cit.*, p. 136.

présente Convention ou à des limitations plus amples de ces droits et libertés que celles prévues à ladite Convention. »

Chacun s'accorde pour reconnaître que sous le couvert de cet article les auteurs de la Convention ont voulu empêcher que les courants totalitaires puissent exploiter en leur faveur les principes posés par la Convention, c'est-à-dire invoquer les droits et libertés pour les supprimer². L'Etat n'est donc pas désarmé et la sauvegarde de l'ordre public des Parties contractantes n'est plus à leur charge exclusive, puisque, en vertu de l'article 17 Conv., les organes de la Convention doivent également y participer³.

Mais l'article 17 Conv. s'applique aussi à la puissance publique. Sous une autre forme, la Convention proscriit le détournement de pouvoir déjà mentionné à l'article 18 Conv.⁴.

L'article 17 Conv. a été appliqué dans trois affaires par les organes internationaux⁵. La première concerne la requête du parti communiste allemand dissous par arrêt de la Cour constitutionnelle fédérale allemande le 17 août 1956⁶. La Commission a considéré que le parti communiste allemand avait pour but d'établir dans la société l'ordre social communiste par la voie de la révolution prolétarienne et la dictature du prolétariat. Le recours à la dictature pour l'instauration d'un régime est incompatible avec la Convention en ce qu'il comporte la destruction de nombre de droits ou libertés consacrés par la Convention. La requête du parti communiste allemand ne pouvait dès lors s'appuyer sur aucune disposition de la Convention, notamment sur les articles 9, 10 et 11 Conv.⁷.

A lire cette décision, on pourrait croire que l'article 17 Conv. priverait l'individu de l'exercice de tous les droits garantis par la Convention. Mais cette affirmation n'est pas exacte ; la Commission et la Cour ont eu l'occasion de la corriger lors de l'examen de l'affaire Lawless : pour la Commission « l'article 17 n'ôte en aucune façon la garantie générale des droits et libertés assurée par la Convention à ceux qui tentent de détruire ces droits et libertés. Il rend simplement impossible le fait que des personnes qui visent un tel résultat puissent tirer de la Convention un droit leur permettant de se livrer à une activité ou d'accomplir

² Voir Jean DUPUY, *La Commission européenne des droits de l'homme*, in « A.F.D.I. », 1957, pp. 449 et ss, spéc., p. 464 ; VASAK, *op. cit.*, p. 71.

³ Voir note préparée par la Direction des Droits de l'Homme du Conseil de l'Europe. *Les garanties offertes par la Convention européenne des droits de l'homme aux Etats contractants contre les abus des droits de l'homme*, p. 3.

⁴ Voir PINTO, *op. cit.*, p. 137.

⁵ D'autres requêtes qui se heurtaient selon l'Etat défendeur à l'exception de l'article 17 Conv. ont été déclarées irrecevables par la Commission pour un motif de procédure : le non épuisement des voies de recours internes : Req. N° 222/56, Ann. II, p. 344 ; Req. N° 277/57, Ann. I, p. 219 ; Req. N° 297/57, Ann. II, p. 205 ; Req. N° 712/60 (RETIMAG), Ann. IV, p. 385.

⁶ *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, Vol. 5, pp. 85 et ss ; voir un résumé de l'affaire par Marc CHARTIER : *La jurisprudence du Bundesverfassungsgericht sur les partis politiques, le cas du parti communiste*, in « Essais sur les droits de l'homme en Europe », Tome I, pp. 110 et ss.

⁷ Req. N° 250/57, Ann. I, p. 222.

un acte tendant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la Convention. Cela signifie que personne, par exemple, ne peut invoquer le droit à la liberté d'opinion, à la liberté de la presse, à la liberté de réunion ou d'association, s'il veut abuser de ces droits pour détruire l'ordre d'une démocratie libre, telle que la protège la Convention. Par contre, les droits énumérés dans les articles 5 et 6 de la Convention ne sont en aucune manière réduits par l'article 17. Ainsi, le militant qui poursuit des visées communistes, fascistes, nationales-socialistes ou, en général, totalitaires, a le droit d'invoquer les dispositions de procédure telles qu'elles sont garanties par les articles 5 et 6 de la Convention. Ces dispositions, en effet, ne concernent pas les droits relatifs à l'activité d'un groupement ou d'un individu, mais les devoirs imposés à l'autorité publique vis-à-vis de l'ensemble des individus. Ces devoirs ne sont en aucune manière visés par l'article 17 de la Convention, car celui-ci concerne uniquement l'activité d'un groupement ou d'un individu utilisant des droits positifs en vue de la destruction de l'ordre dans une démocratie libre »⁸.

De son côté, dans son arrêt du 1^{er} juillet 1961⁹, la Cour a repris la thèse de la Commission en déclarant que « l'article 17, pour autant qu'il vise des groupements ou des individus, a pour but de les mettre dans l'impossibilité de tirer de la Convention un droit qui leur permette de se livrer à une activité ou d'accomplir un acte visant à la destruction des droits et libertés reconnus dans la Convention ; ainsi personne ne doit pouvoir se prévaloir des dispositions de la Convention pour se livrer à des actes visant à la destruction des droits et libertés ci-dessus visés ; cette disposition, qui a une portée négative, ne saurait être interprétée *a contrario* comme privant une personne physique des droits individuels fondamentaux garantis aux articles 5 et 6 de la Convention... ». Comme on l'a justement écrit, « décider autrement serait placer hors la loi les groupements et individus considérés, ce qui serait contraire à l'esprit de la Convention et ce que ses auteurs n'ont certainement pas voulu »¹⁰.

L'application de l'article 17 Conv. est aussi limitée dans le temps : dans l'affaire De Becker¹¹, le gouvernement belge a invoqué l'article 17 Conv. à l'encontre du requérant, motif pris que M. De Becker avait prôné, pendant l'occupation allemande de la Belgique, l'idéologie nazie, par la voie de son journal. Mais la Commission, dans son rapport, a refusé de prendre en considération l'article 17 Conv. : « Une personne donnée ne saurait être privée à jamais (...) de ses droits et libertés du seul fait qu'à un moment déterminé elle a manifesté des convictions totalitaires et agi en conséquence. Assurément, la conduite passée de M. De Becker peut être considérée comme visée, « avant la lettre », par

⁸ Voir *Rapport de la Commission*, in « Publications de la Cour européenne des droits de l'homme », Série B (1960-1961), p. 180.

⁹ Ann. IV, p. 439, spéc., p. 453.

¹⁰ Robert PELLOUX, *L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Lawless (Fond)*, in « A.F.D.I. », 1961, p. 256.

¹¹ Req. N° 214/56, Ann. II, p. 215, voir *supra*, pp. 78 et ss.

l'article 17 de la Convention. Il n'en résulte pas pour autant qu'il se heurte aujourd'hui aux prescriptions de cet article, à moins qu'il ne cherche à abuser de la liberté d'expression qu'il revendique¹². »

CHAPITRE V

Les dérogations en cas de guerre ou de crise (art. 15 Conv.)

La Convention donne encore une autre arme aux Etats-parties contre les abus des droits de l'homme. Selon l'article 15 Conv. :

« 1. En cas de guerre ou en cas d'autre danger public menaçant la vie de la nation, toute Haute Partie Contractante peut prendre des mesures dérogeant aux obligations prévues par la présente Convention, dans la stricte mesure où la situation l'exige et à la condition que ces mesures ne soient pas en contradiction avec les autres obligations découlant du droit international.

» 2. La disposition précédente n'autorise aucune dérogation à l'article 2, sauf pour le cas de décès résultant d'actes licites de guerre, et aux articles 3, 4 (par. 1) et 7.

» 3. Toute Haute Partie Contractante qui exerce ce droit de dérogation tient le Secrétaire général du Conseil de l'Europe pleinement informé des mesures prises et des motifs qui les ont inspirées. Elle doit également informer le Secrétaire général du Conseil de l'Europe de la date à laquelle ces mesures ont cessé d'être en vigueur et les dispositions de la Convention reçoivent de nouveau pleine application. »

On ne saurait cependant déduire de cette disposition que, mises à part les exceptions prévues au chiffre 2, de l'article 15 Conv. (soit : le droit à la vie, l'interdiction de la torture, des traitements inhumains, de l'esclavage et de la rétroactivité des lois pénales), l'Etat, par la seule notification de l'avis de dérogation au Secrétaire général du Conseil de l'Europe, est délié de tout engagement à l'égard de la Convention. Au contraire, « l'Etat ne peut pas invoquer son « domaine réservé », se draper dans sa souveraineté.¹ »

C'est l'affaire *Lawless* qui nous indique comment l'article 15 Conv. doit être appliqué. Nous avons déjà eu l'occasion de signaler à propos

¹² Voir *Rapport de la Commission, Affaire De Becker*, in « Publications de la Cour européenne des droits de l'homme », Série B (1962), pp. 137-138.

¹ J.-F. LALIVE, *Chronique de la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme*, in « Journal du droit international ». Vol. 89 (1962), pp. 238 et ss. spéc., p. 288.

de cette affaire² que l'article 5 Conv. interdit ce qu'on appelle l'internement administratif, c'est-à-dire la détention sans jugement. La République d'Irlande a cependant recouru à cette mesure à l'égard de Gérard Lawless, soupçonné d'appartenir à une armée secrète, l'I.R.A. (armée républicaine irlandaise), dont les activités terroristes avaient pour fin le rattachement de l'Irlande du Nord au territoire de la République d'Irlande. Interné le 13 juillet 1957, M. Lawless a porté plainte contre son pays devant la Commission qui a déclaré sa requête recevable le 30 août 1958³. La Cour, aussi bien que la Commission ont admis que l'internement de l'intéressé était contraire à l'article 5 Conv. Toutefois le gouvernement défendeur avait notifié une dérogation au sens de l'article 15 Conv. au Secrétaire général du Conseil de l'Europe le 20 juillet 1957⁴, où il exposait les mesures spéciales auxquelles il devait recourir pour maintenir l'ordre dans le pays. La Cour a donc dû trancher la question de savoir si l'internement administratif contraire à l'article 5 Conv. se trouvait, cependant, justifié au regard de l'article 15 Conv.

Le premier point à résoudre consistait à examiner si, au moment des faits de la cause, il existait en Irlande un danger public menaçant la vie de la nation. La Cour a répondu par l'affirmative en déclarant que le gouvernement irlandais pouvait déduire raisonnablement des circonstances de l'époque qu'un danger public menaçait la vie de la nation⁵. Ainsi l'Etat qui se prévaut de l'article 15 Conv. reste libre, dans une certaine mesure, d'apprécier l'existence d'une crise intérieure.

Mais l'existence d'une crise intérieure admise, il faut encore que les mesures qui dérogent aux obligations de la Convention soient prises « dans la stricte mesure où la situation l'exige ». La Cour, à ce propos, a remarqué que la législation ordinaire en Irlande n'avait pas permis au gouvernement de freiner l'accroissement des activités terroristes. Au surplus, la loi d'exception qui avait permis l'internement de M. Lawless, était assortie de garanties : contrôle du parlement sur l'application de la loi, mise en place d'une commission de recours. D'autre part, M. Lawless n'avait pas été indûment, en raison de ses activités, soumis à la législation exceptionnelle et il a été libéré aussitôt après s'être engagé à ne se livrer à aucune activité illégale.

De plus, les mesures prises par le gouvernement irlandais n'étaient pas en contradiction avec d'autres obligations découlant du droit international. « Quelles pourraient être ces obligations ? Ce pourraient être, résultant d'un traité ou même de la coutume internationale, des obligations plus strictes que celles de la Convention, concernant par exemple le traitement des étrangers. ⁶ »

Il ne fait pas de doute que l'arrêt Lawless suscite une certaine déception, puisqu'une grave violation d'une liberté a été justifiée, grâce à

² Voir *supra*, pp. 25 et ss.

³ Req. N° 332/57, Ann. II, p. 309.

⁴ Voir le texte de la dérogation, in « Ann. I », p. 47.

⁵ Ann. IV, p. 475.

⁶ PELLOUX, *op. cit.*, p. 263.

une dérogation. Si les faits de la cause, en l'espèce, ont entraîné une solution du litige satisfaisante, on peut craindre, cependant, que par le jeu de l'article 15 Conv., les Etats contractants, sitôt que des désordres internes apparaissent, ne soient enclins à recourir à des méthodes judiciaires que la Convention proscri⁷. C'est la raison pour laquelle l'article 15 Conv. pose des conditions strictes que la Cour, dans l'affaire *Lawless*, a examinées avec minutie avant de fonder sa conviction.

Le droit de dérogation est une nécessité inhérente à la protection d'un Etat démocratique. Les jurisprudences internes l'admettent, même sans texte⁸. C'est le cas en Suisse : le maintien de l'ordre public est un devoir élémentaire des autorités. Celles-ci doivent le remplir même si aucune disposition légale ne le prévoit. Le maintien de l'ordre public oblige l'Etat à parer aux dangers sérieux qui menacent, de façon directe et évidente, l'exercice du pouvoir légal ou les biens juridiques des particuliers, tels que leur vie, leur santé ou leur patrimoine. Les mesures préventives ou répressives que l'Etat peut être ainsi amené à prendre peuvent, le cas échéant, restreindre les libertés constitutionnelles. Ces mesures doivent cependant être appropriées, adaptées aux circonstances et dirigées contre ceux qui mettent l'ordre public en danger⁹.

CHAPITRE VI

Les réserves (art. 64 Conv.)

Pour que la cause d'un individu puisse être entendue devant les organes internationaux, il faut encore que l'Etat, auquel une violation de la Convention est imputée, n'ait pas fait usage de l'article 64 Conv. qui prévoit :

« 1. Tout Etat peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article.

« 2. Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause. »

Plusieurs Etats ont exprimé des réserves, mais contrairement aux exigences de l'article 64 Conv., bon nombre d'entre elles sont rédigées

⁷ Voir *supra*, pp. 25 et ss.

⁸ Voir communication de M. HEUMANN, « Colloque de Strasbourg », *Les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, Etude des limites de ces droits*, pp. 142 et ss, spéc., p. 151.

⁹ Voir FLEINER-GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 246 ; FLEINER, *op. cit.*, p. 321 ; AUBERT, *Traité*, pp. 635 et ss ; ATF 63 I 213, spéc., p. 222 ; 67 I 74, spéc., p. 76.

en termes généraux et ne contiennent pas le bref exposé de la loi en cause¹. Certains Etats ont fait au moment de la ratification une « déclaration » qui, à n'en pas douter, a toutes les caractéristiques d'une réserve².

La réserve a-t-elle un caractère provisoire ? Jusqu'à maintenant, seule la Norvège a donné à l'article 64 Conv. cette interprétation optimiste, puisqu'elle a révoqué sa réserve visant l'article 9 Conv., après avoir abrogé la règle de sa Constitution relative à l'interdiction des Jésuites sur son territoire.

On sait qu'en Suisse les débats du Conseil national sur l'adhésion de la Suisse au Statut du Conseil de l'Europe ont également porté sur le problème de la ratification de la Convention³. Mis en présence de divergences fondamentales entre la Convention et le droit suisse (il était surtout question de l'absence du droit de vote des femmes, des articles religieux et de certaines procédures cantonales relatives à l'internement administratif), certains parlementaires se sont référés à l'article 64 Conv. pour hâter la procédure de ratification. Mais le gouvernement a estimé à l'époque que les réserves étaient trop importantes pour choisir cette solution⁴. Le gouvernement tenait le même langage quelques années plus tard, dans son message à l'Assemblée fédérale sur l'approbation de huit conventions du Conseil de l'Europe : « Se fondant (...) sur une conception justifiée par les expériences faites, nous estimons que la ratification ne devrait pas être dévalorisée par des réserves nombreuses portant sur le contenu des Conventions. Faire porter des réserves sur toutes les dispositions qui ne sont pas conformes à la législation suisse serait en effet contraire au but de ces Conventions et à l'esprit qui a présidé à leur conclusion. Ce raisonnement doit tout particulièrement s'appliquer aux cas où la Convention offre une réglementation préférable ou du moins aussi bonne que la règle en vigueur en Suisse et où elle correspond à une tendance générale du développement du droit.⁵ »

Nous éprouvons malheureusement quelque doute sur l'application de cette théorie dans le cadre particulier de notre Convention : la tentative zurichoise d'introduire le suffrage féminin en matière cantonale, qui a échoué devant l'électeur le 20 novembre 1966, nous en donne un exemple et nous incline à penser que le gouvernement devra faire usage de l'article 64 Conv. s'il ne veut pas remettre aux calendes grecques le dépôt de son instrument de ratification⁶. Récemment d'ailleurs, le gouvernement a laissé entendre qu'il envisageait une ratification avec réserves⁷.

¹ Voir les textes in « Ann. I », pp. 43 et ss.

² Voir les textes in « Ann. I », pp. 52 et ss.

³ Voir *supra*, p. 10.

⁴ Voir *Bulletin sténographique*, Conseil National, 1962, p. 710.

⁵ FF 1965 I, pp. 445 et ss, spéc., p. 447.

⁶ Dans le même sens, FAVRE, « Questions choisies », p. 36.

⁷ Voir le rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant les grandes lignes de la politique gouvernementale pendant la législature 1968-1971, in « FF 1968 I », pp. 1221 et ss, spéc., p. 1226 ; Rapport, p. 1152.

Au point de vue technique, l'article 64 Conv. se révèle particulièrement utile pour l'Etat contractant, lorsque la réserve formulée à l'égard d'une ou plusieurs dispositions de la Convention porte sur une norme générale interne qui doit être précisée par des mesures législatives. Par exemple, l'Autriche a déclaré que les règles de l'article 6 Conv. relatives à la publicité des audiences ne portaient pas atteinte à l'article 90 de la loi fédérale constitutionnelle⁸. Cet article prévoit : « ...les débats devant les tribunaux en matière civile et pénale sont oraux et publics, *sauf les exceptions prévues par la loi* »⁹. Dès lors, n'importe quelle règle interne de procédure autrichienne qui prévoit le huis-clos tombe sous le coup de la réserve. Par le jeu d'une seule norme, toute la législation interne qui pourrait entrer en conflit avec l'article 6 Conv. se trouve en dehors du champ d'application de cet article¹⁰.

Certaines règles internes qui n'ont pas été expressément « réservées », au sens de l'article 64 Conv., au moment de la ratification, ne peuvent toutefois être confrontées avec les dispositions de la Convention, si elles tirent leur origine de règles qui, elles, sont mentionnées dans la réserve. Tel sera le cas de règlements administratifs dont la validité repose sur une loi que l'Etat a soustraite du champ d'application de la Convention¹¹.

Selon la lettre de l'article 64 Conv., seule la législation interne en vigueur au moment de la ratification peut être invoquée dans la réserve. Qu'en est-il de la législation postérieure à la ratification ? La Commission a admis que des dispositions internes passées ultérieurement à l'entrée en vigueur de la Convention, si elles étaient fondées sur une loi qui avait été expressément « réservée » au moment de la ratification, étaient également soustraites au traité¹². Cette jurisprudence est quelque peu décevante. On ne peut plus dire que la réserve a un caractère provisoire et doit seulement permettre aux Etats de hâter la ratification de la Convention.

⁸ Voir le texte de cette réserve, in « Ann. I », p. 91.

⁹ C'est nous qui soulignons.

¹⁰ Req. N° 462/59, Ann. II, p. 382, spéc., p. 384 ; Req. N° 473/59, Ann. II, p. 400, spéc., p. 405.

¹¹ Req. N° 1047/61, Ann. IV, p. 357, spéc., pp. 369 et ss ; Req. N° 1821/63 et 1822/63, Rec. 19, p. 56, spéc., p. 68.

¹² Req. N° 1731/62, Ann. VII, p. 193, spéc., p. 203 ; Req. N° 2432/65, Rec. 22, p. 124.

DEUXIÈME PARTIE

L'adhésion de la Suisse à la Convention

Une des principales caractéristiques de la Convention, sinon l'essentielle, c'est que les règles qu'elle proclame ne sont pas dépourvues de sanction. La jurisprudence des organes internationaux, à laquelle nous nous sommes souvent référés, l'atteste.

Mais les organes internationaux ne sont pas les seuls à sanctionner les violations des droits et libertés garantis ; il incombe déjà aux organes internes des Etats contractants de redresser d'éventuelles violations.

Nous nous proposons d'examiner dans cette deuxième partie à quelles conditions ce contrôle national peut s'exercer et nous tenterons, en particulier, d'exposer quelle serait la solution en droit suisse.

SECTION PREMIÈRE

La Convention et le droit interne

Les rapports entre le droit international et le droit national sont toujours complexes : le passage d'un ordre juridique à l'autre soulève un certain nombre de problèmes. La Convention nous en donne un exemple.

Pour établir une cohérence entre la Convention et le droit interne, nous nous demanderons si la Convention peut — éventuellement doit — être appliquée dans les différents ordres juridiques nationaux. Nous devons donc savoir, au préalable, si la Convention est un traité susceptible d'application immédiate et, le cas échéant, si les Etats contractants ont l'obligation d'incorporer le texte de la Convention dans leur droit interne.

CHAPITRE PREMIER

La Convention est-elle un traité susceptible d'application immédiate?

§ 1 : LA RÉPONSE TIRÉE DU TEXTE DE LA CONVENTION

Pour répondre à la question posée en tête de ce chapitre, il faut d'abord se référer au traité lui-même. Selon la nature des règles qu'il édicte, on pourra en déduire, soit qu'il impose des obligations aux seuls Etats-parties, soit qu'il s'applique également aux personnes qui relèvent de ces Etats, leur reconnaissant ainsi la qualité de sujets de droit international. Dans la deuxième hypothèse, on dira que le traité est susceptible d'application immédiate (*self-executing*)¹.

Trois éléments peuvent être pris en considération pour déterminer si la Convention est un traité « *self-executing* » ou non : l'intention de ses auteurs, l'objet et la forme de ses dispositions.

a) Sir David Maxwell-Fyfe, député du Royaume Uni, déclarait en 1949 devant l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe : « Nous ne pouvons, aux yeux du monde, nous en tenir à une déclaration de principes moraux et à des vœux fervents, aussi excellents que puissent être ces derniers. Il doit être établi une convention de caractère obligatoire et nous avons fourni une méthode pratique et acceptable d'y parvenir.² »

Ainsi la Convention ne saurait être assimilée à la Déclaration universelle des droits de l'homme proclamée par l'Assemblée des Nations Unies le 10 décembre 1948. Il est notoire que cette Déclaration n'a pas de portée juridique parce qu'elle n'impose aucune obligation nouvelle aux Etats qui l'ont proclamée³. Au contraire, les auteurs de la Convention ont cherché à transformer en obligations juridiques, sur le plan européen, certains des droits énoncés dans la Déclaration universelle, en élaborant un pacte régional ayant force de loi pour les Etats contractants.

Le texte de la Convention est donc impératif ; de plus, il semble que dans l'intention des auteurs de la Convention, le texte du traité devait être incorporé dans la législation interne des Etats contractants. Ceci ressort, en particulier, d'un amendement proposé par un député

¹ Voir dans ce sens : Philippe COMTE, *L'application de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne*, in « Revue de la Commission internationale de juristes », vol. IV, N° 1 (1962), p. 102, spéc., pp. 114 et ss ; GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, pp. 186 et ss ; Thomas BUERGENTHAL, *The effect of the European Convention on human rights on the internal law of member states*, cité ci-après : « Effect », in « The International and Comparative Law Quarterly », supplementary publication N° 11 (1965), pp. 79 et ss, spéc., p. 80.

² Comptes rendus, 1949, p. 447.

³ Voir PINTO, *op. cit.*, p. 81.

belge à l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe, M. Henri Rolin, et accepté par le Comité des ministres ; cet amendement visait à stipuler à l'article 1 Conv. que les Hautes Parties Contractantes « reconnaissent » et non « s'engagent à reconnaître » les droits et libertés ⁴. Si les Etats contractants ne s'étaient qu'engagés à reconnaître les droits et libertés proclamés par la Convention, celle-ci n'aurait créé que des obligations interétatiques.

b) Cette première constatation nous conduit, en deuxième lieu, à nous préoccuper de l'objet de la Convention ⁵ : le traité régit les rapports entre les personnes et la puissance publique ; il a une incidence directe sur les situations individuelles, si bien que les administrés sont immédiatement intéressés à son application.

c) Quant à la forme des droits et libertés garantis, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe, allant au delà des vœux de l'Assemblée consultative, qui se contentait d'une simple énumération des droits de l'homme, s'est proposé de les définir, de telle sorte que le contenu des dispositions du traité soit suffisamment précis pour en rendre l'application en droit interne immédiate. Les dispositions de la Convention ne contiennent pas de simples proclamations de principe, mais donnent, avec précision, une description détaillée des droits reconnus ainsi que des dérogations admises ⁶.

§ 2 : LA RÉPONSE DE LA DOCTRINE ET DE LA JURISPRUDENCE INTERNE

Cependant la doctrine et la jurisprudence interne ont émis des réserves sur le caractère « self-executing » de certaines dispositions de la Convention.

Selon l'article 3 P.A., les Etats signataires « s'engagent à organiser, à des intervalles raisonnables, des élections libres au scrutin secret... ». On retrouve dans cette disposition la formule traditionnelle selon laquelle les Etats s'engagent à reconnaître, mais ne reconnaissent pas aux individus le droit énoncé à l'article 3 P.A. C'est la raison pour laquelle on a conclu que cet article contient un principe général que les Etats doivent compléter par des dispositions internes pour lui donner sa force juridique ⁷.

Les avis sont également partagés sur le caractère immédiatement applicable de l'article 13 Conv. qui reconnaît à toute personne dont

⁴ Voir les déclarations de M. ROLIN in « Comptes rendus », 1950, p. 915, 1953, p. 34, et le projet de l'article 1 Conv. in « Doc. N° 11 » (18 août 1950), pp. 600 et ss.

⁵ Pour une classification des règles de droit international conventionnel selon leur objet, voir Rapport de M. M. SÖRENSEN, « Colloque de Vienne » : *Obligations d'un Etat partie à un traité sur le plan de son droit interne*, pp. 49 et ss.

⁶ Voir Rapport de M. Adolf SÜSTERHENN, « Colloque de Suisbourg » : *L'application de la Convention sur le plan du droit interne*, p. 305 ; ROBERTSON, *op. cit.*, p. 18.

⁷ Voir dans ce sens, SÜSTERHENN, *op. cit.*, p. 306 ; GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 191 ; GOLSONG, *op. cit.*, p. 18.

les droits et libertés reconnus par la Convention ont été violés, l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale⁸.

M. Ganshof van der Meersch doute que les règles de l'article 6 Conv., qui garantit une bonne administration de la justice, soient immédiatement applicables en droit interne⁹.

Des tribunaux nationaux ont également douté de l'application immédiate de certaines dispositions : la Cour constitutionnelle d'Autriche a estimé que les articles 5 et 6 Conv. contenaient des principes ayant une valeur de programme qui ne constituent pas en eux-mêmes un droit immédiatement applicable, de telle sorte que le droit autrichien n'a pas été modifié par la Convention¹⁰. Un arrêt du tribunal correctionnel du Grand Duché de Luxembourg a refusé d'appliquer la Convention en droit interne, parce que « l'idée de garantie collective exclut déjà à elle seule l'intention de créer des effets juridiques directement dans la personne des gouvernés »¹¹. Mais cette décision paraît davantage être un accident qu'un arrêt destiné à faire jurisprudence¹². Pour la Cour de cassation des Pays-Bas, l'article 13 Conv. est inapplicable en droit interne¹³.

Ainsi des divergences surgissent déjà sur le caractère immédiatement applicable de la Convention. Mais en admettant que les règles du traité puissent s'appliquer dans leur ensemble immédiatement aux justiciables, sans mesure d'exécution, il convient d'examiner, à présent, si la Convention impose aux Hautes Parties Contractantes l'obligation d'incorporer dans leur droit interne le texte de la Convention.

CHAPITRE 11

Les Etats contractants ont-ils l'obligation d'incorporer la Convention dans leur ordre juridique interne?

§ 1 : APPLICATION PAR VOIE DE MESURES LÉGISLATIVES SPÉCIALES ET APPLICATION DIRECTE DE LA CONVENTION EN DROIT INTERNE

Avant de répondre à la question posée en tête de ce chapitre, une remarque préliminaire s'impose : si l'Etat qui ratifie un traité s'oblige à mettre son droit interne en harmonie avec le droit international, la

⁸ Pour une réponse affirmative : BUERGENTHAL, *Effect*, pp. 82 et ss; *contra* : GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 192.

⁹ W. J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Organisations européennes*, vol. I, cité ci-après : « Organisations européennes », p. 356.

¹⁰ Voir une traduction française de ces deux arrêts, in « Ann. III », p. 617 et « Ann. IV », p. 605.

¹¹ Voir le texte de l'arrêt, in « Ann. IV », p. 623.

¹² Voir dans ce sens GANSHOF VAN DER MEERSCH, *op. cit.*, p. 201.

¹³ Voir VASAK, *op. cit.*, p. 243 ; van EMDE BOAS, *op. cit.*, p. 231.

technique juridique pour remplir cette obligation varie d'un Etat à l'autre. Ce n'est plus au droit international qu'il faut se référer, mais au droit public interne.

Parmi les Etats qui sont parties à la Convention, on peut distinguer, d'une manière générale, deux méthodes d'introduction des traités internationaux dans l'ordre juridique interne¹.

La première méthode consiste à dire que l'ordre international et l'ordre national se situent sur des plans différents et que si une règle de droit international s'applique en droit interne, c'est sous l'effet d'une novation qui transforme la règle internationale en règle nationale². L'application de la Convention en droit interne, pour les Etats qui se réfèrent à ce système, exige, au préalable, une transformation, c'est-à-dire des mesures législatives spéciales.

A ce premier groupe d'Etats qui ont ratifié la Convention se rattachent, d'une manière générale, l'Irlande, la Grande-Bretagne et les Etats scandinaves.

Selon une autre méthode d'introduction des traités en droit interne, la Convention n'a pas besoin d'être transformée par des mesures législatives spéciales pour devenir une source du droit interne. Il suffira que les conditions de la procédure d'adoption sur le plan international soient remplies pour que la Convention fasse partie intégrante du droit interne, « sans que l'on sache toujours quel rang elle occupe dans la hiérarchie des normes juridiques, ni quelles sont celles de ses dispositions qui sont directement applicables par les tribunaux... »³.

A cette deuxième catégorie d'Etats se rattachent l'Autriche, la Belgique, la République fédérale d'Allemagne, la Grèce, l'Italie, le Luxembourg, les Pays-Bas, la Turquie et Chypre⁴.

Les Etats-parties à la Convention ont donc des procédures d'incorporation des traités dans l'ordre juridique interne différentes. On s'accorde généralement pour constater que ces différentes procédures relèvent de la souveraineté des Etats⁵. Peu importe qu'un Etat transforme la règle internationale en règle interne ou qu'il reconnaisse simplement la validité de cette règle internationale en droit interne : la Convention n'impose pas de choix entre ces deux méthodes.

§ 2 : LES ARGUMENTS EN FAVEUR DE L'OBLIGATION D'APPLIQUER LA CONVENTION EN DROIT INTERNE

Bien que la Convention ait été régulièrement ratifiée sur le plan international, elle ne constitue pas, à l'heure actuelle, une source du droit interne en Irlande, en Grande-Bretagne et dans les Etats scandinaves,

¹ Sur les différentes méthodes d'introduction des traités internationaux dans les ordres juridiques internes, voir l'étude de M. SØRENSEN, *op. cit.*, pp. 37 et ss.

² Voir Dionisio ANZILOTTI, *Cours de droit international*, traduction française par Gilbert GIDEL, pp. 55 et ss.

³ VASAK, *op. cit.*, p. 235.

⁴ Voir VASAK, *op. cit.*, p. 235 ; GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Organisations européennes*, p. 366.

⁵ Voir SØRENSEN, *op. cit.*, p. 48.

parce que ces Etats n'ont pas incorporé le texte de la Convention dans leur ordre juridique interne.

On peut se demander, dès lors, si la Convention oblige ces Etats à reconnaître la validité de la Convention dans leur droit interne et si, comme on l'a affirmé⁶, les Hautes Parties Contractantes qui refusent à la Convention la qualité de droit positif interne, remplissent leurs obligations internationales.

La thèse favorable à l'obligation pour tout Etat contractant d'incorporer les règles normatives de la Convention se fonde sur le texte même du traité⁷ : selon l'article 1 Conv., les Hautes Parties Contractantes reconnaissent à toute personne les droits et libertés définis par la Convention ; il s'ensuit donc que, pour reconnaître ces droits, l'Etat est contraint d'introduire la Convention dans sa législation. D'autre part, l'article 13 Conv. qui accorde un recours effectif devant une instance nationale à toute personne qui prétend que la Convention a été violée à son égard, impose également à l'Etat l'obligation d'incorporer le texte de la Convention. « Comment pourrait-on imaginer autrement un « recours effectif », c'est-à-dire un recours menant nécessairement à une décision ayant autorité obligatoire vis-à-vis de toutes les autorités nationales, si ce recours ne pouvait pas se baser sur des règles de droit qui font partie de l'ordre juridique interne ? Sinon la décision en question n'aurait aucune valeur juridique et le recours ne serait pas effectif. »⁸

On cite également à l'appui de la thèse de l'obligation d'incorporer la Convention en droit interne les travaux préparatoires : au cours des délibérations de la Conférence des Hauts Fonctionnaires chargés par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe de rédiger le projet de Convention, il a été proposé d'insérer dans celle-ci une disposition prévoyant que les Etats contractants s'obligeaient à ce que leur législation interne donne plein effet aux dispositions de la Convention. La Conférence a refusé à l'unanimité d'insérer une telle disposition parce que « en l'absence d'une disposition contraire, tout Etat signataire est censé donner plein effet aux dispositions de la Convention dès le moment de son adhésion »⁹.

§ 3 : LA LIBERTÉ LAISSÉE AUX ÉTATS CONTRACTANTS D'INCORPORER OU NON LA CONVENTION DANS LEUR ORDRE JURIDIQUE INTERNE

C'est un fait que la Convention ne fait pas partie à l'heure actuelle du droit interne de la totalité des Etats liés par la Convention¹⁰. Dans les Etats scandinaves, en Grande-Bretagne et en Irlande, la Convention

⁶ GOLSONG, *op. cit.*, p. 15.

⁷ Voir GOLSONG, *op. cit.*, p. 8 ; SUSTERHENN, *op. cit.*, pp. 303 et ss ; GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Organisations européennes*, p. 362.

⁸ SUSTERHENN, *op. cit.*, p. 318.

⁹ Cité par SUSTERHENN, *op. cit.*, p. 306.

¹⁰ Sur le statut de la Convention dans le droit interne des Etats contractants, voir VASAK, *op. cit.*, pp. 235 et ss ; COMTE, *op. cit.*, pp. 116 et ss ; Thomas BUERGEN-

ne peut pas être invoquée devant les juridictions internes. Ces Etats violent-ils pour autant leurs obligations internationales ? Une réponse négative s'impose pour les raisons suivantes :

En ratifiant la Convention, tous les Etats-parties se sont obligés à reconnaître aux personnes qui relèvent de leur juridiction les droits définis dans la Convention. Les Etats s'obligent à mettre en harmonie leur législation interne avec les dispositions de la Convention. Mais la Convention impose-t-elle aux Etats-parties le moyen d'y parvenir ? Un Etat peut parfaitement remplir ses obligations, sans appliquer le texte même de la Convention sur son territoire, dans la mesure où son droit interne garantit déjà les droits proclamés par la Convention. « Les droits et libertés définis par la Convention pourront être repris par le droit interne avec le même contenu matériel sans être liés au texte de la Convention. Substance et forme ne sont pas identiques, et le même contenu matériel peut être revêtu de différentes expressions verbales, sans que le fond de la réglementation juridique en soit affecté. ¹¹ »

Tant qu'un Etat assume déjà dans son droit interne la protection des droits énumérés dans la Convention, il respecte ses engagements internationaux aussi bien qu'un Etat dont la Convention constitue une source du droit interne.

Prenons un exemple tiré de la législation suisse : L'article 7 Conv. proclame le principe de la légalité des délits et des peines. Si ce droit, garanti par la Convention, est déjà protégé par la législation suisse, peu importe que la Suisse, en cas d'adhésion à la Convention, incorpore ou non le texte de l'article 7 Conv. dans son ordre juridique interne. La Suisse respecterait déjà, dans le cas particulier, ses engagements internationaux.

Or, nous savons que le droit suisse reconnaît le principe de la légalité des délits et des peines aux articles 1 et 2 du Code pénal suisse. Dans la mesure où les cantons ont encore la compétence de légiférer en matière de droit pénal, c'est l'article 4 de la Constitution fédérale qui impose le respect du principe aux Etats fédérés. Ainsi, on peut dire que l'article 7 Conv. est déjà respecté en Suisse, selon la technique particulière d'un Etat fédéral, dont les compétences législatives se partagent entre l'Etat central et les Etats fédérés. Que le droit suisse incorpore l'article 7 Conv. ou non n'aurait pas d'influence sur l'efficacité de la règle internationale en droit interne.

On peut poursuivre la démonstration en se demandant si un recours effectif, au sens de l'article 13 Conv., est aussi déjà assuré en Suisse au justiciable qui se prétend victime d'une violation du principe de la légalité des délits et des peines. Lorsque la violation concerne la législation pénale fédérale, l'intéressé a la possibilité de s'adresser, en dernier

THAL, *Un nouvel examen du statut juridique de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dans les pays parties*, cité ci-après : « Nouvel examen », in « Revue de la Commission internationale de juristes », Vol. VII, N° 1 (1966), pp. 57 et ss.

¹¹ SØRENSEN, *op. cit.*, p. 48 ; dans le même sens, VASAK, *op. cit.*, p. 235 ; BUERGENTHAL, « Effect », p. 83 ; Ulrich SCHEUNER, *Die Grundrechte der Europäischen Menschenrechts-Konvention in ihrer Anwendung durch die Organe der Konvention*, in « Festschrift für Hermann Jahrreiss », pp. 371 et ss ; PARTSCH, *op. cit.*, p. 275.

ressort, à la Cour de cassation du Tribunal fédéral, Cour compétente pour apprécier les violations du droit fédéral¹². Lorsque la violation met en cause la législation pénale cantonale, c'est la Cour de droit public du Tribunal fédéral qui statue en dernière instance sur le mérite de l'action¹³.

Toutefois, il peut arriver que la législation des Etats qui ont adhéré à la Convention mais qui ne lui reconnaissent pas force de loi en droit interne, ne contienne pas le pendant de la garantie internationale et qu'une loi interne soit contraire à la Convention. Dans cette hypothèse, le juge interne sera tenu d'appliquer la loi interne contraire au traité et engagera la responsabilité internationale de l'Etat-partie¹⁴.

Il serait trop absolu de dire, cependant, que les Etats dans lesquels la Convention a acquis la qualité d'une source de droit interne protègent d'une manière plus étendue les droits garantis par la Convention. Le fait que la Convention soit considérée comme une source du droit interne ne résoud pas le problème de son applicabilité immédiate : le juge national pourra estimer que certaines dispositions du traité sont trop imprécises pour qu'elles soient immédiatement applicables¹⁵. Dans ce cas c'est la loi interne qui l'emporterait, même si elle était contraire au traité.

Nous pouvons, en définitive, tirer la conclusion que les Parties contractantes sont tenues d'aligner leur ordre juridique interne sur la Convention, mais qu'elles sont libres de choisir les moyens d'y parvenir.

§ 4 : LE DEGRE D'EFFICACITE DE LA CONVENTION EN DROIT INTERNE (Les clauses des art. 25 et 46 Conv.)

Les difficultés qui surgissent à propos de l'application de la Convention en droit interne peuvent être atténuées dans la mesure où les Parties contractantes soumettent leurs engagements à un contrôle plus ou moins efficace des organes internationaux.

En ratifiant la Convention, chaque Etat-partie se soumettra à un contrôle de la Commission lorsqu'un autre Etat-partie prétendra lui imputer une violation des dispositions de la Convention. Si la requête est déclarée recevable, seul le Comité des ministres est compétent pour apprécier la violation en dernier ressort. Par contre, les Etats contractants restent libres de reconnaître ou non la compétence de la Commission en matière de requêtes adressées par des individus (art. 25 Conv.). Il en est de même pour la juridiction de la Cour européenne (art. 46 Conv.). La reconnaissance de sa juridiction sur toutes les affaires concernant l'interprétation et l'application de la Convention est facultative.

¹² Art. 269 PPF.

¹³ Art. 87 OJ; ATF 80 I 113.

¹⁴ Il faut distinguer cette éventualité de celle où le juge interne applique faussement une disposition interne, elle-même conforme au traité. Dans ce cas particulier, il n'y a pas de différence entre les Etats dans lesquels la Convention constitue une source du droit interne et les Etats qui ne lui reconnaissent pas cette qualité.

¹⁵ Voir des exemples, *supra*, p. 124.

Lorsque l'on sait que jusqu'à présent, seules sept requêtes étatiques ont été adressées à la Commission, et que le nombre des requêtes adressées par des individus a dépassé le chiffre de trois mille cinq cents, il n'y a pas lieu de s'abandonner à de longues réflexions pour affirmer que l'Etat qui se contente seulement de ratifier la Convention s'expose d'une façon très réduite à la sanction internationale.

Or, il est heureux de constater que tous les Etats qui n'ont pas incorporé le texte de la Convention dans leur droit interne peuvent actuellement être mis en cause par des individus devant la Commission. De plus, ces pays ont reconnu la juridiction obligatoire de la Cour européenne¹⁶. Ainsi l'individu qui n'a pas, dans ces pays, la possibilité d'invoquer la Convention devant les juridictions internes, pourra faire valoir ses droits devant les organes internationaux.

Pour les Etats où l'application de la Convention en droit interne est possible, l'efficacité du traité dépend aussi de la mise en vigueur des clauses des articles 25 Conv. et 46 Conv. Si ces Etats ne reconnaissent pas le recours individuel à la Commission et la juridiction de la Cour, les normes conventionnelles pourront recevoir une interprétation différente devant les juridictions nationales¹⁷. La protection des droits garantis dans la Convention perdra de son efficacité¹⁸. Seul un autre Etat contractant aura la faculté de déclencher une procédure internationale susceptible de corriger une fausse interprétation de la Convention ; nous savons cependant que les Etats contractants usent de ce moyen avec prudence.

¹⁶ Voir l'état des ratifications, déclarations et réserves, in « Ann. VIII », p. 23, auquel il faut ajouter la déclaration visée à l'article 46 Conv. faite par la Suède le 13 mai 1966 pour une durée de 5 ans et les déclarations visées aux articles 25 et 46 Conv. faites par le Royaume Uni le 14 janvier 1966 pour 3 ans.

¹⁷ Par exemple, le Conseil d'Etat du Royaume de Grèce, tout en reconnaissant que la Convention a acquis force légale en Grèce, s'est fausement fondé dans un arrêt sur l'article 15 Conv. pour justifier des déportations par voie de mesure administrative. En effet, selon le chiffre 3, de l'article 15 Conv., tout Etat qui entend déroger aux obligations prévues dans la Convention doit le déclarer au Secrétaire général du Conseil de l'Europe. La Grèce n'ayant pas fait cette déclaration, la décision du Conseil d'Etat est manifestement contraire à la Convention. Comme la Grèce, d'autre part, n'a pas reconnu la clause facultative de l'article 25 Conv., les intéressés n'ont pas pu adresser une requête individuelle à la Commission et il ne s'est pas trouvé d'Etat contractant pour s'inquiéter de leur sort. Voir Arrêt N° 724 (1954) du Conseil d'Etat, in « Revue hellénique de droit international », 7^e année (1954), p. 278.

¹⁸ Pour M. FAVRE, l'admission des requêtes individuelles devant la Commission apparaît aussi comme une condition de l'efficacité de la Convention. « Questions choisies », p. 16.

SECTION II

L'autorité de la Convention en droit suisse

Les Etats contractants sont tenus d'aligner leur ordre juridique interne sur la Convention. Ils sont, par contre, libres de choisir les moyens d'y parvenir. Cette constatation nous permettra d'exposer maintenant quelle serait la solution adoptée par le droit suisse ; nous examinerons tout d'abord les modalités de la procédure d'adhésion à la Convention et ensuite la place que la Suisse accorderait à la Convention dans la hiérarchie des règles juridiques internes.

CHAPITRE PREMIER

La conclusion de la Convention

§ 1 : LA COMPÉTENCE MATERIELLE DE LA CONFÉDÉRATION

Le système fédératif que connaît la Suisse implique le partage des compétences entre l'Etat fédéral et les Etats fédérés. Dès lors, on peut se poser la question de savoir lequel des Etats — Confédération ou cantons — est compétent pour conclure un traité. La Constitution fédérale répond à cette question en son article 8 : « 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... ». Les cantons ne peuvent passer des traités que dans les domaines du voisinage, de la police et de l'économie publique (art. 9 de la Constitution fédérale). C'est donc la Confédération qui sera compétente, à l'exclusion des cantons, pour adhérer à la Convention.

Quant à l'objet des traités, l'article 8 de la Constitution fédérale accorde à la Confédération les pleins pouvoirs. Celle-ci a la compétence de conclure des traités « non seulement en matière politique, mais dans tous les domaines, même dans ceux qui sont réservés à la compétence législative des cantons »¹ ; elle peut conclure des traités sans avoir besoin du consentement explicite ou tacite des cantons².

¹ Paul GUGGENHEIM, *Traité*, (1^{re} éd.), tome 1, pp. 307 et ss ; dans le même sens, FLEINER-GIACOMETTI, pp. 810 et ss ; BURCKHARDT, *op. cit.*, pp. 89 et ss ; Rapport, p. 1087.

² Voir GUGGENHEIM, *Traité* (1^{re} éd.), p. 308.

C'est ainsi que dans son message à l'Assemblée fédérale concernant l'approbation de huit conventions du Conseil de l'Europe, le Conseil fédéral déclare : « ...il convient de rappeler que la Confédération a la compétence de conclure des traités internationaux relatifs à toutes matières, y compris celles qui relèvent de la compétence législative des cantons. La Confédération n'est pas tenue, en ce qui concerne le contenu des traités, aux dispositions de la législation fédérale ou cantonale ; lorsqu'ils contiennent une réglementation divergente, les traités internationaux l'emportent sur la législation interne. »³

§ 2 : LES ORGANES CHARGÉS DE LA CONCLUSION DE LA CONVENTION

a) *Le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale*

La doctrine et la jurisprudence suisses accordent au Conseil fédéral la compétence de conclure les traités. C'est lui « qui nomme et instruit les plénipotentiaires habilités à négocier et à signer les projets de traités ; c'est lui également qui décide s'il convient de ratifier ces projets, et qui, dans l'affirmative, procède à l'échange ou au dépôt des instruments de ratification »⁴. Cette fonction est fondée sur l'article 102, chiffre 8 de la Constitution fédérale : « Le Conseil fédéral veille aux intérêts de la Confédération au dehors, notamment à l'observation de ses rapports internationaux, et il est, en général, chargé des relations extérieures. »

Si le pouvoir de conclure la Convention appartiendra au gouvernement, l'Assemblée fédérale sera également consultée lors de la procédure de ratification. Parmi les affaires qui sont soumises au parlement, l'article 85, chiffre 5 de la Constitution fédérale mentionne les alliances et les traités avec les Etats étrangers. Sans que l'article 85, chiffre 5 de la Constitution fédérale le dise expressément, on admet que l'Assemblée fédérale doit participer à la conclusion d'un traité lorsqu'il entraîne pour la Suisse la création d'une obligation internationale⁵. Mais le parlement ne peut qu'approuver ou rejeter le projet de traité : il n'a pas la compétence de le modifier. En cas de refus, le Conseil fédéral n'a pas la faculté de ratifier le traité. Si le parlement accepte le traité, le Conseil fédéral reste libre de le ratifier ou non⁶. Signalons que cette procédure de conclusion des traités internationaux a déjà été appliquée lors de l'adhésion de la Suisse à diverses conventions du Conseil de l'Europe⁷.

En ratifiant la Convention, la Confédération reconnaîtra la compétence de la Commission en matière de requête étatique (art. 24 Conv.)

³ FF 1965 I, p. 447.

⁴ Jean-François AUBERT, *L'autorité, en droit interne, des traités internationaux*, cité ci-après : « Autorité », in « R.D.S. », vol. 81 (1962), pp. 265 et ss, spéc., p. 269.

⁵ Paul GUGGENHEIM, *Organisations économiques supranationales, indépendance et neutralité de la Suisse*, cité ci-après : « Organisations », in « R.D.S. », vol. 82 (1963) II, pp. 225 et ss, spéc., p. 296 ; AUBERT, *Traité*, p. 480.

⁶ AUBERT, « Autorité », p. 269.

⁷ RO 1966, p. 803.

et la compétence du Comité des ministres pour statuer en dernier ressort sur une éventuelle violation de la Convention (art. 32 Conv.).

S'agissant des requêtes individuelles, la Commission est compétente à la condition que la Haute Partie Contractante mise en cause ait reconnu spécialement sa juridiction (art. 25 Conv.). Il en est de même pour la Cour : la Haute Partie Contractante doit s'être soumise, par une déclaration spéciale, à sa juridiction obligatoire (art. 48 Conv.).

A supposer que le Conseil fédéral ratifie la Convention sans faire les déclarations des articles 25 et 48 Conv. et que, par la suite, il juge opportun de reconnaître la compétence de la Commission en matière de requêtes individuelles et la compétence de la Cour, l'Assemblée fédérale devrait également donner son approbation.

b) *Le peuple et les cantons devront-ils être consultés lors de la procédure de ratification de la Convention ?*

Nous avons vu que c'est le Conseil fédéral, muni de l'approbation du parlement, qui est compétent pour ratifier les traités. Toutefois, il existe une disposition constitutionnelle fédérale qui permet au peuple de se prononcer sur la ratification des traités : il s'agit de l'article 89, alinéa 3 de la Constitution fédérale : « Les traités internationaux conclus pour une durée indéterminée ou pour plus de quinze ans sont soumis également à l'adoption ou au rejet du peuple, lorsque la demande en est faite par 30 000 citoyens actifs ou par huit cantons. »

Cette disposition s'appliquera-t-elle dans le cadre de la Convention ? Tout d'abord, remarquons que l'avis du peuple ne serait sollicité que si 30 000 citoyens actifs ou huit cantons demandaient une consultation populaire : le referendum serait facultatif. D'autre part, l'article 89, alinéa 3 de la Constitution fédérale ne s'applique qu'aux traités conclus pour une durée indéterminée ou pour une durée supérieure à quinze ans. Tous les autres traités conclus pour quinze ans ou pour une durée inférieure et les traités dénonçables avant quinze ans ne sont pas soumis au referendum facultatif⁸.

Comme la Convention est conclue pour une durée minimale de cinq ans et qu'elle peut être dénoncée par la suite, moyennant un délai de six mois (art. 65 Conv.), la procédure de l'article 89, alinéa 3 de la Constitution fédérale n'entre pas en ligne de compte⁹.

Dans le système de l'article 89, alinéa 3 de la Constitution fédérale « l'objet et l'importance des traités ne jouent pas de rôle. Seule leur durée est déterminante »¹⁰. C'est ainsi que quatre conventions du Conseil de l'Europe d'importance mineure, l'Accord général sur les privilèges et immunités du Conseil de l'Europe et ses premier, deuxième et quatrième Protocoles additionnels ont été soumis au referendum facultatif,

⁸ Voir à ce sujet la thèse du Département politique fédéral du 19 mai 1949 concernant la soumission des traités internationaux au referendum facultatif, in « Annuaire suisse de droit international », vol. 7 (1950), pp. 192 et ss, spéc., p. 212.

⁹ Dans le même sens, SCHINDLER, *op. cit.*, p. 13.

¹⁰ GUGGENHEIM, *Organisations*, p. 302.

pour la seule raison que ces accords ne contiennent pas de clause de dénonciation¹¹. Il ne s'est d'ailleurs pas trouvé 30 000 citoyens actifs ou huit cantons pour demander ce référendum.

Excepté la procédure prévue à l'article 89, alinéa 3 de la Constitution fédérale, le peuple n'a pas la compétence de donner son avis sur la conclusion des traités internationaux. Dès lors, on pourrait tirer la conclusion que le Conseil fédéral, avec l'approbation des Chambres, pourrait, par le biais de l'adhésion à la Convention, sans faire usage de la clause des réserves de l'article 64 Conv., supprimer des conflits entre le droit interne et la Convention, par exemple faire cesser les interdictions prévues par les articles d'exception à la liberté de conscience stipulées dans la Constitution fédérale et accorder aux femmes le droit de participer à l'élection du corps législatif en Suisse.

Mais le pouvoir de la Confédération de conclure des traités internationaux n'est pas sans limites. Il ne serait pas admissible qu'en adhérant à un traité elle puisse porter atteinte à la structure de l'Etat fédératif ni aux droits fondamentaux ; en effet, seule une majorité du peuple et des cantons a le droit de modifier la Constitution fédérale et toute proposition, qu'elle émane du parlement, du gouvernement, d'un canton ou d'une initiative populaire doit, obligatoirement cette fois, être soumise au pouvoir constituant, formé du peuple et des cantons. Le Département politique fédéral, faisant sienne l'opinion de la doctrine¹², l'a reconnu dans un avis de droit¹³.

Nous pouvons, dès lors, tirer la conclusion suivante dans le cadre particulier de la Convention : Le vote du peuple et des cantons dépend de l'usage que la Suisse fera de la clause des réserves de l'article 64 Conv.

Si la Suisse désire adhérer à la Convention sans exprimer des réserves relatives aux dispositions constitutionnelles qui ne sont pas en harmonie avec le traité, deux solutions peuvent être envisagées :

a) Les modifications de la Constitution fédérale nécessaires pour écarter un conflit entre le droit constitutionnel et le droit international devront être soumises à l'approbation du peuple et des cantons, avant la ratification du traité. C'est la procédure ordinaire, qui est indépendante de l'adhésion elle-même de la Suisse à la Convention. Le principal inconvénient, c'est que cette procédure risque d'être fort longue.

b) La Convention elle-même peut être soumise à l'approbation du peuple et des cantons¹⁴. Cette procédure présente le danger d'un rejet éventuel du pouvoir constituant qui remettrait ainsi l'adhésion sans réserve de la Suisse à la Convention à une échéance lointaine.

Si, par contre, en ratifiant le traité, le Conseil fédéral « réserve », au sens de l'article 64 Conv., toutes les dispositions de la Constitution fédérale qui ne sont pas, à l'heure actuelle, en harmonie avec la

¹¹ FF 1965 I, p. 456.

¹² Voir FLEINER-GIACOMETTI, *op. cit.*, p. 813 ; RUCK, *op. cit.*, p. 241.

¹³ JAAC 1959-1960, N° 3, p. 15, *spéc.*, pp. 21 et ss.

¹⁴ Dans le même sens : Rapport, p. 1082.

Convention, c'est la procédure ordinaire de la conclusion des traités qui s'applique. Comme la Constitution fédérale ne subirait aucune atteinte, le peuple et les cantons n'auraient pas besoin d'être consultés. Cette solution, qui a notre préférence, aurait le mérite d'accélérer l'adhésion de la Suisse à la Convention.

CHAPITRE II

La Convention et l'ordre juridique suisse

Nous avons vu au chapitre précédent quels organes étaient compétents en Suisse pour ratifier la Convention. Il s'agit, à présent, de savoir comment la Suisse accueillera la Convention dans son ordre juridique interne, en d'autres termes, de se demander quelle est la méthode suisse de l'introduction du traité en droit interne et quel rang la Convention occupera en droit interne par rapport aux différents droits cantonaux et par rapport au droit fédéral. A titre d'exemples, nous ferons allusion, au préalable, au statut actuel de la Convention dans trois Etats contractants.

§ 1 : LE STATUT ACTUEL DE LA CONVENTION DANS TROIS ETATS CONTRACTANTS

a) *Le statut de la Convention en droit allemand*

Selon l'article 59 de la Constitution allemande, les traités qui sont destinés à lier la Fédération doivent être approuvés par le parlement fédéral dans les formes prévues pour le vote de la législation fédérale. C'est cette procédure qui a été mise en œuvre pour la Convention, et celle-ci est appliquée sur tout le territoire fédéral. C'est certainement en Allemagne que l'on trouve la jurisprudence interne la plus abondante relative à l'application de la Convention. Tous les tribunaux ont admis que la Convention faisait partie de la législation interne¹.

Quant à la place occupée par la Convention dans la hiérarchie des règles internes, il est admis aujourd'hui que la Convention a force de loi fédérale², si bien qu'on pourrait en déduire que des dispositions législatives ultérieures pourraient l'emporter sur la Convention³.

¹ Voir par exemple : BVerfG, « Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts », vol. 6, p. 389, traduction française, Ann. II, p. 595 ; BGH, *N.J.W.* 10 (1957), p. 1480, traduction française, Ann. II, p. 597 ; OVG/Münster, *N.J.W.* 9 (1956), p. 1374, traduction française, Ann. II, pp. 573 et ss, spéc., p. 579 ; OBL/Bremen, *N.J.W.* 13 (1960), p. 1265, traduction française, Ann. III, p. 635.

² Voir SUSTERHENN, *op. cit.*, pp. 311 et ss ; l'avis de M. KAUFMANN (*op. cit.*, p. 253) selon lequel la Convention a en Allemagne le rang d'une loi constitutionnelle n'est donc pas fondé.

³ Pour les traités en général, voir Pierre LARDY, *La force obligatoire du droit international en droit interne*, thèse, Neuchâtel, 1966, p. 80.

b) *Le statut de la Convention en droit autrichien*

L'histoire de l'application de la Convention en droit autrichien est l'une des plus complexes ; entrée en vigueur le 3 septembre 1958, la Convention n'a trouvé sa forme définitive en droit interne que le 4 mars 1964, par une loi qui lui attribue la valeur d'une loi constitutionnelle.

Entre ces deux dates, les avis les plus opposés ont été émis sur le rôle que devait jouer la Convention en droit interne⁴.

Le gouvernement refusait d'accorder à la Convention force obligatoire en droit interne ; selon lui l'Autriche était seulement tenue d'harmoniser sa législation interne avec les dispositions de la Convention. C'est pourquoi il avait déposé un projet de loi le 23 septembre 1959, modifiant la Constitution dans tous les cas où un conflit pouvait surgir avec la Convention⁵.

De son côté, la Cour constitutionnelle d'Autriche accordait, au contraire, à deux reprises, à la Convention force obligatoire en droit interne et lui donnait le rang de loi fédérale. La Cour refusait, cependant, à la Convention, s'agissant de ses articles 5, chiffre 1, litt. c et 6, la qualité de règles susceptibles d'application immédiate⁶.

C'est pour sortir de cette impasse que le parlement a voté une loi accordant le rang de loi constitutionnelle à la Convention. D'après les arrêts de la Cour constitutionnelle d'Autriche auxquels nous avons fait allusion, on peut tirer la conclusion que le rang constitutionnel accordé à la Convention entraîne son application immédiate en Autriche⁷.

c) *Le statut de la Convention en droit néerlandais*

C'est l'article 66 de la Constitution qui règle les rapports du droit interne et du droit international aux Pays-Bas : « Les prescriptions législatives en vigueur dans le royaume ne sont pas applicables si elles contreviennent aux dispositions d'un traité imposant des obligations aux particuliers, et conclu antérieurement ou postérieurement à leur entrée en vigueur. »

L'article 66 de la Constitution néerlandaise exige tout d'abord que le traité soit susceptible d'application immédiate. La jurisprudence hollandaise nous apprend que toutes les dispositions de la Convention ne se prêtent pas à l'application immédiate dans l'ordre juridique interne⁸.

Mais s'agissant des dispositions de la Convention qui n'ont pas besoin d'être complétées par des règles internes, les Pays-Bas soumettent toute

⁴ Voir à ce sujet Victor LIEBSCHER, *L'Autriche et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in « Revue de la Commission internationale de juristes », tome IV, N° 2 (1963), pp. 292 et ss, p. 299.

⁵ Voir traduction française du projet dit : « loi de rallonge » (*Verfassungsaufstockungsgesetz*), in « Ann. II », pp. 529 et ss ; ce projet de loi n'est jamais entré en vigueur.

⁶ Voir une traduction française de ces deux arrêts, in « Ann. III », p. 617 et « Ann. IV », p. 605.

⁷ Dans ce sens : Günther KUNST, *Die Menschenrechtskonvention als Bestandteil der Bundesverfassung*, in « OJZ », 1964, pp. 197 et ss.

⁸ Il en est ainsi de l'article 13 Conv., voir van EMDE BOAS, *op. cit.*, p. 232.

leur législation aux garanties conventionnelles, peu importe que cette législation soit antérieure ou postérieure à la date d'entrée en vigueur de la Convention pour les Pays-Bas.

On a dit que les traités, en particulier la Convention, l'emportent même sur la Constitution⁹. A vrai dire, on ne trouve pas de dispositions constitutionnelles qui proclameraient ce principe ; au contraire, la Constitution néerlandaise prévoit une procédure spéciale en son article 63, toutes les fois qu'un accord international déroge aux dispositions de la Constitution : les tribunaux n'ont pas la compétence de se prononcer sur la constitutionnalité des accords internationaux. Ils sont, par conséquent, tenus d'appliquer les traités internationaux par préférence aux dispositions constitutionnelles contraires¹⁰.

§ 2 · LA METHODE D'INTRODUCTION DE LA CONVENTION EN DROIT SUISSE

Nous avons constaté que les administrés étaient immédiatement intéressés à l'application de la Convention et que celle-ci, dans son ensemble, selon l'intention des auteurs, le contenu de ses dispositions et la forme de celles-ci, était susceptible d'application immédiate¹¹ ; la Convention n'a pas besoin d'être complétée par des dispositions internes.

En droit suisse, les traités de cette espèce ne doivent pas être transformés en actes législatifs pour être valables au regard du droit interne. C'est l'avis de la doctrine¹².

C'est aussi l'avis du Tribunal fédéral qui, dans une décision récente, l'arrêt Rossier¹³, s'exprime en ces termes : « Lorsqu'il s'agit d'un traité conclu par la Confédération et qui crée des règles de droit, il devient, à ce moment aussi, obligatoire de plein droit pour les autorités et les citoyens, pourvu qu'il soit directement applicable. Il s'incorpore en même temps au droit fédéral ; point n'est besoin, à cet effet, de lui donner la forme d'une loi fédérale. » C'est la pratique constante du Tribunal fédéral, à l'exception d'un arrêt Lepeschkin¹⁴ où les juges se sont inspirés de la doctrine dualiste pour examiner la validité d'un traité en droit interne.

Le Département fédéral de justice et police a également écarté la théorie dualiste de la transformation du droit international en droit suisse¹⁵.

Ajoutons que la force obligatoire d'un traité immédiatement applicable aux personnes physiques et morales en Suisse dépend encore de

⁹ SUSTERHENN, *op. cit.*, p. 310 ; BUERGENTHAL, *Nouvel examen*, p. 93 ; VASAK, *op. cit.*, p. 243.

¹⁰ LARDY, *op. cit.*, p. 176.

¹¹ Voir *supra*, pp. 122 et ss.

¹² Voir AUBERT, *Autorité*, p. 276 et les auteurs cités.

¹³ ATF 88 I 86, spéc., p. 91.

¹⁴ Voir *infra*, pp. 137 et ss.

¹⁵ JAAC, 1956, N° 1, pp. 9 et ss.

sa publication dans le Recueil officiel des lois de la Confédération ¹⁶.

On peut donc conclure que l'ordre juridique suisse considérera le texte de la Convention comme partie intégrante de son droit interne.

Il semblerait que, puisqu'un traité garde en Suisse son caractère de règle de droit international, il l'emporterait par là même, en cas de conflit, sur toute législation interne. En fait, on ne peut tirer péremptoirement cette conséquence logique. Il n'est pas possible de dire à l'heure actuelle, que l'ordre juridique suisse reconnaît, d'une manière absolue, la primauté du droit international conventionnel, ainsi que nous allons le voir.

§ 3 : LE RANG DE LA CONVENTION PAR RAPPORT AUX DIFFÉRENTS DROITS CANTONAUX

La Suisse est un Etat fédératif : un traité prévaut-il sur le droit des Etats fédérés ? Nous avons vu dans l'arrêt Rossier ¹⁷ qu'un traité immédiatement applicable en droit suisse s'incorpore au droit fédéral. Il s'ensuit que la Convention s'appliquera sur tous les territoires cantonaux et qu'en vertu du principe : « le droit fédéral prime le droit cantonal », la Convention l'emportera sur toutes les législations cantonales, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à l'entrée en vigueur de la Convention pour la Suisse. L'adage : *lex posterior derogat priori* est donc ici inapplicable.

§ 4 : LE RANG DE LA CONVENTION PAR RAPPORT AU DROIT FÉDÉRAL

a) Les rapports entre la Convention et les lois fédérales

C'est à la récente étude systématique de M. Lardy que nous nous référerons pour étudier la question délicate des rapports entre les traités et les lois fédérales ¹⁸. Il nous suffira de reprendre ici les conclusions de cet auteur et de les appliquer au cas particulier de la Convention.

Il est tout d'abord possible d'affirmer que la Convention primerait toutes les dispositions internes de rang inférieur aux lois fédérales qu'elles soient antérieures ou postérieures en date ¹⁹.

La doctrine suisse ne conteste pas non plus qu'un traité international régulièrement conclu et publié prime toutes dispositions contraires d'une loi fédérale antérieure. Il en serait de même pour la Convention.

Par contre, une controverse surgit, lorsqu'une loi fédérale est postérieure au traité et qu'elle entre en conflit avec les dispositions internationales. En effet, la Constitution fédérale ne tranche pas la question des rapports entre les traités et les lois fédérales. On a voulu tirer

¹⁶ Loi fédérale relative à la force obligatoire du Recueil systématique des lois et ordonnances de 1848 à 1947 et à la nouvelle série du Recueil des lois du 12 mars 1948 (art. 4, lit. e), RO 1949, p. 1627.

¹⁷ Voir *supra*, p. 136.

¹⁸ LARDY, *op. cit.*, spéc., pp. 204 et ss.

¹⁹ LARDY, *op. cit.*, p. 203.

de l'article 113, alinéa 3 de la Constitution fédérale l'idée qu'il y a équivalence, en Suisse, entre les traités internationaux et les lois fédérales. Mais cette disposition ne tranche pas la question : elle n'a pour objet que d'empêcher le Tribunal fédéral d'apprécier la constitutionnalité des traités internationaux comme des lois fédérales²⁰.

C'est donc à la jurisprudence, en particulier à celle du Tribunal fédéral, qu'il faut se référer pour savoir si le droit positif suisse reconnaîtrait la primauté de la Convention sur le droit interne²¹. A ce propos, nous retiendrons deux arrêts qui sont à l'origine de la controverse.

En 1933, dans un arrêt Steenworden²², le Tribunal fédéral a rejeté le principe de la primauté des traités internationaux sur le droit interne, en assimilant les traités aux lois fédérales ; il en a tiré la conséquence qu'une loi fédérale postérieure pouvait déroger à un traité, alors que dans sa jurisprudence antérieure, il avait toujours reconnu la primauté des traités. La jurisprudence inaugurée dans l'arrêt Steenworden, qui, depuis, n'a pas été renversée, permet de dire à M. Lardy et à une partie de la doctrine « qu'en droit suisse les traités ont force de loi fédérale, ni plus ni moins »²³.

Le Tribunal fédéral tiendrait-il le même raisonnement, si d'aventure il devait trancher un conflit entre la Convention et une loi fédérale postérieure à son entrée en vigueur ? Il nous est permis d'en douter pour la raison suivante :

L'arrêt Steenworden s'appuie sur un arrêt antérieur, l'arrêt Lepeschkin²⁴, dans lequel le Tribunal fédéral avait défendu la théorie de la transformation des traités internationaux en droit interne : pour faire partie de l'ordre juridique suisse, les traités devraient y être introduits au moyen d'un acte juridique de l'organe compétent. Ainsi l'approbation d'une convention internationale par l'Assemblée fédérale aurait une double portée : accepter le traité sur le plan international et donner force de loi au traité en droit interne. Dès lors, il était loisible au Tribunal fédéral de tirer la conclusion que les normes du traité ainsi ratifié déployaient en Suisse *des effets pareils à ceux d'une loi interne*. De là à dire qu'il y a équivalence entre un traité et une loi fédérale, il n'y avait qu'un pas que le Tribunal fédéral a franchi un peu plus tard dans l'arrêt Steenworden.

M. Lardy estime que la référence de l'arrêt Steenworden à l'arrêt Lepeschkin est surprenante parce que dans ce dernier arrêt, le Tribunal fédéral « n'énonçait nullement le principe de la concurrence des normes »²⁵. Certes, mais l'arrêt Lepeschkin constatait, par contre, que les traités étaient *transformés* en une loi interne. Ce qui est plutôt surprenant, à notre avis, c'est que l'arrêt Steenworden, tout en écartant

²⁰ LARDY, *op. cit.*, pp. 204 et ss.

²¹ Voir un exposé systématique de la jurisprudence du Tribunal fédéral, in LARDY, *op. cit.*, pp. 210 et ss.

²² ATF 59 II 331.

²³ *Op. cit.*, p. 243.

²⁴ ATF 49 I 188, traduction française *JdT*, 1923, p. 582.

²⁵ *Op. cit.*, p. 216.

la théorie dualiste de la transformation défendue dans l'arrêt Lepeschkin, en applique les conséquences en assimilant un traité à une loi fédérale.

Nous croyons, au contraire, que si le Tribunal fédéral avait rejeté dans son ensemble la théorie de la transformation des traités en droit interne, il serait revenu dans l'arrêt Steenworden à sa jurisprudence traditionnelle de la primauté des traités sur l'ordre juridique suisse.

Cette jurisprudence est si chancelante que nous avons peine à croire qu'en cas de conflit entre la Convention et une loi fédérale postérieure à son entrée en vigueur, le Tribunal fédéral préférerait la disposition interne au traité. Mais en l'état actuel de la jurisprudence du Tribunal fédéral, il n'est pas non plus possible d'affirmer avec certitude que le droit suisse reconnaît la primauté de la Convention.

Mais il convient de signaler que le Tribunal fédéral ne constaterait un conflit entre la Convention et le droit interne qu'en dernière extrémité ; selon sa pratique constante, il s'efforce, au préalable, de concilier les dispositions internes et les traités. « A cet égard, il est admis qu'il faut présumer que le législateur fédéral n'a pas l'intention, en élaborant une loi, de déroger à un traité en vigueur. ²⁶ »

b) Les révisions de la Constitution fédérale et la Convention

Nous avons fait allusion aux circonstances dans lesquelles le pouvoir constituant pourrait se prononcer sur une éventuelle adhésion de la Suisse à la Convention ²⁷.

A supposer que la Convention soit maintenant entrée en vigueur sur le territoire suisse, on peut se demander si le pouvoir constituant, par le biais d'une révision de la Constitution fédérale, pourrait déroger au traité.

Pour répondre à cette question, il faut se demander s'il existe des limites dites hétéronomes postulées par le droit des gens ²⁸ et des limites dites autonomes fixées par le droit interne ²⁹ à une révision de la Constitution fédérale.

1. La Convention imposerait-elle des limites à la révision de la Constitution fédérale ? En d'autres termes, les organes de contrôle internationaux pourraient-ils déclarer illicite une révision de la Constitution fédérale qui porterait atteinte aux droits garantis par la Convention ?

Comme nous le verrons par la suite ³⁰, ni la Cour, ni le Comité des ministres n'ont le pouvoir de modifier une décision interne. Leurs compétences se limitent à la constatation d'une violation de la Convention par l'Etat mis en cause et à s'assurer que la violation a été réparée. Ainsi seuls les effets d'une révision de la Constitution fédérale contraire à la Convention seraient soumis à la sanction des organes internationaux. Quant au contenu de la règle constitutionnelle qui dérogerait à

²⁶ LARDY, *op. cit.*, p. 243.

²⁷ Voir *supra*, pp. 132 et ss.

²⁸ LARDY, *op. cit.*, p. 234.

²⁹ LARDY, *op. cit.*, p. 235.

³⁰ Voir *infra*, pp. 161 et ss.

la Convention, il échappe à la censure internationale. La Convention n'imposerait donc aucune limite à la révision de la Constitution fédérale.

2. Le droit interne prévoit-il des limites autonomes interdisant notamment de réviser la Constitution fédérale en violation du droit international ? La question est controversée³¹. Jusqu'à ce jour, aucune demande de révision de la Constitution fédérale n'a été déclarée nulle parce qu'elle était incompatible avec une obligation internationale contractée par la Suisse, mais il est aussi vrai que le pouvoir constituant n'a jamais accepté une demande de révision qui dérogeait à un traité³². Alors que nous contestons la jurisprudence du Tribunal fédéral qui assimile les traités internationaux aux lois fédérales, nous devons admettre que le pouvoir constituant aurait le droit de modifier la Constitution fédérale de telle manière qu'une disposition de la Convention perdrait sa force juridique en droit interne.

On ne peut empêcher le souverain, instance ultime d'un régime démocratique, de prendre les décisions qu'il estime justifiées. C'est un risque inhérent à toute démocratie. Nous ne voyons, dès lors, aucune barrière interne qui permettrait à une autorité d'écarter une initiative constitutionnelle et nous devons admettre qu'une règle constitutionnelle postérieure à l'entrée en vigueur de la Convention sur le territoire suisse l'emporterait si elle était contraire à ce traité.

³¹ Voir LARDY, *op. cit.*, pp. 235 et ss.

³² Voir LARDY, *op. cit.*, p. 244.

TROISIÈME PARTIE

Le contrôle national et international de l'application de la Convention

Le contrôle de l'application de la Convention est de deux ordres, national et international ; il incombe d'abord aux autorités internes de redresser les violations de la Convention. L'article 13 Conv. dit que « toute personne dont les droits et libertés reconnus... ont été violés, a droit à l'octroi d'un recours effectif devant une instance nationale... ». Nous savons que la jurisprudence de la Commission a considérablement réduit la portée de cette disposition¹. Il n'en reste pas moins que cet article nous invite à nous demander si un Etat contractant peut, à l'aide de ses organes internes, assurer déjà le contrôle de l'application de la Convention, et dans l'affirmative comment ce contrôle peut s'exercer.

Dans le cas particulier de la Suisse, nous savons que la Convention serait incorporée à notre législation interne. Nous nous demanderons maintenant quels seraient les organes internes compétents pour apprécier une éventuelle violation de la Convention. Puis nous examinerons comment, en cas de carence du contrôle interne, s'exerce le contrôle international de l'application de la Convention.

SECTION PREMIÈRE

Le contrôle national de la Convention

La loi fédérale d'organisation judiciaire accorde à la Chambre de droit public du Tribunal fédéral certaines compétences pour contrôler l'application des traités internationaux.

Nous nous demanderons tout d'abord dans quelle mesure le justiciable pourrait invoquer une violation de la Convention devant cette juridiction et si, éventuellement, d'autres organes internes seraient aussi compétents pour apprécier ses griefs. Cette question ainsi posée nous amènera à constater que les juridictions devant lesquelles la Convention pourrait être invoquée dépendent du rang que l'ordre juridique suisse

¹ Voir *supra*, pp. 85 et ss.

accordera au traité. C'est également de cette place de la Convention dans la hiérarchie des règles internes que dépendra la question de savoir quels recours internes le justiciable devrait épuiser s'il désire faire intervenir les organes de contrôle internationaux.

CHAPITRE PREMIER

Les attributions du Tribunal fédéral en matière de traités internationaux

§ 1: LE RECOURS DE DROIT PUBLIC AU TRIBUNAL FÉDÉRAL POUR VIOLATION DE TRAITÉS INTERNATIONAUX

Les recours internes disponibles en Suisse sont ceux qui permettent de s'adresser au Tribunal fédéral en matière de droit public (art. 83 et ss, OJ).

Selon l'article 84, alinéa 1, litt. a OJ, le citoyen dispose d'un recours de droit public au Tribunal fédéral contre une décision ou un arrêté cantonal pour violation de ses droits constitutionnels. Ce recours est donc limité à l'encontre d'un acte de la puissance publique d'un canton ; les décisions qui émanent de la Confédération sont soustraites à la juridiction fédérale. D'autre part, en vertu de l'article 113, alinéa 3 de la Constitution fédérale, il est interdit au Tribunal fédéral de revoir la constitutionnalité des lois fédérales, des arrêtés fédéraux de portée générale ainsi que des traités.

Parallèlement à cette voie de recours pour violation des droits constitutionnels, le citoyen peut s'adresser au Tribunal fédéral pour violation des traités internationaux (art. 84, al. 1, litt. c OJ). Ce recours est également limité à l'examen d'une décision ou d'un arrêté cantonal. Par contre, puisque le Tribunal fédéral doit appliquer les traités, en vertu de l'article 113, alinéa 3 de la Constitution fédérale, c'est l'ensemble de la législation, fédérale aussi bien que cantonale, qui peut être confrontée au traité international ; la limitation ne porte que sur l'acte attaqué.

Dans le cadre particulier de la Convention, on peut donc affirmer, à titre de première conclusion, qu'il existe en droit suisse une voie de recours interne, au sens de l'article 13 Conv., celle du recours de droit public au Tribunal fédéral, ce recours étant limité, cependant, aux décisions et arrêtés émanant des cantons.

Le législateur a toutefois exclu la voie du recours de droit public pour certaines dispositions spécifiques des traités. Ainsi le recours de droit public au Tribunal fédéral n'est pas recevable pour les dispositions des traités relatives au droit civil ou au droit pénal (art. 84, al. 1, litt. c

OJ). La voie de recours générale cède le pas aux voies de recours spécifiques, en l'espèce, le recours en réforme (art. 43 et ss, OJ) et le recours en nullité (art. 68 et ss, OJ) pour le droit privé et le pourvoi en nullité (art. 268 PPF) pour le droit pénal.

Cette règle de procédure nous invite à chercher si la Convention contient des règles de droit civil et de droit pénal.

S'agissant des règles de droit civil, nous avons vu que l'article 6 Conv. concernait, en particulier, la procédure et l'organisation judiciaire civile¹. Le Tribunal fédéral a toutefois décidé que les traités qui contiennent des dispositions relatives à la procédure civile relèvent du droit public et qu'il est compétent pour connaître des griefs concernant de telles dispositions par la voie du recours de droit public². La Convention ne pourrait pas, dès lors, être invoquée devant le Tribunal fédéral en sa qualité de juridiction de réforme ou de juridiction de recours en nullité.

La Convention contient-elle des dispositions de droit pénal? Les articles 5 et 6 Conv. ont trait à la procédure pénale, auxquels s'ajoute l'article 7 Conv. qui garantit le principe de la légalité des délits et des peines. En l'espèce, le droit international est assimilé au droit pénal fédéral; le pourvoi en nullité prévu à l'article 269, al. 1 PPF est recevable³. C'est donc la Cour de cassation du Tribunal fédéral qui serait compétente pour apprécier en tous cas une violation des articles 5, 6 et 7 Conv.

§ 2: LA SUBSIDIARITE DU RECOURS DE DROIT PUBLIC AU TRIBUNAL FEDERAL POUR VIOLATION DES TRAITES INTERNATIONAUX

Alors que la lettre c, de l'article 84, alinéa 1, OJ, précise qu'une violation des dispositions de droit civil et de droit pénal d'un traité par une autorité cantonale ne peut pas faire l'objet d'un recours de droit public, l'alinéa 2, de l'article 84, OJ, sans s'attacher à la nature juridique des dispositions d'un traité, prévoit d'une manière générale que ce recours de droit public est subsidiaire: «...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».

Cette règle de la subsidiarité nous invite à examiner si la législation interne ne fixe pas expressément une autre voie de recours en matière de traités internationaux; c'est le cas, par exemple, pour l'article 125, alinéa 1, litt. c, OJ⁴: C'est au Conseil fédéral qu'il faut adresser un recours contre les arrêtés et décisions cantonaux pour violation « des

¹ Voir *supra*, pp. 36 et ss.

² ATF 78 I 352; 81 II 79, traduction française, JdT 1955, p. 604.

³ ATF 82 I 167; 90 IV 50, traduction française, JdT 1964, p. 59.

⁴ Cette disposition est reprise à l'article 68 du projet de loi fédérale sur la procédure administrative, FF 1965, II, pp. 1412 et ss.

dispositions des traités internationaux qui concernent les relations commerciales et douanières, les patentes, la libre circulation et l'établissement ».

De nouveau, il faut chercher dans la Convention les dispositions dont l'application pourrait entrer dans la compétence du Conseil fédéral ; ainsi l'examen d'une violation des articles 2, P. N° 4 (liberté d'établissement), 3, P. N° 4 (expulsion des nationaux), 4, P. N° 4 (expulsion collective d'étrangers) par une autorité cantonale serait de la compétence exclusive du Conseil fédéral.

Mises à part ces voies de recours qui font mention des traités internationaux, il existe cependant d'autres voies de recours en Suisse qui ne concernent pas spécialement la violation des traités internationaux ; ces voies de recours doivent-elles être préférées au recours de droit public de l'article 84, alinéa 1, OJ, sous peine d'irrecevabilité ? En d'autres termes, puisque le recours de droit public au Tribunal fédéral est subsidiaire, faudrait-il et pourrait-on invoquer la Convention devant d'autres juridictions, par exemple, par la voie d'un pourvoi en nullité pénale, d'un recours en matière de poursuite pour dettes et de faillite, d'un recours au Tribunal fédéral des assurances, d'un recours dans le cadre de l'administration ?

Le Tribunal fédéral a admis que l'on pouvait invoquer dans un recours de droit administratif, le droit fédéral et également les droits constitutionnels du citoyen, sous réserve toujours de l'article 113, alinéa 3 de la Constitution fédérale⁵. Ainsi un moyen tiré d'une liberté constitutionnelle n'est pas l'apanage exclusif d'un recours de droit public. Il semble dès lors, que l'on pourrait également invoquer les dispositions de la Convention devant d'autres autorités judiciaires et administratives, pour autant que ces autorités statuent sur des litiges qui relèvent du droit public.

En fait, la solution de ce problème dépend de la question préalable du rang que la Suisse accordera à la Convention dans son droit interne.

CHAPITRE II

L'étendue du contrôle de la Convention en droit interne

§ 1 : LES VOIES DE RECOURS INTERNES OFFERTES AU JUSTICIABLE DANS L'ÉVENTUALITÉ OU LA CONVENTION AURAIT LE RANG D'UNE LOI CONSTITUTIONNELLE

M. Kaufmann n'admet pas volontiers que la Convention puisse être considérée en Suisse comme un traité ordinaire ; pour lui, les dispositions de la Convention, comme nous l'avons déjà indiqué en étudiant

⁵ ATF 88 I 303, spéc., pp. 307 et ss.

le contenu de l'article 13 Conv.¹, ont le rang de règles constitutionnelles.

De cette assimilation des libertés garanties par la Convention aux libertés garanties par la Constitution fédérale, on peut tirer la conséquence que le justiciable aura à sa disposition une liste supplémentaire de droits individuels qui sont, pour la plupart, déjà contenus dans la Constitution fédérale sous une forme différente, soit expressément, soit tacitement.

Ainsi, le contrôle actuel de la violation des droits constitutionnels s'appliquera sans autre aux droits et libertés garantis par la Convention. Le contrôle national de l'application de la Convention serait très limité. En vertu de l'article 113, alinéa 3 de la Constitution fédérale, aucune autorité judiciaire et administrative en Suisse ne pourrait confronter une loi fédérale, un arrêté fédéral de portée générale ou un traité international aux garanties proclamées dans la Convention. D'autre part, selon l'article 84, alinéa 1, OJ, un recours de droit public au Tribunal fédéral fondé sur une disposition de la Convention ne serait recevable que contre une décision ou un arrêté cantonal.

La subsidiarité du recours, telle qu'elle est prévue à l'article 84, alinéa 2, OJ, nous paraît donc avoir peu de portée ; chaque fois que l'autorité saisie devra appliquer le droit fédéral, au sens de l'article 113, alinéa 3 de la Constitution fédérale, il serait inutile d'invoquer la Convention.

Ajoutons que si on assimile la Convention à la Constitution fédérale, celle-ci perd sa qualité de traité international ; dès lors, le recours prévu à l'article 84, alinéa 1, litt. c, OJ, pour violation des traités internationaux ne s'applique pas. Ainsi notre thèse selon laquelle, par exemple, les dispositions de droit pénal de la Convention ne peuvent faire l'objet que d'un recours à la Cour de cassation pénale du Tribunal fédéral serait mal fondée, puisque ces règles d'un caractère pénal auraient la nature de règles constitutionnelles.

En résumé, si l'on suivait la thèse favorable au rang constitutionnel de la Convention, nous pouvons affirmer que le contrôle national de l'application de la Convention serait semblable au contrôle actuel de la violation des droits constitutionnels ^{1b1a}.

§ 2 : LES VOIES DE RECOURS INTERNES OFFERTES AU JUSTICIAIRE DANS L'ÉVENTUALITÉ OU LA CONVENTION GARDERAIT SA CARACTÉRISTIQUE DE TRAITÉ INTERNATIONAL

Nous soutenons, au contraire, que la Convention gardera en droit suisse son caractère de traité². L'article 113, alinéa 3 de la Constitution fédérale a ainsi une portée très réduite : interdire à l'autorité judiciaire et administrative le contrôle de la constitutionnalité de la

¹ Voir *supra*, pp. 88 et ss.

^{1b1a} Le Conseil fédéral paraît être de cet avis : Rapport, pp. 1085 et ss.

² Voir *supra*, pp. 136 et ss.

Convention. Les organes judiciaires devront appliquer la Convention au même titre que les lois internes. La seule incertitude qui subsiste est de savoir si le traité prime, de manière absolue, le droit interne³.

Le contrôle de l'application de la Convention en Suisse ne serait plus réduit à un contrôle analogue à celui de la violation des droits constitutionnels. Ce n'est pas seulement le Tribunal fédéral, juridiction de droit public, qui pourrait redresser une violation de la Convention, mais toutes les autorités judiciaires et administratives, aussi bien une Chambre du Tribunal fédéral qu'une commission de recours, à la condition que ces autorités soient compétentes pour trancher un litige entre le particulier et la puissance publique.

Il est vrai que notre conclusion entraînerait un certain bouleversement des pratiques judiciaires et administratives. En effet, si l'on admet que le contrôle de l'application de la Convention puisse être la tâche de plusieurs organes, on constate que par le biais d'un traité, on arrive pratiquement à un contrôle de la constitutionnalité du droit interne, dans son ensemble, toutes les fois que la Convention et la Constitution fédérale garantissent les mêmes droits et libertés. De plus, ce contrôle s'exercera aussi contre les actes fédéraux, et non plus seulement contre les actes cantonaux. Il nous est impossible de dire quelle serait l'attitude des autorités face à des règles internationales qui ressemblent comme deux gouttes d'eau à des règles constitutionnelles.

L'article 84, alinéa 2 OJ aurait, dans le cadre de la Convention, une très grande portée, puisque le justiciable pourrait faire valoir les dispositions de la Convention devant toutes les juridictions fédérales et cantonales compétentes en matière de droit public. Cette conclusion s'impose, non pas en raison de la nature du traité qui cherche à protéger l'individu contre la puissance publique, mais à cause du système adopté en Suisse pour incorporer les traités en droit interne.

§ 3 : LES VOIES DE RECOURS INTERNES QUE LE JUSTICIABLE DEVRAIT ÉPUISER S'IL DESIRE METTRE EN ŒUVRE LE CONTRÔLE INTERNATIONAL DE L'APPLICATION DE LA CONVENTION

C'est à l'Etat contractant qu'il incombe en premier lieu d'assurer le respect des droits garantis⁴. « Le contrôle international de l'application de la Convention ne sera mis en mouvement qu'en cas de carence du contrôle interne.⁵ »

Dans les paragraphes 1 et 2 du présent chapitre nous avons tenté de déterminer quels seraient les organes en Suisse devant lesquels un justiciable *pourrait* se plaindre d'une violation de la Convention.

Mais si ce justiciable entend, dans l'éventualité où les organes internes ne lui donneraient pas satisfaction, mettre en œuvre le contrôle

³ Voir *supra*, p. 139.

⁴ Req. N° 343/57 (NIELSEN), Ann. II, p. 413, spéc., p. 439; Req. N° 712/60 (RETIMAG), Ann. IV, p. 385, spéc., p. 401.

⁵ PINTO, *op. cit.*, p. 147.

international, il *devra* au préalable — c'est une obligation que lui impose l'article 26 Conv. — s'adresser à toutes les juridictions internes capables de redresser une violation de la Convention.

L'article 26 Conv. nous dit en effet que « la Commission ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes du droit international généralement reconnus et dans le délai de six mois, à partir de la date de la décision interne définitive ». Le contrôle national de l'application de la Convention ne se limite donc pas aux seules juridictions devant lesquelles les règles de la Convention peuvent être invoquées ; d'autres organes internes sont éventuellement susceptibles de protéger les droits garantis dans le traité.

Mais pour savoir quelles instances nationales peuvent redresser une violation de la Convention, il faut distinguer entre deux éventualités :

a) La première a trait au cas où le droit national assure déjà, par une disposition interne équivalente, la protection des droits garantis par la Convention ; sont capables de redresser une violation de la Convention toutes les autorités nationales compétentes pour appliquer la règle interne équivalente. Peu importe que la Convention puisse être invoquée ou non devant l'autorité interne. L'application correcte de la règle interne équivaut à l'application correcte de la Convention. Ceci est particulièrement important pour les pays dans lesquels la Convention ne fait pas partie de la législation interne⁶ ou lorsque la Convention, bien qu'elle soit incorporée au droit interne, ne peut pas être invoquée devant une juridiction⁷.

b) Par contre, lorsque le justiciable prétend que l'Etat viole la Convention en appliquant une disposition interne contraire à la Convention, il devra soumettre ses griefs devant les seules juridictions nationales compétentes pour apprécier la conformité du droit interne à la Convention, en d'autres termes, s'adresser aux juridictions internes devant lesquelles la Convention peut être invoquée. Il va de soi que dans un Etat contractant où la Convention ne fait pas partie de la législation interne, le justiciable n'aura, s'il conteste la validité d'une loi nationale au regard du traité, aucun recours interne à sa disposition.

Faut-il aussi distinguer ces deux éventualités pour déterminer quels organes en Suisse seraient compétents pour redresser une violation de la Convention ?

1. Si l'on défend la thèse de l'assimilation de la Convention au droit constitutionnel fédéral, les organes internes auxquels le justiciable devra

⁶ Voir par exemple Req. N° 332/57 (LAWLESS), Ann. II, p. 309, spéc., p. 319.

⁷ Ainsi la Convention ne peut pas être invoquée devant la Cour constitutionnelle fédérale allemande (Voir la décision de principe in « Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts », vol. 10, p. 271, spéc., p. 274, traduction française Ann. III, p. 629, spéc., p. 633). Mais si la loi fondamentale allemande, qui permet d'adresser des recours à la Cour constitutionnelle, contient des dispositions équivalentes à celles proclamées dans la Convention, le justiciable devra s'adresser à cette juridiction ; en effet, la Cour constitutionnelle est en mesure, par le biais du droit interne, de redresser une éventuelle violation de la Convention (Voir entre autres Req. N° 1475/62, Rec. 11, p. 47 ; Req. N° 2201/64, Rec. 16, p. 72 ; Req. N° 2185/64, Rec. 17, p. 18).

s'adresser avant de mettre en mouvement le contrôle international dépend de la nature de ses griefs :

a) Le justiciable peut se plaindre de la fausse application d'une loi interne dont le contenu n'entre pas en conflit avec le traité. Dans ce cas, l'article 26 Conv. imposera au justiciable de s'adresser aux organes internes capables de corriger l'application de la loi interne, même si la Convention ne peut pas être invoquée devant ces organes.

Il semble, à première vue, qu'il ne s'agisse ici que de l'application du droit interne sur lequel la Convention n'a aucune influence. Cependant, du point de vue international, l'organe interne peut, par le biais d'une disposition interne, assurer déjà la protection des droits garantis par la Convention. C'est pourquoi ces recours internes sont considérés comme efficaces et doivent être épuisés avant la mise en mouvement du contrôle international.

b) Le justiciable peut contester la validité d'une règle interne au regard de la Convention ; ici, le contrôle national serait beaucoup plus restreint. Tout d'abord, si le litige porte sur la validité d'une loi fédérale, d'un arrêté fédéral de portée générale ou d'un traité international, aucune autorité interne ne serait compétente pour trancher cet éventuel conflit, en raison des limites fixées par l'article 113, alinéa 3 de la Constitution fédérale. Dès lors, le justiciable pourrait mettre en œuvre immédiatement le contrôle international.

Quant à la validité des autres dispositions internes, elles ne pourraient être confrontées que dans le cadre d'un recours de droit public au Tribunal fédéral. Selon l'article 84 OJ, ce recours n'est recevable que contre les actes cantonaux ; aucun organe interne ne pourrait trancher un conflit entre la Convention et une disposition interne, lorsque l'acte d'application émane d'une autorité fédérale. La mise en œuvre du contrôle international pourrait être, en l'espèce, aussi immédiate.

2. Nous avons défendu la thèse selon laquelle la Convention pourrait être invoquée en Suisse devant toutes les autorités compétentes pour trancher un litige de droit public⁸. Ainsi les deux éventualités que nous avons signalées au début de ce paragraphe se confondent ; peu importe que le litige ait trait à une fausse application d'une loi interne, elle-même conforme à la Convention, ou à la mise en cause de la validité d'une règle interne au regard de la Convention : l'autorité interne appliquera la règle internationale⁹.

⁸ Voir *supra*, pp. 145 et ss.

⁹ Toutefois une réserve s'impose dans le cas où la règle interne serait postérieure à l'entrée en vigueur de la Convention, la doctrine et la jurisprudence ne reconnaissant pas unanimement la primauté des traités sur le droit interne.

SECTION II

Le contrôle international de la Convention

S'il incombe en premier lieu aux Etats contractants d'assurer sur leur territoire l'application de la Convention, il peut arriver que ces Etats ne respectent pas leurs engagements internationaux. C'est pourquoi la Convention prévoit un contrôle international destiné à réparer tout manquement à ses dispositions.

Le contrôle international appartient à trois organes et nous ne donnons ici qu'un aperçu de leur fonctionnement : plusieurs études systématiques ont déjà traité de l'organisation et de la procédure internationale¹.

Nous nous attarderons, par contre, davantage sur la question de savoir dans quelle mesure l'application de la Convention par les Etats contractants est soumise à la sanction internationale. Nous répondrons à cette question en fixant les limites du pouvoir de cognition des organes de contrôle, telles qu'elles ressortent de la Convention et de la jurisprudence internationale, et en essayant d'entrevoir quels seraient les effets en droit interne des décisions de la Cour et du Comité des ministres.

CHAPITRE PREMIER

Les organes de contrôle institués par la Convention

§ 1 : LA COMMISSION EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

La Commission est le premier organe indépendant institué par la Convention en vue d'assurer un contrôle international de l'application de la Convention. Elle est composée d'autant de membres qu'il y a de Parties contractantes (art. 20 Conv.).

La mise en œuvre du contrôle international s'opère de deux façons : par une requête étatique ou par une requête individuelle déposée auprès de la Commission.

Lorsqu'un Etat contractant saisit la Commission en déposant une requête dite étatique, il ne fait pas valoir un droit semblable à la protection diplomatique. Selon l'article 24 Conv., « toute Partie Contractante peut saisir la Commission... de tout manquement aux dispositions

¹ Voir notamment les ouvrages de MM. VASAK, GOLSONG, et ROBERTSON, *op. cit.*

de la présente Convention qu'elle croira pouvoir être imputé à une autre Partie Contractante ». Son intervention n'est donc pas limitée à la protection de ses nationaux ou des personnes qui leur sont assimilées. Par exemple l'Autriche s'est adressée à la Commission en imputant à l'Italie une violation de la Convention à l'égard de ressortissants italiens¹. L'Etat intervenant devrait donc agir comme un ministère public. Toutefois avouons que ce rôle est des plus théoriques ; d'un point de vue quantitatif, seules sept requêtes étatiques ont été introduites jusqu'à présent devant la Commission et, d'un point de vue qualitatif, il n'apparaît pas que les Etats intervenant aient agi sans arrière-pensées politiques.

C'est à l'article 25 Conv. qu'il est fait mention des requêtes individuelles ; ont qualité pour agir « ...toute personne physique, toute organisation non gouvernementale ou tout groupe de particuliers, qui se prétend victime d'une violation..., dans le cas où la Haute Partie Contractante mise en cause a déclaré reconnaître la compétence de la Commission dans cette matière ».

La qualité pour agir des individus devant la Commission dépend donc d'une déclaration expresse des Etats contractants : actuellement aucune des personnes visées à l'article 25 Conv. ne peut introduire une requête contre Chypre, l'Italie, la Turquie et la Grèce, Etats qui ont pourtant ratifié la Convention. Or la reconnaissance de la compétence de la Commission en matière de requêtes individuelles est une condition essentielle de l'efficacité de la Convention. Actuellement plus de trois mille cinq cents requêtes individuelles ont été adressées à la Commission.

Selon le principe fondamental de l'article 1 Conv. la nationalité et la résidence du requérant sont sans importance. Comme le dit M. Favre : « Un Espagnol, domicilié en Suisse, pourrait se plaindre devant la Commission de la violation par le Danemark de ses droits patrimoniaux »², bien que ni l'Espagne, ni la Suisse n'aient adhéré à la Convention.

Mais il existe une autre conséquence, plus frappante : une personne peut adresser une requête contre le pays dont elle est ressortissante : un ressortissant suisse pourrait mettre en cause la Confédération. C'est même ce qui arrive le plus fréquemment dans la pratique. En 1965, sur 183 requêtes qui mettaient en cause la République fédérale d'Allemagne, 154 étaient adressées par des ressortissants du pays défendeur³.

Les règles internes sur l'exercice des droits civils ne peuvent empêcher un individu de s'adresser à la Commission. Peu importe que le requérant soit adulte, mineur ou frappé d'interdiction, l'article 25 Conv. ne fait pas de distinction⁴.

Le requérant doit être victime de la violation. « L'article 25 de la Convention vise non seulement la ou les victimes directes de la violation

¹ Req. N° 788/60, Ann. IV, pp 117 et ss.

² FAVRE, « Questions choisies », p. 22.

³ Voir une statistique, in « Ann. VIII », p. 407.

⁴ Req. N° 1527/62, Ann. V, p. 239, spéc., p. 247.

alléguée, mais encore toute victime indirecte à qui cette violation causerait un préjudice ou qui aurait un intérêt personnel valable à obtenir qu'il y soit mis fin.⁵ » Mais la lésion doit être actuelle et concrète⁶. La Commission refuse d'apprécier *in abstracto* la conformité d'une loi interne à la Convention, lorsque le requérant n'est pas la victime de cette loi⁷. La Commission a aussi admis qu'une autre personne peut introduire une requête, lorsque la victime se trouve dans l'impossibilité d'agir⁸.

A ce sujet, des détenus se sont plaints que les autorités pénitentiaires s'étaient immiscées dans leur correspondance avec la Commission, soit en ne transmettant pas leurs requêtes avec diligence⁹, soit en exerçant une censure¹⁰, soit encore, ce qui est pour le moins détestable, en les frappant de peines disciplinaires pour avoir tenu des propos injurieux à l'égard de l'Etat défendeur¹¹.

S'agissant de la transmission de la correspondance à la Commission, il s'agit d'accidents que certains Etats contractants ont évités en prévenant les administrations judiciaires et pénitentiaires que les détenus avaient le droit de s'adresser librement à la Commission¹².

En ce qui concerne la censure, on comprend qu'un Etat défendeur s'inquiète de voir qu'un individu a la faculté de lui adresser des injures qui, de plus, sont publiées *in extenso* dans les considérants en fait de la Commission¹³ ! Si la Commission pense « qu'il serait plus conforme à l'esprit de la Convention que les lettres adressées à son secrétaire ne soient pas d'abord soumises, sans être cachetées, aux autorités pénitentiaires »¹⁴, il faut qu'elle prenne des précautions. Des décisions récentes nous indiquent que la Commission renvoie au requérant les requêtes désobligeantes pour l'Etat mis en cause, en le priant de modifier le texte de sa requête, sinon la Commission rejette celle-ci comme abusive¹⁵. Ces précautions sont suffisantes pour nous permettre d'estimer que la correspondance adressée par un détenu à la Commission ne devrait pas être soumise à la censure des autorités pénitentiaires.

Enfin, bien que les langues officielles de la Commission soient l'anglais et le français, les requérants ont la faculté de rédiger leurs requêtes dans leur langue maternelle¹⁶.

⁵ Req. N° 282/57, Ann. I, p. 164.

⁶ Dans ce sens, GOLSONG, *op. cit.*, p. 57.

⁷ Req. N° 290/57, Ann. III, p. 215 ; Req. N° 867/60, Ann. IV, p. 271.

⁸ Req. N° 282/57, Ann. I, p. 164 ; il va de soi qu'une requête peut être adressée par l'intermédiaire d'un mandataire : Req. N° 742/60, Ann. IV, p. 297.

⁹ Req. N° 1289/61, Rec. 9, p. 50.

¹⁰ Req. N° 793/60, Ann. III, p. 444.

¹¹ Req. N° 833/60, Ann. III, p. 429, spéc., p. 443.

¹² Voir VASAK, *op. cit.*, p. 97.

¹³ Voir par exemple Req. N° 833/60, Ann. III, p. 429 ; Req. N° 1593/62, Ann. VII, pp. 163 et ss.

¹⁴ Req. N° 1593/62, Ann. VII, pp. 163 et ss, spéc., p. 167.

¹⁵ Req. N° 2424/65 (RAPAEL), Rec. 20, p. 54 ; Req. N° 2724/66, Rec. 22, p. 89.

¹⁶ Il existe, par exemple, des formulaires de requête imprimés en langue allemande.

Une fois déterminée la qualité pour agir des Etats contractants et des individus, la Commission examine la recevabilité des requêtes : a) règle commune aux requêtes étatiques et individuelles : la Commission ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes (art. 26 Conv.) ; b) règles applicables aux requêtes individuelles seulement : la Commission ne retient pas la requête si elle est anonyme (art. 27, chiffre 1, litt. a), si elle est essentiellement la même qu'une requête précédemment examinée par la Commission ou si elle a déjà été soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement et, enfin, si elle ne contient pas de faits nouveaux (art. 27, chiffre 1, litt. b).

A ces règles de procédure qui fixent les conditions de recevabilité s'en ajoute une autre d'un intérêt évident : « La Commission déclare irrecevable toute requête (individuelle) ..., lorsqu'elle estime la requête incompatible avec les dispositions de la présente Convention, manifestement mal fondée ou abusive » (art. 27, chiffre 2 Conv.).

« Cette terminologie particulière et cette extension inhabituelle du concept de recevabilité s'expliquent par le souci des Parties contractantes d'opposer un barrage efficace aux plaintes indignes de retenir l'attention de la Commission.¹⁷ » C'est un fait que nombreux sont les quérelants qui s'adressent à la Commission avec d'autant plus de liberté que la procédure est gratuite. Il était nécessaire d'apporter un remède à ces requêtes intempestives dont le mal-fondé tombe sous le sens.

Ce motif inhabituel d'irrecevabilité permet à la Commission de préciser les cas où elle estime qu'il n'y a pas violation de la Convention. Si l'on songe que jusqu'à présent, quatre décisions¹⁸, prononcées par la Cour européenne des droits de l'homme, nous apportent des précisions sur le contenu des droits garantis par la Convention, on comprendra aisément que les décisions de la Commission, fondées sur l'article 27, chiffre 2 Conv., constituent une source jurisprudentielle essentielle, et nous serions tentés de dire, à l'heure actuelle, principale. En d'autres termes, la Cour et le Comité des ministres, organes de dernier ressort pour contrôler l'application de la Convention, ne sont pas les seules sources de la jurisprudence internationale en la matière.

La requête déclarée recevable, la Commission se transforme en juge instructeur ; elle établit les faits, en rassemblant les preuves testimoniales et littérales, et tente de régler le différend à l'amiable (art. 30 Conv.). En cas d'échec, la Commission « rédige un rapport dans lequel elle constate les faits et formule un avis sur le point de savoir si les faits constatés révèlent, de la part de l'Etat intéressé, une violation des obligations qui lui incombent aux termes de la Convention... » (art. 31 Conv.). Ce rapport est transmis au Comité des ministres du Conseil de l'Europe. La fonction proprement juridictionnelle de la Commission s'arrête à ce stade de la procédure. C'est en effet à deux autres organes qu'il appartient de mettre, alternativement, un terme à la procédure

¹⁷ Req. N° 214/56 (DE BECKER). Ann. II, p. 215, spéc., p. 255.

¹⁸ Au 23 juillet 1968, deux affaires étaient pendantes devant la Cour.

de contrôle international : la Cour européenne des droits de l'homme ou le Comité des ministres.

Signalons que la Commission siège à huis clos et que les noms des requérants sont confidentiels. S'ils apparaissent parfois dans la décision de la Commission, c'est que l'affaire a, par exemple, déjà reçu dans la presse une très large publicité.

§ 2 : LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

La Cour est l'un des organes chargés, en dernier ressort, d'interpréter et d'appliquer la Convention¹⁹. Elle est composée d'un nombre de juges égal à celui des pays membres du Conseil de l'Europe, si bien qu'un juge est élu au titre de la Suisse²⁰.

Les deux principales caractéristiques de la Cour sont les suivantes : la juridiction de la Cour n'est obligatoire qu'à l'égard des Etats-parties à la Convention qui l'ont reconnue par une déclaration spéciale (art. 46 Conv.). Les individus, qui ont droit d'accès à la Commission, ne peuvent pas se présenter devant la Cour (art. 44 Conv.).

S'agissant de la clause facultative de juridiction obligatoire, il est intéressant de constater que le nombre des Etats contractants qui en ont fait usage est allé en augmentant et qu'actuellement onze d'entre eux ont reconnu la compétence de la Cour.

Quant à la saisine de la Cour, elle peut être opérée par la Commission, par l'Etat contractant dont la victime est le ressortissant, par celui qui avait saisi la Commission ou par celui qui est mis en cause (Etat défendeur) (art. 48 Conv.).

Sans nous prononcer sur l'opportunité de ce système, il faut admettre qu'il était difficile d'exiger des Etats contractants de consentir à ce que tout individu, pour autant que sa requête ait été déclarée recevable par la Commission, puisse les mettre en cause devant un tribunal international. Ainsi quand l'instruction de la cause par la Commission est terminée, l'individu qui avait déclenché la procédure cesse d'être partie à celle-ci et il ne peut plus être que l'objet d'une procédure ultérieure devant la Cour.

L'ouverture d'une telle procédure dépend tout d'abord des Etats mentionnés à l'article 48 Conv. Mais comme il est notoire que les intérêts d'un Etat et ceux d'un individu ne sont pas identiques, les auteurs de la Convention ont prévu que la Commission pourrait également saisir la Cour.

Après avoir été tribunal, juge instructeur et organe de conciliation, la Commission devient alors partie devant la Cour. Cette nouvelle fonction s'analyse sous deux aspects : quel sera le rôle de la Commission dans le procès et dans quelle mesure l'individu intéressé pourra-t-il faire connaître sa manière de voir ?

¹⁹ Sur le pouvoir de décision de la Cour, voir *infra*, pp. 161 et ss.

²⁰ Actuellement, c'est M. Antoine FAVRE, ancien juge fédéral, qui remplit cette fonction.

A première vue, il paraît que la Commission représente les intérêts du requérant individuel. Mais la Commission a eu l'occasion de préciser sa fonction devant la Cour, lors de l'examen de l'affaire *Lawless*, première cause soumise à la Cour. Tout d'abord par 8 voix contre 6 la Commission a exprimé l'avis que les faits imputés par le requérant à l'Etat défendeur (Irlande) ne constituaient aucune violation de la Convention. Elle a cependant estimé que l'affaire soulevait « des problèmes juridiques d'importance fondamentale pour l'application de la Convention »²¹, et qu'elle devait être soumise à l'appréciation de la Cour. C'est dire, en d'autres termes, que « la Commission n'est pas le porte-parole du requérant »²², qu'elle représente l'intérêt général et ce faisant qu'elle doit présenter aussi bien les arguments de la minorité que ceux de la majorité de ses membres. Cette mission d'intérêt général, la Cour l'a confirmée en déclarant qu'« une fois la Cour saisie d'une affaire, la Commission devient principalement une aide de la Cour et est associée au fonctionnement de celle-ci... »²³.

C'est aussi lors de l'examen de l'affaire *Lawless* que la Commission a précisé quel était, à son avis, le rôle devant la Cour de l'individu qui avait préalablement saisi la Commission ; l'Etat défendeur s'était plaint que la Commission avait transmis son rapport au requérant et qu'elle faisait état des observations de celui-ci devant la Cour. La Commission a opposé à cette objection un argument fondamental, celui de l'égalité des parties²⁴. En effet, le rapport de la Commission, soumis à la Cour, ne fixe pas définitivement les faits de la cause et les arguments de droit. Ce document ne met pas fin à la phase d'instruction du procès. Rien n'empêche l'Etat défendeur, au contraire, d'apporter de nouveaux faits et de nouveaux arguments devant la Cour, si bien que le requérant individuel, s'il n'avait aucun moyen de se faire entendre, serait désavantagé.

La Cour est du même avis ; si seuls les Etats contractants et la Commission ont le droit de saisir la Cour, ainsi que de comparaître devant elle, « la Cour doit avoir notamment égard au devoir lui incombant de sauvegarder les intérêts de l'individu qui ne peut être Partie devant elle ; la procédure organisée devant la Cour, tant par la Convention que par le Règlement de la Cour, est tournée vers des fins qui concernent le requérant ; il est dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice que la Cour puisse connaître et, le cas échéant, prendre en considération le point de vue du requérant ; à cette fin elle dispose : dans tous les cas et en premier lieu, du rapport de la Commission lequel fait nécessairement état, même si elle ne les fait pas siennes, des allégations de fait ou des prétentions de droit du requérant ; en second lieu, des observations écrites ou orales des délégués et conseils

²¹ Exposé de M. C.H. WALDOCK, délégué principal de la Commission, *Affaire Lawless*, in « Publication de la Cour européenne des droits de l'homme », Série B, p. 235.

²² *Op. précité*, p. 262.

²³ Arrêt *Lawless* (Exceptions préliminaires et questions de procédure), Ann. III, pp. 493 et ss, spéc., p. 507.

²⁴ *Op. précité*, note 22, p. 257.

de la Commission qui, en vertu de sa mission d'intérêt général, a le droit, même si elle ne les prend pas à son compte, de faire état devant la Cour, sous sa propre responsabilité, des considérations du requérant en tant qu'élément propre à éclairer celle-ci ; en troisième lieu, la Cour peut encore entendre le requérant en vertu de l'article 38 de son Règlement et elle a encore le droit, à titre de mesure d'instruction, soit d'inviter d'office la Commission, soit d'autoriser celle-ci, sur sa demande, à lui soumettre les observations du requérant concernant le rapport ou toute autre question déterminée ayant surgi au cours des débats... »²⁵.

§ 3 : LE COMITÉ DES MINISTRES

Le Comité des ministres est un organe créé par le Statut du Conseil de l'Europe. Il est composé d'un représentant par Etat, membre du Conseil de l'Europe. Mais il est rare que les ministres des Etats-membres siègent en personne ; c'est pourquoi les fonctions du Comité des ministres sont généralement exercées par des délégués.

Dès qu'il apparut que les Etats-membres du Conseil de l'Europe n'étaient pas à même d'accepter l'insertion dans la Convention d'une disposition portant reconnaissance de la juridiction obligatoire de la Cour, il fallut trouver un organe au sein du Conseil de l'Europe, susceptible de mettre un terme à la procédure de contrôle international de l'application de la Convention dans tous les cas où la Cour n'est pas saisie, et le choix est tombé sur le Comité des ministres²⁶.

C'est l'article 32 Conv. qui fixe le mode de saisine du Comité des ministres : « Si, dans un délai de trois mois à dater de la transmission au Comité des ministres du rapport de la Commission, l'affaire n'est pas déferée à la Cour par application de l'article 48 de la présente Convention, le Comité des ministres ...prend ...une décision... ».

Comme pour la Cour, l'individu qui a saisi la Commission ne peut être partie à la procédure qui se déroule devant le Comité des ministres. On pourrait croire que le Comité des ministres tranchera en dernier ressort le bien-fondé de sa requête, chaque fois que la compétence de la Cour n'a pas été reconnue par l'Etat défendeur. En fait, une affaire Nielsen nous indique le contraire. M. Nielsen a déposé contre le Danemark une requête individuelle déclarée recevable par la Commission²⁷. La Commission a instruit la cause, puis a établi son rapport et donné un avis²⁸. Sans être unanimes sur la motivation de l'avis, les membres de la Commission ont cependant tous déclaré que les faits imputés à l'Etat défendeur ne révélaient aucune violation de la Convention. La

²⁵ Arrêt Lawless (Exceptions préliminaires et questions de procédure), Ann. III, pp. 493 et ss, spéc., pp. 515 et ss.

²⁶ Voir sur la genèse du rôle du Comité des ministres en tant qu'organe de la Convention, VASAK, *op. cit.*, p. 198 ; GOLSONG, *op. cit.*, p. 35 ; sur le pouvoir de décision du Comité des ministres, voir *infra*, pp. 162 et ss.

²⁷ Req. N° 343/57, Ann. II, pp. 413 et ss.

²⁸ Voir des extraits du rapport et de l'avis de la Commission, in « Ann. IV », pp. 495 et ss.

Commission n'ayant pas saisi la Cour, dont la compétence avait pourtant été reconnue par le Danemark, c'est le Comité des ministres qui a tranché en dernier ressort.

Il serait vain de chercher dans la décision du Comité des ministres, prise sous la forme d'une « résolution », les motifs qui l'ont amené à constater qu'il n'y avait aucune violation de la Convention ; le Comité des ministres se réfère simplement à l'avis de la Commission²⁹. L'on ne peut s'empêcher de comparer le texte de cette résolution à celui d'un arrêt de la Cour. Il saute aux yeux que le contrôle exercé par la Cour est beaucoup plus approfondi et que le rôle du Comité des ministres consiste, en fait, à entériner l'avis de la Commission.

Il est manifeste qu'à l'heure actuelle, il existe une inégalité entre les décisions prises par la Cour et celles prises par le Comité des ministres ; il est regrettable que la reconnaissance par un Etat contractant de la compétence de la Cour n'entraîne pas *ipso facto* un contrôle international en dernier ressort par cette juridiction.

CHAPITRE II

Le pouvoir de cognition des organes de contrôle internationaux

Dans quelle mesure les organes internationaux saisis d'une requête contrôleront-ils les décisions nationales ? Pour répondre à cette question, il faut se référer à la jurisprudence des organes de contrôle, principalement à celle de la Commission, qui se rapporte à l'appréciation des erreurs de fait et de droit commises par les juridictions internes et à la théorie de la « marge d'appréciation ».

§ 1 : LES ERREURS DE FAIT ET DE DROIT COMMISES PAR LES JURIDICTIONS INTERNES

Des requérants se sont adressés à la Commission, en se plaignant que des tribunaux de l'Etat mis en cause avaient appliqué à leur égard une loi contraire à la Constitution de cet Etat¹, ou bien s'étaient fondés, pour prendre leur décision, sur une loi interne prétendue inapplicable², ou encore en faisant valoir plus simplement que certaines de leurs décisions étaient entachées d'erreurs de fait ou de droit³.

A toutes ces allégations soumises à son appréciation, la Commission a répondu, à maintes reprises, qu'elle « n'a pas été instituée pour connaître ou redresser, en tant qu'instance supérieure, les erreurs prétendues

²⁹ Voir Résolution (61) 28 du Comité des ministres, in Ann. IV, pp. 591 et ss.

¹ Req. N° 511/59, Ann. III, p. 395.

² Req. N° 2105/64, Rec. 17, p. 31, spéc., p. 35.

³ Req. N° 462/59, Ann. II, p. 382, spéc., p. 385.

de droit ou de fait commises par les tribunaux internes des Parties contractantes, alors que leurs décisions sont rendues dans la plénitude de leur juridiction, mais, selon l'article 19, pour assurer le respect des engagements assumés par les parties en vertu de la Convention ; que la compétence de la Commission ne saurait donc s'exercer que dans les seuls cas où les décisions internes auraient été rendues au mépris des droits fondamentaux protégés par la Convention »⁴. Il s'ensuit donc que l'atteinte, dont un requérant se prétend être la victime, doit affecter l'un ou plusieurs des droits et libertés garantis par la Convention. Ainsi en sera-t-il lorsque la loi interne elle-même constitue une violation de la Convention ou lorsque les autorités internes auront commis une violation de la Convention en appliquant la loi interne⁵.

L'adhésion de la Suisse à la Convention ne permettrait pas aux justiciables, par exemple, d'invoquer l'inconstitutionnalité d'une loi fédérale ; ne serait admissible qu'une argumentation fondée sur la Convention.

Mais si une personne parvient à fonder sa requête sur une ou plusieurs dispositions de la Convention, une distinction s'impose, selon que la ou les règles du traité renvoient ou ne renvoient pas au droit interne.

Ainsi, la jurisprudence des organes internationaux nous apprend, par exemple, que l'organisation judiciaire des Etats contractants doit observer le principe de l'égalité des armes⁶, ou que la Convention proscribit l'internement sans jugement⁷. Lorsqu'une requête allègue que l'Etat défendeur n'a pas respecté ces principes, on peut dire que la Commission, le cas échéant la Cour ou le Comité des ministres, jouit d'une liberté pleine et entière pour apprécier, *in concreto*, le droit et le fait. Il n'est pas téméraire d'affirmer que les organes internationaux ont, en l'espèce, les fonctions d'une Cour d'appel.

Mais qu'en est-il lorsque la Convention renvoie au droit interne ? Tel est le cas de l'article 7 Conv. qui garantit le principe de la légalité des délits et des peines : nous avons déjà signalé que cette disposition de la Convention concernait le domaine bien délimité de l'application du droit pénal⁸. On constatera immédiatement que le problème de l'appréciation des erreurs de fait et de droit commises par les juridictions internes s'analyse sous un jour différent. M. Dupuy, en 1957, mettait avec pertinence le doigt sur le rôle que la Commission devrait jouer dans une telle hypothèse : « Le respect d'une telle disposition n'est point assuré par un contrôle qui, par simple référence aux dates des faits et des textes en cause, veillerait à la non-rétroactivité de la

⁴ Req. N° 94/55, Ann. I, p. 249, spéc., p. 251 ; dans le même sens, entre autres : Req. N° 347/58, Ann. II, p. 407, spéc., p. 413 ; Req. N° 1731/62, Ann. VII, p. 193, spéc., p. 203 ; Req. N° 2516/65, Rec. 20, p. 28, spéc., p. 37 ; Req. N° 2694/65, Rec. 23, p. 94, spéc., p. 96 ; Req. N° 2499/65, Rec. 23, p. 240, spéc., p. 145.

⁵ Req. N° 458/59, Ann. III, p. 223, spéc., p. 233 ; Req. N° 2105/64, Rec. 17, p. 31, spéc., p. 35.

⁶ Voir *supra*, pp. 40 et ss.

⁷ Voir *supra*, pp. 25 et ss.

⁸ Voir *supra*, pp. 63 et ss.

loi pénale. Il resterait, une fois reconnue la qualification légale d'une infraction au moment où se sont produits certains faits, à se demander si eux-mêmes, tels qu'ils ont été constatés par le juge national, sont constitutifs de l'infraction. Même si la Commission entendait ainsi, par égard pour le tribunal interne, ne pas contester la matérialité des faits, elle devrait pouvoir, en tant qu'organe conventionnel, vérifier l'application de la Convention en faisant un raisonnement analogue à celui du juge de cassation.⁹ »

Ce problème a été tranché par la Commission dans une affaire où les faits étaient en substance les suivants : un propriétaire d'un immeuble locatif est condamné à une peine d'amende pour des infractions à une loi allemande sur le contrôle des loyers. Il prétend que la condamnation repose sur une loi qui a cessé d'être en vigueur à la suite d'un nouveau règlement légal, ce que l'Etat mis en cause conteste. Le propriétaire s'adresse à la Commission en fondant sa requête sur l'article 7 Conv.

La Commission n'a pas contesté en l'espèce que dans les matières où la Convention renvoie au droit interne, la violation éventuelle du droit interne entraîne la méconnaissance de la Convention, de sorte que la Commission peut et doit le constater. Mais la Commission souligne, cependant, « qu'il incombe au premier chef au juge national d'interpréter la législation des Etats contractants, même dans les domaines où la Convention « s'approprie » les normes de cette législation ; qu'à cet égard, la Commission ne joue qu'un rôle de supervision, ainsi qu'il ressort à l'évidence de toute l'économie de la Convention et, singulièrement, de l'article 26 ; qu'il lui faut s'acquitter de cette tâche avec prudence, d'autant qu'elle se trouve parfois mal placée, par la force des choses, pour trancher des questions délicates qui surgissent fréquemment dans l'ordre juridique interne (...) ». La Commission ne « pourrait déclarer recevable le grief dont il s'agit que si les éléments fournis par X. suffisaient à rendre plausible, *prima facie*, l'hypothèse d'une violation de l'article 7 ; (...) le requérant n'a pas réussi à apporter un tel commencement de preuve car ses arguments, sans manquer de valeur, se heurtent à ceux, au moins aussi solides, de la Partie défenderesse »¹⁰.

Nous comprenons les hésitations que la Commission éprouve face aux possibilités d'investigation en droit interne que lui accorde la Convention à certaines occasions. Au stade actuel du système de contrôle international inauguré par la Convention, les organes internationaux doivent exercer leur fonction avec prudence, voire avec discrétion, pour ne pas blesser les susceptibilités nationales.

Mais dans cette décision, la Commission laissait entendre que si le requérant apportait, à l'appui de son argumentation, des faits clairs et nets, elle approfondirait son examen. Une décision ultérieure qui

⁹ René-Jean DUPUY, *La Commission européenne des droits de l'homme*, in « A.F.D.I. », 1957, pp. 449 et ss, spéc., p. 462.

¹⁰ Req. N° 1169/61, Ann. VI, p. 521, spéc., pp. 589 et ss.

concernait également l'application de l'article 7 Conv., nous incite à croire le contraire : il s'agissait, en l'espèce, de savoir si les éléments constitutifs d'une infraction étaient remplis ; insistant une fois de plus sur son rôle de supervision, la Commission s'est bornée, sans s'attarder sur les états de preuve du requérant, à constater qu'en interprétant les dispositions internes incriminées, les tribunaux n'avaient pas dépassé les limites d'une interprétation raisonnable ¹¹.

Si l'article 7 Conv. est le cas typique d'un renvoi au droit interne, il existe d'autres circonstances où la Convention se réfère au droit interne. Ainsi en est-il de l'article 5, chiffre 1, litt. c Conv. qui autorise l'arrestation et la détention d'une personne pour la conduire devant l'autorité judiciaire compétente. Le texte anglais parle de « lawful arrest and detention ». Un requérant s'est plaint que son arrestation et sa détention n'étaient pas régulières selon l'article 5, chiffre 1, litt. c Conv. La Commission va-t-elle examiner comment les juridictions internes ont appliqué la loi nationale ? Non, car la Commission « n'a pas qualité pour examiner si (...) le droit interne a été correctement interprété et appliqué par les autorités judiciaires sauf si, exceptionnellement, en interprétant et appliquant le droit interne, ces autorités avaient agi de mauvaise foi, car dans ce cas, la détention ne serait pas « lawful » ¹².

En résumé, lorsque la Convention renvoie au droit interne, la Commission n'entre en matière qu'en cas de violation flagrante des dispositions de la Convention ; si la règle internationale ne renvoie pas au droit interne, la Commission garde toute latitude d'apprécier le fait et le droit.

Le rôle limité de supervision qui est accordé à la Commission en cas d'erreurs de fait ou de droit commises par les juridictions internes apparaît aussi dans une autre notion qui lui est intimement liée : la marge d'appréciation qui est laissée aux Etats contractants dans l'application des règles de la Convention.

§ 2 : LA MARGE D'APPRECIATION LAISSEE AUX ETATS CONTRACTANTS

Cette notion de « marge d'appréciation » a surtout été développée par la Commission à propos des restrictions à l'exercice des droits et libertés garantis qui sont admises par la Convention. Les Etats-parties ont la faculté d'user de ces restrictions, en se fondant sur le principe général de l'intérêt public. Mais qu'est-ce que l'intérêt public ? C'est en vain qu'on chercherait une définition dans la jurisprudence internationale, car les Etats contractants sont libres, dans une certaine mesure il est vrai, de tracer les limites de l'ordre public. La Commission a précisé son rôle de la manière suivante, dans une décision relative aux limites de la liberté d'expression :

« La Commission est très certainement compétente pour apprécier — elle a même le devoir de le faire — dans chaque cas dont elle est

¹¹ Req. N° 1852/63, Rec. 16, p. 33, spéc., p. 39.

¹² Req. N° 2621/65, Rec. 19, p. 100 ; dans le même sens, Req. N° 2279/64, Rec. 23, p. 114, spéc., p. 122.

saisie, si l'ingérence de l'autorité publique dans l'exercice du droit à la liberté d'expression garanti par l'article 10 remplit les conditions définies au paragraphe 2 dudit article ; (...) l'étude attentive de l'ensemble de ces dispositions montre que l'article 10 laisse aux Etats contractants une certaine marge d'appréciation pour déterminer les limites du droit à la liberté d'expression ; le contrôle de la Commission doit toutefois porter tant sur l'étendue des limites qui ne doivent pas dépasser la marge d'appréciation laissée aux Etats, que sur le but de ces limites car, aux termes de l'article 18 de la Convention, ces dernières ne peuvent être appliquées que dans le but pour lequel elles ont été prévues.¹³ »

La Cour a tenu le même langage dans son arrêt sur l'affaire *Lawless* à propos de l'article 15 Conv. : « ...l'existence à cette époque d'un « danger public menaçant la vie de la nation » a pu être raisonnablement déduite par le Gouvernement irlandais de la conjonction de plusieurs éléments constitutifs, à savoir...¹⁴ ».

Pourtant il est arrivé que la Commission ait laissé de côté cette notion de marge d'appréciation : dans une affaire où un père divorcé avait été privé de son droit de rendre visite à son enfant, la Commission a déclaré : « ...dans tous les cas où un tribunal interne a refusé à l'un des parents le droit d'accès auprès de l'enfant, c'est à la Commission qu'il appartient en dernier ressort de juger si ce refus se justifie aux termes du chiffre 2, de l'article 8 Conv.¹⁵ » Et le soin que la Commission a mis pour examiner toutes les pièces du dossier nous incite à croire que l'Etat mis en cause n'avait aucune marge d'appréciation.

On comprendra aisément le rôle des organes internationaux lorsqu'ils doivent apprécier une restriction à l'exercice d'une liberté en citant un exemple tiré d'une requête contre la Grande-Bretagne au sujet des nationalisations d'entreprises qui, dans ce pays, sont effectuées ou supprimées au gré des partis politiques au pouvoir. On ne peut demander aux organes de contrôle internationaux de se prononcer sur l'opportunité d'une nationalisation¹⁶. Ils ne pourraient intervenir, comme le dit la Commission, que dans le cas où il y aurait un véritable abus de la part de l'Etat mis en cause¹⁷.

Enfin, relevons que les Etats contractants jouissent également d'une marge d'appréciation, lorsque la législation interne doit préciser une notion libellée en termes vagues dans la Convention. Ainsi l'article 5, chiffre 3 Conv. prévoit qu'une personne arrêtée doit être traduite « aussitôt » devant l'autorité compétente ; les Etats sont libres de fixer la période d'attente admissible. Les organes de contrôle internationaux n'interviennent qu'en cas d'abus¹⁸.

¹³ Req. N° 753/60, Ann. III, p. 311, spéc., p. 319 ; dans le même sens : Req. N° 1167/61, Rec. 12, p. 70, spéc., p. 77 ; Req. N° 1628/62, Rec. 12, p. 61, spéc., p. 68.

¹⁴ Arrêt *Lawless* (fond), Ann. IV, p. 439, spéc., p. 475.

¹⁵ Req. N° 911/60, Ann. IV, p. 199, spéc., p. 219 ; dans le même sens, Req. N° 2792/66, Rec. 21, p. 64, spéc., p. 67.

¹⁶ Req. N° 3039/67, Rec. 23, p. 66.

¹⁷ Req. N° 2413/65, Rec. 23, p. 1, spéc., p. 9.

¹⁸ Req. N° 2894/66, Rec. 21, p. 69.

CHAPITRE III

**Les effets des décisions de la Cour européenne
des droits de l'homme et du Comité des ministres
en droit interne**

C'est à la Cour et au Comité des ministres qu'il appartient de prendre en dernier ressort les décisions obligatoires. On connaît la procédure complexe qui régit la saisine de ces deux autorités¹. Rappelons que le Comité des ministres interviendra chaque fois que l'Etat défendeur n'aura pas reconnu la juridiction obligatoire de la Cour, de même que dans l'hypothèse où malgré une telle reconnaissance, ni la Commission, ni un Etat ayant la qualité pour agir selon l'article 48 Conv., n'aura saisi la Cour.

Nous tenterons, maintenant, de décrire, dans l'hypothèse d'une violation de la Convention, quelles sont les compétences de la Cour et du Comité des ministres, puis d'entrevoir quels seraient les effets de leurs décisions en droit suisse.

§ 1 : LE POUVOIR DE DÉCISION DE LA COUR EUROPÉENNE
DES DROITS DE L'HOMME

Les compétences de la Cour sont fixées à l'article 50 Conv. : « 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. »

Le projet de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe accordait à la Cour des pouvoirs plus étendus : la Cour pouvait prononcer la nullité ou la caducité des règles internes qui constituaient une violation de la Convention². Au contraire, l'article 50 Conv. n'accorde, en aucun cas, un pouvoir cassatoire à la Cour ; les décisions internes restent intactes³.

Toutefois, en vertu de l'article 53 Conv. « les Hautes Parties Contractantes s'engagent à se conformer aux décisions de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ». L'article 50 Conv. permet de parvenir à ce résultat de deux façons⁴ : en premier lieu, le droit interne

¹ Voir *supra*, pp. 153 et ss et 155 et ss.

² Voir article 24 du projet, in « Doc. 108 » (1949), pp. 261 et ss.

³ ROBERTSON, *op. cit.*, p. 103 ; GOLSONG, *op. cit.*, p. 104.

⁴ Voir à ce sujet, Communication de M. Willem VIS, « Colloque de Strasbourg » : *La réparation des violations de la Convention européenne des droits de l'homme (Note sur l'article 50 de la Convention)*, pp. 279 et ss, *spéc.*, p. 283.

de l'Etat dont la responsabilité internationale est engagée peut être en mesure d'effacer les conséquences de la violation. Mais s'il ne le peut pas, la Cour a la faculté d'accorder à la partie lésée une satisfaction équitable qui consistera, dans la plupart des cas, en un versement d'une somme d'argent ⁵.

L'arrêt de la Cour, quant à sa force décisive, a donc, principalement les caractéristiques d'un « jugement déclaratoire ou en constatation » et subsidiairement celles d'un « jugement de prestation » ⁶.

§ 2 : LE POUVOIR DE DÉCISION DU COMITÉ DES MINISTRES

C'est à l'article 32 Conv. que sont fixées les compétences du Comité des ministres :

* 1. Si, dans un délai de trois mois à dater de la transmission au Comité des ministres du rapport de la Commission, l'affaire n'est pas déferée à la Cour par application de l'article 48 de la présente Convention, le Comité des ministres prend, par un vote à la majorité des deux tiers des représentants ayant le droit de siéger au Comité, une décision sur la question de savoir s'il y a eu ou non une violation de la Convention.

» 2. Dans l'affirmative, le Comité des ministres fixe un délai dans lequel la Haute Partie Contractante intéressée doit prendre les mesures qu'entraîne la décision du Comité des ministres.

» 3. Si la Haute Partie Contractante intéressée n'a pas adopté de mesures satisfaisantes dans le délai imparti, le Comité des ministres donne à sa décision initiale, par la majorité prévue au paragraphe 1 ci-dessus, les suites qu'elle comporte et publie le rapport.

» 4. Les Hautes Parties Contractantes s'engagent à considérer comme obligatoire pour elles toute décision que le Comité des ministres peut prendre en application des paragraphes précédents. »

Selon M. Vasak, « la Cour et le Comité des ministres sont en réalité deux organes du même mode de règlement qui est le règlement juridictionnel » ⁷.

Si le Comité des ministres constate que la Convention a été violée, il fixera un délai à l'Etat mis en cause pour prendre les mesures qu'entraîne sa décision. Il semble que l'Etat soit libre de déterminer lui-même ces mesures ⁸.

Ce n'est que si l'Etat défendeur fait la sourde oreille que le Comité des ministres donne à sa décision « les suites qu'elle comporte », par exemple, par l'octroi d'une satisfaction équitable comme le peut la Cour

⁵ GOLSONG, *op. cit.*, p. 105 ; VASAK, *op. cit.*, p. 186.

⁶ GUGGENHEIM, *Traité*, tome II, pp. 162 et ss.

⁷ *Op. cit.*, p. 205.

⁸ Dans ce sens, VASAK, *op. cit.*, p. 210.

à l'article 50 Conv.⁹. A cette deuxième décision s'ajoute la sanction de la publication du rapport de la Commission.

Les décisions du Comité des ministres ont par leurs effets le même caractère obligatoire que les arrêts de la Cour.

§ 3 : LE DROIT SUISSE PERMETTRAIT-IL D'EXÉCUTER EN DROIT INTERNE UN ARRÊT DE LA COUR ?

Selon certains auteurs la disposition de l'article 50 Conv. a été inspirée par des clauses que l'on rencontre parfois dans les traités d'arbitrage¹⁰. La doctrine se réfère, en particulier, au Traité d'arbitrage et de conciliation entre la Confédération suisse et le Reich allemand du 3 décembre 1821¹¹, où cette clause serait apparue pour la première fois¹².

L'article 10, alinéa 2 de ce traité prévoit : « Si, dans une sentence arbitrale, il est établi qu'une décision ou mesure d'une instance judiciaire ou d'une autorité d'une Partie se trouve entièrement ou partiellement en opposition avec le droit des gens et si le droit constitutionnel de cette Partie ne permet pas ou ne permet qu'imparfaitement d'effacer par des mesures administratives les conséquences de la décision ou mesure dont il s'agit, la sentence arbitrale accordera à la Partie lésée une satisfaction équitable d'un autre ordre. »

S'adressant à l'Assemblée fédérale pour demander l'approbation du traité, le Conseil fédéral justifiait ainsi l'opportunité de cette disposition¹³ : « Une des objections les plus sérieuses que l'on peut faire valoir contre la juridiction obligatoire réside dans le fait que la sentence peut imposer à une Partie des obligations dont elle ne pourrait s'acquitter en raison du principe de la séparation des pouvoirs ou qu'elle ne pourrait exécuter sans s'exposer à des difficultés extrêmement sérieuses. Pour parer à cet état de chose, l'article 10 dispose qu'une décision ou mesure prise par les organes de l'Etat ne peut être rapportée que dans la mesure où il est possible de le faire par la voie administrative. Dans le cas où une mesure d'ordre administratif ne saurait corriger l'effet de la décision incriminée, le Tribunal accordera à la Partie lésée une satisfaction équitable d'un autre ordre. »

Ainsi, lorsque la décision interne émane d'un tribunal et que cette décision entre en conflit avec la sentence internationale, le gouvernement, en Suisse, n'a aucun pouvoir d'invalidation, car les tribunaux nationaux sont indépendants.

Dans le cadre de la Convention, un arrêt de la Cour ne pourrait être exécuté en Suisse que lorsque la décision interne incriminée peut être rapportée par voie de mesure administrative. Mais on ne saurait

⁹ Dans ce sens, VASAK, *op. cit.*, p. 210.

¹⁰ VIS, *op. cit.*, p. 281 ; VASAK, *op. cit.*, p. 185.

¹¹ RS 11, pp. 241 et ss.

¹² GOLSONG, *op. cit.*, p. 106.

¹³ FF 1922, I pp. 187 et ss, *spéc.*, p. 194.

déduire du principe de la séparation des pouvoirs que le droit interne n'offrirait qu'en de rares occasions la possibilité de redresser une violation de la Convention constatée par une juridiction internationale ; à ce propos, M. Buergenthal fait une suggestion intéressante : le problème de l'effet des décisions de la Cour en droit interne dépend d'un autre problème, celui de l'autorité de la chose jugée¹⁴. Pour l'auteur, si un arrêt de la Cour n'a pas d'effet cassatoire sur une décision interne, ce même arrêt pourrait, selon le système d'organisation judiciaire interne, déclencher une procédure permettant de renverser l'autorité de la chose jugée de la décision antérieure.

La méthode la plus simple consisterait à élaborer une loi spéciale prévoyant expressément que toute personne reconnue par la Cour comme ayant été victime d'une violation de ses droits bénéficierait d'une procédure interne adéquate pour rentrer dans ses droits.

Cependant, dans les Etats qui admettent le principe de la réouverture d'un procès, un arrêt de la Cour pourrait être considéré comme un nouvel élément de fait susceptible de modifier la décision interne antérieure. En droit allemand, M. Schumann, tout en admettant qu'une décision en dernier ressort d'un organe de la Convention pourrait constituer un motif de réouverture, selon les règles de la procédure civile et pénale (*Klage auf Wiederaufnahme des Verfahrens*), doute cependant que la jurisprudence suivrait cette voie¹⁵.

Ainsi, chaque fois que le droit suisse connaîtrait une procédure de révision, le justiciable pourrait demander la révision d'une décision interne contraire à un arrêt de la Cour.

¹⁴ Effect, pp. 95 et ss.

¹⁵ Ekkehard SCHUMANN, *Menschenrechtskonvention und Wiederaufnahme des Verfahrens*, in N.J.W. 17 (1954), pp. 753 et ss, spéc., p. 756 ; voir un avis opposé, in BUERGENTHAL, Effect, n. 92, p. 99.

CONCLUSION

Arrivés au terme de notre étude, nous constatons que l'idée des droits de l'homme peut se réaliser sur le plan international au niveau du droit. Mais cette mise en œuvre de l'idée des droits de l'homme, telle que nous l'avons décrite dans l'optique d'une éventuelle adhésion de la Suisse à la Convention, peut paraître décevante ; la Convention et les organes nationaux et internationaux chargés du contrôle de son application ont protégé, jusqu'à maintenant, les individus dans des circonstances bien moins graves que celles qui ont agité l'Europe, lors de la dernière guerre. Or, l'idée d'une charte européenne protégeant l'individu contre l'Etat est née de la révélation des horreurs du dernier conflit mondial. Dans ce sens, on peut se demander si la Convention a quelques chances d'efficacité.

C'est à M. Teitgen que nous empruntons la réponse. Rapporteur de la Commission des affaires juridiques et administratives sur le projet d'une convention de sauvegarde des droits de l'homme, le député français déclarait, en 1949, devant l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe : « Tous nos pays sont exposés à connaître un jour la dure contrainte de la raison d'Etat... Les démocraties ne deviennent pas en un jour des pays nazis. Le mal progresse sournoisement ; une minorité agissante, comme l'on dit, s'empare des leviers de commande. Une à une, les libertés sont supprimées, secteur par secteur. L'opinion publique, la conscience universelle, la conscience nationale sont asphyxiées. Puis, quand tout est en place on installe le führer et cette évolution va jusqu'au four crématoire. ¹ »

La Suisse n'est pas plus qu'un autre Etat à l'abri de pareilles mésaventures : sans doute, ne saurait-on tirer des règles internes qui ne sont actuellement pas conformes à la Convention la conclusion que notre droit contient en germe des éléments caractéristiques d'un Etat totalitaire. Mais il importe de rester vigilant et de ne pas laisser se développer des tendances qui pourraient devenir néfastes. Comprise de cette manière, la Convention est certainement un des moyens susceptibles d'empêcher que l'individu soit la victime de l'arbitraire de l'Etat.

Enfin, d'un point de vue pratique, notre étude a montré que l'adhésion de la Suisse à la Convention ne bouleverserait pas notre ordre juridique interne. En outre, l'article 64 Conv. permettrait de formuler des réserves à l'égard des articles dont l'acceptation ne pourrait pas être envisagée dans l'état actuel de notre droit. Grâce à cette procédure, la Suisse pourrait participer, à brève échéance, au système européen de garantie collective des droits de l'homme.

¹ Comptes rendus, 1949, p. 1159.

ABRÉVIATIONS

A.F.D.I.	Annuaire français de droit international.
Ann.	Annuaire de la Convention européenne des droits de l'homme.
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral.
Colloque de Strasbourg	Travaux du Colloque organisé par la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg (14-15 novembre 1960), publié dans l'ouvrage : « La protection internationale des droits de l'homme dans le cadre européen », in « Annales de la Faculté de droit et des sciences politiques et économiques de Strasbourg », Vol. X, Paris, 1961.
Colloque de Vienne	Colloque international sur la Convention européenne des droits de l'homme (Vienne, 18-20 octobre 1965), travaux publiés dans l'ouvrage : « Les droits de l'homme en droit interne et en droit international », Bruxelles, 1968 ; en allemand : « Menschenrechte im Staatsrecht und im Völkerrecht », Karlsruhe, 1967 ; en anglais : « Human Rights in National and International Law », Manchester, 1968.
Comptes rendus	Comptes rendus des débats de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe.
Conv.	Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 4 novembre 1950.
Doc.	Documents de séance de l'Assemblée consultative du Conseil de l'Europe.
FF	Feuille fédérale.
JAAC	jurisprudence des autorités administratives de la Confédération.
JdT	Journal des Tribunaux.
Manuel	Manuel de la Convention européenne des droits de l'homme, publié par le Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1963.
n.	Note.
N.J.W.	Neue Juristische Wochenschrift.
op. cit.	Ouvrage cité.
OJ	Loi fédérale d'organisation judiciaire du 16 décembre 1943.
OJZ	Österreichische Juristen-Zeitung.
P.A.	Protocole additionnel à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, du 20 mars 1952.
P. N° 4	Protocole N° 4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le Premier Protocole additionnel à la Convention, du 16 septembre 1963.
PPF	Loi fédérale du 15 juin 1934 sur la procédure pénale.
Rec.	Recueil de décision de la Commission européenne des droits de l'homme.
Req.	Requête adressée à la Commission européenne des droits de l'homme.
RDS	Revue de droit suisse.
RPS	Revue pénale suisse.
RO	Recueil officiel des lois fédérales.
RS	Recueil systématique des lois et des ordonnances.

BIBLIOGRAPHIE

- ADAM H. T. Le droit de propriété dans la Convention européenne des droits de l'homme, in « Revue de droit public et de la science politique en France et à l'étranger », vol. 59 (1953), pp. 317 et ss.
- ANTONOPOULOS N. La jurisprudence des organes de la Convention européenne des droits de l'homme, in « Aspects européens », série E, No 5, Leyde, 1967.
- AUBERT J.-F. L'autorité, en droit interne, des traités internationaux, in « RDS », vol. 89 (1962), pp. 265 et ss.
Le statut des étrangers en Suisse, in « RDS », vol. 57 (1958), pp. 215 et ss.
Traité de droit constitutionnel suisse, Paris et Neuchâtel, 1967.
- ANZILOTTI D. Cours de droit international, traduction GIDEL, Paris, 1929.
- BLUMENSTEIN E. System des Steuerrechts, 2^e édition, Zurich, 1951.
- BOSSART P. Persönliche Freiheit und administrative Versorgung, thèse, Zurich, 1965.
- BRIDEL M. Précis de droit constitutionnel et public suisse, Lausanne, tome I (1965), tome II (1959).
- BUERGENTHAL T. Confrontation de la jurisprudence des tribunaux nationaux avec la jurisprudence des organes de la Convention en ce qui concerne les droits judiciaires (art. 5, 6 et 13), Colloque de Vienne, pp. 263 et ss.
The effect of the European Convention on human rights on the internal law of member states, in « The International and Comparative Law Quarterly », supplementary publication No 11 (1965), pp. 79 et ss.
Un nouvel examen du statut juridique de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme dans les pays parties, in « Revue de la Commission internationale de juristes », vol. VII, No 1 (1966), pp. 57 et ss.
- BURCKHARDT W. Kommentar der Schweizerischen Bundesverfassung vom 29. Mai 1874, 3^e édition, Berne, 1931.
- CAVIN P. Droit fédéral et procédure cantonale, in « RDS », vol. 65 (1946), pp. 1 a et ss.
- CHARTIER M. La jurisprudence du Bundesverfassungsgericht sur les partis politiques, in « Essais sur les droits de l'homme en Europe », tome I, pp. 110 et ss, Paris, 1959.
- CLERC F. De la responsabilité de l'Etat pour le fonctionnement de la justice pénale, in « RPS », vol. 75 (1959), pp. 366 et ss.
Etat de droit et procédure pénale dans les constitutions cantonales, in « Strafprozess und Rechtsstaat, Festschrift Pfenninger », pp. 207 et ss, Zurich, 1956.

- Les principes de la liberté religieuse en droit suisse, thèse, Genève, 1937.
- L'instruction préparatoire en Suisse, in « Revue de science criminelle et de droit pénal comparé », 1952, N° 2, pp. 203 et ss.
- Réflexions sur la publicité des débats, in « RPS », vol. 77 (1961), pp. 233 et ss.
- L'affaire Argoud, Paris, 1965.
- L'application de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique interne, in « Revue de la Commission internationale de juristes », vol. IV, N° 1 (1962), pp. 102 et ss.
- Convention européenne des droits de l'homme, Recueil de textes, 4^e édition, Strasbourg, 1965.
- Convention européenne des droits de l'homme, Manuel, Strasbourg, 1963.
- Le droit d'être entendu, in « RDS », vol. 83 (1964), pp. 419 et ss.
- Les principes de la procédure pénale applicable aux mineurs en Suisse, thèse, Neuchâtel, 1957.
- La pratique des frais de justice pénale en Suisse romande, thèse, Neuchâtel, 1957.
- De l'initiative en révision de la constitution dans les Etats suisses, en particulier de l'initiative populaire, in « RDS », vol. 74 (1956), pp. 263 a et ss.
- La Commission européenne des droits de l'homme, in « A.F.D.I. », 1957, p. 449 et ss.
- Droit constitutionnel suisse, Fribourg, 1966.
- La Convention européenne des droits de l'homme, Questions choisies, in « Annuaire suisse de droit international », vol. 23 (1966), pp. 9 et ss.
- Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Tübingue, 1923.
- Schweizerisches Bundesstaatsrechts, Zurich 1949/1965.
- La Convention européenne des droits de l'homme a-t-elle, dans le cadre du droit interne, une valeur d'ordre public ? Colloque de Vienne, pp. 155 et ss.
- Organisations européennes, vol. I. Paris, 1966.
- Allgemeine Lehren des reichsstaatlichen Verfassungsrecht, vol. I, Zurich, 1960.
- Das Staatsrecht der schweizerischen Kantone, Zurich, 1941.
- Das Rechtsschutzsystem der europäischen Menschenrechtskonvention, Karlsruhe, 1958.
- Richterliche Unabhängigkeit und Gewaltentrennung in Bund und Kantonen, thèse, Berne, 1951.
- La protection de la personne dans le procès pénal en droit suisse, rapport présenté aux Quatorzièmes journées de défense sociale, Fribourg, 28 et 29 octobre 1966, in « Supplément à la Revue de science criminelle et de droit comparé », 1967, N° 3, pp. 18 et ss.

- GUGGENHEIM P. Organisations économiques supranationales, indépendance et neutralité de la Suisse, in « RDS », vol. 82 (1963), pp. 225 et ss.
Traité de droit international public, Genève, 1953/1954, 2^e éd., 1967 et s.
- GUINAND J. La règle de l'épuisement des voies de recours internes dans le cadre des systèmes internationaux de protection des droits de l'homme, in « Revue belge de droit international », 1968, N^o 2, pp. 471 et ss.
- GULDENER M. Schweizerisches Prozessrecht, Zurich, 1958.
- HAFTER E. Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts (Allgemeiner Teil), 2^e édition, Berne, 1946.
- HEUMANN Les droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme : Etude des limites de ces droits, Colloque de Strasbourg, pp. 142 et ss.
- HUBER H. Der Hauptentscheid des europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der Sache Lawless, in « Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht », vol. 21 (1961), pp. 649 et ss.
Die Vereinsfreiheit der Ausländer, in « Festschrift für Hermann Jahrreiss », pp. 101 et ss, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, 1964.
Das Zusammentreffen der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten mit den Grundrechten der Verfassungen, in « Gedächtnisschrift Hans Peters », Berlin, 1967, pp. 375-392.
Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, Berner Festgabe für den schweizerischen Juristenverein 1955, Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht, in « Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins », vol. 91 bis (1955), pp. 95 et ss.
- IMBODEN M. Die Tragweite der verfassungsrechtlichen Garantie des Privateigentums, in « Revue suisse de jurisprudence », vol. 40 (1944), pp. 292 et ss.
Die verfassungsrechtliche Gewährleistung des Privateigentums als Schranke der Besteuerung, in « Archiv für schweizerisches Abgaberecht », vol. 29 (1960-1961), pp. 2 et ss.
- KÄGI W. Der verfassungsmässige Weg zum Frauenstimmrecht, in « Gleiches Recht für die Schweizer Frau », Separatdruck aus der « Neuen Zürcher Zeitung », août-septembre 1965, pp. 10 et ss.
- KAUFMANN O. K. Frauen, Italiener, Juden und Anstaltversorgte, Vorfagen eines Beitritts der Schweiz zur Europäischen Menschenrechtskonvention, in « Stillstand und Fortentwicklung im schweizerischen Recht, Festgabe der juristischen Abteilung der Hochschule Skt-Gallen für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften und des Skt-Gallischen Juristenvereins zum schweizerischen Juristentag 1965 in Skt-Gallen », pp. 245 et ss, Berne, 1965.

- KOPELMANAS L. Du conflit entre le traité international et la loi interne, in « Revue de droit international et de législation comparée », vol. 18 (1937), pp. 88 et ss et 310 et ss.
- KUNST G. Die Menschenrechtskonvention als Bestandteil der Bundesverfassung, in « OJZ », vol. 19 (1964), pp. 197 et ss.
- LALIVE J.-F. Chronique de la jurisprudence de la Commission et de la Cour européenne des droits de l'homme, in « Journal de droit international », vol. 89 (1962), pp. 238 et ss.
- LARDY P. La force obligatoire du droit international en droit interne, thèse, Neuchâtel, 1966.
- LEVASSEUR G. Liberté de presse et justice pénale, in « RPS », vol. 76 (1960), pp. 251 et ss.
- LIEBSCHER V. Bedarf die österreichische Rechtsprechung der ausländischen Kontrolle? in « Juristische Blätter », 1963, pp. 117 et ss.
- L'Autriche et la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, in « Revue de la Commission internationale de juristes », vol. IV, N° 2 (1963), pp. 292 et ss.
- LOGOZ P. Commentaire du Code pénal suisse, Neuchâtel et Paris (1939/1956).
- MARCHAND D. Les enlèvements opérés hors du territoire national, in « Revue de la Commission internationale de juristes », vol. VII, N° 2 (1966), pp. 258 et ss.
- MERTENS P. Le droit à un recours effectif devant l'autorité nationale compétente dans les conventions internationales relatives à la protection des droits de l'homme, in « Revue belge de droit international », 1968, N° 2, pp. 446 et ss.
- MÜLLER-RAPPARD E. Le droit d'action en vertu des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, in « Revue belge de droit international », 1968, N° 2, pp. 485 et ss.
- NEF H. Materielle Schranken der Verfassungsrevision, in « RDS », vol. 60 (1942), pp. 108 et ss.
- NOLL P. Gewaltenteilung und Unabhängigkeit des Richters im Strafrecht, in « RPS », vol. 75 (1959), pp. 294 et ss.
- O'BRIEN F. W. Prayer and Religion in Swiss schools, in « The North Carolina Law Review », vol. 42 (1964), N° 4, pp. 791 et ss.
- OSWALD W. Die Gewaltentrennung im schweizerischen Staatsrecht, in « RDS », vol. 62 (1943), pp. 403 a et ss.
- PAPADATOS P. A. Le procès Eichmann, Paris, 1964.
- PAHR W. P. Das 4. Zusatzprotokoll zur Europäischen Menschenrechtskonvention, in « Juristische Blätter », 1964, pp. 187 et ss.
- PARTSCH K. J. Die Rechte und Freiheiten der europäischen Menschenrechtskonvention, in « Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte », vol. 1, première partie, pp. 234 et ss, Berlin, 1966.

- PELLOUX R. L'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire Lawless (Fond), in « A.F.D.I. », 1961, pp. 256 et ss.
- PERRET J.-D. La liberté d'opinion face à l'Etat, thèse, Neuchâtel, 1968.
- PICOT A. L'Etat fondé sur le droit et le droit pénal, in « RDS », vol. 63 (1944), pp. 201 a et ss.
- PINTO R. Les organisations européennes, Paris, 1965.
- Rapport du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale sur la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, in « FF » 1968 II, pp. 1069 et ss.
- RIGHETTI A. La riparazione all'imputato e all'accusato e il giudizio sulle spese in caso di abbandono del procedimento penale o di assoluzione nel diritto cantonale e nel diritto federale (Art. 122 procedura penale federale) in particolare de lege ferenda, in « RDS », vol. 79 (1960), pp. 421 a et ss.
- ROBERTSON A. H. Human Rights in Europe, Manchester et New York, 1963.
- ROTHSCHILD D. Das Schächtverbot der schweizerischen Bundesverfassung, Zurich, 1955.
- RUCK E. Schweizerisches Staatsrecht, 3^e édition, Zurich, 1957.
- SALIS L. R. von Le droit fédéral suisse, traduction Bovet, Berne, 1904/1907.
- SAUSER-HALL G. Guide politique suisse, 7^e édition, Lausanne, 1965.
- SECRETAN R. L'organisation du pouvoir judiciaire en Suisse, Montpellier, 1955.
- SEIDL-HOHENVELDERN I. Internationale Organisationen und der Schutz des Privateigentums, in « Journal du droit international », vol. 90 (1963), pp. 627 et ss.
- SCHEUNER U. Die Grundrechte der europäischen Menschenrechtskonvention in ihrer Anwendung durch die Organe der Konvention, in « Festschrift für Hermann Jahrreiss », pp. 355 et ss, Cologne, Berlin, Bonn, Munich, 1964.
- Confrontation de la jurisprudence des tribunaux nationaux avec la jurisprudence des organes de la Convention en ce qui concerne les droits autres que les droits judiciaires, Colloque de Vienne, pp. 347 et ss.
- SCHINDLER D. Die europäische Menschenrechtskonvention und die Schweiz, in « Separatabdruck aus der Neuen Zürcher Zeitung », Nr. 3314 und 3323 vom 8. und 9. August 1964.
- Rechtliche Würdigung der konfessionellen Ausnahmeartikel, in « Civitas, Revue mensuelle de la Société des étudiants suisses », vol. 21 (1966), N^o 9, pp. 594 et ss.
- SCHUMANN E. Menschenrechtskonvention und Wiederaufnahme des Verfahrens, in « N.J.W. », 17 (1964), pp. 753 et ss.
- SCHWANDER V. Das schweizerische Strafgesetzbuch, 2^e édition, Zurich, 1964.

- SØRENSEN M. Obligations d'un Etat partie à un traité sur le plan de son droit interne, Colloque de Vienne, pp. 35 et ss.
- SÜSTERHENN A. L'application de la Convention sur le plan du droit interne, Colloque de Strasbourg, p. 303.
- STEINER H. Das Grundrecht der Unverletzlichkeit der Wohnung, thèse, Berne, 1959.
- TINNER R. Das rechtliche Gehör, in « RDS », vol. 83 (1964), pp. 295 et ss.
- VAN EMDE BOAS J.M. La Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans la jurisprudence néerlandaise, in « Annuaire Européen », vol. 10 (1962), pp. 226 et ss.
- VASAK K. La Convention européenne des droits de l'homme, Paris, 1964.
- VELU J. Le problème de l'application aux juridictions administratives des règles de la Convention européenne des droits de l'homme relatives à la publicité des audiences et des jugements, in « Revue de droit international et de droit comparé », 1961, Nos 3-4, pp. 129 et ss.
- VERDROSS A. La place de la Convention européenne des droits de l'homme dans la hiérarchie des normes juridiques, Colloque de Vienne, pp. 83 et ss.
- VIS W. Völkerrecht, 5^e édition, Vienne, 1964.
- VIS W. La réparation des violations de la Convention européenne des droits de l'homme (Note sur l'article 50 de la Convention), Colloque de Strasbourg, pp. 279 et ss.
- WIEBRINGHAUS H. La règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes dans la jurisprudence de la Commission européenne des droits de l'homme, in « A.F.D.I. », pp. 685 et ss.
- ZELLWEGER E. Kann und soll die Schweiz der europäischen Menschenrechtskonvention beitreten? in « Europa, organe de l'Union européenne », Bâle, décembre 1964, No 12, p. 3.
- ZWAHLEN H. Le fonctionnement de la justice administrative en droit fédéral et dans les cantons, in « RDS », vol. 66 (1947), pp. 95 a et ss.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	
A. L'adhésion de la Suisse au Statut du Conseil de l'Europe et ses répercussions dans le domaine des droits de l'homme	9
B. Les sources formelles de la Convention	10
C. Les sujets des droits garantis	12
PREMIERE PARTIE. — Les droits de l'homme garantis par la Convention et l'ordre juridique suisse	13
SECTION PREMIERE : Les droits et libertés garantis par la Convention du 4 novembre 1950	14
Chapitre premier : Le droit à la vie (art. 2 Conv.)	15
§ 1 : Contenu de la garantie internationale	15
§ 2 : Situation en droit suisse	15
Chapitre II : L'interdiction de la torture ainsi que des traitements et peines inhumains et dégradants (art. 3 Conv.)	16
§ 1 : Contenu de la garantie internationale	16
§ 2 : Situation en droit suisse	18
Chapitre III : L'interdiction de l'esclavage, de la servitude et du travail forcé (art. 4 Conv.)	19
§ 1 : Contenu de la garantie internationale	19
§ 2 : Situation en droit suisse	22
Chapitre IV : Le droit à la liberté et à la sûreté (art. 5 Conv.)	22
§ 1 : Cas dans lesquels la privation de la liberté est admise :	
a) Détention après condamnation par un tribunal compétent (art. 5, chiffre 1, litt. a Conv.)	22
b) Arrestation ou détention pour insoumission à une ordonnance rendue par un tribunal ou en vue de garantir l'exécution d'une obligation prescrite par la loi (art. 5, chiffre 1, litt. b Conv.)	23
c) Arrestation et détention en vue de conduire l'individu devant l'autorité compétente (art. 5, chiffre 1, litt. c Conv.)	24
d) Arrestation et détention ordonnée par voie administrative (art. 5, chiffre 1, litt. d, e et f Conv.)	25
§ 2 : Les droits d'une personne privée de sa liberté :	
a) Droit d'être informé des raisons de l'arrestation (art. 5, chiffre 2 Conv.)	26
b) Droit d'être traduit aussitôt devant un juge et d'être jugé dans un délai raisonnable (art. 5, chiffre 3 Conv.)	27

	c) Droit de contester en justice la légalité de la détention (art. 5, chiffre 4 Conv.)	30
	d) Droit à réparation en cas d'arrestation ou de détention contraire à la Convention (art. 5, chiffre 5 Conv.)	30
§ 3 :	Situation en droit suisse	31
	a) La garantie fédérale de la liberté individuelle	31
	b) L'internement administratif	33
	c) Le droit à réparation en cas d'arrestation ou de détention illégales	35
Chapitre	V : Le droit à une bonne administration de la justice (art. 6 Conv.)	36
§ 1 :	Règles relatives à l'administration de la justice en matière civile et pénale (art. 6, chiffre 1 Conv.) :	
	a) Domaine d'application de l'art 6, chiffre 1 Conv.	36
	b) Droit à ce que la cause soit entendue équitablement	39
	c) Droit à ce que la cause soit entendue et le jugement rendu publiquement	44
	d) Droit à ce que la cause soit entendue dans un délai raisonnable	45
	e) Droit à ce que la cause soit entendue par un tribunal indépendant, impartial et établi par la loi	46
§ 2 :	Les droits garantis à l'accusé :	
	a) Droit à la présomption d'innocence (art 6, chiffre 2 Conv.)	47
	b) Droit d'être informé de la nature et de la cause de l'accusation (art. 6, chiffre 3, litt. a Conv.)	48
	c) Droit de disposer du temps et des facilités nécessaires à la préparation de la défense (art. 6, chiffre 3, litt. b Conv.)	48
	d) Droit à l'assistance d'un défenseur (art. 6, chiffre 3, litt. c Conv.)	49
	e) Droit d'obtenir la convocation et l'interrogation des témoins à décharge (art. 6, chiffre 3, litt. d Conv.)	50
	f) Droit à l'assistance d'un interprète (art. 6, chiffre 3, litt. e Conv.)	51
§ 3 :	Situation en droit suisse :	
	a) Procédures fédérale et cantonales	52
	b) Les règles relatives à l'administration de la justice en matière civile et pénale :	
	1. Le procès équitable	53
	2. La publicité des audiences et du prononcé du jugement	54
	3. La justice doit être rendue dans un délai raisonnable	57
	4. L'indépendance du tribunal	58
	c) Les droits de l'accusé	60
Chapitre	VI : La légalité des délits et des peines (art. 7 Conv.)	63
§ 1 :	Contenu de la garantie internationale	63
§ 2 :	Situation en droit suisse	65
Chapitre	VII : Le droit au respect de la vie privée et familiale, du domicile et de la correspondance (art. 8 Conv.)	65
§ 1 :	Contenu de la garantie internationale	65
§ 2 :	Situation en droit suisse	68

	Pages
Chapitre VIII : Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 9 Conv.)	69
§ 1 : Contenu de la garantie internationale	69
§ 2 : Situation en droit suisse :	
a) La liberté de conscience et de croyance	72
b) Les articles d'exception	74
Chapitre IX : Le droit à la liberté d'expression (art. 10 Conv.)	78
§ 1 : Contenu de la garantie internationale	78
§ 2 : Situation en droit suisse	80
Chapitre X : La liberté de réunion et d'association (art. 11 Conv.)	81
§ 1 : Contenu de la garantie internationale	81
§ 2 : Situation en droit suisse	82
Chapitre XI : Le droit au mariage (art. 12 Conv.)	83
§ 1 : Contenu de la garantie internationale	83
§ 2 : Situation en droit suisse	84
Chapitre XII : Le droit à un recours effectif devant une instance nationale (art. 13 Conv.)	85
§ 1 : La portée limitée de l'art. 13 Conv.	85
§ 2 : L'art. 13 Conv. et l'organisation du contrôle constitutionnel en droit suisse	88
SECTION II : Les droits et libertés garantis par le premier Protocole additionnel du 20 mars 1952	89
Chapitre premier : Le droit au respect des biens (art. 1 P.A.)	90
§ 1 : Contenu de la garantie internationale	90
§ 2 : Situation en droit suisse	92
Chapitre II : Le droit à l'instruction (art. 2 P.A.)	95
§ 1 : Contenu de la garantie internationale	95
§ 2 : Situation en droit suisse	96
Chapitre III : Le droit aux élections libres (art. 3 P.A.)	99
§ 1 : Contenu de la garantie internationale	99
§ 2 : Situation en droit suisse :	
a) L'absence du droit de vote des femmes en Suisse	99
b) Le scrutin secret	101
SECTION III : Les droits et libertés garantis par le quatrième Protocole additionnel du 16 septembre 1963	102
Chapitre premier : L'interdiction de la privation de la liberté pour inexécution d'une obligation contractuelle (art. 1 P. N° 4)	103
§ 1 : Contenu de la garantie internationale	103
§ 2 : Situation en droit suisse	103
Chapitre II : La liberté de circuler, de choisir sa résidence et de quitter son pays (art. 2 P. N° 4)	104
§ 1 : Contenu de la garantie internationale	104

	Pages
§ 2: Situation des nationaux en droit suisse	105
§ 3: Situation des étrangers en droit suisse	106
Chapitre III: L'interdiction de l'expulsion des nationaux (art. 3 P. N° 4)	107
§ 1: Contenu de la garantie internationale	107
§ 2: Situation en droit suisse	108
Chapitre IV: L'interdiction des expulsions collectives d'étrangers (art. 4 P. N° 4)	108
§ 1: Contenu de la garantie internationale	108
§ 2: Situation en droit suisse	109
SECTION IV: Les principes d'application et d'interprétation des droits reconnus	109
Chapitre premier: La non-discrimination (art. 14 Conv.)	109
Chapitre II: Le détournement de pouvoir (art. 18 Conv.)	111
Chapitre III: Les restrictions apportées à l'activité politique des étrangers (art. 16 Conv.)	111
Chapitre IV: Le refus des libertés aux « ennemis des libertés » (art. 17 Conv.)	112
Chapitre V: Les dérogations en cas de guerre ou de crise (art. 15 Conv.)	115
Chapitre VI: Les réserves (art. 64 Conv.)	117
DEUXIÈME PARTIE. — <i>L'adhésion de la Suisse à la Convention</i>	121
SECTION PREMIÈRE: La Convention et le droit interne	121
Chapitre premier: La Convention est-elle un traité susceptible d'application immédiate?	122
§ 1: La réponse tirée du texte de la Convention	122
§ 2: La réponse de la doctrine et de la jurisprudence interne	123
Chapitre II: Les Etats contractants ont-ils l'obligation d'incorporer la Convention dans leur ordre juridique interne?	124
§ 1: Application par voie de mesures législatives spéciales et application directe de la Convention en droit interne	124
§ 2: Les arguments en faveur de l'obligation d'appliquer la Convention en droit interne	125
§ 3: La liberté laissée aux Etats contractants d'incorporer ou non la Convention dans leur ordre juridique interne	126
§ 4: Le degré d'efficacité de la Convention en droit interne (Les clauses des art. 25 et 46 Conv.)	128
SECTION II: L'autorité de la Convention en droit suisse	130
Chapitre premier: La conclusion de la Convention	130
§ 1: La compétence matérielle de la Confédération	130

	Pages
§ 2 : Les organes chargés de la conclusion de la Convention :	131
a) Le Conseil fédéral et l'Assemblée fédérale	131
b) Le peuple et les cantons devront-ils être consultés lors de la procédure de ratification de la Conven- tion ?	132
Chapitre II : La Convention et l'ordre juridique suisse	134
§ 1 : Le statut actuel de la Convention dans trois Etats contractants :	
a) Le statut de la Convention en droit allemand	134
b) Le statut de la Convention en droit autrichien	135
c) Le statut de la Convention en droit néerlandais	135
§ 2 : La méthode d'introduction de la Convention en droit suisse	136
§ 3 : Le rang de la Convention par rapport aux différents droits cantonaux	137
§ 4 : Le rang de la Convention par rapport au droit fédéral :	
a) Les rapports entre la Convention et les lois fédérales	137
b) Les révisions de la Constitution fédérale et la Convention	139
 TROISIEME PARTIE. — <i>Le contrôle national et international de l'appli- cation de la Convention</i>	 141
 SECTION PREMIERE : Le contrôle national de la Convention	 141
Chapitre premier : Les attributions du Tribunal fédéral en matière de traités internationaux	142
§ 1 : Le recours de droit public au Tribunal fédéral pour violation de traités internationaux	142
§ 2 : La subsidiarité du recours de droit public au Tribunal fédéral pour violation des traités internationaux	143
Chapitre II : L'étendue du contrôle de la Convention en droit interne	144
§ 1 : Les voies de recours internes offertes au justiciable dans l'éventualité où la Convention aurait le rang d'une loi constitutionnelle	144
§ 2 : Les voies de recours internes offertes au justiciable dans l'éventualité où la Convention garderait sa caracté- ristique de traité international	145
§ 3 : Les voies de recours internes que le justiciable devrait épuiser s'il désire mettre en œuvre le contrôle interna- tional de l'application de la Convention	146
 SECTION II : Le contrôle international de la Convention	 149
Chapitre premier : Les organes de contrôle institués par la Convention	149
§ 1 : La Commission européenne des droits de l'homme	149
§ 2 : La Cour européenne des droits de l'homme	153
§ 3 : Le Comité des ministres	155

	Pages
Chapitre 11 : Le pouvoir de cognition des organes de contrôle internationaux	156
§ 1 : Les erreurs de fait et de droit commises par les juridictions internes	156
§ 2 : La marge d'appréciation laissée aux Etats contractants	159
Chapitre 111 : Les effets des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme et du Comité des ministres en droit interne	161
§ 1 : Le pouvoir de décision de la Cour européenne des droits de l'homme	161
§ 2 : Le pouvoir de décision du Comité des ministres	162
§ 3 : Le droit suisse permettrait-il d'exécuter en droit interne un arrêt de la Cour ?	163
CONCLUSION	165
ABRÉVIATIONS	167
BIBLIOGRAPHIE	169
TABLE DES MATIÈRES	175