

EUROPEAN COMMISSION FOR DEMOCRACY THROUGH LAW

(VENICE COMMISSION)

***La protection des droits
fondamentaux par la Cour constitutionnelle***

Brioni, Croatie, 23-25 septembre 1995

TABLE DES MATIERES

<i>Séance d'ouverture</i>	2
Allocution d'ouverture de M. Jadranko CRNIĆ.....	3
Allocution d'ouverture de M. Antonio LA PERGOLA.....	4
<i>Les droits invocables dans les recours constitutionnels</i>	8
Les droits invocables dans les recours constitutionnels - Rapport du Professeur J.L. CASCAJO CASTRO.....	8
Quels droits peuvent être efficacement protégés par un recours constitutionnel? - Rapport de M. Jadranko CRNIĆ.....	18
La contestation des sentences arbitrales devant la cour constitutionnelle en droit croate - Rapport de M. Hrvoje MOMČINOVIĆ.....	53
<i>Les procédures de protection des droits fondamentaux, autres que le recours constitutionnel</i> ..	69
Procédures destinées à assurer la protection des droits de l'homme dans le cadre de systèmes diffus de contrôle de la constitutionnalité des lois - Rapport du Professeur Donald P. KOMMERS.....	70
Le contrôle par "voie incidente" - le contrôle abstrait - Rapport du Professeur Lorenza CARLASSARE.....	92

<i>Les conditions de recevabilité des recours constitutionnels et les mécanismes visant à éviter une charge excessive de la Cour</i>	105
Les conditions de recevabilité des recours constitutionnels et les mécanismes visant à éviter une charge excessive de la Cour - Rapport par Mme Helga SEIBERT, Allemagne.....	105
Les conditions de recevabilité des recours constitutionnels et les mécanismes visant à éviter une charge excessive de la Cour - Rapport par M. Velimir BELAJEC	115
<i>Recours et effets des arrêts rendus dans les procédures de recours constitutionnel</i>	128
<i>Rapport de Mme Britta WAGNER</i>	128
L'efficacité du recours constitutionnel pour assurer la protection des droits de l'homme reconnus en république de Croatie - Rapport de M. Zdravko BARTOVČAK	138
CONTRIBUTIONS AU SEMINAIRE	146
La protection des droits fondamentaux par la cour constitutionnelle et la pratique de la cour de la République de Slove­nie en la matière - Rapport de M. Arne MAVČIĆ.....	146
La Cour supreme du Canada et la protection des droits et des libertés - Rapport par M. Gérald-A. Beaudoin	165
La Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie et la protection des droits (constitutionnels) fondamentaux et de la liberté des citoyens - Rapport de M. Nicolas VITROUK.....	204
Protection des libertés et droits fondamentaux devant la cour constitutionnelle en temps de guerre - Rapport de M. Nedjo MILIĆEVIĆ, Juge à la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine.....	211
Allocations de clôture - M. Jadranko CRNIĆ.....	219
<i>Liste des participants</i>	221

Séance d'ouverture

Présidée par Monsieur Antonio LA PERGOLA

Allocutions d'ouverture par:

- a. *M. Jadranko CRNIĆ, Président de la Cour constitutionnelle de la Croatie*
- b. *M. Antonio LA PERGOLA, Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit*

Allocution d'ouverture de M. Jadranko CRNIĆ
Président de la Cour constitutionnelle de la Croatie

C'est pour moi un vif plaisir d'accueillir le premier Ministre de la République de Croatie, M. Nikica Valentić, Représentant spécial du Président de la République de Croatie, M. Franjo Tuđman. Tout en le remerciant de sa présence, permettez-moi de souligner que M. Valentić est lui-même un éminent juriste, qui a exercé la profession d'avocat pendant de nombreuses années et qui, par conséquent, est également un collègue. Je vous remercie, M. le Premier Ministre, de votre exposé, qui revêt un sens particulier dans ce pays où la prééminence du droit figure parmi les premières valeurs constitutionnelles, ce pays dans lequel la Cour constitutionnelle occupe une position clé; mais je reviendrai sur ce point dans mon rapport. Hier, j'ai déjà eu l'honneur d'accueillir le Professeur Antonio La Pergola, Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit, et je lui renouvelle à présent mes souhaits de bienvenue ainsi qu'à ses collaborateurs.

Si j'affirme qu'aujourd'hui les îles Brioni sont la capitale des constitutions européennes, c'est une réalité et un honneur, car nous comptons parmi nous de nombreux présidents ou vice-présidents de nombreuses Cours constitutionnelles, comme le Professeur Laszlo Solyom, Président de la Cour constitutionnelle de Hongrie et Président de la 10e Conférence des Cours constitutionnelles d'Europe qui est l'autorité suprême puisqu'elle coiffe les Cours constitutionnelles. J'aimerais, en outre, remercier tout particulièrement le Prof. Solyom, qui a choisi de se joindre à nous plutôt que d'assister à une autre réunion importante sur un sujet identique qui se déroule actuellement à Budapest. Permettez-moi également de souhaiter la bienvenue à M. Miroslav Šeparović, Ministre de la Justice de la République de Croatie, à M. Luciano Delbianco, Préfet du Comté d'Istrie et à M. Zlatko Pavelić, Maire de la ville de Novi Vinodolski, ainsi qu'à ses adjoints; nous les remercions d'avoir distribué à tous les participants un exemplaire de l'ouvrage "Vinodolski zakonik" (la Loi de Vinodol) qui fait partie des plus anciens documents de l'histoire du droit en Croatie, transcrit en langue et en caractères croates en 1288. A ce propos, je souhaiterais vous expliquer ce que signifie le signe qui figure sur toutes les invitations, les lettres et les blocs-notes que vous avez reçu: il s'agit de la lettre initiale de cette loi qui signifie "Au nom de Dieu".

Hier, alors que nous attendions avec impatience votre arrivée, nous avons voulu, avec tous mes collaborateurs, vous montrer l'importance que nous attachions à l'arrivée de chacun d'entre vous et combien j'étais heureux que vous soyez venus, malgré vos nombreux engagements, vos lourdes responsabilités pour faire de la noble idée de la démocratie une réalité grâce au droit; je dirai, reprenant les termes de la Bible, qu'au commencement était la Constitution; or, vous avez fait tout votre possible pour que la Constitution se fasse réalité. J'espère que les efforts déployés pour vous montrer ce que signifiait pour nous votre arrivée me feront pardonner de n'avoir pas nommé chacun d'entre vous et j'espère que notre joie ne vous aura pas échappé. Nous sommes fiers de constater que tout au long de cette longue quête de la démocratie par le droit, qui, comme vous le savez n'est pas aisée, mais bien plutôt semée d'embûches – per aspera ad astra – la science et la pratique avancent sur la même voie main dans la main. Voilà qui nous permet de dire que sur ces îles de notre pays, la République de Croatie, pays qui n'a jamais souscrit à l'ancien adage romain selon lequel inter arma silent musae, la fructueuse union de la science et de la pratique nous fera encore progresser dans notre appréciation de ce merveilleux moyen de droit qui a nom "recours constitutionnel", qui existe depuis fort longtemps dans certains pays alors qu'il est encore inconnu dans d'autres, toujours loué et toujours critiqué.

Nous allons probablement provoquer de nouveaux doutes et de nouvelles controverses, mais nous allons également susciter de nouvelles adhésions et une nouvelle réflexion.

Au nom de tous les juges de la Cour constitutionnelle de la République de Croatie et de tous nos collaborateurs, je remercie une fois encore chacun d'entre vous et vous souhaite beaucoup de succès dans votre travail, un agréable séjour, tout ce qui fait la tradition des séminaires UniDem.

Je vous remercie.

Allocution d'ouverture de M. Antonio LA PERGOLA

Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

C'est pour moi un privilège et un grand plaisir de m'adresser à vous, sur cette île magnifique, dans le cadre du séminaire UniDem sur la protection des droits de l'homme par les cours constitutionnelles. Au nom de la Commission, je souhaite chaleureusement la bienvenue à nos éminents invités venus de presque toutes les cours d'Europe centrale et orientale et de certaines cours d'Europe occidentale, ainsi qu'aux théoriciens et aux praticiens du droit présents parmi nous. Permettez-moi d'exprimer la gratitude de chacun d'entre nous à l'égard de nos hôtes. Chaque séminaire que nous organisons nous donne l'occasion de pratiquer la solidarité culturelle sous sa forme la plus élevée. S'y réunissent des hommes et des femmes animés des mêmes sentiments et du même désir ardent de découvrir et d'apprécier les valeurs que nous partageons. Nos amis croates ont organisé ce séminaire dans un lieu qui a le charme enchanteur d'un coin de paradis. Notre sincère reconnaissance s'adresse à vous, Monsieur le Président de la Cour constitutionnelle, à tous vos collègues et aux membres du secrétariat de la cour, à notre cher et vieil ami M. Nick ainsi qu'à tous ceux qui ont contribué à organiser ce séminaire et qui nous offrent cette merveilleuse hospitalité.

Chacun des juristes que nous sommes, a le sentiment d'appartenir à une communauté de modes de pensée, qui se reflète dans notre Commission indépendamment des frontières nationales. La démocratie par le droit est une vision du monde sur laquelle ceux qui élaborent, qui appliquent ou qui expliquent le droit, savent qu'ils peuvent s'appuyer, vision qui se concrétise à la fois au niveau de l'Etat nation et à un niveau supra-national. C'est pourquoi nos séminaires UniDem abordent des questions qui semblent se poser à tous les peuples unis dans un destin commun et vivant dans les mêmes conditions de légalité et de liberté.

A Bucarest, il y a un peu plus d'un an, à l'invitation de la Cour constitutionnelle de Roumanie, nous avons déjà eu l'occasion, avec un groupe de juristes similaire, d'examiner en profondeur la question du rôle des juges constitutionnels. Nous avons pu, une nouvelle fois, réunir des représentants éminents de nombreuses cours, ce qui montre clairement que les échanges de vues entre les juges constitutionnels des différentes cours d'Europe et d'ailleurs répondent à un vrai besoin. De par son expérience et sa composition, la Commission de Venise est, selon moi, tout à fait qualifiée pour oeuvrer dans ce sens. Notre objectif est d'institutionnaliser un dialogue permanent entre les cours constitutionnelles.

A Bucarest, nous avons étudié d'une manière générale comment les cours constitutionnelles contribuent au développement de l'Etat de droit. Nous nous livrerons aujourd'hui à un examen plus approfondi du rôle que ces organes judiciaires peuvent jouer et jouent effectivement en matière de protection des droits fondamentaux. Notre Commission fait partie du Conseil de

l'Europe, organisation qui a toujours eu particulièrement à coeur la défense des droits de l'homme. Grâce à la Convention européenne des droits de l'homme, le Conseil de l'Europe assure une protection effective de ces droits au niveau européen. Toutefois, cette protection doit commencer au niveau national. A cet égard, le rôle des cours constitutionnelles dans les pays où elles ont été instituées est primordial. Je constate d'ailleurs avec plaisir que presque toutes les nouvelles démocraties d'Europe centrale et orientale se sont dotées de cours constitutionnelles.

Plusieurs cours d'Europe occidentale ont déjà accumulé une jurisprudence abondante sur la protection des droits fondamentaux. C'est surtout le cas en Allemagne, en Espagne, en Italie et en Autriche. Vous ne serez donc pas surpris d'entendre, au cours de ces deux journées, des rapports des représentants de ces pays. Vous entendrez également un rapport d'un éminent chercheur américain, le professeur Kommers.

Alors que les cours de ces pays peuvent se référer à une jurisprudence extrêmement riche, celles créées récemment ont la tâche difficile, mais féconde, de développer leur propre jurisprudence. Elles doivent protéger les intérêts des individus contre les excès du pouvoir de l'Etat dans des pays où, auparavant, l'Etat était censé n'être jamais dans son tort et avait tous les droits tandis que l'individu n'en avait aucun. Mais cette situation est loin d'être nouvelle. Hormis quelques exceptions notables, la démocratie et l'Etat de droit ont dû être reconstruits à partir du néant après les tragédies dont ont souffert nos pays, privés des lumières de la raison lorsqu'ils ont connu la dictature brutale, la haine raciale, le fléau de la guerre, voire des conflits sans merci nés de l'affrontement des idéologies ou d'autres formes de dissensions violentes au sein des nations.

Mais n'oublions pas que lorsqu'un ordre nouveau surgit des cendres de la destruction - telle est du moins notre expérience - l'Etat de droit finit par s'établir et, s'il est, comme il se doit, bien administré, inaugure une ère de raison et de paix et permet à la démocratie de s'épanouir là où elle a pu prendre racine.

Je voudrais insister sur un point lié au thème de notre séminaire: l'expérience me fait dire que la reconstruction de la démocratie est inséparable d'une certaine forme d'intégration des Etats-nations dans un système global de valeurs communes. Par intégration je n'entends pas une union politique à l'échelle transnationale. Il s'agit là d'un objectif à long terme dont la réalisation, même si on la considère généralement comme souhaitable, rencontrera des obstacles difficiles à surmonter, comme ne le montre que trop clairement l'exemple de la Communauté européenne. L'intégration à laquelle je pense se réalise pleinement si on la conçoit comme un moyen d'améliorer la protection des droits de la personne. Certes, c'est en premier lieu à l'Etat-nation qu'il appartient de garantir ces droits, par sa constitution. Mais la protection des droits de l'homme s'est internationalisée et un Etat-nation ouvert aux besoins et aux courants d'idées de notre époque ne peut guère se permettre de se tenir à l'écart des traités qui poursuivent ces objectifs. La rupture de l'isolement, qui est le premier bienfait de la paix, est profitable à chacun des Etats regroupés sous l'égide des traités qui instituent et protègent les droits de la personne. Ces déclarations de droits internationales ne sont pas les répliques inutiles de celles qu'une constitution démocratique est censée renfermer dans ses dispositions. La charte nationale fondamentale d'une démocratie adulte va même parfois plus loin qu'une convention internationale dans la sauvegarde de ces droits. Mais il reste que, dans le contexte que je décris, le droit interne, pour excellent qu'il soit, n'est plus considéré comme suffisant. Le rôle d'une juridiction internationale est de se prononcer sur des violations alléguées des droits fondamentaux après que la partie lésée a épuisé les voies de recours offertes par le droit interne. Il y a donc, en dehors de la cour constitutionnelle, un autre juge chargé de protéger les

droits de l'homme. Mais les sources de protection internationales et constitutionnelles s'imbriquent et se complètent. Il existe une double garantie juridictionnelle dont chaque élément agit dans le cadre de sa propre compétence et de ses propres ressources. Le juge international protège les droits institués par les traités, et l'Etat dont il estime que le comportement contrevient aux traités est tenu responsable du manquement et, à ce titre, encourt les sanctions prévues par l'instrument international. Les cours constitutionnelles, quant à elles, protègent les droits garantis par la constitution en déclarant nuls et non avenue les actes de la puissance publique susceptibles, dans le cadre du droit interne, d'être attaqués pour avoir constitué une violation de ces droits. Les sources de garanties étant doubles, l'individu concerné peut disposer de deux séries différentes de voies de recours. La cour constitutionnelle conserve ce que l'on peut appeler le monopole interne de la protection de l'individu en dernière instance, bien que la portée de sa compétence soit fonction de la structure du système de justice constitutionnelle de chaque Etat. Dans certains systèmes, les cours ne protègent les droits que par le contrôle juridictionnel de la législation alors que dans d'autres, elles sont également habilitées à se prononcer sur des recours directs présentés par un individu, généralement après que celui-ci a épuisé les autres voies de recours internes. C'est un des aspects par lesquels la branche constitutionnelle de notre justice se rapproche le plus dans l'esprit, sinon dans la forme, du contrôle judiciaire à l'américaine. Elle s'en rapproche aussi par un autre aspect: par le fait que le contrôle normatif concret peut être mis en route sur l'initiative de certains ou de l'ensemble des autres juges nationaux, qu'entendent ainsi obtenir de la cour une décision préalable sur un point de constitutionnalité soulevé par l'affaire ou la controverse, et préoccupant le juge qui a saisi la Cour. Nos cours constitutionnelles, bien que conçues à l'origine comme les dépositaires du droit objectif et du contrôle abstrait et comme les organes qui, du haut de leur grandeur, terrassent la législation à coups de prononcés, endossent alors la robe des juges s'occupant des recours individuels directs et du droit subjectif.

Ainsi, le fait que les droits fondamentaux soient assortis des garanties appropriées ne diminue pas le rôle de gardien naturel de ces droits joué par les cours. Telle est d'ailleurs la philosophie de la Convention européenne des droits de l'homme et d'autres accords analogues.

Il existe pourtant d'autres formes d'intégration entraînant la question délicate de savoir comment ajuster la protection des droits fondamentaux aux fonctions respectives des cours constitutionnelles et de l'organe judiciaire du système supra-national dont l'Etat-nation est membre. Je pense, comme vous l'avez compris, à la Communauté européenne. Le traité fondateur de la Communauté peut être considéré comme une charte des grandes libertés de circulation nécessaires au marché unique mis en place. Il s'agit de droits n'émanant pas de l'Etat nation mais exclusivement du domaine relevant du traité que les membres ont conclu conformément à leurs constitutions afin d'investir la Communauté des pouvoirs nécessaires. Or, les droits émanant du marché commun impliquent d'autres droits, que l'on pourrait appeler droits originels, qui sont sous-entendus mais non expressément stipulés dans le traité. Cet instrument international n'a pas été rédigé, comme le veut l'usage constitutionnel, à la manière d'une déclaration entièrement explicite des droits fondamentaux. Toutefois, nos droits fondamentaux communs sont là, cachés en quelque sorte, dans la toile de fond de nos traditions constitutionnelles. Nul ne peut accéder au marché unique ni en partager les fruits sans être reconnu comme le bénéficiaire légitime de ces autres droits fondamentaux plus larges que nous appelons droits de l'homme. La question épineuse est de savoir si l'on considère, chaque fois que ces droits sous-jacents de la personne apparaissent dans l'univers juridique du marché commun - et c'est souvent le cas - que leur protection est transférée à la Cour des Communautés ou demeure assurée par les cours constitutionnelles ou autres juridictions nationales, en tant qu'élément indissociable de la souveraineté des Etats membres, auquel ceux-ci ne sauraient

renoncer. Toutes les controverses sur le transfert ou le maintien du pouvoir tournent en fin de compte autour de la mesure dans laquelle il faut protéger les droits et les libertés fondamentales. Or, nous sommes confrontés à des droits et des libertés qui méritent la même protection dans le cadre de l'intégration que dans celui de la constitution nationale qui a autorisé l'adhésion de l'Etat à la Communauté. Force est de constater que, plutôt que les organes politiques, ce sont les cours qui auraient dû débattre de l'attribution de la souveraineté, la Cour des Communautés se chargeant de l'interprétation du Traité et les cours nationales de celle des chartes fondamentales de leurs pays respectifs. Il ne faut pas chercher bien loin la raison de cette caractéristique frappante de notre Europe en devenir. L'intégration a été considérée comme un phénomène plus normatif qu'institutionnel. Elle est conçue pour instituer des droits, mais par les méthodes de la diplomatie multilatérale et non par celles de la démocratie représentative. L'intégration telle que nous la connaissons et que nous l'exerçons est le creuset où sont institués des droits qui seront appliqués même en cas d'incompatibilité avec la législation nationale. L'effet direct et la suprématie du droit communautaire sont des principes posés par les juges, institués par la Cour des Communautés et acceptés par les juridictions nationales. L'institution des droits individuels dont ces principes garantissent la reconnaissance, impose l'organe qui doit les appliquer - le juge - plutôt que la nécessité d'une autre institution. Ainsi les juges sont devenus les principaux acteurs de l'intégration. Les avis de la Cour des Communautés et des cours nationales se sont souvent recoupés, mais jamais contredits aux dépens de la défense de l'individu. Leurs divergences de conception sur le transfert de souveraineté ne tiennent pas à une quelconque volonté d'affirmer leur pouvoir sur l'individu. Au contraire, elles sont dictées par le souci de déterminer le niveau de juridiction, national ou supra-national, offrant la meilleure garantie possible contre une violation des droits de la personne due à l'exercice illégitime du pouvoir et de l'autorité. Si la Cour des Communautés garantit le respect de ces droits non pas au niveau de protection le plus bas mais au niveau le plus élevé offert par les Etats membres, elle finira par réussir à étendre son aile protectrice sur les individus touchés par le processus d'intégration, que ce soit par l'action ou l'inaction de la Communauté elle-même ou de tout membre appelé à s'acquitter de ses fonctions dans le cadre communautaire. Les Etats membres accepteront alors de renoncer à leurs réserves au sujet de la compétence de la Cour des Communautés et de la laisser jouer son rôle. Il importe qu'ils le fassent, dans l'intérêt de leurs ressortissants. La Cour des Communautés ne peut annuler directement les lois ou autres mesures de l'Etat car elle n'est pas une cour fédérale mais elle peut les déclarer illégales; dans ce cas, les réparations imposées au fil des décisions constituant sa jurisprudence pour redresser les torts subis par les individus peuvent avoir l'effet rigoureux d'une justice efficace. D'autre part, les cours nationales peuvent ne pas détenir le monopole exclusif de la protection des droits de l'homme. Mais la portée et le poids de leur compétence dans ce secteur crucial de l'Etat de droit doivent, dans tous les cas, être des critères indispensables pour décider si, et dans quelle mesure, d'autres juridictions nationales ou créées dans le cadre d'un traité peuvent administrer des garanties nouvelles ou supplémentaires, autres que celles de la justice constitutionnelle au sens propre. Quelle conclusion peut-on en tirer lorsque l'on envisage le rôle des cours constitutionnelles dans le contexte de l'intégration? La raison, soumise à l'épreuve de l'expérience, nous dit que la déclaration des droits est la clef de voûte d'une constitution écrite et que le juge qui l'applique est de fait, sinon de nom, un juge constitutionnel.

A notre époque, des déclarations de droits voient aussi le jour hors de leur berceau originel, l'Etat nation. On en trouve dans des traités par lesquels les Etats instaurent d'un commun accord des systèmes inédits de création et de protection des droits individuels. Ces systèmes exigent la mise en place de juridictions incarnant la notion de justice constitutionnelle et dont nous pouvons attendre la construction du fédéralisme "créé par les juges" qui se fait jour

actuellement en Europe. Ce fédéralisme de type nouveau ne vise pas à remodeler les Etats existants ni à modifier l'équilibre des pouvoirs mais à placer les citoyens dans des cercles de citoyenneté plus larges et plus complets, leur assurant à tous la jouissance de leurs droits et donc liés à la valeur transnationale des libertés individuelles.

Monsieur le Président, membres éminents de la Cour constitutionnelle de Croatie, Votre pays a rejoint la famille des nations démocratiques et votre rôle est crucial pour la stabilité et le développement de ses institutions. C'est un rôle certes difficile. Nous avons connu les mêmes difficultés dans tous nos pays, mais les efforts ont toujours été couronnés de succès. Nous savons tous qu'il en sera de même chez vous. L'Europe dont cette belle contrée fait partie intégrante est la patrie de l'Etat de droit et de la raison. Les heures les plus sombres vécues par ce continent entre les deux guerres mondiales ont commencé lorsque les premières cours constitutionnelles instituées se sont trouvées impuissantes à jouer leur rôle de garantes de la constitution. Mais les temps changent. Et notre plus grand espoir, à l'heure où ce qui fut la Yougoslavie est le théâtre d'un conflit tragique qui bouleverse vos nations soeurs d'Europe et du monde entier, est que votre jeune Cour qui a déjà acquis dignité, sagesse et prestige, devienne le champion honoré et estimé des droits individuels et de la démocratie. Le service que vous pouvez rendre à votre pays est inestimable et ne peut que renforcer sa contribution à l'Europe.

Je vous remercie de votre attention.

PREMIERE SEANCE DE TRAVAIL

Présidée par Monsieur Antonio LA PERGOLA

Les droits invocables dans les recours constitutionnels

- a. *Les droits invocables dans les recours constitutionnels
Rapport du Professeur J.L. CASCAJO CASTRO,
Université de Salamanca (Espagne)*

- b. *Quels droits peuvent être efficacement protégés par un recours constitutionnel?
Rapport de M. Jadranko CRNIĆ, Président de la
Cour constitutionnelle de Croatie*

- c. *La contestation des sentences arbitrales devant la
Cour constitutionnelle en droit croate
Rapport de M. Hrvoje MOMČINOVIĆ, Vice-
président de la Cour constitutionnelle de Croatie*

Les droits invocables dans les recours constitutionnels - Rapport du Professeur J.L. CASCAJO CASTRO

Espagne

I. INTRODUCTION

L'analyse scientifique de la juridiction constitutionnelle et l'expérience judiciaire concernant les plaintes émanant directement d'individus alléguant une violation de leurs droits fondamentaux ont en commun une série de prémisses qui appartiennent maintenant au patrimoine commun de notre culture juridique. Elles servent, de plus, dans ce cas, de point de départ à la réflexion postérieure sur les problèmes qui se posent lors de la délimitation de l'objet protégé par le "recours constitutionnel" (Recurso de amparo, dans la terminologie espagnole).

Parmi ces prémisses, il convient de souligner les suivantes:

"Le recours sans cesse croissant à la justice constitutionnelle s'explique par la force morale acquise par celle-ci dans l'esprit des citoyens, qui croient en la capacité de la Cour de garantir la jouissance des libertés et des droits à travers le respect de la Constitution"¹.

"Doter une Cour constitutionnelle spéciale de la capacité d'examiner les plaintes constitutionnelles liées à la violation des droits constitutionnels individuels peut améliorer la protection de ces droits et souligner leur valeur constitutionnelle"². Il est bien entendu que ce type de fonction n'entend pas suppléer la compétence des tribunaux ordinaires en matière de garantie et de protection de ces droits. De ce fait, la délimitation entre juridictions ordinaire et constitutionnelle se trouve être une tâche particulièrement délicate et complexe. Dans les systèmes juridiques où est prévue la figure du recours constitutionnel, la portée de l'objet protégé (droits invocables ou types d'actes susceptibles de faire l'objet d'une plainte constitutionnelle) ne coïncide pas toujours, comme le met en évidence le droit comparé³.

En ce sens, ladite juridiction constitutionnelle des libertés se nourrit d'une série de principes et de critères qui surgissent au-delà des intérêts particuliers en cause, en exerçant avec des effets pertinents la fonction d'intégration et d'application des droits fondamentaux. "Grâce à ce mécanisme du recours constitutionnel individuel, la Cour est ainsi en mesure d'orienter l'action des pouvoirs judiciaire, exécutif et législatif sur toute question concernant les droits fondamentaux"⁴.

La protection des droits fondamentaux est considérée comme une donnée essentielle à l'existence même et à la survie de l'Etat démocratique. La juridiction constitutionnelle a joué un rôle fort significatif en ce domaine, contribuant à concrétiser les droits fondamentaux et à les prôner, quand cela s'est révélé nécessaire, dans leur compatibilité réciproque. L'expérience espagnole, avec ses quinze ans de fonctionnement du Recurso de Amparo (recours constitutionnel) -qui sert de base au présent rapport-, constitue en ce sens un chapitre digne d'être pris en considération. Des 29814 cas enregistrés du 15 juillet 1980 au 31 décembre 1994,

¹ Cf. l'allocation de A. LA PERGOLA, dans "Le rôle de la cour constitutionnelle dans la consolidation de l'Etat de droit.", Commission européenne pour la démocratie par le droit, Actes du séminaire de Bucarest, 8-10 juin 1994, p.13 et 15.

² Cf. H.STEINBERGER, "Modèles de juridiction constitutionnelle", Commission européenne pour la démocratie par le droit, Conseil de l'Europe, 1993, p.28.

³ Cf. H.STEINBERGER, "Les actes de la Cour constitutionnelle et leurs conséquences" dans "Le rôle de la Cour...", op. cit. p.104.

⁴ Cf. L.LOPEZ GUERRA, "Le rôle et les compétences de la Cour constitutionnelle" "Le rôle de la cour...", cit. p. 32 et 33.

classés d'après le genre de recours, 28106 cas ont été présentés comme recours constitutionnels -Recurso de Amparo-⁵.

II. QUELQUES QUESTIONS SUR L'OBJET PROTEGE DANS LE RECOURS CONSTITUTIONNEL (R.C.)

1. En principe, la technique normative adéquate exige que les aspects essentiels du R.C. -et entre autres, cela va de soi, la définition de l'objet protégé- soient délimités constitutionnellement de la façon la plus précise possible.

Il semble cependant, du moins dans le cas de l'expérience espagnole, qu'il s'agisse d'une *questio disputata*. En marge des raisons de pure convenance ou opportunité, la discussion porte sur la marge dont dispose le législateur pour déterminer la configuration ultime du R.C. Plus concrètement, est objet de discussion la possibilité d'incidence sur l'ensemble de droits fondamentaux protégés constitutionnellement par le R.C.

Pour certains auteurs, "la Constitution, assurément, non seulement délimite négativement le domaine du *Recurso de Amparo* mais impose que les droits fondamentaux qu'elle énumère -fussent-ils les seuls- jouissent de cette protection ultime du Tribunal Constitucional (Tribunal Constitutionnel) à travers le *Recurso de amparo*. De cette façon, serait absolument impossible toute réforme législative qui tenterait de restreindre les droits fondamentaux qui, conformément à la Constitution, sont susceptibles de faire l'objet de "recours de protection" devant le Tribunal Constitucional (Tribunal constitutionnel)⁶. Il s'agirait donc d'une espèce de réserve de la Constitution, de type limitatif, dans la mesure où elle établit un rapport bilatéral entre la compétence du constituant et la matière objet de protection du *Recurso de Amparo*. Il en ressortirait, par conséquent, que cet élément central du R.C. ne pourrait se trouver à la disposition du législateur ordinaire, neutralisant de cette façon les risques d'une éventuelle déconstitutionnalisation. Selon cette thèse, toute réforme "in peius" qui se traduirait par une réduction de l'objet protégé, ne serait pas conforme à la Constitution. La détermination d'un catalogue de droits fondamentaux, compris comme un "numerus clausus", n'exclut pas la possibilité de développer l'objet protégé par le R.C. en "nouveaux" droits fondamentaux que l'on estimerait devoir être protégés par ce moyen spécifique de garantie. Dans la pratique est mise en évidence, à travers divers moyens d'interprétation, la "vis" expansive de domaine normatif, délimité comme objet protégé par le *Recurso de Amparo* (recours constitutionnel).

D'un autre point de vue, diamétralement opposé, "en aucun cas il n'y a lieu d'extraire de la Constitution des arguments destinés à soutenir que le législateur ne peut délimiter l'ensemble des droits protégés à travers ce "recours" [R.C.], et encore bien moins de s'en remettre à la *voluntas legislatoris* (rectius *constituentis*) pour soutenir que le législateur ne peut pas choisir, dans la série des "droits protégeables, lesquels doivent être effectivement protégés par le *recurso de amparo*⁷. Selon la logique de cette argumentation, il serait possible que le législateur exclût du

⁵ Cf. *APENDICE ESTADISTICO SOBRE LA ACTIVIDAD DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DESDE 15 DE JUNIO DE 1980 HASTA 31 DE DICIEMBRE DE 1994*, dans "La Jurisdicción constitucional en España: La Ley Orgánica del Tribunal Constitucional: 1979-1994", Madrid, 1995.

⁶ Cf. G.F. FARRERES, "El *Recurso de Amparo* según la Jurisprudencia constitucional", Madrid, 1994, p.14.

⁷ Cf. F. RUBIO, "El *Recurso de Amparo* Constitucional", dans "La Jurisdicción Constitucional en España...", op. cit. p.132.

domaine protégé par le R.C. les droits fondamentaux de caractère procédural. Inversement, rien n'empêcherait d'ajouter à la série des droits fondamentaux susceptibles de protection divers autres que l'on estimerait juste d'inclure à l'intérieur du maximum constitutionnellement possible.

Ces deux interprétations manifestent, en marge du système juridique dont elles sont issues, deux formes possibles de construction normative du domaine de protection du R.C. dépendant en grande partie de la conception qu'on peut avoir du R.C. comme solution "subsidaire" ou "alternative" à la protection judiciaire ordinaire.

2. Quand l'objet protégé se limite à un ensemble de droits fondamentaux, ayant pris corps dans une série de dispositions constitutionnelles, il semble évident que cette protection porte effectivement sur des droits et non sur quelque autre figure voisine, comme par exemple, celle de la garantie institutionnelle qui pourrait être contenue dans la série de dispositions constitutionnelles délimitées en tant que domaine particulier du R.C.

Le problème est plus complexe quand il est lié au titre ou à la cause d'invocation et de protection d'un droit à nature ou caractère de droit fondamental, dans la mesure où il nous oblige à poser le problème des caractéristiques qui permettent de considérer un droit comme fondamental.

L'examen des textes constitutionnels révèle, dans certains cas, que lesdits droits fondamentaux constituent une catégorie hétérogène avec divers critères de différenciation. Entre autres, il convient de citer leur degré d'applicabilité directe ou indirecte dans les rapports juridiques entre particuliers, le type ou la classe de normes infraconstitutionnelles qui peuvent les mettre en oeuvre en application de la Constitution, la procédure plus ou moins lourde de son éventuelle révision ou ses divers systèmes de protection juridictionnelle.

Cette hétérogénéité n'empêche pas, cependant, d'identifier certaines particularités des droits fondamentaux, d'une façon générale faciles à assumer:

- Considérés dans une perspective matérielle, les droits fondamentaux sont considérés comme tels dans la conscience et la culture juridique du pouvoir constituant⁸. Ils ont une valeur prioritaire, car ils sont l'essence même du système constitutionnel. Ils opèrent en certains cas dans la jurisprudence des tribunaux supérieurs comme une espèce de succédané du droit naturel.
- Dans une perspective formelle, leur caractéristique la plus spécifique est le fait qu'ils lient le législateur. Les droits fondamentaux sont déclarés et reconnus par la Constitution, non par la loi, qui en tout état de cause devra respecter leur contenu essentiel. Depuis la Constitution de Weimar, on a souligné l'importance de la garantie de la suprématie de la Constitution sur le législateur en matière de droits fondamentaux. Les techniques de contrôle de la constitutionnalité qui ont acquis avec le temps un remarquable essor de perfectionnement jouent un rôle essentiel en ce sens. Les instruments de protection judiciaire, parmi lesquels il convient d'inclure la figure du R.C., sont un élément générique que se partagent droits fondamentaux et droits non fondamentaux. En ce sens, le R.C. ne doit pas être pris comme un critère qui permette

⁸

Cf. P.CRUZ, "Formación y evolución de los derechos fundamentales", *Revista Española de Derecho Constitucional*, n° 25, 1989 et "El legislador de los derechos fundamentales", dans A. López Pina (ed), "La garantía constitucional de los derechos Fundamentales", Madrid, 1991.

d'identifier et de caractériser la catégorie des droits fondamentaux. A cet effet, la nature des biens et des intérêts constitutionnels protégés est plus importante que leurs diverses formes de garantie.

3. Le droit invocable et protégé par le R.C., -d'après la doctrine communément admise- inclut la jouissance effective du droit dans le cadre de sa régularisation normative. C'est pourquoi le droit fondamental protégé est intégré, non seulement par son contenu essentiel, mais aussi par les droits ou facultés que le législateur a pu reconnaître. L'équilibre entre le plan de la constitutionnalité et celui de la légalité ordinaire devient ainsi une tâche complexe et incessante de la juridiction constitutionnelle. Comme l'a signalé le Tribunal constitucional (Tribunal constitutionnel) espagnol (Arrêt 50/84), "l'unité du système et la suprématie de la Constitution ne tolèrent pas la considération des deux plans comme s'il s'agissait de deux mondes distincts et ne communiquant pas. La juridiction ordinaire ne peut, dans son interprétation et son application de la loi, faire fi de la Constitution, et la juridiction constitutionnelle ne peut se passer de l'analyse de l'application que la juridiction ordinaire fait de la loi quand une telle analyse est nécessaire pour déterminer si un des droits fondamentaux ou une des libertés publiques dont lui a été assignée la sauvegarde" a été ou non violé.

Sur ce point, il n'y a pas lieu de proposer de solutions abstraites et de ce fait sans rapport avec la pratique même des cas concrets. Ce qui n'empêche que, dans tous les cas, il conviendrait de ne pas perdre de vue que le juge constitutionnel, inévitablement transformé dans l'exercice de cette compétence en "juge de juges", ne peut prendre ses distances par rapport à sa fonction originare de "juge des normes".

La figure du R.C. constitue le meilleur banc d'essai pour vérifier la difficulté que suppose le fait d'opérer avec cette dualité de plans. Elle manifeste aussi avec clarté, du moins dans l'expérience espagnole, que "la bataille pour la suprématie de la Constitution se joue sur le terrain réglementaire et judiciaire et non seulement sur celui de la loi"⁹.

Les droits fondamentaux à configuration législative auxquels nous nous sommes référés, c'est-à-dire ceux dont le contenu concret ne peut être parfaitement déterminé sans mentionner la législation correspondante d'application, amplifient de façon inévitable le domaine protégé par le R.C.

L'articulation entre constitutionnalité et légalité n'est pas le seul problème que doit résoudre une articulation adéquate entre la juridiction constitutionnelle et la juridiction ordinaire. Il est possible aussi de distinguer entre droits constitutionnellement reconnus, invocables ou non dans le recours constitutionnel. Sur la base d'un système juridique dérivé, il y a même lieu d'établir une délimitation négative de l'objet du recours constitutionnel. Or, même les droits fondamentaux exclus d'une protection si spécifique peuvent faire l'objet d'une protection exercée en tant qu'effet réflexe d'une déclaration de nullité de l'acte attaqué ou de la reconnaissance d'un droit fondamental auquel ils sont inséparablement liés. Dans ce cas également, l'objet protégé par le R.C. est largement étendu, grâce aux droits fondamentaux dénommés *per relationem*. On pourrait identifier de cette façon, comme le font certains auteurs, une juridiction constitutionnelle non organique, ni fonctionnelle, mais *ratione materiae*. Les droits

⁹ Cf. L.M^a.DIEZ-PICAZO, "Dificultades prácticas y significado constitucional del Recurso de Amparo", *Revista Española de Derecho constitucional*, n° 40, Madrid, 1994.

fondamentaux, invocables ou non dans le R.C., s'entendraient comme le champ d'action le plus propice au constitutionnalisme coopératif.

4. Dans cet ordre de choses, l'éventuelle inclusion des droits procéduraux garantis par la Constitution dans le domaine protégé par le R.C. mérite une mention particulière. L'expérience espagnole que nous analyserons plus avant est fort éloquente à cet égard.

Par l'inclusion de ce type de droits, on court le risque de transformer le Tribunal Constitucional, comme on l'a dit de façon très expressive, en "surveillant général" du système judiciaire ordinaire en matière de droits fondamentaux. Il convient donc de prôner d'autres facteurs, telle une réforme adéquate des lois procédurales relatives aux droits constitutionnels liés à la procédure judiciaire, qui puissent permettre de plus de corriger les éventuelles violations in procedendo sans avoir à interposer le R.C. Il convient, en ce sens, de se rappeler que "toutes les Cours d'appel devraient notamment être compétentes pour connaître des violations de droits procéduraux garantis par la Constitution (tel que, par exemple, le droit à un procès équitable et d'autres droits liés à la procédure judiciaire) commises par des juridictions inférieures"¹⁰.

La protection de cette classe de droits fondamentaux de caractère procédural implique, de plus, la combinaison permanente de questions de constitutionnalité avec des prétentions connexes de légalité ordinaire.

Quoi qu'il en soit, il n'y a pas lieu d'adopter à ce sujet une attitude dans l'abstrait, sans tenir compte des particularités du système juridique lui-même et du modèle de juridiction constitutionnelle des droits et intérêts protégés découlant du système en question.

III. L'EXPERIENCE ESPAGNOLE DU RECURSO DE AMPARO: CONFIGURATION DU DOMAINE PROTEGE

1. Le caractère de *numerus clausus* des droits protégés par le Recurso de Amparo.

L'article 41.1 de la loi régulatrice de la juridiction constitutionnelle établit que les droits et les libertés reconnus dans les articles 14 à 29 de la Constitution seront susceptibles de protection constitutionnelle. La même protection sera applicable à l'objection de conscience reconnue à l'article 30 de la Constitution.

La liste de droits protégés inclut les figures juridico-subjectives qui sont articulées sur la base du principe d'égalité, du droit à la vie et à l'intégrité physique et morale; du droit à la liberté idéologique, religieuse et de culte; du droit à la liberté et à la sécurité; du droit à l'honneur, à l'intimité personnelle et familiale, à sa propre image, du droit à la liberté de résidence et de circulation; des droits liés à la liberté d'expression et d'information; des droits de réunion, d'association et de participation aux affaires publiques; des droits procéduraux et de ceux dérivant du principe de légalité pénale, du droit à l'éducation; du droit à la liberté syndicale, du droit de grève, du droit de pétition individuelle et collective et, pour finir, de celui à l'objection de conscience.

Cette liste de droits coïncide avec celle figurant à l'article 53.2 de la Constitution. Ainsi établie, la délimitation objective du Recurso de Amparo permet également de déterminer quels droits

¹⁰ Cf. H.STEINBERGER, "Modèles...", *cit.* p.30.

inscrits dans la Constitution espagnole ne sont pas invocables par cette voie. La propre expérience du Tribunal Constitucional a contribué de façon décisive à cerner le domaine ainsi délimité, qui s'est vu notablement amplifié à travers l'invocation des droits procéduraux et du droit à l'égalité. (Articles 24 et 14 respectivement).

En principe, le Tribunal Constitucional (Tribunal constitutionnel) rejette les recours dans lesquels, sous prétexte de l'invocation formelle d'une disposition constitutionnelle contenant un droit protégé, et sans lien avec cette disposition, ce qui est en fait dénoncé est la violation d'un autre principe ou droit qui se situe en dehors du domaine protégé.

Ne sont pas non plus invoquables, bien que faisant partie de l'ensemble de dispositions constitutionnelles objectivement couvertes par le Recurso de Amparo, les normes ne contenant pas de droits fondamentaux pouvant être exercés par leur titulaire, mais qui établissent, par exemple, des devoirs de coopération de l'Etat avec les diverses confessions religieuses, ou des mandats au législateur sans créer en faveur des établissements d'enseignement privés un droit subjectif à des prestations publiques.

Le Recurso de Amparo est envisagé du point de vue de la violation concrète de droits et de libertés spécifiques, non du fait d'une contradiction présumée par rapport à quelque principe général qui serait tiré du texte constitutionnel. On souligne fréquemment que le droit à la sécurité personnelle ("ex" article 17.1 de la Constitution) ne coïncide pas avec le principe de sécurité juridique de l'article 9.3 de la Constitution qui équivaut, sous une forme forcément schématique, à une certitude sur le système juridique applicable et les intérêts juridiquement protégés. Le Recurso de Amparo n'est pas le canal adéquat pour la préservation de principes ni pour solliciter et obtenir une formulation abstraite et générale à propos de la constitutionnalité de tel ou tel critère d'interprétation de la norme. Il ne l'est pas non plus vis-à-vis du refus du juge d'envisager une question d'inconstitutionnalité quand la demande ne s'appuie pas précisément sur la violation de quelque droit ou liberté protégé par le Recurso de Amparo.

A propos de la distinction entre valeur supérieure et droit fondamental, le Tribunal Constitucional considère que le droit à la liberté personnelle protégé par l'article 17.1 de la C.E. est la "liberté physique", la liberté par rapport à la détention, la condamnation ou l'internement arbitraires, sans possibilité d'y introduire une liberté générale d'action ou une liberté générale d'autodétermination individuelle, puisque cette classe de liberté, qui est une valeur supérieure du système juridique -article 1.1 de la Constitution espagnole- ne jouit que de la protection du Recurso de Amparo dans les manifestations concrètes auxquelles la Constitution accorde la catégorie de droits fondamentaux inclus au Chapitre II de son Titre I. Dans cet ordre d'idées, l'Arrêt 89/1987 du Tribunal Constitucional établit une différence entre les manifestations "de la foule d'activités et de rapports vitaux que la liberté rend possibles" (ou manifestations de la "liberté tout court") et les "droits fondamentaux qui garantissent la liberté" mais qui "n'ont ni ne peuvent avoir comme contenu concret chacune de ces manifestations dans sa pratique, si importantes soient-elles dans la vie de l'individu" (Arrêt 120/1990 du T.C.).

De façon précise, il est établi également que les droits susceptibles de protection doivent être interprétés conformément aux Traités et Accords internationaux sur ces mêmes matières ratifiés par l'Espagne (Article 10.2 de la C.E.); mais, pour fonder ce recours de façon exclusive, est écartée toute possibilité d'invocation directe dans le Recurso de Amparo d'une disposition d'un traité international ratifié par l'Espagne; en effet, en dehors de notre Constitution n'est admise l'existence "d'aucune norme fondamentale" (Arrêt 84/1989 du T.C.). Dans un arrêt postérieur, ce même T.C. conclut que "le seul canon admissible pour résoudre les demandes d'amparo est celui

de la disposition constitutionnelle qui proclame le droit ou la liberté dont on dénonce la violation" (Arrêt 64/199). Le T.C. se déclare incompétent, donc, quant à la garantie d'application correcte du droit communautaire européen par les pouvoirs publics nationaux, l'entendant comme une question de caractère infraconstitutionnel, ou, pour employer une expression plus nuancée, non constitutionnelle, l'excluant par conséquent à la fois du domaine de la procédure de protection et des autres procédures constitutionnelles.

Cette prise de position a fait l'objet d'une analyse de la part de ceux qui soutiennent que l'adhésion de l'Espagne à la Communauté européenne a augmenté, en notre faveur et en faveur des citoyens d'autres Etats membres, nos droits et libertés fondamentaux, ces effets étant compris à l'intérieur du cadre de l'article 93 de la Constitution espagnole. Cette disposition établit qu'une loi organique pourra autoriser la signature de traités attribuant à une organisation ou à une institution internationale l'exercice de compétences dérivées de la Constitution. Il incombe aux Cortes Generales ou au Gouvernement, selon le cas, de garantir l'exécution de ces traités et des résolutions émanant des organismes internationaux ou supra-nationaux qui bénéficient de ce transfert de compétences. Selon nous, comme nous l'avons déjà soutenu¹¹, l'article 93 permet l'attribution de l'exercice de droits de souveraineté et ne se limite pas à l'autorisation de cette attribution, mais conditionne aussi de façon continue notre rattachement aux Communautés Européennes. D'où certaines critiques du fait que le T.C. refuse de faire respecter les devoirs internationaux/communautaires des pouvoirs publics espagnols.

2. La force expansive de certains droits fondamentaux

Malgré la teneur littérale des normes qui précisent la portée du RC, dans la pratique, il s'est produit un élargissement de ce même recours à travers ce que nous pourrions appeler la force expansive de certains droits fondamentaux, invocables dans ce recours. Sous le couvert de ces derniers, d'autres droits situés en dehors du domaine protégé, mais intimement imbriqués à eux, ont été considérés susceptibles de protection constitutionnelle. Il en va ainsi, par exemple, du droit de créer des partis politiques, du fait de son lien avec le droit d'association, ou de droit à la négociation collective lié au droit de liberté syndicale, considéré comme en faisant partie en tant que manifestation de l'exercice de l'action syndicale. Parfois, ce caractère indissociable de deux droits s'est exprimé légalement, comme c'est le cas dans l'exercice de l'initiative législative populaire liée évidemment au droit fondamental de participation aux affaires publiques.

Dans d'autres cas, l'élargissement se trouve être le résultat de l'extension de la titularité et de la légitimation active qui en découle, à l'intérieur d'un même droit, en faveur de certaines Communautés, voire de certaines personnes juridiques de droit public qui retiennent pour elles-mêmes certains domaines de liberté. Il en est ainsi pour la liberté idéologique et religieuse et la liberté de culte constituée comme un droit fondamental garanti constitutionnellement et protégé, entre autres moyens de protection, par le R.C.

Dans d'autres cas, vient s'ajouter au sens d'un droit fondamental celui de la reconnaissance d'une garantie institutionnelle. Bien que n'ayant pas de répercussion dans la délimitation objective du R.C., cela peut entraîner certaines conséquences quand il s'agit de résoudre les fréquents cas de collision entre droits fondamentaux. D'après une jurisprudence maintes fois reprise dans notre système juridique, les droits d'expression et d'information sont des droits de liberté attribués

¹¹ Cf. A.MANGAS, *La perspectiva constitucional española, papier soumis lors du symposium sur le droit international, droit communautaire et droit constitutionnel national, Bruxelles, 21-22 juin 1995, inédit, aimablement cédé par l'auteur.*

également à tous les citoyens et qui signifient en outre la reconnaissance et la garantie d'une institution politique fondamentale qu'est l'opinion publique, intimement liée au pluralisme politique, à la valeur et aux conditions de bon fonctionnement de l'Etat démocratique.

3. Les droits fondamentaux à configuration législative

A l'occasion de la protection du droit fondamental d'accès aux charges et fonctions publiques, qui a nature et caractère de droit légal, le T.C. se doit de vérifier, quand il en est enjoint par voie de recours de protection, si l'interprétation de la légalité configuratrice des droits fondamentaux a été entreprise *secundum constitutionem*, et, en particulier, si, sur la base des faits appréciés par l'organe judiciaire, l'application de la légalité a pu affecter l'intégrité du droit fondamental ici considéré (Arrêt 24/1990 du T.C.). S'il n'en était pas ainsi, les droits fondamentaux de caractère légal en résulteraient rabaissés au niveau de la légalité ordinaire et de ce fait exclus du contrôle de constitutionnalité, instrument idoine pour la réparation d'une éventuelle violation des droits de l'Article 23.2 de la Constitution espagnole.

Ce genre de droits n'appartient pas aux droits de liberté à exercer "sans plus", et directement à partir de la Constitution, mais à travers les voies que le législateur établit. Cela ne signifie cependant pas que ce type de droits n'ait un minimum de contenu, avant l'adoption de dispositions de mise en œuvre, ni que le législateur puisse introduire une entrave à l'exercice d'un tel droit fondamental qui ne respecterait pas son contenu essentiel. D'autre part, personne d'autre que le législateur ne peut introduire d'entraves ou de limitations à ce genre de droits dont l'exercice "ne peut être réglé que par la loi" (Arrêt du T.C. 99/1985).

Il semble évident que les droits fondamentaux à configuration légale sont propices à des tensions entre la juridiction ordinaire et la juridiction constitutionnelle, rendant plus difficile leur délimitation réciproque.

4. Le droit à l'égalité

Il s'agit d'un droit dérivé qui, comme l'a indiqué la doctrine, est dénué de tout contenu propre; en effet, il est établi à partir d'une relation préalable ou d'une position juridique déterminée et sur laquelle doit se projeter l'impératif d'égalité.

Le T.C. a souligné également la nature relationnelle et hétéronome du droit à l'égalité en indiquant qu'il ne constitue pas un droit subjectif autonome, existant en soi, son contenu étant toujours établi par rapport à des relations juridiques concrètes.

Dans la pratique du T.C., il s'est trouvé être un des droits le plus souvent évoqués par rapport au nombre total de R.C. présentés (23% devant la Première Chambre, 21% devant la Seconde Chambre).

Il a été l'occasion d'une jurisprudence variée dans laquelle il n'est pas toujours possible d'invoquer la légitime aspiration à l'égalité matérielle ou de fait devant des inégalités qui ne dérivent pas de critères juridiques discriminatoires.

Le droit à l'égalité n'implique pas seulement le droit des citoyens à ce que la loi soit appliquée à tout le monde de façon égale mais également un droit vis-à-vis du législateur (ou plus généralement, vis-à-vis de l'auteur de la norme) dont les décisions peuvent ainsi être annulées

quand elles établissent des distinctions basées sur des critères spécifiquement interdits, ou sans connexion raisonnable avec l'objectif même de la norme (Arrêt 68/1991 du T.C.).

Dans les hypothèses que l'on pourrait dénommer de "discrimination par indifférenciation", il n'existe pas de droit fondamental à la singularisation normative (Arrêt 68/1985 du T.C.).

Le Tribunal Constitucional a également réitéré que le principe d'égalité devant la loi ne signifie pas un droit impossible à l'égalité dans l'illégalité.(Arrêt 21/1992 du T.C.).

La clause générale d'égalité de tous les Espagnols devant la loi n'implique pas, selon le Haut Tribunal, la création d'une liste fermée d'hypothèses de discrimination, mais représente, en revanche, une interdiction explicite de discriminations bien déterminées et spécifiques pour raison de sexe, d'opinion ou de tout autre condition ou circonstance personnelle, race, etc.

Pour ce qui est des droits fondamentaux qui se constituent autour du principe d'égalité, il n'y a pas lieu de parler -en nous référant à la doctrine autorisée en la matière- d'élargissement en termes absolus; en effet, si le contenu susceptible de protection du principe d'égalité devant la loi a bien augmenté au-delà de ce qui est raisonnable, en incluant dans le droit à l'égalité dans l'application judiciaire de la loi le droit (limité) pour les juges de maintenir les critères interprétatifs utilisés par le passé, le TC s'est autolimité, peut-être excessivement, jusqu'à présent, dans son contrôle du principe d'égalité dans la loi, en acceptant de manière presque automatique la licéité des différenciations établies par le législateur à chaque fois que celles-ci ne sont pas le résultat de l'emploi de l'un quelconque des critères expressément interdits par l'Article 14 (race, sexe, etc.)..."¹².

5. Les droits procéduraux de l'Article 24 (C.E.)

Le fait que, de l'ensemble des recours constitutionnels présentés entre le 15 juillet 1980 et le 31 décembre 1994, 66% devant la Première Chambre et 69 % devant la Seconde, invoquent l'Article 24 de la Constitution espagnole, est très significatif. Concrètement, 86 % des recours présentés en 1992 et 86,4% en 1993 sont fondés sur la base des droits procéduraux garantis par l'article 24 de la Constitution espagnole. Cette donnée manifeste clairement l'ampleur du problème, sur lequel la doctrine est en débat actuellement. Il est également évident, en marge des différentes appréciations que l'on peut faire, que la jurisprudence du T.C. a étendu le domaine protégé par ces droits de caractère procédural jusqu'à des limites difficiles à saisir et, en ce sens, qu'il a contribué à créer un R.C. commun et général en dernière instance par rapport à toutes les violations supposées ou réelles en procédure ordinaire qui peuvent affecter le droit fondamental à une protection judiciaire effective. De cette façon, de nombreux aspects des garanties procédurales ont subi une importante révision à la lumière des postulats constitutionnels, permettant que le flux d'une jurisprudence variée fasse l'objet d'études et de réflexions dans les palais de justice. Cela n'empêche que la jurisprudence elle-même soit devenue en même temps un facteur excessif de contrôle de constitutionnalité des décisions judiciaires. Ainsi s'explique l'heureuse devise d'un auteur qui prône "moins de protection vis-à-vis du juge, plus de protection vis-à-vis du législateur" (P.CRUZ), ou la proposition qui demande "un effort pour établir toujours un lien entre la critique implicite vis-à-vis du juge, que suppose toute concession de protection, et la critique explicite du législateur, même si dans de nombreux cas celle-ci ne peut aller au-delà d'un simple signe destiné à corriger le défaut ou la lacune de la loi" (F.RUBIO).

¹² Cf. F.RUBIO, *op.cit.* p.148.

L'élargissement du domaine protégé par le R.C. a acquis sa plus grande expression à travers les droits de l'Article 24 de la Constitution espagnole. A l'inverse, dans d'autres systèmes juridiques, tel l'autrichien, les décisions des tribunaux ne peuvent pas faire l'objet d'un recours constitutionnel. Il est clair que toute définition correcte de l'objet protégé par ce recours requiert une détermination précise, autant des droits invocables que des actes susceptibles de recours. Il ne suffit pas cependant de bons textes légaux pour que la juridiction constitutionnelle remplisse son rôle de protection des droits fondamentaux. Dans la réalité versatile, il nous a été donné de connaître bien d'autres facteurs qui indiquent des évolutions insoupçonnées d'un Tribunal Constitucional en pleine activité. Seule une réflexion profonde et en commun peut signaler de nouveaux horizons permettant de progresser en ce cheminement qu'exige la démocratie par le droit.

Quels droits peuvent être efficacement protégés par un recours constitutionnel? - Rapport de M. Jadranko CRNIĆ
Croatie

Dans le monde actuel, troublé, dangereux et cruel, on ne peut guère être réconforté par le fait qu'il n'y ait pas de groupe, association, parti politique ou Eglise qui ne tire gloire de ses efforts pour proclamer, protéger et appliquer les droits de l'Homme.

Cet impératif, qui ne s'exprimait auparavant que dans les limites des politiques nationales, s'est vite imposé au niveau international. Peu après la seconde guerre mondiale commencèrent à se multiplier un certain nombre de textes importants nés de déclarations historiques dont l'apparition était le fruit de l'enthousiasme collectif et des illusions lyriques caractéristiques du tournant de ce siècle.

Certes, on pouvait se demander pourquoi il devenait soudainement si urgent de formuler légalement les droits des individus au niveau international.

Les raisons devinrent vite évidentes. Il était nécessaire de définir un fonds commun de principes suffisamment souples pour pouvoir être acceptés par la communauté internationale toute entière. Il fallait que ce fonds commun soit assez précis pour assurer une protection réelle et pour qu'il puisse servir de base pour la création d'un système de protection effective des droits proclamés, qui renforcerait l'efficacité des mécanismes nationaux à l'aide de documents internationaux apportant un plus important¹³.

L'une des valeurs suprêmes de l'ordre constitutionnel de la République de Croatie, tel qu'il est défini dans les dispositions fondamentales de la Constitution de la République de Croatie¹⁴ (désignée ci-après comme la Constitution) est l'autorité de la loi (article 3 de la Constitution).

Cet engagement pour la loi et pour l'autorité de la loi est l'un des traits historiques fondamentaux du peuple croate, comme en témoignent de nombreux textes légaux d'époques reculées ou récentes. Ces documents montrent que le peuple croate a toujours appartenu à la culture et à la civilisation européennes, que les forces morales, intellectuelles et politiques soutenant une telle

¹³ Jacques Robert: *Rapport général: Protection constitutionnelle et protection internationale des droits de l'Homme; concurrence ou complémentarité?*, publié par le Conseil constitutionnel, Paris, volume II, p. 751.

¹⁴ *Narodne novine (Journal officiel) n° 56/90.*

orientation sont toujours restées vives, comme l'illustrent les textes légaux croates ainsi que de nombreuses lois: le Code de Vinodol de 1288¹⁵, la Charte de la ville de Split de 1312¹⁶, la Charte de Korčula de 1214¹⁷, le Poljice Almanac de 1333¹⁸, la Charte de Senj de 1388¹⁹, etc.

Permettez-moi quelques développements sur l'essence de la constitution croate.

En la parcourant, on s'aperçoit que sur 142 articles, près de 70 contiennent directement ou indirectement des dispositions sur les droits de l'Homme et les libertés.

Si l'on essaie de rechercher l'origine de ces dispositions, il me semble qu'il faut remonter à la Déclaration d'indépendance des Etats-Unis d'Amérique de 1776, qui proclame que "tous les hommes sont créés égaux et sont dotés par leur Créateur de certains droits inaliénables au nombre desquels figurent le droit à la vie, la liberté et la poursuite du bonheur".

La même volonté universaliste était à l'oeuvre lorsque le 26 août 1789 l'Assemblée constituante française déclara que les hommes naissent et meurent égaux en droit et définit les "droits naturels et imprescriptibles".

150 ans plus tard, les mêmes idéaux inspirèrent ceux qui rédigèrent la Déclaration universelle des droits de l'Homme, du 10 décembre 1948, qui proclame, entre autres, que la reconnaissance de la dignité indivisible de tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue la base de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde²⁰.

Les dispositions constitutionnelles sur les droits de l'Homme et les droits civils essentiels reposent sur les aspirations profondément ancrées et constantes de la civilisation occidentale, inspirées par l'humanisme grec et romain, stimulées par le message judéo-chrétien et tonifiées par la philosophie du droit des Lumières, qui enseigne que les droits et libertés fondamentaux de l'Homme ne dérivent pas de l'ordre politique et juridique, mais leur sont en quelque sorte antérieurs.

¹⁵ Cf. *Lujo Margeti_*: *Le Code de Vinodol, Novi Vinodolski, 1987. Ce code, dont le nom signifiait, à l'époque de son adoption, "coutumes légales" (Margeti_, op. cit. p. 7 ss.) attachait une grande importance à la protection des droits de l'Homme, dès cette époque reculée, comme le montrent les termes de son article 27 qui dispose: "Si un homme, par malveillance, jette à terre la coiffe d'une femme et que cela puisse être prouvé par trois hommes ou femmes respectables, il sera passible d'une amende de 50 livres..."*.

Nul doute que la dignité de la femme était protégée dès cette époque.

¹⁶ Cf. *Charte de la ville de Split, Droit médiéval de Split, 2ème édition (révisée), publiée par Knji_evni krug, Split, 1987.*

¹⁷ Cf. *La charte de Kor_ula, publiée par Knji_evni krug, Split, 1995.*

¹⁸ Cf. *Le Poljice Almanac, Volume I, Zagreb, 1968.*

¹⁹ Cf. *La Charte de Senj, 12ème annéé, Musée de la ville de Senj, Société du Musée de Senj, Senj.*

²⁰ Cf. *Jacques Robert: op. cit., p. 758 ss.*

Ces droits et libertés fondamentaux ne sont pas seulement énumérés dans le livre III de la Constitution, intitulé "Libertés et droits fondamentaux de l'Homme et du citoyen". Ils sont également contenus dans une série d'autres dispositions, particulièrement dans celles concernant les droits collectifs des communautés ethniques et nationales de la République de Croatie. Sans ces droits collectifs, en effet, les droits individuels des membres de ces communautés ou minorités n'auraient pas de sens.

Tous ces droits et libertés sont visés par les dispositions de l'article 3 de la Constitution qui définit la paix, l'égalité des droits, l'égalité nationale, l'amour de la paix, la justice sociale, le respect des droits de l'Homme, l'inviolabilité de la propriété, la préservation de la nature et de l'environnement humain, l'autorité de la loi et un système démocratique avec pluralité de partis politiques comme les valeurs suprêmes de l'ordre constitutionnel de la République de Croatie²¹.

La constitution croate utilise explicitement l'expression "libertés et droits fondamentaux de l'Homme et du citoyen", ce qui revêt une importance fondamentale car il ne s'agit pas simplement d'une déclaration. Il s'agit d'une base utilisée par les juridictions, notamment par la Cour constitutionnelle de la République de Croatie pour apprécier si des droits et libertés constitutionnels fondamentaux de l'Homme et du citoyen ont été violés et donc si leur protection par la Cour constitutionnelle est requise.

Quelle que soit la situation des pays qui sont devenus des centres majeurs de civilisation créatrice en appliquant la politique des libertés individuelles, à mon avis, on ne connaît pas d'exemple dans l'Histoire, d'un pays qui serait parvenu au même résultat en suivant un autre chemin que celui de l'autorité de la loi. Je crois que le chemin conduisant à une telle grandeur intellectuelle et réelle pour un pays, c'est-à-dire à la réalisation achevée ou presque achevée des droits et libertés humains et civils fondamentaux est aujourd'hui aussi ardu, probablement même encore plus ardu et plus cruel qu'il ne l'a été dans un passé lointain lorsque certaines nations parvinrent à ce résultat²². Il en va de même pour la Croatie.

D'autant plus grande est la responsabilité de toutes les parties pour parvenir à cet idéal et notamment de ceux qui sont ici pour prononcer le verdict final sur ce qui est constitutionnel, ce qui est légal, et ce qui ne l'est pas. Ce rôle, en République de Croatie, est confié presque exclusivement à la Cour constitutionnelle de la République de Croatie (désignée ci-après comme la Cour constitutionnelle). A cet égard, il convient de relever en premier lieu la compétence (nouvelle) de la Cour constitutionnelle telle qu'elle est définie dans l'article 125, alinéa 3, de la Constitution, qui dispose qu'elle "... protège les libertés et droits fondamentaux de l'Homme et du citoyen".

²¹ *Il est intéressant de noter que l'expression "libertés et droits fondamentaux" n'a pas été introduite en France avant que le Conseil constitutionnel ne rende une décision à cet effet.*

Cf. sur le même sujet: Olivier Duhamel - Yves Mény: Dictionnaire constitutionnel, Presses universitaires de France, Paris, 1992, p. 337 ss. et Dominique Rousseau: Droit du contentieux constitutionnel, 3ème édition, Montchrestien, 1993, p. 327 ss., etc.

²² *Ceci est, en fait, l'introduction de F. von Hayek dans son L'Etat de droit, publié par Školska knjiga, Zagreb, 1994, traduit par le Prof. Dr Arsen Ba_i_.*

Cour constitutionnelle de la République de Croatie

En définissant le système de gouvernement, l'article 4 de la Constitution en fixe les limites à travers la séparation tripartite des pouvoirs. Cela résulte de l'expérience constante, déjà soulignée par Montesquieu dans l'Esprit des Lois²³, selon laquelle tout homme possédant le pouvoir tend à en abuser²⁴.

Le gouvernement de la République de Croatie est organisé selon le principe de la séparation des pouvoirs en:

- pouvoir législatif,
- pouvoir exécutif,
- pouvoir judiciaire.

Dans cette séparation tripartite des pouvoirs, un rôle particulier est conféré par la Constitution à la Cour constitutionnelle de la République de Croatie, dans la mesure où celle-ci n'est classée dans aucune de ces trois sphères de gouvernement. La Cour constitutionnelle étant prévue directement par la Constitution elle-même, il s'agit d'une exception constitutionnelle, d'une catégorie constitutionnelle particulière ne pouvant être régie par les lois. Ce sont en effet les lois qui sont régies par cette catégorie qu'est la Cour constitutionnelle en tant qu'organe distinct doté d'un haut niveau de compétence et d'autorité juridiques, échappant au système de séparation tripartite du pouvoir. La responsabilité principale de la Cour constitutionnelle est la constitutionnalité et la légalité.

D'une certaine manière, on pourrait donc décrire ce système comme un système de séparation quadripartite des pouvoirs ou plutôt (comme je préfère l'envisager) comme un pouvoir parmi les pouvoirs, contrôlant les trois organes (législatif, exécutif et judiciaire) dans le cadre de responsabilités définies par la Constitution elle-même. Cet organe n'est pas placé au-dessus des trois autres d'un point de vue hiérarchique et il n'en fait pas non plus partie du point de vue de la structure gouvernementale ou de tout autre point de vue²⁵. Les problèmes constitutionnels sont des problèmes juridiques exactement comme les autres, mais avec des implications politiques beaucoup plus fortes, ce qui est caractéristique de la position de la Cour constitutionnelle et de la jurisprudence constitutionnelle.

²³ *De l'Esprit des Lois, Livre IX, section 6.*

²⁴ *Sur les principes de la séparation des pouvoirs, voir aussi les ouvrages suivants:*

Dr. Smiljko Sokol - Dr Branko Smerdel: Le droit constitutionnel, Školska knjiga, Zagreb, 1995, p. 204 ss.;

F. von Hayek: "L'idéal politique et l'Etat de droit, Školska knjiga, Zagreb, 1994, p. 51 ss.;

Dr Branko Smerdel: La constitution des U.S.A., Pan Liber, Osijek, 1994, p. 6 ss.

Vjekoslav Milišić: Théorie générale du droit et de l'Etat, Volume I, p. 134 ss.

²⁵ *Cf. à ce sujet: Dr. Mihajlo Dika: Notes sur l'institution du recours constitutionnel, Almanach du colloque de Ljubljana-Zagreb, Ljubljana, 1993, p. 41 ss.*

En ce qui concerne sa procédure de décision ou sa méthode de travail, la Cour constitutionnelle s'apparente à un organe juridictionnel car elle utilise les lois et les autres règlements dans ses décisions. Mais elle agit également par des décisions individuelles, à travers l'institution du recours constitutionnel.

Dans l'économie générale de la Constitution, mais aussi du point de vue de la théorie constitutionnelle, la spécificité de la Cour constitutionnelle dans la constitution croate se reflète dans la nature fondamentale de l'organe constitutionnel²⁶.

La qualité de l'organe constitutionnel dépend en premier lieu de la position qu'occupe cet organe dans la constitution dans son ensemble et en second lieu de ses type et méthode de fonctionnement.

Pour citer Santi Romano, les organes constitutionnels "si distinguono dagli altri non tanto per una differenza di funzioni, quanto di posizione, nel senso che essi, ed essi soli, individualizzano lo Stato in un dato momento storico e lo rendono capace di continuare ad organizzarsi pel raggiungimento dei suoi fini"²⁷. (Les organes constitutionnels se distinguent des autres organes non pas tant par une différence de fonctions que par une différence de position, au sens où ces organes, et eux seuls, caractérisent l'Etat dans une situation historique donnée et le rendent capable de continuer à s'organiser pour parvenir à ses objectifs.)

Rien ne peut être plus important pour la survie d'une société démocratique que des juridictions judiciaires et constitutionnelles véritablement indépendantes. Il n'y a en effet pas d'autorité de la loi si celle-ci n'est exercée par les juridictions constitutionnelles et judiciaires, à l'abri de toute influence émanant de l'intérieur ou de l'extérieur des autres départements du gouvernement.

"La Cour constitutionnelle de la République de Croatie est indépendante de toute autorité gouvernementale. La Cour constitutionnelle est garante du respect de la Constitution de la République de Croatie. Dans cette fonction, la Cour constitutionnelle est guidée par les dispositions de la Constitution et de la loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle de la République de Croatie."²⁸

Ce fonctionnement de la Cour constitutionnelle est garanti par les règles mêmes de la Constitution ainsi que par la loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle de la République de Croatie²⁹. Ce sont les seules règles adoptées en dehors de la Cour constitutionnelle (qui adopte elle-même ses règles de procédure) qui définissent l'organisation et la compétence de la Cour constitutionnelle.

²⁶ *La notion d'organe constitutionnel figure également dans la théorie italienne du droit constitutionnel. Cf. par exemple Santi Romano: Nozione et natura degli organi costituzionali dello Stato, in Scritti minori, 1950, p. 6 ss.*

²⁷ *Santi Romano, op. cit.*

²⁸ *Article 7, alinéa 1, des Règles de procédure de la Cour constitutionnelle de la République de Croatie (désignées ci-après comme les Règles de procédure, Journal officiel n ° 29/94).*

²⁹ *Journal Officiel n ° 13/91.*

Les autres lois, qui n'ont pas l'importance de la loi constitutionnelle, ne peuvent affecter ni l'organisation ni la compétence de la Cour constitutionnelle. Il convient de noter à cet égard qu'une loi constitutionnelle est adoptée ou amendée suivant la procédure prévue pour amender la Constitution (article 127, alinéa 2, de la Constitution), ce qui élimine toute possibilité d'une remise en cause de la compétence constitutionnelle de la Cour constitutionnelle.

La Cour constitutionnelle possède son propre statut constitutionnel, dont l'importance n'est pas inférieure à celle des autres organes constitutionnels tels que le parlement, le président de la république ou le gouvernement.

Sur les plans de l'organisation et de la hiérarchie, la Cour constitutionnelle ne dépend d'aucun autre organe constitutionnel et ne peut être subordonnée à aucun de ces organes.

Le fait que l'étendue des nouvelles responsabilités de la Cour constitutionnelle et de ses pouvoirs découlent directement de la Constitution fait de la Cour constitutionnelle un garant et un gardien de la Constitution, l'organe suprême des garanties constitutionnelles, investi de la plus haute autorité.

Le statut constitutionnel de la Cour constitutionnelle ne peut être assimilé à celui des juridictions ordinaires, ni en ce qui concerne la procédure, ni en ce qui concerne le recours constitutionnel. Il n'y a pas de doute que les décisions de la Cour constitutionnelle dans le cadre d'un recours constitutionnel "affectent" directement les jugements des tribunaux. Ce type de "rejugement" des procédures judiciaires régulières et du système judiciaire est basé sur la Constitution. C'est, dirais-je, le résultat d'une lutte entre deux principes constitutionnels, d'une part le principe d'un fonctionnement indépendant de la justice, dans le respect de la Constitution et de la loi, et d'autre part le principe de la protection inconditionnelle des libertés et droits humains et civils fondamentaux. Le fait que la Cour constitutionnelle ne soit pas un tribunal de pleine juridiction permet de respecter les décisions pour lesquelles elle est définie comme le seul interprète de la Constitution, en tant qu'organe au-dessus de toute hiérarchie, chargé de la protection inconditionnelle des libertés et droits constitutionnels humains et civils, et en tant qu'organe dont la position juridique sur la violation des libertés et droits d'un plaignant, tels qu'ils sont définis par la Constitution, n'est soumise à aucun contrôle ultérieur de qui que ce soit ou de quelque nature que ce soit. Aucune discussion ne doit donc être permise même devant les tribunaux auxquels la Cour constitutionnelle, après avoir annulé leur jugement, renvoie une affaire pour nouvel examen.

Cette conception est également corroborée par l'article 25 de la loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle, selon lequel les décisions et jugements de la Cour constitutionnelle sont obligatoires et exécutoires.

Ce principe apparaît également dans l'article 62 des Règles de procédure qui prévoit que la Cour constitutionnelle, dans l'exposé des motifs de son annulation, doit indiquer quel droit ou liberté constitutionnel a été violé et en quoi réside cette violation. L'organe dont la décision a été annulée doit rendre une autre décision en tenant compte de la position juridique de la Cour constitutionnelle sur la violation concernée des libertés et droits du plaignant tels qu'ils sont définis par la Constitution. Ce qui caractérise une décision de la Cour constitutionnelle, c'est donc le pouvoir de faire jurisprudence.

Il résulte de ces principes ainsi que de la pratique de la Cour constitutionnelle que les positions exprimées dans ses décisions sont également obligatoires pour la Cour constitutionnelle elle-même, non seulement si la même affaire est à nouveau portée devant la Cour constitutionnelle avec des faits identiques, mais aussi dans les affaires concernant d'autres recours constitutionnels pour des faits largement similaires. Cette conception ne doit cependant pas aboutir à figer la pratique de la Cour constitutionnelle et elle n'exclut pas la possibilité d'une évolution dans le temps des positions juridiques constitutionnelles, à travers le processus législatif (car les décisions de la Cour constitutionnelle consistent à la fois à appliquer et à créer la loi). De ce point de vue, on peut se référer à des précédents "plus souples" qui peuvent être modifiés, comme le montre la pratique des autres cours constitutionnelles, y compris à la suite d'opinions éminentes, particulièrement celles qui ont été dûment élaborées et publiées, comme cela arrive assez souvent dans la pratique de la Cour constitutionnelle de la République de Croatie.

Quels droits peuvent être efficacement protégés en Croatie par un recours constitutionnel

La Constitution croate est fondée sur l'idée, partagée par tous les pays démocratiques souverains, que les constitutions ou les textes spéciaux de caractère constitutionnel doivent proclamer et sauvegarder un grand nombre de libertés et droits humains et civils et que ceux-ci doivent être constamment renouvelés et étendus. Les sociétés démocratiques sont en effet marquées par une évolution visant à donner aux droits et libertés garantis (liberté individuelle, égalité devant la loi et la justice, liberté de mouvement et de résidence, liberté religieuse, inviolabilité du domicile, accès à tous les services publics, droit à la propriété privée, droit d'élection etc.) un contenu réel, qui ne soit pas purement déclaratif, afin que soit mis en place un système juridique à même d'assurer une protection rapide et efficace de toutes les libertés et de tous les droits constitutionnels contre toute violation ou menace³⁰.

Les pouvoirs d'une Cour constitutionnelle pour protéger les droits et libertés constitutionnels des personnes privées, de leurs associations et des personnes morales privées supposent que la constitution garantisse les droits et libertés individuels. Les droits constitutionnels individuels, pour être effectifs, requièrent certains moyens de coercition, ce qui peut être réalisé en confiant la protection de ces droits aux tribunaux civils, pénaux et administratifs. Dans certains pays, par exemple en France, le Conseil d'Etat et les tribunaux administratifs ont une longue et louable histoire de protection des libertés publiques. La protection de ces droits peut être renforcée et leur niveau constitutionnel accru en autorisant certains tribunaux constitutionnels spéciaux à

³⁰ Voir à ce sujet:

Blanka Tuden-Mazuth: commentaire sur l'article 28 de la loi constitutionnelle, dans le recueil de textes Loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle de la République de Croatie, Zagreb, publié par Informator, 1991, p. 24 ss.;

Dr Arne Mav_i_, Recours constitutionnel, Podjetje in delo, 5-7/1993/XIX;

Mon ouvrage, L'autorité de la Constitution, Informator, Zagreb, 1994, p. 78 ss.

traiter les recours constitutionnels contre la violation de droits constitutionnels individuels spécifiques. La compétence de ces tribunaux constitutionnels dans les affaires concernant les droits individuels, si elle est suffisamment efficace, accroîtra le respect pour les droits et libertés fondamentaux des individus en tant que personnes, ainsi que pour leur dignité et leur indépendance³¹.

Les bases de la protection des libertés et droits humains et civils constitutionnels par un recours constitutionnel en Croatie sont définies par l'article 125, alinéa 3, de la Constitution, qui prévoit que les libertés et droits humains et civils constitutionnels sont protégés par la Cour constitutionnelle.

Aux termes de l'article 127, alinéa 1, de la Constitution, la protection des libertés et droits humains et civils constitutionnels est régie par la loi constitutionnelle, c'est-à-dire par la loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle de la République de Croatie (désignée ci-après comme la Loi constitutionnelle). Cette Loi constitutionnelle a défini le recours constitutionnel³² ³³. comme un moyen de sauvegarder les libertés et droits humains et civils constitutionnels.

³¹ Helmut Steinberger: *Modèles de juridiction constitutionnelle, Commission européenne pour la démocratie par le droit, Presses du Conseil de l'Europe, 1993, p. 25 ss.*

³² *Concernant le recours constitutionnel, voir Zdravko Bartov_ak: Protection des droits constitutionnels par la voie du recours constitutionnel, Odvjetnik n° 9-12/92, p. 3 ss.; Hrvoje Mom_inovi_: Le recours constitutionnel, Privreda i pravo n° 1-2/94, p. 12 ss.; Hrvoje Mom_inovi_, La décision arbitrale et le recours constitutionnel, Zakonitost n° 8-12/1993, p. 612 ss.; Jadranko Crni_, Le recours constitutionnel, Zakonitost n° 9-10/1991, p. 959 ss.; Jadranko Crni_, Conditions préalables pour la protection des libertés et droits humains et civils constitutionnels par la voie du recours constitutionnel, Informator n° 4188; Jadranko Crni_, le recours constitutionnel dans le système constitutionnel de la République de Croatie, Mission juridique, Académie des sciences bulgare, Institut des sciences juridiques, Sofia, 1994, n° 4/1994, p. 71 ss.*

Il n'est pas inintéressant de noter que dès 1960, le Dr. Ivo Krbek, dans son livre L'action devant la Cour constitutionnelle, publié par JAZU, Zagreb, 1960, p. 68 ss. évoquait la nécessité d'une action directe devant la Cour constitutionnelle dans les domaines concernant les droits humains et civils fondamentaux ainsi que les autres droits garantis constitutionnellement.

³³ *Dans le présent texte, je ne traiterai pas plus en détail la notion de "recours constitutionnel". Elle est définie par la Loi constitutionnelle, même si l'on peut se demander si l'expression choisie est bien la meilleure. L'expression de "recours constitutionnel" suggère en effet une action judiciaire, ce qui a pu donner lieu à certains malentendus. Les expressions "appel constitutionnel", "recours légal" ou autres, seraient peut-être plus appropriées, mais cette question doit être traitée de lege ferenda. Sur ce sujet, voir Zdravko Bartov_ak: op. cit., p. 4 ss.*

Les constitutions ou lois constitutionnelles dans d'autres pays, tels que l'Autriche ou l'Allemagne, préfèrent le terme de "Verfassungsbeschwerde" ou, en Espagne, "recurso de amparo" ou "recurso" au Portugal, etc.

Toute tentative de résumer dans une définition universelle les notions de protection des droits constitutionnels par la voie d'une plainte ou appel ou recours constitutionnel serait sans doute vouée à l'échec. La définition donnée par Rüdiger Zuck dans "Das Recht der Verfassungsbeschwerde", 2ème édition, Verlag C.H. Beck, Munich 1988, p. 4 ss., est peut-être celle qui s'en rapproche le plus, basée

L'objet de la protection et les conditions préalables à un recours constitutionnel sont définis par l'article 28 de la Loi constitutionnelle, aux termes duquel:

(1) Toute personne peut saisir la Cour constitutionnelle par la voie d'un recours constitutionnel si elle estime que la décision d'un tribunal, d'une autorité ou de tout organisme doté de prérogatives de puissance publique a violé l'une des libertés ou l'un des droits humains et civils (ci-après: droit constitutionnel) définis par la constitution.

(2) Si d'autres voies de recours sont ouvertes, un recours constitutionnel ne peut être déposée qu'après que ces voies de recours aient été épuisées.

(3) Dans les cas où une action judiciaire civile ou une voie d'appel selon la procédure civile ou une autre procédure extrajudiciaire est possible, les recours légaux sont considérés comme épuisés après qu'une décision ait été rendue sur ces recours légaux.

Ces dispositions sont précisées dans les Règles de procédure de la Cour constitutionnelle de la République de Croatie.

En se fondant sur de tels principes constitutionnels, la Cour constitutionnelle, dans sa pratique, a jusqu'ici défendu l'idée que la protection concerne toutes les libertés et tous les droits humains et civils fondamentaux définis dans le Livre III "Libertés et droits fondamentaux de l'Homme et du citoyen", articles 14 à 69 de la Constitution.

La protection a cependant été étendue à d'autres dispositions, entre autres à travers une référence directe à l'article 3 (Livre II, Dispositions fondamentales), dans des cas particuliers mettant en cause les valeurs suprêmes de la Constitution, l'autorité de la loi, ainsi que, dans une moindre mesure, à travers une référence à l'article 115 de la Constitution. J'y reviendrai plus en détail lorsque je traiterai de l'article 3 de la Constitution.

Certains doutes ont été récemment exprimés sur une telle approche et sur le fait que ce catalogue complet des droits puisse être considéré comme autant de droits fondamentaux ou susceptibles d'être protégés par la voie d'un recours constitutionnel³⁴.

Catalogue des droits

Je me référerai aux dispositions constitutionnelles concernant les droits fondamentaux. Par manque de place, je ne pourrai en aborder que certains, ce qui ne signifie pas que les autres ne méritent pas un certain intérêt.

qu'elle est sur la pratique de la Cour constitutionnelle allemande: "Un recours constitutionnel est un recours légal spécial contre l'état, ouvert à tout individu dont les droits constitutionnellement garantis ont été violés par toute autorité de l'état; en conséquence, un recours constitutionnel peut avoir pour objet non seulement la protection de droits fondamentaux, mais aussi le respect des droits politiques actifs, et avant tout du droit de vote".

³⁴ Ce problème a été abordé par le juge Velimir Belajec de la Cour constitutionnelle dans son article du 4 juillet 1995 "Supplément à l'article du 18 mai 1995, sur la pertinence de la référence à l'article 19, alinéa 1 (article 115, alinéa 3) de la Constitution dans le cadre d'une plainte constitutionnelle" en liaison avec le dossier n° U-III-321/1995. Cette question est évoquée plus bas.

Les libertés et droits humains et civils fondamentaux sont classés dans la Constitution en trois groupes principaux:

1. Dispositions générales
2. Libertés et droits individuels et politiques
3. Droits économiques, sociaux et culturels.

Les dispositions de certains droits et libertés particulièrement importants n'ont pas suivi la logique des grandes généralisations conçues essentiellement pour indiquer au législateur comment les définir plus en détail. Au contraire, la Constitution contient une série de protections juridiques détaillées, ce qui est d'une importance particulière pour la Cour constitutionnelle chargée par la Constitution de la protection de ces droits.

Article 3

La liberté, l'égalité des droits, l'égalité nationale, l'amour de la paix, la justice sociale, le respect des droits de l'Homme, l'inviolabilité de la propriété, la préservation de la nature et de l'environnement humain, l'autorité de la loi et un système démocratique fondé sur la pluralité des partis politiques sont les valeurs suprêmes de l'ordre constitutionnel de la République de Croatie.

Dans la pratique de la Cour constitutionnelle s'est posée la question de savoir si les dispositions de l'article 3 de la Constitution pouvaient servir directement de fondement à une décision de la Cour constitutionnelle sur une violation d'un droit constitutionnel. La question apparut notamment lorsqu'il s'est agi de savoir si l'autorité de la loi en tant que l'une des valeurs suprêmes de l'ordre constitutionnel croate pouvait servir de fondement en tant que telle, sans référence à une disposition du Livre III de la Constitution, "Libertés et droits fondamentaux de l'Homme et du citoyen". Des opinions différentes ont été avancées, dont la suivante:

"L'autorité de la loi, visée par l'article 3 de la Constitution, en tant qu'une des dispositions constitutionnelles fondamentales, ne peut servir seule à établir l'existence d'une violation d'un droit constitutionnel pouvant donner lieu au dépôt d'un recours constitutionnel. Le recours constitutionnel est un recours légal destiné à protéger les droits constitutionnels définis au Livre III de la Constitution et dans les dispositions des articles 14 à 69, de sorte que l'autorité de la loi ne peut être réputée avoir été violée que si une violation de l'une de ces dispositions constitutionnelles a été constatée. Il en va de même pour le principe de l'article 115, alinéa 3, de la Constitution aux termes duquel les tribunaux doivent rendre la justice en se fondant sur la Constitution et sur la loi."

Cette opinion apparaît contestable si l'on se réfère à la pratique de la Cour constitutionnelle et une opinion différente est apparue dans les décisions U-III-267/93 et U-III-126/1993. La Cour constitutionnelle a ainsi considéré, entre autres, que:

"La Cour constitutionnelle ne croit pas qu'un recours constitutionnel contre une contravention puisse supposer la violation de l'une des valeurs constitutionnelles suprêmes visées à l'article 3 de la Constitution."

La décision n° U-III-186/1995 du 5 juillet 1995³⁵ défend la même position: "La décision attaquée ... ne viole donc aucune des valeurs constitutionnelles suprêmes visées à l'article 3 de la Constitution".

D'une certaine manière, cela confirme l'idée que les dispositions de l'article 3 représentent un droit constitutionnel indépendant, pouvant servir de base à un recours constitutionnel³⁶.

Cette opinion ne me paraît pas acceptable. Bien que l'article 3 présente les caractéristiques d'un droit fondamental, il me semble que, plutôt qu'une disposition sur une liberté ou un droit fondamental, c'est un principe constitutionnel si l'on se réfère tant à l'économie générale de la Constitution (où il figure dans le livre II "Dispositions fondamentales") qu'à son contenu. Par conséquent, la fonction de l'article 3 de la Constitution est accessoire et ne peut donc constituer un droit constitutionnel indépendant pouvant être invoqué dans un recours constitutionnel.

III. LIBERTES ET DROITS HUMAINS ET CIVILS FONDAMENTAUX

1. Dispositions générales

Article 14

Les citoyens de la République de Croatie jouissent de tous les droits et de toutes les libertés, sans distinction de race, couleur, sexe, langue, religion, opinions politiques ou autres, origine nationale ou sociale, propriété, naissance, éducation, statut social ou autres particularités. Tous sont égaux devant la loi.³⁷

Article 15

Les membres de toutes les nationalités et minorités ont les mêmes droits en République de Croatie.

Les membres de toutes les nationalités et minorités se voient garantir la liberté d'exprimer leur nationalité, la liberté d'utiliser leur langue et leur écriture et se voient garantir l'autonomie culturelle.

Parmi les valeurs suprêmes de l'ordre constitutionnel figure l'égalité nationale (article 3), qui est également un point de départ pour des dispositions constitutionnelles et législatives plus précises.

La définition des droits et libertés en tant que conditions préalables pour l'exercice de l'égalité nationale, telle qu'elle figure à l'article 15 de la Constitution, est également précisée dans la loi

³⁵ *Journal officiel* n° 47/1995.

³⁶ *Voyez Sinisa Rodin: La Cour constitutionnelle de la République de Croatie et le droit international, Zakonitost, n° 8 à 12, Zagreb, 1993, p. 578 ss.*

³⁷ *Dans la pratique de la Cour constitutionnelle, voir par exemple la décision n° U-III-312/1992 publiée au Journal officiel n° 38/93 et les décisions n° U-III-457/1994, U-III-267/1993, U-III-87/1994, U-III-279/1994. La pratique de la Cour constitutionnelle concernant les articles 14 à 69 de la Constitution est décrite dans mon livre, L'autorité de la Constitution, 1994, Informator, p. 105 ss.*

constitutionnelle sur les droits de l'Homme et sur les libertés et droits des communautés ou minorités nationales et ethniques en République de Croatie (texte modifié publié dans le journal officiel n° 34/92); voyez aussi les articles 3 et 4 de ladite loi constitutionnelle.

L'autonomie culturelle et les autres droits des communautés ou minorités ethniques et nationales sont traités dans le livre III "Autonomie culturelle et autres droits des communautés ou minorités ethniques et nationales" de la même loi constitutionnelle. Les minorités ne sont pas des groupes aux droits restreints. Pour la préservation de leur caractère ethnique et de leurs traditions, ils se voient reconnaître un certain nombre de droits supplémentaires, de sorte que leurs membres sont d'une certaine manière privilégiés par rapport aux autres citoyens. Il ne s'agit pas d'une discrimination, mais plutôt d'une discrimination positive.

Article 16

Les libertés et les droits ne peuvent être limités que par la loi afin de protéger les libertés et les droits d'autres personnes ainsi que l'ordre public, la moralité et la santé.

Il est difficile de dire si cette disposition peut servir de base au dépôt d'un recours constitutionnel. Cette disposition décrit en fait les limites de la jouissance des libertés et des droits. Elle est également fondée sur l'article 29 de la Déclaration universelle des droits de l'Homme du 10 décembre 1948³⁸.

Article 17

Pendant une situation de guerre ou de danger immédiat pour l'indépendance et l'unité de la République, ou en cas de catastrophe naturelle, les libertés et les droits individuels garantis par la Constitution peuvent être restreints. Cela doit être décidé par le Sabor croate à la majorité des deux tiers de tous les représentants ou, si le Sabor croate n'est pas en mesure de se réunir, par le Président de la République.

La portée de ces restrictions doit être en rapport avec la nature du danger et ne peut avoir pour conséquence une inégalité des citoyens fondée sur leur race, couleur, sexe, langue, religion ou origine nationale ou sociale.

Même en cas de danger immédiat pour l'existence de l'état, aucune restriction ne peut être imposée à l'application des dispositions de la présente Constitution concernant le droit à la vie, l'interdiction de la torture et des traitements ou peines cruels ou dégradants, ni aux définitions légales des délits et peines pénaux et à la liberté de pensée, de conscience et de religion.

Les constitutions modernes ont tendance à prévoir les circonstances particulières, notamment la guerre, mais elles veulent également garantir que le fonctionnement normal du système soit rétabli dès que les risques cessent. C'est selon ces principes qu'est conçu l'article 17 de la Constitution, qui fait de la partie concernée de la Constitution une sorte de "constitution de crise"³⁹ et qui, outre les limites de l'alinéa 1, contient les limites des limites dans les alinéas 2 et 3.

³⁸ Voir aussi Smiljko Sokol - Branko Smerdel: *Droit constitutionnel*, Zagreb, 1995, *Informator*, p. 72 ss.

³⁹ Voir Sokol-Smerdel, *op. cit.*, pp.74 et Branko Smerdel: *Constitution Droit International et Crise Politique*, *Zakonitost* n° 8-12 / 1993, pp. 501.

Article 18

Le droit de faire appel des décisions juridiques individuelles rendues dans des procédures de première instance devant les tribunaux et les autres organismes compétents est garanti.

Le droit de faire appel peut être exceptionnellement exclu dans les cas définis par la loi si une autre protection légale est assurée.⁴⁰

Voir l'article 26 de la Constitution.

Article 19

Les décisions individuelles de l'administration de l'état et des organismes dotés de prérogatives de puissance publique doivent être fondées sur la loi.

Le contrôle judiciaire de la légalité des décisions individuelles des autorités administratives et des organismes dotés de prérogatives de puissance publique est garanti.

Dans son article déjà cité (voir la note 21), le Dr V. Belajec défend la thèse selon laquelle l'article 19, alinéa 1, de la Constitution ne définit pas un droit constitutionnel et il affirme notamment:

"Les droits constitutionnels, en règle générale, sont accompagnés d'expressions telles que '... est garanti', 'chacun a le droit de ...', 'tous sont égaux ...', 'tous jouissent de droits égaux...', etc. Il n'y a pas de qualification similaire dans la disposition citée. Sa signification est plutôt que les décisions individuelles des autorités et organismes gouvernementaux doivent être fondés sur la loi. Mais l'alinéa 2 du même article prévoit expressément le contrôle judiciaire de la légalité des décisions individuelles. Cette dernière disposition doit donc être considérée comme l'un des droits constitutionnels fondamentaux."

Pour citer un autre passage:

"Il est évident que la disposition de l'article 19, alinéa 1, est placée dans la partie de la Constitution traitant des droits constitutionnels. Ces dispositions auraient dû être reliées par celle de l'article 19, alinéa 12, (prévoyant le contrôle de la légalité des décisions individuelles des autorités gouvernementales et des organismes dotés de prérogatives de puissance publique) car cette disposition décrit véritablement un droit constitutionnel fondamental de toute personne. Mais pour en faire une règle, il était nécessaire de stipuler auparavant que les décisions individuelles des autorités gouvernementales et des organismes dotés de prérogatives de puissance publique doivent être fondées sur la loi (article 19, alinéa 1), car cette disposition est la

⁴⁰

A titre d'exemple pratique sur ce point, voir la décision de la Cour constitutionnelle n ° U-III-336/1993 (Journal officiel n ° 50/94). Sur l'application des articles 18, 19 et 26 de la Constitution, voir aussi les jugements rendus par la Cour constitutionnelle sur des recours constitutionnels n ° U-III-339/93 du 21 juin 1994, U-III-393/93 du 5 juillet 1994, U-II-416/93 du 5 juillet 1994, U-III-26/94 du 5 juillet 1994, U-III-74/94 du 5 juillet 1994, U-III-91/94 du 5 juillet 1994, U-III-168/94 du 5 juillet 1994, U-III-262/94 du 5 juillet 1994, U-III-271/94 du 5 juillet 1994, U-III-477/94 du 5 juillet 1994, U-III-510 du 13 juillet 1994, U-III-511 du 5 juillet 1994, U-III-513/94 du 5 juillet 1994, U-III-519/94 du 13 juillet 1994, U-III-520/94 du 5 juillet 1994, U-III-565/94 du 5 juillet 1994, U-III-604/94 du 13 juillet 1994.

condition logique et juridique préalable à tout contrôle de légalité. L'article 19, alinéa 2, se référant au contrôle de légalité des décisions administratives (autres que celles des tribunaux), il était nécessaire de définir dans l'alinéa précédent le principe de légalité, dans le seul domaine de l'administration. C'est pourquoi la règle générale a été divisée en deux parties (l'une concernant l'administration, l'autre la justice), et pourquoi ce principe est traité dans deux articles distincts de la Constitution.

Il est évident que toute violation d'un droit constitutionnel fondamental provient de l'illégalité d'une décision individuelle statuant sur les droits et intérêts d'un citoyen. Il est difficile d'imaginer une violation constitutionnelle sans décision illégale contre laquelle un recours constitutionnel serait déposée.

Cependant, toute décision illégale ne suppose pas nécessairement la violation d'un droit constitutionnel. Soutenir que toute décision administrative ou judiciaire illégale constitue une violation d'un droit constitutionnel aux termes de l'article 19, alinéa 1, entraînerait des conséquences imprévisibles. Cela supposerait l'équation suivante:

illégal = anticonstitutionnel = violation d'un droit constitutionnel.

Bien plus, cela signifierait que toute décision illégale au sens de l'article 19, alinéa 1, et de l'article 115, alinéa 3, de la Constitution est en même temps une violation d'un droit constitutionnel, de sorte que la Cour constitutionnelle serait compétente pour juger toutes les affaires supposant une décision administrative ou judiciaire rendue dans une procédure antérieure ou, plus précisément, toutes les affaires dans lesquelles une personne soutient qu'une décision administrative ou judiciaire dans ce domaine légal est illégale.

En pratique, cela transformerait la Cour constitutionnelle en une sorte de super-tribunal, un quatrième degré de juridiction, qui contrôlerait la légalité (et notamment les violations des droits constitutionnels) dans tous les domaines juridiques de la compétence des organes administratifs et des organismes dotés de prérogatives de puissance publique.

Un tel rôle de la Cour constitutionnelle serait en contradiction avec le rôle que lui assigne la Constitution. Par ailleurs, elle ne pourrait venir à bout de tous les dossiers soumis à sa décision.

C'est sur cette argumentation que repose la thèse selon laquelle la disposition de l'article 19, alinéa 1 (ainsi que celle de l'article 115, alinéa 3), qui régit la loi constitutionnelle, est inacceptable et irréalisable".

Article 20

Quiconque viole les dispositions de la présente Constitution concernant les libertés et droits humains et civils fondamentaux sera tenu pour personnellement responsable et ne pourra se disculper en invoquant un ordre supérieur.

Il s'agit, évidemment, d'une disposition d'une exceptionnelle importance, tirée de la loi naturelle. C'est sur ces bases que les criminels de guerre furent condamnés au procès de Nuremberg. Le même principe fut appliqué en 1993 lorsque le tribunal international pour les crimes de guerre commis dans la zone de l'ex-Yougoslavie fut mis en place à La Haye. Il me semble cependant que le Dr. Belajec dans l'article cité plus haut (voir note 21) considère à juste titre que cette disposition, qui pour des raisons de logique de présentation est placée dans le livre III de la

Constitution, n'est pas une disposition régissant les droits constitutionnels et ne peut donc pas offrir de protection par la voie d'un recours constitutionnel.

2. Libertés et droits personnels et politiques

Article 21

Tout être humain a droit à la vie.

En République de Croatie, il ne saurait exister de peine capitale.

Article 22

La liberté et la personnalité de l'Homme sont inviolables.

Nul ne peut être privé de liberté ou voir sa liberté limitée, sauf si la loi le prévoit, ce dont un tribunal doit décider.⁴¹

Voir la discussion d'un recours constitutionnel contre un jugement d'emprisonnement sous l'article 29 de la Constitution.

Article 23

Nul ne sera soumis à une quelconque forme de mauvais traitement ou, sans son consentement, à des expériences médicales ou scientifiques.

Le travail forcé et obligatoire est prohibé.

Article 24

Nul ne peut être arrêté ou détenu sans une ordonnance d'un tribunal fondée sur la loi. Une telle ordonnance doit être lue et remise à la personne arrêtée au moment de son arrestation.

La police peut, sans ordonnance d'un tribunal, arrêter une personne légitimement suspectée d'avoir commis un grave délit pénal défini par la loi et doit la mettre immédiatement à la disposition du tribunal. La personne arrêtée doit être immédiatement informée sous une forme compréhensible pour elle des motifs de son arrestation et de ses droits définis par la loi.

Toute personne arrêtée ou détenue a le droit de s'adresser au tribunal, qui doit statuer sans délai sur la légalité de l'arrestation.

Ici se pose un problème concernant la procédure pénale. La liberté est incontestablement l'un des droits humains et civils fondamentaux, elle est inviolable et nul ne doit en être privé en tout ou partie, sauf dans les conditions prévues par la loi, ce qui relève de la compétence d'un tribunal⁴².

⁴¹ Voir *Dr Ivo Josipovi* : *Le droit international concernant le droit à la liberté, les dispositions constitutionnelles sur le droit à la liberté et leurs conséquences pour les procédures pénales*, *Zakonitost*, n° 8 à 12/1993, Zagreb, 1993, p. 515 ss.

⁴² Dans le cadre de la compétence qui lui est reconnue par l'article 125, alinéa 1, de la Constitution, la Cour constitutionnelle a engagé une procédure d'examen de la légalité des dispositions de l'article 57, alinéa

Concernant cette liberté et ce droit fondamental, tel qu'il est défini dans la Constitution, on peut se demander si certaines actions ou même certaines phases d'une procédure pénale doivent être examinées dans leur intégralité. C'est ainsi que la durée de l'emprisonnement dans une procédure pénale peut dépendre non seulement des raisons de cet emprisonnement mais aussi de la durée de la procédure.

L'une des conditions préalables au dépôt d'un recours constitutionnel est que les recours légaux (accessoires) aient été épuisés.

Si nous acceptons le principe selon lequel les recours légaux concernant la détention d'une personne ne sont épuisés qu'une fois que sa culpabilité a été établie et qu'une peine lui a été infligée, il en résulte qu'une personne détenue peut rester longtemps en détention, pour être finalement déclarée non coupable, ce qui signifie qu'elle était innocente malgré la détention qui lui a été légalement infligée. Dans ce cas, on ne pourrait exclure l'éventualité que la décision d'emprisonnement ait violé un droit constitutionnel. La question qui se pose à cet égard est de savoir si un recours constitutionnel aurait déjà pu être recevable au moment où il a été statué sur l'emprisonnement ou peut-être à nouveau au moment où l'inculpation a pris effet.

Bien que l'épuisement des voies de recours légales soit une exigence de procédure, il se situe au premier plan, même du point de vue des aspects fondamentaux du droit matériel. Le problème peut être présenté à l'aide des questions suivantes: y a-t-il différentes sortes de liberté et quelles sortes de liberté sont protégées ou encore sont-elles protégées à tout moment ou seulement à certains moments? Qu'en est-il de la violation des droits constitutionnels jusqu'à ce moment, existent-ils encore et leur non-protection éventuelle peut-elle être justifiée, dans l'intérêt de l'ordre légal? Où cela est-il écrit dans la Constitution?

Jusqu'à présent, la Cour constitutionnelle a exprimé le point de vue suivant à ce sujet:

"M. M. a déposé un recours constitutionnel auprès de la Cour constitutionnelle, sur le fondement de l'article 28 de la loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle de la République de Croatie (Journal officiel n° 13/91), convaincu que la décision de la Cour suprême de la République de Croatie n° Kz-13/1992-2 du 9 février 1992 rejetant son recours contre la décision du tribunal d'instance de Zagreb sur le prolongement de sa détention avait violé ses droits constitutionnels."

1, et de l'article 154 de la loi sur les délits, qui permettait aux autorités chargées des poursuites (n'ayant pas le statut d'un tribunal) d'infliger des peines de prison ou de commuer une amende en une peine de prison ainsi que de détenir un citoyen pendant 48 heures et de perquisitionner dans son appartement. La Constitution prévoyant expressément que les restrictions imposées à la liberté et à l'inviolabilité du domicile ne peuvent être décidées que par un tribunal dans les limites de la législation (articles 22, 24 et 34 de la Constitution), la Cour constitutionnelle exprima ses doutes sur la constitutionnalité de ces dispositions et engagea une procédure visant à examiner leur constitutionnalité. (Décision n° U-I-335/93 du 16 février 1994 - Journal officiel n° 15/54). A la suite de quoi, le législateur, ayant admis les arguments avancés par la Cour constitutionnelle, amenda cette loi en supprimant toutes les restrictions de la compétence des tribunaux qui avaient été évoquées. La Cour constitutionnelle suspendit alors la procédure par sa décision n° U-I-335/1993 du 7 juin 1995 (Journal officiel n° 42/95).

La Cour constitutionnelle rejeta son recours constitutionnel comme infondée pour les motifs suivants:

"Selon l'article 28 de la loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle de la République de Croatie, toute personne peut déposer un recours constitutionnel auprès de la Cour constitutionnelle si elle estime que l'une des libertés ou l'un des droits humains et civils définis par la Constitution a été violé par une décision d'un tribunal ou par une décision rendue par une autorité administrative ou tout autre organisme doté de prérogatives de puissance publique. Si d'autres recours sont ouverts contre de telles violations des droits constitutionnels, un recours constitutionnel ne peut être déposée qu'après que tous ces recours aient été épuisés.

Selon l'opinion de la Cour constitutionnelle, une décision de mise en détention ou de prolongation de la détention ne peut être attaquée par la voie d'un recours constitutionnel qu'après que les procédures pénales soient arrivées à leur terme, donc après que les recours légaux contre un verdict pénal aient été épuisés.

Les autres voies de recours n'ayant pas été utilisées dans le cas particulier du plaignant concerné, aux termes de l'article 28, alinéa 2, de la loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle de la République de Croatie, les conditions de procédure requises n'étaient pas remplies. En conséquence, la Cour constitutionnelle, en application de l'article 26 de la loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle de la République de Croatie a statué comme indiqué dans le dispositif." (Décision de la Cour constitutionnelle n° U-III-32/1992 du 27 mai 1992).

Il convient de noter que dans certains pays occidentaux un recours constitutionnel peut être déposé même avant que tous les recours légaux aient été épuisés si cela est nécessaire pour éviter une éventuelle violation difficilement réparable des droits constitutionnels.

Ainsi, en Allemagne, la Cour fédérale peut statuer sur un recours constitutionnel immédiatement, même avant que tous les recours légaux aient été épuisés, mais seulement dans des cas où un tel recours constitutionnel présente un intérêt général ou si le plaignant risque de subir un dommage important et irréparable s'il est d'abord soumis à une procédure régulière (article 90, alinéa 2, de la loi sur la Cour constitutionnelle)⁴³.

"La détention peut être prononcée au cours de différentes phases d'une procédure pénale: au cours de l'enquête, après que les charges aient été signifiées, sous certaines conditions, et après que la sentence ait été rendue, ou même avant qu'une procédure pénale ne soit engagée. Cependant, à chaque stade de la procédure pénale, la détention est décidée ou prolongée par une décision distincte pouvant être attaquée par la voie d'un recours distinct, soumis à la décision d'un conseil extérieur à la procédure ou d'une juridiction de second degré. A intervalles réguliers, le tribunal est officiellement obligé de réexaminer les motifs de la détention. Le procureur de la

⁴³ Cf. Rüdiger Zuck: *Das Recht der Verfassungsbeschwerde*, 2ème édition, Verlag C.H. Beck, Munich, 1988, p. 278, ss.

république lui-même peut intervenir pour protéger la légalité contre une décision de détention ou de détention prolongée.

Par conséquent, tout au long de la procédure pénale, les conditions et les motifs de la détention ou de la détention prolongée sont examinés, mais sans examiner les faits et les circonstances sur la base desquels la décision requise sera prononcée. Ainsi, lors de la procédure pénale de premier degré et ensuite lors de la phase d'appel, la légalité de la détention ou les faits et circonstances ayant conduit à la décision de détention lors de la phase d'audition ne peuvent plus être examinés ou réévalués parce que cette détention ne subsiste plus maintenant ou à ce moment. La décision de détention durant la phase d'investigation s'est éteinte et a cessé de s'appliquer. Annuler une telle décision lors d'une phase ultérieure serait une absurdité juridique: avec une décision ainsi annulée, nul ne serait en mesure d'agir d'une manière quelconque.

Les réflexions ci-dessus nous amènent à la conclusion qu'une violation des droits constitutionnels à travers la détention peut et doit être dûment traitée ou qu'il faut envisager une protection efficace du droit constitutionnel à la liberté (article 22 de la Constitution) lorsque ce droit a été violé. Si la protection de ce droit était retardée, si l'on devait attendre la fin d'une procédure pénale, une telle protection n'aurait aucun effet car les conséquences de la détention (anticonstitutionnelle) ne peuvent être évitées que tant qu'une personne est détenue en raison d'une décision concrète. Par conséquent, les recours légaux contre une décision de mise en détention sont épuisés lorsque le tribunal a rendu sa décision sur la plainte dirigée contre cette décision, de sorte qu'une procédure constitutionnelle peut être engagée contre cette décision en application des dispositions de l'article 28 de la loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle de la République de Croatie."⁴⁴

Sur ce point, le juge Nikola Filipovi_ est plus réservé dans son article du 31 mars 1992, dans lequel il propose les conclusions suivantes:

"Tout ceci indique que la phase d'investigation, en raison de motifs particuliers, juridiques, techniques, personnels et autres, y compris le moindre accès du public à cette phase des procédures pénales ainsi que la persistance de nombreux préjugés, est potentiellement la principale source de menaces pour les libertés de l'Homme et du citoyen, pour la dignité et la sécurité de l'Homme. C'est pourquoi il convient de porter la plus grande attention à cette phase des procédures pénales en la dotant de sanctions et de mécanismes de protection juridique d'une grande efficacité...

Le recours constitutionnel dans le domaine du droit pénal peut être abordée de deux manières. Premièrement, la loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle de la République de Croatie ne devrait pas prescrire de règles dans ce domaine et, deuxièmement, en raison de sa complexité, l'institution de le recours constitutionnel devrait être progressivement élargie dans la pratique de la Cour constitutionnelle. Cette conception est plus proche de notre opinion selon laquelle la Cour constitutionnelle ne devrait pas être corsetée par des normes superflues qui en limiteraient la créativité et la liberté dans ses efforts d'aider à la construction d'un système juridique démocratique. Cette conception est cependant contestée par de nombreuses personnes opposées à une telle pratique de la Cour constitutionnelle. Nous pensons, nous aussi, que la Cour constitutionnelle ne devrait intervenir dans les procédures pénales que dans des cas très

⁴⁴

Article de Vojislav Ku_ekovi_: Du recours constitutionnel - de lege lata et de lege ferenda, joint au dossier n° U-III-556/94 de la Cour constitutionnelle.

exceptionnels mettant en cause uniquement les droits explicitement définis dans la Constitution; nous suggérons donc que soit étudié l'amendement suivant à la loi constitutionnelle:

"Lorsqu'en examinant un recours constitutionnel la Cour constitutionnelle constate qu'ont été violés les droits d'une personne arrêtée ou d'un suspect qui excluent sa détention ou menacent d'une autre manière ses droits constitutionnels, la Cour constitutionnelle peut prononcer sa mise en liberté ou toutes autres mesures de nature à protéger ses droits."⁴⁵

Ce point de vue est en partie contesté par le Dr Berislav Paviši_ dans ses notes pour un débat de la Cour constitutionnelle sur le recours constitutionnel. "... L'extension de la protection de la Cour constitutionnelle", pour citer d'après ces notes, "à une procédure pénale en cours n'a-t-elle pas pour objet de compenser le manque d'efficacité des mécanismes protecteurs dans le cadre d'une procédure judiciaire normale? Dans le cas concret, la protection de la Cour constitutionnelle est subsidiaire. Une telle protection ne peut être qu'une stricte exception, acceptable uniquement dans les cas où les voies premières ne parviennent pas d'elles-mêmes à offrir des garanties solides. Si la tâche de rechercher un tel espace pour une protection juridique est laissée à la Cour constitutionnelle, on pourrait aboutir à la mise en place d'un système d'autorité judiciaire fonctionnant en parallèle avec le risque de compromettre l'issue des procédures pénales et de miner le système des recours légaux normaux et exceptionnels."

En théorie, certains auteurs sont enclins "d'accorder aux cours constitutionnelles le pouvoir discrétionnaire de décider sur un recours constitutionnel avant l'utilisation des autres recours légaux, si la plainte présente un intérêt général ou si le plaignant risque de subir un dommage grave et irréparable s'il est contraint de s'adresser à d'autres tribunaux"⁴⁶.

Malgré toutes les réserves exprimées par le Professeur Paviši_ et malgré les risques résultant de nouvelles piles de recours constitutionnels (la pratique montre que ce recours constitutionnel donne lieu à certains abus, avec une tendance marquée à y recourir même dans des domaines où il est évident qu'aucun droit constitutionnel n'est en cause⁴⁷) je reste favorable à la conception

⁴⁵ Etude de Nikola Filipovi_ du 31 mars 1992 *Le recours constitutionnel dans les procédures pénales, en annexe du dossier n ° U-III-556/94.*

⁴⁶ Cf. Steinberger, *op. cit.*, p. 31.

⁴⁷ Cela peut être corroboré par les faits suivants. Le nombre de plaintes constitutionnelles reçues dans la période de 1991 au 30 juin 1995 a été de: 25 en 1991, 126 en 1992, 252 en 1993, 825 en 1994. Sur un total de 1228 plaintes constitutionnelles, 573, soit 46,6% ont été résolues, mais avec un taux relativement faible de décisions favorables. Par ailleurs, le nombre de 59 plaintes accueillies favorablement comprend un pourcentage relativement élevé de cas identiques, basés sur la violation des droits constitutionnels prévus par les articles 18, 19 et 26 de la Constitution, un droit spécial pour une plainte productive (voyez les notes ci-après sur l'article 26 de la Constitution). Nous pouvons toutefois indiquer d'emblée que la plainte constitutionnelle a l'effet éducatif prévu, en ce sens que les directives pour la procédure ultérieure, suite à une plainte constitutionnelle accueillie favorablement sont tirées des notes critiques contenues dans l'exposé des motifs de la plainte constitutionnelle à laquelle il a été fait droit.

Le pourcentage de plaintes constitutionnelles accueillies favorablement (59 sur 573, un peu plus de 2,5%) est comparable à la moyenne européenne.

constitutionnelle selon laquelle une procédure engagée contre une décision de mise en détention devrait être considérée comme épuisée si un recours à cet effet est irrecevable ou a été rejeté. Il serait naturellement opportun de ne pas laisser ce problème à la seule Cour constitutionnelle, qui s'oriente de plus en plus dans cette direction. Le problème devrait plutôt être traité dans la loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle⁴⁸.

Article 25

Toute personne arrêtée et condamnée doit être traitée humainement et sa dignité doit être respectée.

Toute personne détenue et accusée d'un délit pénal a le droit d'être présentée devant un tribunal dans le plus bref délai défini par la loi et le droit d'être acquittée ou condamnée dans le délai prévu par la loi.

Un détenu peut être libéré sous caution pour se défendre lui-même.

Toute personne qui a été illégalement privée de liberté ou condamnée peut prétendre, dans les conditions prévues par la loi, à des dommages-intérêts et à des excuses publiques.

Article 26

Cet "arriéré" de dossiers n'est cependant pas limité à notre pays. La même tendance a été constatée en Autriche et en Allemagne suite à l'introduction des recours constitutionnels et pendant une période assez longue après cette introduction. Citons Ivan Kristan, Le recours constitutionnel, Ljubljana, Pravnik n° 6-9/92, p. 211 ss.:

"Le fait que la Cour constitutionnelle allemande était surchargée est une des raisons pour lesquelles les dispositions sur les recours constitutionnels ont été modifiées à six reprises depuis 1951. Le repère était la pratique effective de la Cour constitutionnelle. La Cour constitutionnelle était tout simplement incapable de venir à bout de la charge excessive qui lui était imposée. Le simple nombre de recours constitutionnels reçus les a placés devant un problème défiant toute solution: alors que la Cour peut traiter au maximum 70 cas, le nombre de recours a explosé pour atteindre environ 500 et la situation a été décrite comme désespérée: 'Die gegenwärtige Situation des Bundesverfassungsgerichtes ist trostlos; die Bundesverfassungsgerichtbarkeit kann im Augenblick ihre Funktion nicht mehr erfüllen' (La situation actuelle de la Cour constitutionnelle fédérale est désespérée; la voie de recours devant la Cour constitutionnelle fédérale ne peut actuellement plus remplir sa fonction) W. Geiger, Zur Reform des Bundesverfassungsgerichts, Festschrift für Nawiasky, 1956."

Ce problème est également abordé dans le rapport du Dr. Velimir Belajec pour le présent séminaire UniDem: "Les conditions de recevabilité des recours constitutionnels et les mécanismes visant à éviter une charge excessive de la Cour".

⁴⁸

Sur la privation de liberté et la détention, cf. Bostjan M. Zupan_i_: Procédure pénale constitutionnelle, Open Society Fund, Slovénie, Ljubljana, 1995, pp. 229, 251.

Tous les citoyens et étrangers seront traités à égalité devant les tribunaux, les autorités gouvernementales et les autres organismes dotés de prérogatives de puissance publique.

"Les dispositions de l'article 18 de la Constitution garantissent le droit de déposer une plainte ou un autre recours légal contre les décisions de première instance rendues par un tribunal ou un autre organisme habilité, alors que la disposition de l'article 19, alinéa 2, de la Constitution garantit un examen judiciaire de la légalité des décisions individuelles prises par les autorités administratives et les organismes dotés de prérogatives de puissance publique. Ces droits constitutionnels ne peuvent être exercés efficacement qu'à condition que soient connus les motifs invoqués dans une procédure d'appel ou une autre procédure mettant en jeu un autre type de protection juridique ou dans une procédure donnant lieu à un examen judiciaire de la légalité des décisions individuelles.

En outre, en refusant de donner les raisons pour lesquelles une demande est rejetée on viole également le droit constitutionnel des citoyens et des étrangers à l'égalité devant les tribunaux et autres autorités dotées de prérogatives de puissance publique, tel que prévu à l'article 26 de la Constitution. Les personnes qui ne connaissent pas les raisons qui motivent le rejet de leur demande sont certainement dans une position désavantageuse par rapport à celles qui ont connaissance de telles raisons.

C'est sur ces fondements que la Cour constitutionnelle dans ses décisions n° U-I-206/1992, U-I-207/1992, U-I-209/1992, U-I- 222/1992 du 8 décembre 1993) publiées au Journal officiel n° 113/1993, a abrogé la disposition de l'article 26, paragraphe 3, de la loi croate sur la citoyenneté selon lequel aucun motif n'a à être donné pour rejeter une demande de citoyenneté croate.

En conformité avec ce qui précède, le recours constitutionnel a été accepté en raison de la violation des droits constitutionnels garantis aux termes des articles 18, 19 et 26 de la Constitution.^{49 50}

⁴⁹ *Décision de la Cour constitutionnelle n° U-III-434/1993 du 20 avril 1994. Voir également la décision de la Cour constitutionnelle n° U-I-272/1992.*

⁵⁰ *Voir également Mladen Ivanovi_: "Libre appréciation et l'obligation de motiver les décisions rendues au cours d'une procédure administrative", Informator n° 4186 du 20 avril 1994, pp.8. Il peut s'avérer intéressant de relever les remarques finales des auteurs:*

"En abrogeant une disposition de la loi sur la citoyenneté croate, la décision de la Cour constitutionnelle équivaut non seulement à l'abolition d'une disposition juridique comme toute autre, mais également à l'élimination d'une règle de droit qui est incompatible avec la Constitution croate et qui, a été hérité du régime juridique précédent, en vigueur chez nous durant des décennies. Une libre appréciation fondée sur un critère juridique indéterminé, conjointement avec le droit d'une autorité à ne pas motiver sa décision, enfreint également les principes de la Constitution, et sur ce point amène aux mêmes objections que celles sur la disposition abrogée de la Loi sur la citoyenneté croate.

Néanmoins, la Cour constitutionnelle pense qu'il est juridiquement permis de libérer une autorité de la nécessité de motiver ses décisions négatives, étant toutefois entendu que la libre appréciation n'est pas fondée sur un critère juridique indéterminé, mais que la loi spécifie les conditions requises au titre desquelles les raisons de rejeter une demande sont réputées exister. C'est à la lumière d'une telle interprétation que la disposition de l'article 209, alinéa 3 de la loi sur la procédure administrative doit

Article 27

Le barreau, en tant qu'office autonome et indépendant fournit aux citoyens une assistance légale, dans les conditions prévues par la loi.

Cette disposition a également été décrite par la Cour constitutionnelle comme un droit constitutionnel fondamental à disposer d'un avocat (U-I-272/1992). A mon avis, Belajec conteste à juste titre que cette disposition (voir la note 21) puisse constituer un droit constitutionnel. Il est plutôt un accessoire de l'article 29 de la Constitution, par exemple.

Article 28

Toute personne est présumée innocente et ne peut pas être considérée comme coupable d'un délit pénal tant que sa culpabilité n'a pas été reconnue par un jugement de tribunal définitif.

Article 29

Toute personne suspectée ou accusée d'un délit pénal a le droit:

- à un jugement équitable devant un tribunal compétent déterminé par la loi;
- à être informée dans le plus bref délai possible des motifs des charges retenues contre elle et des preuves sur lesquelles repose l'accusation;
- à un défenseur et à communiquer librement avec lui et à être informé de son droit;
- à être jugée en sa présence si le tribunal a la possibilité de la convoquer et à se défendre par elle-même ou avec l'assistance du défenseur choisi par elle.

Une personne inculpée et accusée ne peut être contrainte à témoigner contre elle-même ou à admettre sa culpabilité.

Les preuves obtenues illégalement ne seront pas admises dans les procédures judiciaires.

Comparer avec l'article 27 de la Constitution.

Article 30

Une condamnation pénale pour un délit pénal grave et exceptionnellement déshonorant peut, dans les conditions prévues par la loi, avoir pour conséquence la perte de droits acquis ou

être appliquée, l'appréciation juridique de la Cour constitutionnelle devant être interprétée comme une ligne directrice de droit pour l'avenir".

Cet article trouve manifestement l'appréciation de droits constitutionnels justifiée, mais, dans le même temps, met en garde contre l'effet régressif d'un recours constitutionnel.

l'interdiction d'acquérir, pendant un certain temps, certains droits pour la conduite d'affaires particulières, si cela est nécessaire pour la protection de l'ordre légal.

Article 31

Nul ne peut être puni pour un acte qui avant sa commission n'était pas défini par la loi ou par le droit international comme un délit répréhensible, ni ne peut être condamné à une peine qui n'était pas prévue par la loi. Si après la commission d'un acte une peine moins sévère est fixée par la loi, c'est cette peine qui sera appliquée.

Nul ne peut être jugé pour un acte pour lequel il a déjà été condamné ou pour lequel un jugement de tribunal définitif a été rendu.

Aucune procédure pénale ne peut être reprise contre une personne acquittée par un jugement de tribunal définitif.

Concernant le ne bis in idem, cf. la décision de la Cour constitutionnelle n° U-I-370/1994⁵¹.

Concernant l'interdiction de reprendre une procédure pénale contre une personne acquittée par une décision de tribunal définitive, voyez la décision de la Cour constitutionnelle n° U-I-197/1992⁵².

Article 32

Quiconque se trouve légalement sur le territoire de la République a le droit de se déplacer librement et de choisir une résidence.

Tout citoyen de la République a le droit de quitter le territoire de l'état à tout moment, de s'installer à l'étranger d'une façon permanente ou temporaire et de rentrer chez lui à tout moment.

La liberté de déplacement à l'intérieur de la République et le droit d'y entrer ou de la quitter peuvent exceptionnellement être limités par la loi si cela est nécessaire pour protéger l'ordre légal, ou la santé, les droits et la liberté de tiers.

Article 33

Les citoyens étrangers et les personnes apatrides peuvent obtenir l'asile en Croatie, à moins qu'elles ne soient poursuivies pour des crimes non politiques et pour des activités contraires aux principes fondamentaux du droit international.

Aucun étranger se trouvant légalement sur le territoire de la République ne peut être expulsé ou extradé vers un autre état sauf en application d'une décision rendue conformément à un traité ou à une loi.

⁵¹ *Journal officiel* n° 56/1994.

⁵² *Journal officiel* n° 25/1994.

Article 34

Les domiciles sont inviolables.

Seul un tribunal peut, par un mandat fondé sur la loi et motivé, ordonner une perquisition dans un domicile ou dans d'autres locaux.

L'occupant concerné a le droit d'assister, personnellement ou par l'intermédiaire de ses représentants et de deux témoins obligatoires, à la perquisition dans son domicile ou dans d'autres locaux.

Dans le respect des conditions définies par la loi, les autorités de police peuvent, même sans mandat d'un tribunal ou sans l'accord de l'occupant, pénétrer dans son domicile ou ses locaux et effectuer une perquisition en l'absence de témoins si cela est indispensable pour exécuter un mandat d'arrêt ou pour appréhender le coupable ou pour prévenir un grave danger pour la vie des personnes ou pour des biens importants.

Une perquisition destinée à rechercher ou à se procurer des preuves alors qu'il existe une sérieuse probabilité de les trouver dans le domicile du coupable ne peut être effectuée qu'en présence de témoins.

Article 35

Tous les citoyens se voient garantir le respect et la protection légale de leur vie personnelle et familiale, de leur dignité, de leur réputation et de leur honneur.

Article 36

La liberté et le secret de la correspondance et de toutes les autres formes de communication sont garantis et inviolables.

Les restrictions nécessaires pour la protection de la sécurité de la République et la conduite des procédures pénales ne peuvent être prescrites que par la loi.

Article 37

Chacun se voit garantir la sécurité et le secret de ses données personnelles. Sans l'accord de la personne concernée, les données personnelles ne peuvent être collectées, traitées et utilisées que dans les conditions définies par la loi.

L'utilisation de données personnelles pour un objet autre que celui pour lequel elles ont été collectées est prohibée.

Article 38

La liberté de pensée et l'expression de la pensée sont garanties.

La liberté d'expression recouvre notamment la liberté de la presse et des autres moyens de communication, la liberté de parole et d'expression publique et la libre installation de toutes les institutions de communication publique.

La censure est interdite. Les journalistes ont droit à la liberté de reportage et à l'accès à l'information.

Le droit de rectification est garanti à toute personne dont les droits définis par la constitution ont été violés par une communication publique.

Article 39

Tout appel ou incitation à la guerre, au recours à la violence, à la haine nationale, raciale ou religieuse ou toute autre forme d'intolérance sont interdits et répréhensibles.

Article 40

La liberté de conscience et de religion et la liberté de professer publiquement sa religion ou d'autres convictions sont garanties.

Article 41

Toutes les communautés religieuses sont égales devant la loi et sont séparées de l'état.

Les communautés religieuses sont libres, dans les conditions prévues par la loi, de célébrer publiquement des offices religieux, d'ouvrir des écoles, des établissements d'enseignement et autres institutions, des institutions sociales et charitables et de les gérer, et jouissent dans leur activité de la protection et de l'assistance de l'état.

Article 42

Tous les citoyens se voient garantir le droit au rassemblement pacifique et aux manifestations publiques.

Article 43

Les citoyens se voient garantir le droit de libre association en vue de la protection de leurs intérêts ou de la promotion de convictions et objectifs sociaux, économiques, politiques, nationaux, culturels et autres. A cet effet, les citoyens peuvent librement former des partis politiques, des syndicats et d'autres associations, y adhérer ou les quitter.

La liberté d'association est limitée par la prohibition de toute menace violente contre l'ordre constitutionnel démocratique et l'indépendance, l'unité et l'intégrité territoriale de la République.

Article 44

Tout citoyen de la République a le droit, dans les mêmes conditions, à prendre part à la conduite des affaires publiques et à avoir accès au service public.

Article 45

Tous les citoyens de la République ayant atteint l'âge de dix-huit ans ont un droit de vote universel et égal. Ce droit s'exerce dans des élections directes par un vote secret.

Dans les élections pour le Sabor croate et dans l'élection du Président de la République, la République assure un droit de vote à tous les citoyens qui au moment des élections se trouvent en dehors de ses frontières, afin qu'ils puissent voter dans les états dans lesquels ils se trouvent ou par tout autre moyen défini par la loi.

Article 46

Tous les citoyens ont le droit de remettre des pétitions et des doléances, de faire des propositions au gouvernement et aux autres autorités publiques et de recevoir des réponses à ces pétitions, doléances et propositions.

Article 47

Le service militaire et la défense de la République sont le devoir de tous les citoyens en mesure de l'effectuer.

L'objection de conscience est autorisée pour tous ceux qui, en raison de convictions religieuses ou morales, ne veulent pas participer à l'accomplissement des tâches militaires dans les forces armées. Ces personnes sont obligées d'accomplir d'autres tâches définies par la loi.

3. Droits économiques, sociaux et culturels⁵³

Article 48

Le droit de propriété est garanti.

La propriété entraîne des obligations. Les titulaires du droit de propriété et ses usagers doivent contribuer au bien-être commun.

Une personne étrangère peut acquérir le droit de propriété dans des conditions définies par la loi.

Le droit d'héritage est garanti.

La portée des garanties constitutionnelles de la propriété est beaucoup plus large, elle va au-delà de la garantie de la propriété elle-même et comprend l'éventail complet des droits (civils) privés. La protection est assurée non seulement au pouvoir juridique individuel dont jouissent les propriétaires à l'égard de leur possession, mais aussi à la propriété en général en tant qu'institution dans le cadre d'un système juridique⁵⁴.

⁵³ En liaison avec les dispositions de cet article et des suivants, voir aussi le rapport pour le présent séminaire UniDem de Hrvoje Momcinovic: "Contestation des sentences arbitrales devant la Cour constitutionnelle en droit croate".

⁵⁴ Voir Gavella: "Le contenu et les limites de la propriété" dans "Sélection de problèmes juridiques matériels", Zagreb, 1992, p. 47 et suivantes; Ante _uveli_: "Limitations de la propriété uniquement en

Gavella donne plus de détails sur ces principes (op. cit., note 41):

"Il convient de noter que la portée des garanties constitutionnelles de la propriété est très large, qu'elle va au-delà de la garantie de la propriété elle-même et s'étend à l'éventail complet des droits (civils) privés. L'emploi du terme "propriété" pour représenter la notion de droit de propriété et des autres droits (civils) privés est tout à fait caractéristique de la pratique du droit constitutionnel. La constitution croate comme les constitutions d'autres pays européens, lorsqu'elles garantissent le droit constitutionnel de propriété, accordent la même garantie à tous les autres droits (civils) privés. C'est ainsi que si l'article 22 de la constitution fédérale suisse garantit la propriété, cela recouvre, aussi bien pour la doctrine que dans la pratique, la protection non seulement de la propriété des meubles et immeubles, mais aussi de tous les droits de propriété (droits matériels limités, droits sur les obligations, droits de propriété intellectuelle, y compris le droit d'auteur et ce qu'on appelle les droits de propriété industrielle - droits des brevets, le droit d'utiliser un sceau, etc.) et même certains droits personnels privés tirant leur origine du droit public (le droit dûment acquis d'utiliser le domaine public, les droits de concession, les droits des salariés, qui peuvent comprendre les droits tirés du système d'assurances sociales) - cf. Müller, G.: *Privateigentum heute*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1981, Vol. 100, IIème demi-volume, cahier 1, p. 50 ss.; Meier-Hayoz, A. u. Berner Kommentar, Vol. IV, *Das Sachenrecht. I/i*, Bern, 1959, p. 101 ss."⁵⁵

Article 49

La liberté d'entreprise et du marché est la base du système économique de la République.

L'état assure à tous les entrepreneurs un statut juridique égal sur le marché. Les monopoles sont interdits.

La République stimule le progrès économique et le bien-être social et veille au développement économique de toutes les régions.

Les droits acquis par des investissements de capital ne peuvent être remis en cause par la loi ni par tout autre acte juridique.

Les investisseurs étrangers se voient garantir la liberté de transférer et de rapatrier les profits et le capital investi.

"Il est incontestable que dans une procédure de faillite le débiteur en tant que personne morale a fait l'objet d'une vente par voie d'adjudication qui s'est tenue le 7 septembre 1992, que la société BS, en tant que plus offrante a été sélectionnée comme acheteur et qu'un contrat d'achat a été dûment signé avec ladite société. En application de l'article 148, alinéa 1, de la loi sur la faillite et le règlement judiciaire (Journal officiel n° 53/91 et 9/94), une fraction du prix fixé a été versée au fonds de développement croate.

conformité avec la Constitution", Informator n° 4228, p. 13 ss.; Mladen _uvela: "Les biens immobiliers dans la période de transition", Zagreb, 1994, p. 1 ss.

⁵⁵ Cf. Gavella, op. cit.

Le contrat entre le fonds de développement croate et l'acheteur prévoyant un remboursement échelonné de ladite fraction du prix, c'est-à-dire le remboursement des créances du fonds, a de fait modifié les conditions de l'offre au détriment des autres enchérisseurs. Bien que cette transaction légale soit intervenue après la fin de l'adjudication et après la signature du contrat d'achat, elle était soumise aux conditions d'adjudication publiées.

Dans la mesure où les autres acheteurs potentiels n'avaient pas connaissance de la possibilité de rembourser une partie du prix d'achat par des versements échelonnés, l'enchérisseur non soumis aux conditions d'adjudication a été placé dans une position privilégiée.

Pour ces motifs, la Cour constitutionnelle a décidé que dans ce cas le droit constitutionnel de l'égalité de tous devant la loi, prévu par l'article 14, alinéa 2, et le droit constitutionnel à un statut juridique égal de tous les entrepreneurs sur le marché, prévu par l'article 49, alinéa 2, de la Constitution ont été violés.

En conséquence, conformément aux dispositions de l'article 30 de la loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle de la République de Croatie (Journal officiel n° 13/91), la Cour constitutionnelle a fait droit à la plainte, a déclaré les décisions des tribunaux attaquées nulles et de nul effet et a renvoyé le dossier au tribunal de commerce compétent de Split pour une nouvelle procédure (points 1 et 2 du dispositif). Dans la suite de la procédure, ledit tribunal devra procéder à nouveau à la vente de la propriété du débiteur en conformité avec les dispositions des articles 129 et 130 de la loi sur les faillites et le règlement judiciaire.⁵⁶

Article 50

Dans l'intérêt de la République, la propriété peut être limitée par la loi ou être expropriée contre une indemnité égale à sa valeur sur le marché.

La liberté d'entreprise et les droits de propriété peuvent être exceptionnellement limités par la loi afin de protéger les intérêts et la sécurité de la République, de la nature, de l'environnement humain et de la santé humaine.

La disposition de l'article 50 est également considérée par la Cour constitutionnelle comme une disposition de droit constitutionnel. C'est ce que montre par exemple sa décision n° U-III-350/1993 qui indique, entre autres: "Ladite décision de la Cour suprême de la République de Croatie ne contrevient pas au droit constitutionnel de J.M. prévu à l'article 50 de la Constitution car les intérêts ne sont pas considérés comme une compensation fondée sur la valeur du marché, telle que garantie par la Constitution."

Ce point peut toutefois prêter à discussion car le plaignant est conduit à rechercher une protection en se référant au droit constitutionnel de propriété prévu à l'article 48 de la Constitution et, seulement à titre secondaire, en se référant à l'article 50, alinéa 1, de la

⁵⁶ *Décision de la Cour constitutionnelle n° U-III-361/1992 du 1er juin 1994 publiée au Journal officiel, n° 45/1994 et 51/1994.*

Constitution. L'alinéa 2 est une disposition similaire à la disposition de l'article 16 de la Constitution concernant les restrictions des libertés et des droits.^{57 58}

Article 51

Chacun doit contribuer au paiement des dépenses publiques selon ses possibilités économiques.

Le système fiscal doit être basé sur les principes d'égalité et d'équité.

Article 52

La mer, le littoral et les îles, l'eau, l'atmosphère, les richesses minières et les autres ressources naturelles ainsi que la terre, la forêt, la faune, la flore et les autres éléments de la nature, les immeubles et les biens présentant un intérêt culturel, historique, économique ou écologique particulier qui sont définis par la loi comme revêtant un intérêt pour la République sont placés sous sa protection spéciale.

La loi définit dans quelles conditions les biens revêtant un intérêt pour la République peuvent être utilisés et exploités par les titulaires de droits sur ces biens et par leurs propriétaires; elle fixe la compensation qui leur est due pour les restrictions qui leur sont imposées.

Article 53

La Banque nationale de Croatie est la banque centrale de la République de Croatie.

La Banque nationale de Croatie est chargée, dans le cadre de ses prérogatives et fonctions, de la stabilité de la monnaie et de la liquidité des paiements généraux à l'intérieur et à l'étranger.

La Banque nationale de Croatie est indépendante dans son activité et responsable devant le Sabor croate. Les profits résultant de l'activité de la Banque nationale de Croatie sont versés au budget de l'état.

Le statut de la Banque nationale de Croatie est régi par la loi.

Article 54

Chacun a le droit de travailler et la liberté de travailler.

Chacun est libre de choisir sa vocation et son emploi et tous les postes de travail et fonctions doivent être ouverts à tous dans les mêmes conditions.

Article 55

⁵⁷ Voir Jadranko Crni_: "Commentaires sur l'acte d'expropriation", *Informator*, 1994, p. 22 et Jadranko Crni_: "Expropriation des biens immobiliers - conditions et obstacles", *Organizator*, Zagreb, 1994, p. 29 ss.

⁵⁸ Voir aussi Sokol-Smerdel: *op. cit.*, p. 72.

Tout salarié a droit à une rémunération lui assurant pour lui-même et sa famille une vie libre et décente.

Les horaires maximum de travail sont définis par la loi.

Tout salarié a droit à un repos hebdomadaire et à des vacances annuelles rémunérées et ne peut renoncer à ces droits.

Les salariés peuvent, dans les conditions prévues par la loi, participer au processus de décision dans les entreprises dans lesquelles ils travaillent.

Article 56

Le droit de ces salariés et des membres de leurs familles à la sécurité sociale et aux assurances sociales est régi par la loi et par les conventions collectives.

Les droits liés à l'accouchement, à la maternité et aux enfants sont régis par la loi.

Article 57

La République garantit aux infirmes, aux personnes faibles et aux autres citoyens dépourvus de ressources en raison d'une situation de chômage ou d'une incapacité de travail le droit à une assistance couvrant leur besoins fondamentaux.

La République veille tout particulièrement à protéger les personnes handicapées et à les inclure dans la vie sociale.

Il ne peut être interdit de recevoir une aide humanitaire de l'étranger.

Article 58

Tout citoyen se voit garantir le droit aux soins.

Article 59

Afin de protéger les intérêts économiques et sociaux, tous les salariés et employeurs ont le droit de constituer des syndicats et d'y adhérer ou de les quitter librement.

Les syndicats peuvent constituer leurs fédérations et associations dans le cadre d'organisations syndicales internationales.

La constitution de syndicats dans les forces armées et la police peut être limitée par la loi.

Article 60

Le droit de grève est garanti.

Le droit de grève peut être restreint dans les forces armées, la police, l'administration gouvernementale et les services publics définis par la loi.⁵⁹

⁵⁹ Cf. Dr. Zeljko Poto_njak: "Le droit de grève", Zagreb, 1992.

Article 61

La famille jouit de la protection spéciale de la République.

Le mariage et les rapports juridiques au sein du mariage, le concubinage et les familles sont régis par la loi.

Article 62

La République protège la maternité, les enfants et les jeunes personnes et crée les conditions sociales, culturelles, éducatives, matérielles et autres favorables à l'accomplissement du droit à une vie décente.

Article 63

Les parents ont la responsabilité d'éduquer leurs enfants, de subvenir à leurs besoins et de les scolariser; ils ont le droit et la liberté de décider de manière indépendante de l'éducation qu'ils veulent donner à leurs enfants.

Les parents ont la responsabilité de garantir le droit de leurs enfants au développement plein et harmonieux de leur personnalité.

Les enfants handicapés physiques ou mentaux et les enfants socialement négligés ont droit à un soin, une éducation et à une assistance particuliers.

Les enfants sont tenus de prendre soin de leurs parents âgés démunis.

La République doit accorder une assistance particulière aux mineurs orphelins et aux enfants négligés par leurs parents.

Article 64

Chacun est tenu de protéger les enfants et les personnes démunies.

Les enfants ne peuvent être employés avant d'avoir atteint l'âge déterminé par la loi et ils ne peuvent être contraints ou autorisés à effectuer des travaux nuisibles à leur santé ou à leur moralité.

Les jeunes personnes, les mères et les infirmes ont droit à une protection particulière dans le cadre du travail.

Article 65

L'école primaire est obligatoire et gratuite.

Chacun a accès dans les mêmes conditions à l'éducation secondaire et supérieure conformément à ses facultés.

Article 66

Dans les conditions déterminées par la loi, les citoyens peuvent ouvrir des écoles et des établissements d'enseignement privés.

Article 67

L'autonomie des universités est garantie.

Les universités décident en toute indépendance de leur mode d'organisation et fonctionnent dans les conditions prévues par la loi.

Article 68

La liberté de création scientifique, culturelle et artistique est garantie.

La République stimule et soutient le développement de la science, de la culture et des arts.⁶⁰

La République protège les biens scientifiques, culturels et artistiques en tant que valeurs nationales spirituelles.

La protection des droits moraux et économiques résultant des efforts de création scientifique, culturelle, artistique, intellectuelle ou autre est garantie.

La République encourage la culture physique et le sport.

Règles incorporées à partir du droit international

La liste des droits et garanties humains et civils figurant dans la constitution croate n'est pas conçue comme définitive ou close. Cette liste est et sera complétée par les dispositions des conventions internationales auxquelles adhère la République de Croatie⁶¹.

Pour citer l'article 134 de la Constitution: "Les conventions internationales conclues et ratifiées conformément à la Constitution et rendues publiques sont incorporées dans l'ordre juridique interne de la République et se situent au-dessus de la loi sur le plan de l'autorité juridique".

Par conséquent, en adhérant à une convention internationale régissant les libertés et droits de l'Homme, la République de Croatie appliquera les dispositions de cette convention, même si sa législation dans le domaine concerné est en contradiction avec les dispositions de ladite convention.

⁶⁰ *Le juge Belajec, dans son étude, (voir la note 21) défend par exemple l'idée que les articles 20, 21, alinéa 2, les articles 27, 39, 47, alinéa 1, l'article 51, alinéa 1, les articles 52, 53, 61, 62, 63 et autres ont été intégrés dans le livre III "Libertés et droits humains et civils fondamentaux" pour des raisons de logique de présentation et non pour définir les droits constitutionnels des citoyens.*

⁶¹ *Cf. Siniša Rodin: "La Cour constitutionnelle de la République de Croatie et le droit international", Zakonitost n° 8-12/93, p. 578 ss.*

De cette manière, la République de Croatie en tant qu'état souverain s'engage à respecter les droits de l'Homme, y compris les droits des nationalités et des minorités, non pas en tant que problème interne, mais comme une cause commune de la communauté internationale. Cela ne diminue pas la souveraineté elle-même. Cela signifie que la Croatie accepte les règles prévalant aujourd'hui dans le monde démocratique dont elle est un membre à égalité de droit.

Cela pose toutefois certains problèmes:

a) La Cour constitutionnelle, dans son travail, doit aussi tenir compte de ces textes internationaux. Cependant, la disposition de l'article 134 de la Constitution reconnaît la prédominance des conventions internationales conclues, ratifiées et publiées conformément à la Constitution, ce qui signifie en même temps qu'elles occupent dans l'ordre juridique national une position inférieure à celle de la Constitution.

b) Ce qui est contestable, c'est donc l'applicabilité immédiate des conventions internationales dans la pratique juridique nationale, y compris leur applicabilité dans l'exercice du contrôle juridique de la Cour constitutionnelle. Cette applicabilité ne semble pouvoir être défendue que si une loi ou un règlement national se trouve en contradiction avec ces documents internationaux, mais non en tant qu'application immédiate comme fondement indépendant d'un recours constitutionnel.

Il résulte de ces réflexions que les conventions internationales ne peuvent recevoir un statut constitutionnel dans le cadre de la loi nationale, même lorsqu'il s'agit de l'article 1 de la loi constitutionnelle sur les droits de l'Homme et sur les libertés et droits des communautés ou minorités nationales et ethniques en République de Croatie⁶², qui dispose:

La République de Croatie, conformément:

- à la Constitution de la République de Croatie,
- aux principes de la Charte des nations unies,
- à la déclaration universelle des droits de l'Homme, à la convention internationale sur les droits civils et politiques, à la convention internationale sur les droits économiques, sociaux et culturels,
- à l'acte final de la conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (CSCE Helsinki), à la Charte de Paris sur la nouvelle Europe et aux autres documents de la CSCE concernant les droits de l'Homme, notamment au document de la réunion de Copenhague de la conférence sur la dimension humaine de la CSCE et au document de la réunion de Moscou de la conférence sur la dimension humaine de la CSCE,
- à la convention du Conseil de l'Europe sur la protection des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et à ses protocoles,

⁶² Texte modifié dans le journal officiel n° 34/92.

- à la convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, à la convention sur la prévention et la répression du crime de génocide et à la convention sur les droits de l'enfant,

s'engage à respecter et protéger pour tous ses citoyens les droits et libertés fondamentaux nationaux et autres, l'autorité de la loi et les autres valeurs suprêmes de son ordre constitutionnel et de l'ordre juridique international.

A propos des droits et libertés de l'Homme, voici une citation de l'article 2 de ladite loi constitutionnelle:

La République de Croatie reconnaît et protège les droits et libertés de l'Homme, notamment:

m) tous les autres droits prévus par les documents internationaux de l'article 1 de la présente loi, à la seule réserve des exceptions et restrictions énumérées dans ces documents, sans aucune discrimination fondée sur le sexe, la race, la couleur, la langue, la religion, les convictions politiques et autres, l'origine nationale ou sociale, le fait d'entretenir des liens avec une minorité nationale, la propriété, le statut social résultant de la naissance ou de toute autre cause (articles 14 et 17, alinéa 3, de la Constitution).

La République de Croatie adopte ainsi unilatéralement un certain nombre de documents internationaux dans le cadre de ses efforts pour s'intégrer dans l'ordre public européen. Toutefois, bien que sa Constitution et ladite loi constitutionnelle fassent participer la Croatie à la tradition constitutionnelle européenne, la thèse selon laquelle ces dispositions internationales seraient à égalité avec la Constitution, voire supérieures à celle-ci manque de crédibilité, d'autant plus que la République de Croatie n'est pas encore un état-membre de l'Union européenne.

"Comme l'a montré Andrew Z. Drzemczewski⁶³, l'impact et le statut de la convention varient largement d'un état à l'autre au sein du Conseil de l'Europe. Dans la plupart des cas, l'impact de la convention sur le droit national et son statut dans le cadre de ce droit national dépendent de normes nationales générales relatives au droit international. Il n'y a qu'en Autriche que la Convention européenne des droits de l'Homme a un statut constitutionnel. Dans d'autres états, le statut reconnu à la Convention se situe entre la loi et la constitution ou bien au niveau de l'autorité juridique d'une loi. Les autres états, enfin, ne considèrent même pas que la Convention fasse partie de leur droit national, de sorte que les individus ne peuvent pas s'y référer directement dans leurs actions judiciaires."⁶⁴

Dans l'article cité, Bleckmann rend compte de ces différences (p. 150 ss.) en essayant de démontrer que la Convention européenne des droits de l'Homme devrait se voir accorder au moins un statut constitutionnel dans le cadre des législations nationales.

⁶³ Cf. Andrew Z. Drzemczewski: *European Convention on Human Rights in Domestic Law, Comparative Study*, 1983.

⁶⁴ Cf. Albert Bleckmann: *Verfassungsrang der Europäischen Menschenrechtskonvention*, *Europäische Grundrechtezeitschrift*, Cahiers 7-8, 1994, p. 149 ss.

Cela nous amène à l'article 134 de la Constitution et à l'article 1 de ladite loi constitutionnelle qui, malgré son nom, n'a pas rang constitutionnel⁶⁵.

Aucun recours constitutionnel pour violation de droits ne peut donc être fondée sur ces documents internationaux, ou sur la loi constitutionnelle (nationale) sur les droits de l'Homme et sur les libertés et droits des communautés ou minorités nationales et ethniques. Seule, en effet, la Constitution définit les libertés et droits fondamentaux constitutionnels. Ce problème ne s'est toutefois pas posé en République de Croatie (du moins pas jusqu'à présent d'après l'expérience de la Cour constitutionnelle) car, comme le montre le catalogue des libertés et droits humains et civils constitutionnels fondamentaux présenté plus haut, la Constitution a adopté toutes les dispositions essentielles sur les droits de l'Homme qui figurent dans les documents internationaux. C'est pourquoi ces libertés et droits humains et civils fondamentaux (constitutionnels) peuvent être défendus avec succès en Croatie par la voie d'un recours constitutionnel, mais en se référant aux dispositions de la Constitution croate. La pratique courante consistant à se référer aux dispositions des documents internationaux indiqués dans les plaintes constitutionnelles ou dans les exposés des motifs des décisions de la Cour constitutionnelle doit être, pour le moment, mise sur le compte de l'ouverture du système juridique croate vis-à-vis du droit international, et de son empressement à interpréter toutes les libertés et tous les droits humains et civils fondamentaux en conformité avec la substance et l'objet de ces documents internationaux. Je crois qu'ils ne peuvent constituer un fondement indépendant ou unique pour un recours constitutionnel, car cela contreviendrait aux dispositions expresses de l'article 125, alinéa 3, de la Constitution concernant les libertés et droits humains et civils constitutionnels fondamentaux, qui sont ceux définis dans la Constitution et non les autres droits fondés uniquement sur les lois (bien que celles-ci soient naturellement supposées être conformes à la Constitution), ni même les droits fondés sur des prescriptions qui, d'après l'article 134 de la Constitution, prévalent sur le droit national mais sont inférieures à la Constitution en ce qui concerne leur autorité juridique. Leur importance ne peut donc relever que du "soutien" et est accessoire.

Protection de l'autonomie locale

La Constitution garantit le droit à l'autonomie locale (article 128 de la Constitution). Les entités autonomes peuvent être, dans les conditions prévues par la loi, une municipalité, un district ou une ville (article 129, alinéa 1, de la Constitution). Les comtés sont à la fois des entités d'administration locale et d'autonomie locale (article 131, alinéa 1, de la Constitution).

En ce qui concerne la protection de l'autonomie locale, la loi sur l'autonomie et l'administration locales⁶⁶ prévoit dans son article 81 qu'en cas de dissolution d'un organe représentatif d'une entité autonome locale par le gouvernement le président de l'organe représentatif dissout peut déposer un recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle dans les 48 heures.

La Cour constitutionnelle statue sur un tel recours constitutionnel dans les sept jours.

⁶⁵ *Elle a été adoptée sur le fondement de l'article 83, alinéa 1, de la Constitution, en tant que loi régissant les droits nationaux, à la majorité des deux tiers de tous les membres du parlement. Ce n'est pas la procédure applicable à l'adoption de la Constitution: la loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle, en revanche, a été adoptée conformément à la procédure prévue pour amender la constitution (article 127, alinéa 2, de la Constitution).*

⁶⁶ *Journal officiel, n° 90/1992, 94/1993 et 117/1993.*

Jusqu'à présent, la Cour constitutionnelle n'a pas été saisie de plaintes constitutionnelles de cette nature.

La contestation des sentences arbitrales devant la cour constitutionnelle en droit croate - Rapport de M. Hrvoje MOMČINOVIĆ

Croatie

I. OBSERVATIONS PRELIMINAIRES

Le recours constitutionnel permet de requérir la protection de la Cour constitutionnelle pour les droits et les libertés qui sont garantis aux personnes physiques et morales en vertu de la Constitution de la République de Croatie. Une personne dont les droits constitutionnels ont été violés par une sentence arbitrale peut obtenir cette protection.

Dans le texte qui suit, le recours constitutionnel est plus spécifiquement abordé du point de vue du requérant et des droits et libertés protégés par la Cour constitutionnelle de la République de Croatie. Les conditions et délais liés à l'introduction d'un recours constitutionnel sont fixés par la Cour constitutionnelle, de même que le contenu du recours et les décisions auxquelles il peut donner lieu.

Nous accorderons une attention particulière au recours constitutionnel contre une sentence arbitrale, à la procédure suivie par la Cour constitutionnelle en pareil cas et, enfin, à la situation juridique résultant de l'annulation de la sentence arbitrale.

II. LE RECOURS CONSTITUTIONNEL AUX FINS DE LA PROTECTION DES DROITS ET DES LIBERTÉS GARANTIS PAR LA CONSTITUTION

1. Les fondements juridiques de la protection des droits et libertés constitutionnels par la Cour constitutionnelle

En Croatie, la protection des droits et des libertés reconnus aux citoyens et aux autres sujets de droit est exercée par les instances judiciaires et administratives, ainsi que par d'autres organes investis de l'autorité publique. La Constitution de la République de Croatie (ci-après dénommée "la Constitution" - Journal officiel n° 56/90) et la Loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle de la République de Croatie (ci-après dénommée "Loi constitutionnelle" - Journal officiel n° 13/91) garantissent à tous les sujets de droit la protection directe et supplémentaire de la Cour constitutionnelle dans le cas où il serait porté atteinte aux droits et aux libertés dont ils jouissent en vertu de la Constitution. Cette protection peut être obtenue par le biais du recours constitutionnel, sur lequel statue la Cour constitutionnelle de la République de Croatie (ci-après dénommée "la Cour constitutionnelle").

Parmi les compétences de la Cour constitutionnelle figure la protection des droits et des libertés que la "loi suprême" reconnaît à l'homme et au citoyen (art. 125, ligne 3, de la Constitution). Aux termes de l'article 127 paragraphe 1 de la Constitution, la protection des libertés et des droits de l'homme et du citoyen est régie par la Loi constitutionnelle. Adoptée sur la base de l'article précité, la Loi constitutionnelle, dans les articles 28 à 30 du titre IV ("Protection des libertés et des droits constitutionnels de l'homme et du citoyen"), pose les jalons d'importantes règles de droit et de procédure relatives à la protection des libertés et des droits constitutionnels

et au moyen d'obtenir cette protection. Ces règles sont en partie énoncées par le Règlement de la Cour constitutionnelle de la République de Croatie (ci-après dénommé "le Règlement" - Journal officiel n° 29/94).

Seuls trois articles de la Loi constitutionnelle sont consacrés à la protection des libertés et des droits constitutionnels. Etant donné cette carence, la pratique de la Cour constitutionnelle est elle aussi une importante source de droit en la matière.

2. Les droits et les libertés protégés par la Cour constitutionnelle

D'après l'article 28 paragraphe 1 de la Loi constitutionnelle, la protection de la Cour constitutionnelle répond à toute violation d'une liberté ou d'un droit garanti par la Constitution à l'homme et au citoyen.⁶⁷ Ainsi, la Constitution (art. 127 §1) et la Loi constitutionnelle (art. 28 § 1), au lieu de dresser une liste - positive ou négative - des libertés et des droits fondamentaux bénéficiant de la protection supplémentaire de la Cour constitutionnelle, se sont ralliées aux systèmes constitutionnels qui protègent l'ensemble des libertés et des droits consacrés par la "loi suprême".⁶⁸

Les recours jusqu'à présent introduits devant la Cour constitutionnelle portent essentiellement sur la protection des libertés et des droits suivants: le droit à l'égalité devant la loi (art. 12 § 2 de la Constitution), le droit de recours (art. 18 de la Constitution), le caractère inaliénable de la personnalité et de la liberté individuelle, le droit à un procès équitable (art. 29 § 1, ligne 1, de la Constitution), le droit d'accéder aux fonctions publiques (art. 44 de la Constitution), le droit à la propriété et le droit de succéder (art. 48 de la Constitution), la libre entreprise et la libre concurrence, c'est-à-dire les droits rattachés à l'investissement de capitaux (art. 49 de la Constitution), le droit au travail (art. 54 de la Constitution), le droit à une rémunération (art. 55 de la Constitution) et le droit aux soins médicaux (art. 58 de la Constitution).

La Cour constitutionnelle ne protège donc pas les droits qui ne sont pas consacrés par la Constitution, comme le droit de percevoir une indemnité pour les soins et l'assistance apportés à un tiers (arrêt de la Cour constitutionnelle n° U-III-166/91), le droit à une pension d'invalidité (arrêt n° U-III-142/91 du 30 octobre 1991), la garantie d'occupation (arrêt n° U-III-159/92 du 8 juillet 1992), ou encore le droit fondamental d'utiliser un terrain à bâtir (arrêt n° U-III-304/92 du 18 mai 1993).

Soulignons que la Cour constitutionnelle ne se penche sur l'application du droit par les tribunaux que lorsque la violation des libertés et des droits garantis par la Constitution est, précisément, imputée à une mauvaise application de la législation. C'est la position qu'a adoptée la Cour constitutionnelle dans de nombreux arrêts (arrêts n°s U-III-1/92 du 20 mai 1992, U-III-9/92 du

⁶⁷ Cette disposition se lit comme suit: "(1) Quiconque estime qu'une décision émanant d'une instance judiciaire ou administrative, ou d'un autre organe investi de l'autorité publique, porte atteinte à l'un des droits ou à l'une des libertés qui sont garantis par la Constitution à l'homme et au citoyen, peut introduire un recours constitutionnel auprès de la Cour constitutionnelle."

⁶⁸ Crmi_, J.: *Ustavna tu_ba - zaštita ustavnih sloboda i prava _ovjeka i gradjanina, Prilog br. 2, Ustav republike Hrvatske - Komentari, objašnjenja i ustavnosudska praksa - "Narodne novine", Zagreb, 1993, p. 105.*

25 mars 1992, I-III-116/91 du 30 octobre 1991, U-III-105/91 du 4 mars 1992, U-III-312/1992 du 31 mars 1993).

3. Le requérant

A n'en pas douter, tout citoyen estimant que ses droits fondamentaux ont été violés par une décision émanant d'une instance judiciaire ou administrative, ou d'un autre organe investi de l'autorité publique, est en droit de former un recours constitutionnel.

En revanche, on peut se demander si une personne morale jouit de la même faculté.⁶⁹ Certains excluent cette possibilité au motif que, d'après l'article 28 paragraphe 1 de la Loi constitutionnelle⁷⁰, le recours constitutionnel doit viser la protection des droits fondamentaux de l'homme et du citoyen, et qu'il s'agit là sans conteste de droits rattachés à la personne humaine.⁷¹

A nos yeux, cette thèse, qui se fonde sur une interprétation "grammaticale" de la Constitution (art. 25) et de la Loi constitutionnelle (art. 28 § 1), est contraire à l'esprit de la "loi suprême". L'égalité et la primauté du droit figurent parmi les valeurs suprêmes de l'ordre constitutionnel de la République de Croatie (art. 3 de la Constitution). De plus, la Constitution garantit le droit à la propriété (art. 48 § 1), ainsi que la libre entreprise et la libre concurrence, qui sont les piliers du système économique de la République de Croatie (art. 49 § 1). L'Etat se doit de garantir à tous les entrepreneurs le même statut juridique sur le marché (art. 49 § 2 de la Constitution). Enfin, aux termes de la Constitution, les droits rattachés à l'investissement de capitaux ne peuvent être restreints par aucune loi ni aucun acte juridique (art. 49 § 4). Les bénéficiaires des droits et des libertés précités (droit à la propriété, droit à l'égalité sur le marché, droits rattachés à l'investissement de capitaux, libre entreprise et libre concurrence) peuvent être non seulement des personnes physiques, mais également des personnes morales, et notamment des sociétés. Peut-on assurer l'égalité entre tous les bénéficiaires de ces droits fondamentaux et, partant, la primauté du droit, si seuls les citoyens - et non les personnes morales - bénéficient de la protection de la Cour constitutionnelle? Une telle restriction est pour nous contraire aux valeurs fondamentales de l'ordre constitutionnel croate (égalité et primauté du droit); c'est pourquoi nous considérons que non seulement un citoyen (personne physique), mais également toute personne morale ("quiconque", cf. art. 28 § 1 de la Loi constitutionnelle) qui estime que ses droits constitutionnels ont été violés par une décision émanant d'une instance judiciaire ou administrative, ou d'un autre organe, est habilitée à former un recours constitutionnel.

Cette thèse selon laquelle une personne morale est également en droit d'introduire un recours constitutionnel a été confirmée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (arrêts n^{os} U-III-1/92 du 20 mai 1992, U-III-51/92 du 8 avril 1992, U-III-361/92 du 1er juin 1994).

Un recours constitutionnel ne peut être introduit au nom d'un tiers; le requérant doit obligatoirement être la personne dont les droits constitutionnels ont été violés (arrêts n^{os} U-III-51/92 du 8 avril 1992, U-III-358/93 du 19 janvier 1994, U-III-217/92 du 7 juillet 1993).

⁶⁹ Sale_i_, M.: *Zaštita ustavnih prava putem ustavne tu_be*, "Informator", n° 4024 du 30 septembre 1992.

⁷⁰ Voir note n° 1.

⁷¹ Tuden-Mazuth, B.: *Ustavni zakon o Ustavnom sudu Republike Hrvatske s komentarom*, "Informator", Zagreb, 1991, p. 26.

Le recours constitutionnel peut être formé soit par l'intéressé lui-même, soit par un mandataire. Celui-ci doit tirer son habilitation d'une procuration spécialement établie à cette occasion (art. 30 § 2 du Règlement), comme l'a confirmé la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (arrêts n^{os} U-III-246/93 du 8 décembre 1993, U-III-48/92 du 8 juillet 1992, U-III-264/94 du 1er juin 1994).

4. Les conditions relatives à l'introduction d'un recours constitutionnel

Les deux conditions suivantes président à l'introduction d'un recours constitutionnel:

1. existence d'une décision émanant d'une instance judiciaire ou administrative ou d'un autre organe investi de l'autorité publique (art. 28 § 1 de la Loi constitutionnelle)⁷². Seul un recours constitutionnel portant sur la décision d'une instance publique ou d'un autre organe investi de l'autorité publique peut être formé (arrêts n^{os} U-III-182/93 du 7 juillet 1993 et U-III-236/93 du 5 janvier 1994).

2. épuisement des voies de recours classiques (article 28 § 2 et 3 de la Loi constitutionnelle)⁷³. Il s'ensuit que:

a) Si aucun contrôle juridictionnel ou extrajuridictionnel n'est possible (en raison de la valeur ou de l'objet du litige), la condition préalable à l'introduction d'un recours constitutionnel est l'épuisement des voies de recours classiques. Autrement dit, les recours juridictionnels ou extrajuridictionnels prévus doivent avoir fait l'objet d'une décision. Cette exigence a été confirmée par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (arrêt n^o U-III-120/92 du 28 septembre 1993).

Dans les affaires spécifiques où le contrôle est possible, les voies de recours classiques sont épuisées lorsque ce contrôle a donné lieu à une décision (arrêts n^{os} U-III-357/92 du 9 juin 1993 et U-III-120/92 du 28 septembre 1993).

Dans tous les cas où l'intéressé a le droit de former un recours ou de demander un contrôle juridictionnel ou extrajuridictionnel, mais où il n'a pas exercé ce droit, les voies de recours classiques sont réputées non épuisées, et ce, bien que la décision du tribunal soit passée en force de chose jugée. Cette position ressort de maints arrêts rendus par la Cour constitutionnelle (arrêts n^{os} U-III-78/92 du 8 juillet 1992, U-III-79/92 du 27 mai 1992, U-III-241/92 du 31 mars 1993, U-III-176/92 du 10 mars 1993, U-III-170/93 du 9 février 1994).

b) Dans les cas où seule une procédure administrative ou quasi administrative est prévue, les voies de recours classiques sont épuisées dès lors qu'une décision a été rendue relativement aux griefs ou à la demande qui sont au cœur de cette procédure. Telle est la position adoptée par la Cour constitutionnelle dans son arrêt n^o U-III-244/92 du 2 juin 1993.

⁷² Voir note n^o 1.

⁷³ Ces dispositions se lisent comme suit: "(2) Si une autre voie de recours est prévue face à la violation des droits constitutionnels, le recours constitutionnel ne peut être formé qu'après épuisement de cette autre voie de recours.

(3) Dans les affaires où une procédure administrative est prévue, c'est-à-dire un contrôle juridictionnel ou extrajuridictionnel, les voies de recours sont épuisées lorsque ledit contrôle a fait l'objet d'une décision."

Ainsi, les autres recours extraordinaires de nature juridictionnelle - tels qu'un recours en révision ou une demande de protection de la légalité - ne constituent pas une condition préalable à l'introduction d'un recours constitutionnel. Ce point a également été confirmé par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (arrêt n° U-III-236/93 du 6 janvier 1994). Si toutefois un tel recours est mis en œuvre, il ne retarde nullement l'action engagée devant la Cour constitutionnelle. Les deux procédures se déroulent parallèlement, sauf si la Cour constitutionnelle a décidé de surseoir jusqu'à ce que l'autre juridiction se soit prononcée sur le recours extraordinaire.

5. Le délai imparti pour l'introduction d'un recours constitutionnel

Aux termes de l'article 29 de la Loi constitutionnelle, un recours constitutionnel peut être introduit dans un délai d'un mois à compter du jour où l'intéressé a reçu notification de la décision qu'il souhaite attaquer.

Ce délai court à compter du jour où l'intéressé a reçu notification de la décision par laquelle sont épuisées les voies de recours classiques: dans les cas où aucun contrôle n'est permis, il s'agit de la décision de Cour suprême de la République de Croatie et, dans les cas où une procédure administrative est possible, il s'agit de la décision du Tribunal administratif de la République de Croatie (arrêts n^{os} U-III-294/92 du 20 janvier 1993 et U-III-398/93 du 5 janvier 1994).

Le recours constitutionnel peut être introduit par voie directe ou par courrier. La date du cachet de la poste figurant sur la lettre recommandée est considérée comme la date d'introduction du recours auprès de la Cour constitutionnelle (art. 22 § 3 du Règlement). Ce point a également été confirmé par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (arrêt n° U-III-300/92 du 2 décembre 1992).

Un recours constitutionnel qui n'a pas été formé dans le délai imparti est rejeté par la Cour constitutionnelle (art. 58 du Règlement).

6. Le relevé de forclusion

La forclusion qui empêche une partie de former un recours constitutionnel après expiration du délai d'un mois peut être injuste dans l'hypothèse où l'intéressé s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir en temps voulu. Face à cette injustice, le relevé de forclusion (*restitutio in integrum*), mesure classique du droit processuel, permet de ramener les procédures au stade où elles étaient avant l'expiration du délai stipulé.

Aux termes de l'article 52 du Règlement, une personne qui, pour des raisons valables, n'a pu respecter le délai imposé pour l'introduction d'un recours constitutionnel, se voit accorder le relevé de forclusion par la Cour constitutionnelle. L'intéressé doit toutefois solliciter cette mesure dans les quinze jours qui suivent la disparition de l'empêchement et, simultanément former un recours constitutionnel. Lorsque trois mois se sont écoulés depuis l'expiration du délai imposé pour l'introduction d'un recours constitutionnel, le relevé de forclusion ne peut plus être sollicité. Enfin, aucun relevé de forclusion n'est accordé après expiration du délai fixé pour en faire la demande (*restitutio restitutionis non datur*).

7. Le contenu du recours constitutionnel

Aux termes de l'article 51 du Règlement, un recours constitutionnel doit comporter les éléments suivants:

1. nom et prénom, domicile ou résidence du requérant (désignation et siège social s'il s'agit d'une personne morale);
2. le cas échéant, nom et prénom de la personne mandatée par le requérant;
3. numéro de référence de la décision qui a porté atteinte à la liberté ou au droit constitutionnel du requérant. Ce point a été confirmé par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle (arrêt n° U-III-147/93 du 20 octobre 1993);
4. nature de la liberté ou du droit constitutionnel auquel il a été porté atteinte (voir aussi les arrêts n^{os} U-III-91/91 du 4 juillet 1991, U-III-175/91 du 4 mars 1991, U-III-314/1993 du 19 janvier 1994, U-III-32/94 du 20 février 1994, U-III-89/94 du 27 avril 1994);
5. motifs du recours (exemples: mauvaise application du droit substantiel; infraction aux règles de procédure);
6. preuves de l'épuisement des voies de recours classiques (arrêt n° U-III-147/93 du 20 octobre 1993);
7. preuve selon laquelle le recours a été dûment formé (voir aussi l'arrêt n° U-III-32/94 du 20 avril 1994);
8. signature du requérant ou, le cas échéant, de son mandataire.

Au dossier doit être joint l'original ou une copie de l'acte qui fait l'objet de la contestation, de même qu'une procuration éventuellement établie en vue du recours constitutionnel (voir aussi l'arrêt n° U-III-264/94 du 1er juin 1994).

8. Le rejet du recours constitutionnel et de l'affaire

La Cour constitutionnelle rejette le recours constitutionnel, et donc l'affaire, par le biais d'un arrêt.

Aux termes de l'article 48 du Règlement, le recours constitutionnel est rejeté dans les cas suivants: s'il ne relève pas de la compétence de la Cour constitutionnelle; s'il n'a pas été dûment formé; s'il est inintelligible ou irrecevable. Un recours constitutionnel n'est pas "dûment formé" s'il a été introduit après expiration du délai d'un mois à compter du jour où l'intéressé a reçu notification de la décision attaquée (art. 29 de la Loi constitutionnelle). Un recours constitutionnel est incomplet si son contenu n'est pas conforme aux prescriptions de l'article 51 du Règlement⁷⁴. Un recours constitutionnel est irrecevable si les voies de recours classiques n'ont pas été épuisées, si le requérant n'a pas mis en œuvre les recours possibles dans la procédure antérieure (exemples: recours juridictionnel dans le cadre duquel il n'a pas totalement eu gain de cause; recours formé ou contrôle sollicité uniquement par la partie adverse), ou si le recours constitutionnel a été introduit par une personne qui n'était pas habilitée à le faire.

⁷⁴ Voir détails au point II/7.

La procédure entamée par le recours constitutionnel prend fin:

- 1) par le décès du requérant;
- 2) par la cessation d'activités de la personne morale qui est à l'origine du recours;
(dans les deux cas, le recours doit porter sur des droits strictement personnels au requérant et non cessibles)
- 3) par le retrait du recours constitutionnel (art. 64 du Règlement).

9. Les décisions de la Cour

La Cour constitutionnelle statue sur le fond du litige. Un recours est soit déclaré recevable, soit rejeté pour défaut de fondement (art. 59 du Règlement).

Pour se prononcer sur la violation des droits alléguée, la Cour constitutionnelle se fonde généralement sur les faits établis lors de la procédure antérieure à la formation du recours constitutionnel et sur le droit substantiel appliqué dans cette procédure. Exceptionnellement, s'il existe un doute raisonnable quant à la violation des droits du requérant en raison de faits qui n'ont pas été établis de manière correcte ou suffisante ou en raison d'une mauvaise application du droit substantiel, la Cour constitutionnelle peut et doit établir les faits et, en appliquant les règles appropriées, déterminer si le droit substantiel a été violé (arrêts n^{os} U-III-217/92 du 7 juillet 1993 et U-III-134/93 du 20 octobre 1993).

La Cour constitutionnelle rejette un recours constitutionnel pour défaut de fondement lorsqu'elle a établi que les motifs pour lesquels l'acte a été contesté sont inexistantes (art. 61 du Règlement).

L'admission du recours constitutionnel entraîne l'annulation de l'acte incriminé et le renvoi de l'affaire devant l'instance qui est compétente pour la rejurer (art. 30 de la Loi constitutionnelle). La Cour constitutionnelle n'est pas une instance pleinement juridictionnelle aussi n'est-elle pas en mesure de réformer l'acte attaqué. Si elle estime que les droits du requérant ont été violés non seulement par l'acte contesté (par exemple la décision d'une cour d'appel), mais aussi par d'autres actes liés à l'affaire (par exemple les décisions du tribunal de première instance ou de la juridiction de recours), la Cour constitutionnelle prononce également l'annulation totale ou partielle de ceux-ci (art. 60 du Règlement). Si elle annule l'acte contesté, la Cour, dans les motifs de sa décision, doit préciser la nature de la liberté ou du droit constitutionnel qui a été violé et la façon dont cette violation s'est produite (art. 62 § 2 du Règlement).

La juridiction ou l'organe dont l'acte a été annulé par arrêt de la Cour constitutionnelle est tenu d'assurer une procédure conforme aux règles qui s'appliquent au cas d'espèce (procédure judiciaire, procédure extrajudiciaire, etc.).

Il est important de noter que la juridiction ou l'organe en question est totalement lié par l'arrêt de la Cour constitutionnelle. En vertu de l'article 62 paragraphe 3 du Règlement, l'organe dont la décision a été annulée est tenu d'en rendre une autre en remplacement de celle-ci; ce faisant, il est lié par l'avis de la Cour constitutionnelle sur la violation des droits du requérant.

III. LE RECOURS CONSTITUTIONNEL CONTRE UNE SENTENCE ARBITRALE

1. Remarques générales sur la recevabilité d'un recours constitutionnel contre une sentence arbitrale

La Loi constitutionnelle ne dit pas que la sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours constitutionnel. Dès lors se pose la question suivante: la protection de la Cour constitutionnelle est-elle théoriquement possible lorsqu'un jugement arbitral a porté atteinte aux libertés et aux droits consacrés par la Constitution?

Pour répondre à cette question, il faut partir du principe que les tribunaux d'arbitrage désignés sont des organes rattachés à l'ordre judiciaire qui tirent leur autorité - dans la quasi-totalité des affaires patrimoniales opposant des parties qui ont la libre disposition de leurs droits - de la volonté consensuelle des parties au litige⁷⁵. Le pouvoir des arbitres choisis pour instruire et trancher le litige dépend donc de la volonté des parties. Mais, sur la base de l'accord conclu par les parties, notre système juridique délègue au tribunal désigné les prérogatives fondamentales de l'ordre judiciaire étatique. L'organe arbitral est une autorité judiciaire: il juge et rend une décision valable et exécutoire à l'égard des parties (art. 481 et 483 de la Loi sur la procédure civile, ci-après dénommée "la LPC"- cf. Narodne novine n° 53/91 et 91/92). La partie qui obtient gain de cause à l'issue de la procédure arbitrale peut donc sur-le-champ demander à la juridiction étatique compétente de faire exécuter la sentence (sauf si la convention d'arbitrage prévoit la possibilité de contester la décision devant un organe arbitral supérieur - art. 483 § 1 de la LPC).

Le jugement des arbitres est le résultat d'une délégation de pouvoirs; il équivaut à un jugement valablement rendu par une juridiction ordinaire.⁷⁶ C'est pourquoi nous estimons que la sentence arbitrale devrait, en principe, être assimilée à une "décision judiciaire" au sens de l'article 28 § 1 de la Loi constitutionnelle. D'où la conclusion suivante: un recours constitutionnel peut également être formé contre une sentence arbitrale qui a porté atteinte aux libertés et aux droits garantis par la Constitution.

Bien entendu, cela ne vaut que pour les sentences issues d'un "véritable" arbitrage - c'est-à-dire d'une procédure arbitrale présentant toutes les caractéristiques de ce mode de règlement des litiges -, et non pas pour les décisions issues de "fausses" procédures arbitrales, qui n'ont pas la portée d'un jugement juridictionnel et ne sont rien d'autre qu'un support en vue de la protection du tribunal⁷⁷.

2. Les sentences arbitrales pouvant faire l'objet d'un recours constitutionnel

a) Les sentences arbitrales "nationales"

La Cour constitutionnelle ne peut se prononcer sur une affaire que si l'atteinte aux libertés ou aux droits constitutionnels du requérant est due à une sentence arbitrale "nationale".

⁷⁵ Triva, S.: *Arbitra_no rješavanje medjunarodnih trgova_kih sporova*, in *Zbornik Radova "Medjunarodna trgova_ka arbitra_a u Hrvatskoj i Sloveniji"*, Hrvatska gospodarska komora, Zagreb, 1993, p. 2.

⁷⁶ Triva, S.-Belajec, V.-Dika, M.: *Gradjansko parni_no procesno pravo*, VIe éd., "Narodne novine", Zagreb, 1986, p. 706.

⁷⁷ Pour plus de détails quant à la différence entre l'arbitrage "véritable" et le "faux" arbitrage, voir Triva - Belajec-Dika, *op. cit.*, p. 688-689, 691.

Distinguer les sentences "nationales" des sentences "étrangères" n'est pas chose aisée. Dans les normes internes et internationales en vigueur prévalent deux critères pour déterminer si une décision doit être considérée comme étant "nationale" ou "étrangère": le lieu où la décision a été prise et l'autonomie de la volonté des parties⁷⁸.

Penchons-nous tout d'abord sur le droit interne croate⁷⁹. En théorie, la relation existant entre ces deux critères est discutable. Certains pensent que l'article 97 de la LRC doit être appliqué à la lettre: les sentences rendues à l'étranger et les sentences rendues en République de Croatie en vertu de règles de procédure étrangères sont des sentences étrangères, sauf si elles sont contraires aux règles impératives de la République de Croatie. Les sentences rendues à l'étranger en vertu du droit processuel croate ne sont pas considérées comme des décisions nationales⁸⁰. D'autres estiment qu'en vertu de l'article 97 de la LRC, le critère principal pour déterminer à quelle catégorie appartient une sentence arbitrale devrait être l'autonomie de la volonté, tandis que le critère du lieu serait subsidiaire. Une sentence rendue à l'étranger pourrait ainsi être qualifiée de sentence nationale dès lors qu'elle serait soumise au droit processuel croate⁸¹.

⁷⁸ Ude, L. *Pobijanje arbitra_ ne odluke*, in *Zbornik radova "Medjunarodna trgova_ka arbitra_a u Hrvatskoj i Sloveniji"*, Hrvatska gospodarska komora, Zagreb, 1993, p. 103; Dika, M. *Priznanje i izvršenje stranih arbitraznih odluka po hrvatskom i slovenskom pravu*, dans le *Zbornik précité*, p. 118-119.

⁷⁹ Voir l'article 97 de la Loi sur la résolution des conflits entre la loi et la législation des Etats étrangers dans le cadre de certaines relations (ci-après dénommée "la LRC" - cf. *Narodne novine* n° 53/91), qui se lit comme suit:

"Une sentence qui n'a pas été rendue en République de Croatie doit être considérée comme une sentence arbitrale étrangère.

La sentence arbitrale étrangère relève de l'Etat dans lequel elle a été rendue.

Une sentence arbitrale qui a été rendue en République de Croatie doit également être considérée comme une sentence arbitrale étrangère si elle a été rendue conformément à la loi de procédure d'un Etat étranger, et si elle n'est pas contraire aux règles impératives de la République de Croatie.

La sentence arbitrale étrangère visée au paragraphe 3 du présent article relève de l'Etat dont la loi de procédure a été appliquée."

⁸⁰ Dika, M.: *Pojam priznanja strane arbitra_ ne odluke en vertu de la LRC 82*, "Privreda i pravo" 3-4/86;

Dika, M.: Priznanje i izvršenje stranih arbitra_nih odluka, dans l'ouvrage *"Arbitra_no rješavanje medjunarodnih trgova_kih sporova*, Ljubljana 1989, p. 64-65; *Wedarn-Luki_, D. in Medjunarodno zasebno pravo, Komentar zakona*, Ljubljana, 1992, p. 144-146.

⁸¹ *Triva-Belajec-Dika, op. cit. p. 698; Goldštajn, A.-Triva, D.: Medjunarodna trgova_ka arbitra_a, "Informator"*, Zagreb, 1987, p. 211-214.

La LRC ne précise en aucune façon quelles sentences arbitrales doivent être considérées comme des sentences nationales. La conclusion sur ce point peut toutefois se déduire a contrario de l'article 97 de la loi LRC: les sentences arbitrales nationales sont celles qui sont rendues en République de Croatie; ces décisions relèvent de l'Etat croate. Dans le sens de cette conclusion, on peut rappeler que le paragraphe 3 de l'article précité dispose que les sentences arbitrales rendues en Croatie sont elles aussi considérées comme des sentences étrangères sous certaines conditions; on peut en inférer que les sentences arbitrales ne réunissant pas lesdites conditions sont des décisions nationales⁸².

Il y a lieu de souligner la thèse selon laquelle une sentence arbitrale rendue par un tribunal arbitral siégeant à l'étranger devrait être considérée comme une décision nationale dès lors que le droit processuel croate a globalement été appliqué⁸³.

Signalons que la notion de sentence arbitrale nationale a été codifiée par un certain nombre de conventions internationales. Ainsi, la Convention européenne sur l'arbitrage commercial international (Genève, 1961) s'applique aux sentences arbitrales fondées sur les conventions d'arbitrage conclues "pour le règlement de litiges nés ou à naître d'opérations de commerce international entre personnes physiques ou morales ayant, au moment de la conclusion de la convention, leur résidence habituelle ou leur siège dans des Etats contractants différents" (art. 1 § 1). Selon la Convention pour la reconnaissance et l'exécution des sentences arbitrales étrangères (New York, 1958), une sentence arbitrale étrangère n'est pas forcément une décision rendue sur le territoire d'un autre Etat contractant. Il peut s'agir d'une sentence arbitrale rendue sur le territoire d'un Etat autre que celui où la reconnaissance est demandée, mais aussi d'une sentence arbitrale qui n'est pas considérée comme une sentence nationale dans l'Etat où sa reconnaissance est demandée (art. 1 § 1). Cette disposition fait du facteur territorial le critère de base pour déterminer si une sentence arbitrale est nationale ou étrangère. Toutefois, d'autres dispositions de la même convention relèguent le principe territorial au rang d'un critère subsidiaire et suggèrent que c'est le principe admis de l'autonomie de la volonté des parties qui prime.

Ajoutons que certains accords bilatéraux que la République de Croatie a conclus avec d'autres Etats pour la reconnaissance et l'exécution des sentences étrangères définissent eux aussi la notion de sentence arbitrale nationale et, a contrario, celle de sentence arbitrale étrangère.

b) La sentence arbitrale portant atteinte aux libertés et aux droits constitutionnels

Un recours constitutionnel n'est recevable que si le requérant estime qu'une sentence arbitrale nationale a porté atteinte aux droits et aux libertés qui lui sont garantis par la Constitution (cf. art. 28 § 1 de la Loi constitutionnelle)⁸⁴. Les droits autres que ceux qui sont garantis par la Constitution ne peuvent bénéficier de la protection constitutionnelle⁸⁵.

⁸² Goldštajn-Triva, *ibid.* p. 211.

⁸³ Pour plus de détails, voir: Ude, *op. cit.* p. 104.

⁸⁴ Pour le contenu de l'art. 28 § 1 de la Loi constitutionnelle, voir note n° 1.

⁸⁵ S'agissant des droits et des libertés protégés par la Cour constitutionnelle, voir le point II/2.

- c) Les sentences arbitrales rendues par des institutions permanentes et les sentences arbitrales ad hoc

Les sentences rendues par des institutions permanentes d'arbitrage, mais aussi les sentences ad hoc, peuvent faire l'objet d'un recours constitutionnel. L'organisation de l'arbitrage n'est pas déterminante.

3. La condition préalable relative à l'épuisement des voies de recours

- a) Les recours ouverts contre une sentence arbitrale

Aux termes de l'article 28 paragraphe 2 de la Loi constitutionnelle, si une autre voie de recours est ouverte face à la violation des droits constitutionnels, une action ne peut être engagée devant la Cour constitutionnelle qu'après épuisement de ladite voie de recours. En conséquence, si la convention d'arbitrage conclue par les parties prévoit la possibilité de contester la sentence arbitrale devant un organe supérieur désigné à cette fin (art. 483 § 1 de la loi LPC), l'action récursoire en question est assimilée à une voie de recours classique et suspend, en tant que telle, l'exécution de la sentence arbitrale. En pareil cas, on considère que les voies de recours classiques sont épuisées lorsque l'instance de recours s'est prononcée (rejet du recours ou réformation de la sentence arbitrale). Si le délai imparti pour l'introduction d'un recours vient à expirer sans que l'intéressé n'ait exercé son droit (c'est-à-dire s'il y a renoncé d'emblée ou s'il a abandonné un recours qu'il avait entamé), les voies de recours ne sont pas considérées comme étant épuisées, et ce, bien que la sentence arbitrale soit passée en force de chose jugée⁸⁶.

- b) Le recours en annulation d'une sentence arbitrale

Une sentence arbitrale peut faire l'objet d'un recours en annulation (art. 484-486 de la loi LPC). Aux termes de l'article 485 de la loi LPC, le recours en annulation d'une sentence arbitrale n'est ouvert que dans les cas suivants:

- 1) s'il a été statué sans convention d'arbitrage ou sur la base d'une convention nulle ou expirée;
- 2) si la composition ou la décision du tribunal arbitral porte atteinte à une disposition, quelle qu'elle soit, de [la loi LPC] ou de la loi régissant l'arbitrage;
- 3) si la sentence n'a pas été motivée dans le sens de la loi, ou si l'original et les copies du texte de la sentence n'ont pas été signés comme le prescrit la loi;
- 4) si le tribunal arbitral a outrepassé les limites de son investiture;
- 5) si le libellé de la sentence est inintelligible ou s'il renferme des contradictions;
- 6) si la sentence du tribunal arbitral est contraire aux fondements de l'ordre défini par la Constitution de la République de Croatie;
- 7) dans tous les cas de révision prévus à l'art. 421 de la LPC.

⁸⁶ Voir détails au point II/4-a, qui décrit la jurisprudence de la Cour constitutionnelle.

La contestation se limite donc aux motifs qui ont trait à la validité et au contenu de la convention d'arbitrage, à la constitution du tribunal arbitral, à certains vices de procédure graves (points 1 et 5), à la violation de normes impératives liées à la notion d'ordre public (point 6), ainsi qu'à l'établissement incorrect et incomplet des faits et à la mauvaise application du droit substantiel. Ainsi, le contrôle exercé par une juridiction étatique est relativement limité, puisque celle-ci ne se hasarde pas à examiner la sentence quant au fond. L'admission du recours provoque l'annulation *ex tunc* de la sentence arbitrale⁸⁷.

Si l'on se base sur les caractéristiques précitées, le recours en annulation d'une sentence arbitrale se rapproche du recours en révision mais se distingue globalement du contrôle (que peut justifier, notamment, une mauvaise application du droit substantiel).

Aux termes de l'article 28 paragraphe 3 de la Loi constitutionnelle, lorsqu'un contrôle juridictionnel ou extrajuridictionnel est possible, les voies de recours sont épuisées lorsque ledit contrôle a fait l'objet d'une décision. La mise en œuvre des autres recours extraordinaires, tels que la révision, n'est pas une condition préalable à l'introduction d'un recours constitutionnel (arrêt n° U-III-236/93 du 5 janvier 1994). Par analogie, et surtout si l'on considère la tendance de la Cour constitutionnelle à ne pas exiger l'épuisement des recours extraordinaires (autres que le contrôle), on peut conclure ce qui suit: la formation d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale n'est pas une condition préalable à l'introduction d'un recours constitutionnel contre cette même sentence.

En résumé de ce qui précède (points a et b):

- 1) un recours constitutionnel peut porter sur une sentence arbitrale dont le requérant estime qu'elle a porté atteinte aux droits qui lui sont garantis par la Constitution;
- 2) un recours en annulation d'une sentence arbitrale n'est pas une condition préalable à l'introduction d'un recours constitutionnel;
- 3) si la convention d'arbitrage prévoit un recours contre la sentence arbitrale, une action ne peut être engagée devant la Cour constitutionnelle avant que l'organe arbitral supérieur ait statué (rejet du recours ou réformation de la sentence arbitrale).
4. Le délai imparti pour l'introduction d'un recours constitutionnel

Un recours constitutionnel peut être formé dans le délai d'un mois à compter du jour où l'intéressé a reçu notification de la décision (art. 29 de la Loi constitutionnelle).

Plus précisément, le délai d'un mois court à compter du jour où l'intéressé a eu connaissance de la décision par laquelle les voies de recours classiques se trouvent épuisées: dans les cas où il était prévu un recours contre la sentence arbitrale (art. 483 § 1 de la LPC), il s'agit de la décision de l'organe arbitral supérieur⁸⁸; dans les autres cas (les parties prévoient rarement la possibilité

⁸⁷ Triva-Belajec-Dika, *op. cit.* p. 708; Goldštajn-Triva, *op. cit.* p. 186; Dika, M.: *Pobijanje arbitra_nih odluka* dans l'ouvrage "Arbitrazno rješavanje trgova_kih sporova", Ljubljana 1989, p. 48-53; Ude, *op. cit.* p. 107.

⁸⁸ Voir détails au point III/3.

d'un recours)⁸⁹, il s'agit de la décision de l'organe arbitral - institutionnel ou ad hoc - auquel les parties ont soumis leur différend par le biais de la convention d'arbitrage.

Notons que les tribunaux permanents rendent eux-mêmes leur décision, tandis que les sentences arbitrales ad hoc sont notifiées par l'intermédiaire de la juridiction qui eût été compétente en l'absence d'une convention d'arbitrage (art. 481 § 3 de la LPC)⁹⁰.

La Cour constitutionnelle peut accorder le relevé de forclusion à une personne qui, pour des raisons valables, n'a pu respecter le délai imposé pour l'introduction du recours⁹¹.

5. La procédure suivie par la Cour constitutionnelle

a) Le requérant

Le requérant est la partie qui n'a pas obtenu gain de cause à l'issue de la procédure arbitrale, et qui estime que certains des droits et libertés qui lui sont garantis par la Constitution ont été violés⁹². Le requérant (personne physique ou morale) peut former son recours en personne ou par l'intermédiaire d'un mandataire⁹³.

b) Le contenu du recours constitutionnel et les documents à fournir

Les articles 51 et 30 combinés du Règlement fixent le contenu du recours constitutionnel et la nature des documents à fournir⁹⁴. Le juge rapporteur prie le requérant de compléter ou de modifier son recours si celui-ci est inintelligible - c'est-à-dire si les informations et les documents fournis ne permettent pas d'établir quel est l'acte contesté -, ou si le recours n'est pas signé (recours incomplet - cf. art. 55 § 1 du Règlement).

c) La notification du recours aux personnes intéressées

Aux termes de l'article 55 § 2 du Règlement, le juge rapporteur adresse si nécessaire une copie du recours formé aux personnes intéressées et les prie d'exposer leurs observations. L'expression "personnes intéressées" désigne manifestement la partie qui a obtenu gain de cause à l'issue de la procédure arbitrale. A nos yeux, ladite partie devrait systématiquement être informée du recours constitutionnel et être invitée à exposer ses observations. En effet, comme la sentence arbitrale - qui implique une décision concernant les droits de cette personne - est remise en cause par le recours constitutionnel, cette partie devrait avoir la possibilité de participer à l'action engagée devant la Cour constitutionnelle.⁹⁵

⁸⁹ *Triva-Belajec-Dika, op. cit. p. 707; Goldštajn-Triva, op. cit. p. 183; Ude, op. cit. p. 105.*

⁹⁰ *S'agissant du délai imposé pour l'introduction du recours, voir aussi le point II/5.*

⁹¹ *S'agissant du relevé de forclusion, voir le point II/5.*

⁹² *Pour plus de détails au sujet des droits et libertés garantis par la Cour constitutionnelle, voir le point II/2.*

⁹³ *S'agissant du requérant, voir le point II/3.*

⁹⁴ *Voir le point II/7.*

⁹⁵ *Voir également Dika, M.: Marginalije uz institut ustavne tu_be, in Zbornik Ljubljansko-zagrebškega kolokvija, Ljubljana, 1993, p. 38-39.*

Soulignons toutefois que la doctrine renferme également une autre thèse, selon laquelle il n'existe pas de parties (requérant et défendeur) dans un recours constitutionnel, car la Cour constitutionnelle se borne à établir si la violation alléguée des libertés ou des droits constitutionnels s'est effectivement produite⁹⁶. La conclusion logique de cette thèse serait probablement la suivante: dans les actions engagées auprès de la Cour constitutionnelle, la notification du recours constitutionnel à la personne intéressée devrait être l'exception et non la règle.

d) La transmission du dossier d'arbitrage

Si nécessaire, le juge rapporteur sollicite l'obtention du dossier, c'est-à-dire du rapport sur la violation des libertés et des droits constitutionnels par l'acte contesté (art. 55 § 3 du Règlement). Ce dossier doit être demandé soit à la juridiction étatique qui eût été compétente en l'absence d'un accord relatif à l'arbitrage ad hoc (en vertu de la LPC, cette juridiction est tenue de conserver les dossiers des arbitrages ad hoc), soit au tribunal d'arbitrage permanent dont la sentence fait l'objet du recours constitutionnel (en vertu de l'art. 482 de la LPC, les organes d'arbitrage institutionnels sont tenus de conserver leurs dossiers).

La juridiction étatique ou, le cas échéant, l'institution d'arbitrage, est tenue, dans un certain délai, de remettre à la Cour constitutionnelle ses dossiers sur le litige qui est au cœur du recours constitutionnel (art. 56 du Règlement).

e) Les décisions d'ordre procédural

La Cour constitutionnelle rend un arrêt lorsqu'elle rejette le recours constitutionnel, et donc l'affaire.⁹⁷

f) Les décisions quant au fond de l'affaire

La Cour constitutionnelle se borne à examiner la violation des libertés et des droits constitutionnels alléguée dans le recours (art. 57 du Règlement). Par sa décision,⁹⁸ elle statue sur le fond et peut soit déclarer le recours constitutionnel recevable, soit le rejeter pour défaut de fondement (art. 59 du Règlement).

La Cour constitutionnelle rejette le recours pour défaut de fondement si elle a établi que les motifs de contestation de la sentence arbitrale sont inexistantes (art. 61 du Règlement).

Aux termes de l'article 30 de la Loi constitutionnelle, l'admission du recours provoque l'annulation de la décision incriminée et la renvoie à l'autorité compétente pour qu'elle rejuge l'affaire. Si elle déclare le recours constitutionnel recevable et annule la décision contestée, la Cour constitutionnelle est tenue d'indiquer dans les motifs de sa décision la nature de la liberté

⁹⁶ Bartov_ak, Z.: O zaštiti ustavnih prava i sloboda putem ustavne tu_be, "Odvjetnik", p. 4-5.

⁹⁷ Voir le point II/8.

⁹⁸ On peut à juste titre discuter l'emploi du terme "décision". Voir la note n° 1, au sujet du texte de Triva: Arbitra_norješavanje medjunarodnih trgova_kih sporova, publié dans Zbornik radova "Medjunarodna trgova_ka arbitra_a u Hrvatskoj i Sloveniji", Zagreb, 1993, p. 4.

ou du droit constitutionnel qui a été violé et la façon dont cette violation s'est produite (art. 62 § 2 du Règlement).⁹⁹

6. La situation juridique résultant de l'annulation de la sentence arbitrale

Ni la Loi constitutionnelle ni le Règlement de la Cour constitutionnelle ne précisent la signification de l'expression "autorité compétente" et la façon dont celle-ci doit agir après l'annulation de la sentence arbitrale par la Cour constitutionnelle. Dès lors se pose la question suivante: la révision de l'affaire doit-elle être confiée au tribunal arbitral ou à une juridiction ordinaire à laquelle la loi donne compétence?

La réponse à cette question dépend du sort réservé à la convention d'arbitrage après annulation de la sentence arbitrale. S'agissant de savoir si la sentence arbitrale a pour effet de "consumer" la convention d'arbitrage, il existe au moins trois points de vue distincts.

Le premier est qu'en rendant sa décision, le tribunal arbitral est allé au bout de son mandat. Le prononcé de la sentence arbitrale - indépendamment de son contenu et de son sort - a pour effet de "consumer" la convention d'arbitrage, de sorte que, sur le plan juridique, il n'y a plus aucune raison que l'organe arbitral rejuge le litige après annulation de la sentence arbitrale; dès lors, c'est à une juridiction étatique que doit être confiée l'affaire pour une nouvelle instance.

Le deuxième point de vue est le suivant: l'annulation de la sentence arbitrale par la Cour constitutionnelle n'a aucune incidence sur la convention d'arbitrage qui a permis de constituer l'organe arbitral. L'annulation de la sentence ne remet pas en cause la convention d'arbitrage et la volonté des parties contractantes. Ainsi, la convention d'arbitrage n'est pas "consumée" par la décision arbitrale, de sorte qu'un nouvel examen de l'affaire relève du tribunal arbitral auquel la convention - toujours valable - donne compétence.

Enfin, certains pensent que le sort réservé à la convention d'arbitrage après annulation de la sentence arbitrale dépend - de manière indirectement préjudicielle - des motifs pour lesquels ladite sentence a été annulée, ainsi que du contenu même de la convention. La Cour constitutionnelle annule la sentence arbitrale qui porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis au requérant par la Constitution; or, il arrive que le tribunal arbitral lui-même soit à l'origine de la violation alléguée, parce qu'il a statué sans convention d'arbitrage ou sur la base d'une convention nulle ou expirée, ou parce qu'il a tranché un litige non visé par la convention. Dans un tel contexte, il n'existe aucun fondement juridique à la constitution d'un nouveau tribunal arbitral qui serait chargé de rejurer le même litige; c'est une juridiction étatique qui devra réexaminer l'affaire. En revanche, si le tribunal arbitral a statué sur la base d'une convention d'arbitrage valable s'appliquant à tous les litiges pouvant naître de certains rapports de droit - autrement dit, si l'annulation de la sentence arbitrale n'est pas liée à l'existence ou à la validité de la convention d'arbitrage - ladite convention non seulement reste en vigueur, mais légitime de plus la constitution d'un nouveau tribunal arbitral chargé de rejurer l'affaire.¹⁰⁰

⁹⁹ S'agissant des décisions de la Cour constitutionnelle quant au fond de l'affaire, voir aussi le point II/9.

¹⁰⁰ Nous reprenons ici la doctrine relative aux conséquences juridiques de l'annulation d'une sentence arbitrale: Triva, S.: *Arbitra_ni ugovor nakon poništenja arbitra_ne klauzule*, Rad JAZU, volume XX/1991; Goldštajn-Triva, op. cit., p. 188-189; Ude, op. cit., p. 114; Dika, M.: *Pobijanje arbitraznih odluka*, dans l'ouvrage "*Arbitra_no rješavanje medjunarodnih sporova*", Ljubljana, 1989, p. 60-61.

Pour l'heure, et tant que nous n'aurons pas été convaincu de la justesse d'une autre position, nous adhérons à cette dernière thèse. Ainsi, nous estimons qu'en règle générale la décision de la Cour constitutionnelle n'annule que la sentence arbitrale et n'a aucune incidence sur la convention qui a permis de constituer le tribunal arbitral. Exceptionnellement, si la sentence arbitrale a été annulée au motif que la violation des droits constitutionnels du requérant résulte de l'inexistence, de la nullité ou de la caducité de la convention d'arbitrage (autrement dit, si elle a été annulée du fait que le tribunal arbitral a outrepassé les limites de son investiture), on constate qu'il ne subsiste aucun fondement juridique à la constitution d'un nouveau tribunal arbitral chargé de rejurer le même litige; dès lors, c'est à une juridiction étatique qu'il y a lieu de soumettre à nouveau l'affaire.¹⁰¹

7. Conclusion

On peut résumer comme suit les points développés ci-dessus:

1. Toute personne physique ou morale peut introduire un recours constitutionnel auprès de la Cour constitutionnelle si elle estime qu'une sentence arbitrale nationale (institutionnelle ou ad hoc) a porté atteinte à certaines libertés ou à certains droits qui lui sont garantis par la Constitution.
2. Si une autre voie de recours est ouverte contre une sentence arbitrale qui a porté atteinte à des droits constitutionnels, une action ne peut être engagée devant la Cour constitutionnelle qu'après épuisement de ladite voie de recours, c'est-à-dire après que l'organe arbitral supérieur ait décidé le rejet du recours ou la réformation de la sentence arbitrale. La formation d'un recours en annulation de la sentence arbitrale (art. 484-486 de la LPC) n'est pas une condition préalable à l'introduction d'un recours constitutionnel.
3. Un recours constitutionnel peut être formé dans le délai d'un mois à compter du jour où l'intéressé a reçu notification de la sentence arbitrale.
4. La Cour constitutionnelle statue sur le fond de l'affaire; elle peut soit déclarer le recours constitutionnel recevable, soit le rejeter pour défaut de fondement.
5. L'admission du recours constitutionnel provoque l'annulation de la sentence arbitrale. En règle générale, c'est un tribunal arbitral qui rejuge l'affaire.
6. Exceptionnellement, si la sentence arbitrale a été annulée au motif que la violation des droits constitutionnels du requérant résulte de l'inexistence, de la nullité ou de la caducité de la convention d'arbitrage (autrement dit, au motif que le tribunal arbitral a outrepassé les limites de son investiture), c'est à une juridiction étatique qu'il y a lieu de soumettre à nouveau l'affaire.

R É S U M É

Toute personne physique ou morale peut introduire un recours constitutionnel auprès de la Cour constitutionnelle de la République de Croatie si elle estime qu'une sentence arbitrale nationale a porté atteinte à certaines libertés ou à certains droits qui lui sont garantis par la Constitution.

¹⁰¹ *S'agissant de la conduite de l'"autorité compétente" après annulation de la décision qui fait l'objet du recours constitutionnel, voir aussi le point II/9.*

L'intéressé peut former un recours constitutionnel dans le délai d'un mois à compter du jour où il a reçu notification de la sentence arbitrale.

La décision de la Cour constitutionnelle d'accéder au recours constitutionnel provoque l'annulation de la sentence arbitrale. C'est en règle générale au tribunal arbitral - et exceptionnellement à une juridiction étatique - qu'il appartient de rejurer l'affaire.

DEUXIEME SEANCE DE TRAVAIL

Présidée par Monsieur P. JAMBREK

Les procédures de protection des droits fondamentaux, autres que le recours constitutionnel

- a. Procédures destinées à assurer la protection des droits de l'Homme dans le cadre de systèmes diffus de contrôle de la constitutionnalité des lois
Rapport du Professeur Donald P. KOMMERS,
Professeur, Notre Dame Law School, Etats-Unis

- b. Le contrôle par "voie incidente" - le contrôle abstrait
Rapport du Professeur Lorenza CARLASSARE,
Professeur de droit constitutionnel, Université de Ferrara (Italie)

Procédures destinées à assurer la protection des droits de l'homme dans le cadre de systèmes diffus de contrôle de la constitutionnalité des lois* - Rapport du Professeur Donald P.

KOMMERS

États-Unis

De part le monde, les systèmes de common law tels qu'ils ont évolué, utilisent une variété de pratiques afin de protéger les droits fondamentaux. Parmi ces pratiques, existent les systèmes diffus de contrôle de constitutionnalité, caractérisés par le pouvoir des juridictions à des degrés divers de la hiérarchie juridictionnelle de contrôler les affaires qui soulèvent des points impliquant les droits fondamentaux.

Le système juridique des États-Unis est le type même d'un système diffus de contrôle juridictionnel dans le monde de la common law¹⁰²; aussi, à des fins de concision, le présent exposé se bornera à la description du contrôle de constitutionnalité aux États-Unis, quoiqu'il soit fait mention de la situation au Canada. Cet article décrira les procédures qui, soit font progresser les droits fondamentaux, soit les impliquent.

D'autres systèmes de common law, tels que ceux de l'Australie, de la Nouvelle Zélande, et de l'Irlande, disposent également d'un contrôle diffus de constitutionnalité. Toutefois ce document évitera la comparaison avec ces pays car leurs systèmes comprennent également des différences significatives dont l'examen minutieux dépasserait notre programme. Par exemple, l'on constate l'absence d'une déclaration des droits (Bill of rights) dans la Constitution australienne; la Nouvelle-Zélande ne dispose quant à elle d'aucune constitution écrite à l'instar de l'Angleterre, alors que l'Irlande ne présente pas un pur système diffus de contrôle de la constitutionnalité.

Dans le présent article, sauf mention contraire, l'on entend par "droits fondamentaux" les droits garantis par la Constitution. La véritable garantie de ces droits dépend de l'existence de procédures adéquates permettant à tout individu de revendiquer et de faire appliquer ses droits, généralement contre la volonté du gouvernement. Le système constitutionnel américain diffuse le pouvoir d'interpréter et de faire appliquer les droits constitutionnels au travers des instances judiciaires fédérales et des États et assigne également des tâches importantes à d'autres organes gouvernementaux. Le présent exposé entend décrire un certain nombre des procédures les plus importantes auxquelles un citoyen lésé peut recourir afin de revendiquer un droit fondamental et demander réparation pour sa violation.

I. LE CADRE CONSTITUTIONNEL

Les droits fondamentaux aux États-Unis, ainsi qu'au Canada, sont protégés et appliqués dans le cadre d'une division et d'une séparation des pouvoirs, coiffées par une panoplie de dispositifs institutionnels, les checks and balances. Ces structures séparées, à l'instar de la répartition de l'autorité entre les différents échelons du gouvernement, ont été conçues pour protéger la liberté

* Je tiens à remercier Jeff Gimpel, Bradley Lewis et Melissa Brown pour leur aide dans la préparation de ce rapport.

¹⁰² Pour une excellente analyse structurelle du contrôle de constitutionnalité dans le monde contemporain, voir Mauro Cappelletti et William Cohen, *Comparative Constitutional Law (Indianapolis: The Bobbs-Merrill Company, Inc., 1979)*, 73-112. Pour une comparaison des systèmes diffus et concentré du contrôle juridictionnel, voir Allan R. Brewer-Carias, *Judicial Review in Comparative Law (Cambridge: Cambridge Univ. Press, 1989)*, 125-162.

dans le cadre de leur droit propre, en plus des garanties précisées dans des Bills of Rights (déclarations des droits). Par constitutionnalisme, il faut entendre que chaque branche et unité du gouvernement restera dans sa sphère définie de pouvoir, telle qu'elle est définie par la Constitution. Le contrôle juridictionnel joue, bien entendu, un rôle crucial au sein de ces structures, puisque tout tribunal est habilité à reconnaître la non constitutionnalité des lois et des mesures officielles.

Alors qu'il est généralement admis que le contrôle juridictionnel de constitutionnalité est caractéristique des systèmes de common law, il s'agit en fait d'une exigence de suprématie constitutionnelle¹⁰³. Selon les termes du Président de la Cour suprême, le Chief Justice Marshall, dans l'arrêt *Marbury c. Madison* (1803):

"Il est clair que ceux qui ont élaboré des Constitutions écrites les considéraient comme la loi fondamentale et permanente de la Nation et que, par conséquent, tout gouvernement doit considérer nulle et non avenue, toute action d'un corps législatif violant la Constitution¹⁰⁴."

Le caractère particulier du contrôle diffus de constitutionnalité réside en ceci que le pouvoir d'appliquer la Constitution comme loi suprême (ce qui est d'autant plus important lorsque des droits fondamentaux sont en jeu) appartient en réalité à tous les tribunaux et à tous les juges. En effet, le Chief Justice Marshall poursuivit, en écrivant que cette fonction constituait "l'essence du devoir judiciaire"¹⁰⁵.

Le degré de protection des droits fondamentaux offert dans un système diffus de contrôle de constitutionnalité est généralement fonction de la structure judiciaire, ainsi que de celle de l'Etat en général. A titre d'exemple, aux États-Unis, comme on le verra ci-après, la doctrine de l'"abstention" influe significativement tant sur l'efficacité que sur le caractère immédiat de la protection des droits. Par ailleurs, procédant de leur adhésion à la doctrine de la "question politique" – comme il en est fait mention ci-dessous – les cours fédérales ont refusé de se prononcer sur certaines questions relevant de la Constitution, même si elles sont compétentes et que les droits fondamentaux sont impliqués. De tels exemples constituent une certaine menace pour la Constitution, avec pour corollaire une absence de protection des droits impliqués.

Le Canada, pour sa part, possède une Charte des Droits et des Libertés qui proclame la suprématie de la Constitution canadienne¹⁰⁶. Mais dans son effort d'équilibre des principes de la démocratie et des droits fondamentaux, la Charte comprend également la "notwithstanding clause" (clause nonobstant)¹⁰⁷. Cette clause permet au parlement national et aux corps législatifs

¹⁰³ *Brewer-Carias, supra note 1 à 128f. Plusieurs systèmes de droit civil ont adopté le contrôle juridictionnel diffus, par ex. le Japon, le Mexique, l'Argentine, le Brésil, la Finlande, l'Islande, la Suède, la Norvège, le Danemark et la Grèce.*

¹⁰⁴ *5 U.S. (1 Cranch) 137 point 177.*

¹⁰⁵ *Ibid point 178.*

¹⁰⁶ *Loi constitutionnelle de 1982, § 52 (1) (2). La Constitution du Canada comprend la Loi constitutionnelle de 1982 et la Loi constitutionnelle de 1867 (précédemment British North American Act).*

¹⁰⁷ *La Charte canadienne des Droits et Libertés (Canadian Charter of Rights and Freedoms), § 33(1). Voir également le § 1 qui précise que les droits de la Charte sont garantis "dans les limites qui soient*

provinciaux de faire passer une loi incompatible avec les droits garantis, pourvu qu'une telle législation spécifie que la loi a effet "indépendamment d'une disposition (dans la section des droits fondamentaux) de la Charte". De telles lois sont quinquennales, mais elles peuvent être de nouveau promulguées au terme de cette période¹⁰⁸. Dans cette mesure, les parlements canadiens pourraient bien être habilités à réduire à néant l'efficacité du contrôle de constitutionnalité dans le domaine de la protection des droits, bien que ce n'ait pas été souvent le cas en pratique et qu'il semblerait que le paragraphe 33 tombe actuellement en désuétude. En effet, la Charte a instauré une tradition de contrôle de constitutionnalité favorable aux droits fondamentaux procédant d'un modèle semblable à celui existant aux États-Unis¹⁰⁹.

Les droits fondamentaux, aux États-Unis, sont protégés à deux niveaux: au titre de la Constitution fédérale et au titre des Constitutions des États fédérés. Les droits désignés comme fondamentaux consistent principalement en des protections contre l'incursion du gouvernement dans la sphère des droits. Ces Constitutions, à cet égard, bien plus qu'un certain nombre de leurs homologues européennes, consacrent une attention significative à la procédure en tant que moyen essentiel de protection des droits fondamentaux, particulièrement en ce qui concerne les prévenus au pénal. De plus, dans le cadre fixé par leur Constitution respective, les corps législatifs nationaux et des États sont habilités à faire passer des lois destinées à protéger un certain nombre de droits contre l'incursion de parties privées¹¹⁰. De même, dans le cadre de leurs pouvoirs constitutionnels, les fonctionnaires de l'administration peuvent formuler des mesures visant à protéger les droits fondamentaux.

Bien que chaque branche de l'État ait un rôle dans la protection des droits fondamentaux, il n'en reste pas moins que le pouvoir judiciaire en est devenu le principal garant. Cela résulte probablement de son rôle d'interprète de la Constitution, dans lequel il fait autorité, de ses pouvoirs de contrôle de la constitutionnalité des mesures prises par le législatif ou l'exécutif, et de sa relative liberté d'action face aux pressions politiques. Ce niveau élevé de pouvoir et de liberté n'est pas sans contrepartie; nombreux sont ceux qui partagent le sentiment que le pouvoir judiciaire fédéral américain s'est arrogé trop de pouvoirs et que, dans l'exercice de ces pouvoirs, il a outrepassé son véritable rôle dans le cadre du gouvernement¹¹¹. Cependant, les tribunaux se

raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique".

¹⁰⁸ *Id.* au § 33 (3) (4).

¹⁰⁹ Voir Frank Iacobucci, "Judicial Review by the Supreme Court of Canada Under the Canadian Charter of Rights and Freedoms: The First Ten Years" in David M. Beatty (éd.), *Human Rights and Judicial Review* (Dordrecht and Boston: Martinus Nijhoff Editeur, 1994), 57-92.

¹¹⁰ Par exemple, le Congrès a adopté de nombreuses lois sur les droits civils afin de garantir un traitement équitable des minorités s'agissant de l'accès aux services et logements publics, à l'emploi, à l'éducation, au logement, et au droit de vote. Certaines de ces lois sont fondées, non pas sur les protections constitutionnelles des libertés fondamentales, mais sur les pouvoirs du Congrès à régler le commerce entre les états. Le Civil Rights Act, 42 U.S.C. §§ 1981-1982, qui garantit l'égalité de la protection juridique et des droits de propriété à tous les citoyens, est basé sur la clause exécutoire du Quatorzième Amendement. Le Voting Rights Act de 1965, 42 U.S.C. §§ 1971 et seq. (1988 et supp. 1993), qui garantit l'égalité des droits de vote, est basée sur la clause exécutoire du Quinzième Amendement. Néanmoins, plusieurs autres lois, y compris la Civil Rights Act de 1964, 42 U.S.C. §§ 2000 et seq. (1988 et supp. 1993), la Fair Housing Act de 1988, 42 U.S.C. §§ 3601-3619 (1988 et supp. 1993), trouvent leur fondement dans les compétences commerciales du Congrès.

¹¹¹ William Eaton, *Who killed the Constitution? The judges v. The law*, 229-230 (1988).

sont souvent considérés comme les derniers remparts de la protection constitutionnelle contre l'arbitraire de corps législatifs et exécutifs par trop zélés.

II. DOCTRINES ET PROCÉDURES DE SEUIL

Alors que la Constitution américaine garantit un certain nombre de droits substantiels explicitement et d'autres implicitement, elle ne prévoit pas beaucoup de procédures spécifiques destinées à faire appliquer de tels droits¹¹². Des procédures visant à protéger les droits ont été créées et mises en place principalement par des législations du Congrès et par le biais de doctrines judiciaires, et nombre d'entre elles, tel l'ordre écrit d'habeas corpus, trouvent leur origine dans la tradition de common law. A part quelques exceptions secondaires – ce point nécessite une fois de plus que l'on s'y attarde – la Constitution impose des limites à l'Etat et non aux citoyens¹¹³. Par conséquent, une requête portant sur une violation d'un droit constitutionnel doit, en règle générale, être fondée par une action d'un organe de l'Etat.

La Constitution est le plus souvent invoquée directement dans l'un des trois cas généraux qui correspondent aux trois manières dont elle protège les droits fondamentaux. Premièrement, le demandeur peut introduire une requête portant sur la violation d'un droit fondamental protégé par la Bill of Rights (Déclaration des droits) ou une autre disposition constitutionnelle explicite. Deuxièmement, le demandeur peut déclarer que le gouvernement a outrepassé l'autorité qui lui a été conférée en vertu de la Constitution¹¹⁴. Le demandeur peut enfin se plaindre qu'une violation structurelle de la Constitution l'a dépossédé d'un droit¹¹⁵. La méthode la plus courante pour faire valoir un droit constitutionnel est de demander réparation auprès d'un tribunal après que le droit ait été violé. Dans le système diffus américain du contrôle juridictionnel, tout tribunal peut être saisi d'une affaire comprenant une requête portant sur un droit constitutionnel. De plus, tout tribunal à juridiction limitée ou générale qui connaît d'une telle affaire est tenu d'appliquer la Constitution lorsqu'une question de constitutionnalité est soulevée.

Des règles semblables sont en vigueur au Canada. La Charte déclare que "toute personne, victime de violation ou de négation des droits ou libertés qui lui sont garantis par la présente charte, peut s'adresser à un tribunal compétent pour obtenir la réparation que le tribunal estime

¹¹² *La Constitution protège expressément l'ordonnance d'habeas corpus contre une suspension par le Congrès (Constitution des Etats-Unis art. I, § 9, cl. 2). Elle interdit également au Congrès d'adopter des lois rétroactives ou décrets de perte de droits sans procédure judiciaire, id., cl. 3., et interdit de même aux Etats de promulguer de telles lois, id. § 10, cl. 1. La Charte canadienne garantit également expressément le droit de l'habeas corpus (§ 10(c)).*

¹¹³ *Le Treizième Amendement est une exception, en rendant l'esclavage illégal aux Etats-Unis tant pour les actions gouvernementales que privées (Constitution des Etats-Unis amend. XIII, § 1). La Cour Suprême a également statué que les juridictions ne devaient pas exécuter certains types de contrats privés qui nient l'égalité des droits. Voir Shelley c. Kraemer, 334 U.S. 1 (1948) (statuant que les juridictions ne doivent rendre exécutoires des conventions privées qui restreignent pour motifs raciaux la vente de biens immobiliers).*

¹¹⁴ *Voir, par ex., United States c. Lopez, 155 S. Ct. 1624 (1995) (décidant que le Congrès a outrepassé ses compétences au regard de la clause constitutionnelle d'attributions commerciales en adoptant le Gun-Free School Zones Act, 18 U.S.C.A. § 922(q) (1988 et supp. 1993)). Le demandeur peut être dans ce cas aussi bien une subdivision étatique ou politique qu'une personne morale ou physique.*

¹¹⁵ *Voir par ex., Bowsher c. Synar, 478 U.S. 714 (1986) (concernant la séparation des pouvoirs); Powell c. McCormack, 395 U.S. 486 (1969) (concernant les titres des députés).*

convenable et juste eu égard aux circonstances"¹¹⁶. Cet article est la base constitutionnelle du système canadien de contrôle constitutionnel diffus¹¹⁷. Une violation présumée de droits garantis dans la Charte peut être invoquée au cours de toute procédure judiciaire. Les questions constitutionnelles sont généralement, quoique ce ne soit pas toujours le cas, évoquées devant les tribunaux de première instance. Un certain nombre de procédures utilisées pour protéger les droits constitutionnels à l'encontre des organes fédéraux, doivent cependant émaner de la cour fédérale¹¹⁸.

A. Justiciabilité

Dans le système américain, avant que le demandeur ne puisse engager des poursuites contre un défendeur qui a violé ses droits constitutionnels, il doit satisfaire aux exigences de justiciabilité, un terme qui implique le principe de la séparation des pouvoirs, tout en mettant en évidence l'importance essentielle du processus contradictoire. Parmi ces exigences, figurent les règles de standing (compétence), de ripeness (maturité), de mootness (controverse) et la doctrine de la question politique. Chacune de ces exigences peut être considérée comme l'une des facettes de l'exigence constitutionnelle fondamentale selon laquelle un tribunal peut se prononcer uniquement sur des affaires réelles ou des différends. La tradition de common law est décisive à ce niveau, puisque les juges sont réputés incapables de trancher une affaire sans une connaissance approfondie de tous les faits et valeurs pertinents se rapportant à l'affaire. Par conséquent, chaque cas présenté à l'ordre judiciaire doit supposer la capacité d'ester en justice (standing), comprendre des faits incontestables (ripeness), présenter une contestation actuelle (mootness) et éviter tout empiètement sur les pouvoirs d'autres branches de l'Etat (doctrine de la question politique).

Pour être habilité à saisir un tribunal fédéral d'une action visant à contester la constitutionnalité d'un acte de gouvernement, le demandeur doit être capable de produire trois faits, au minimum: démontrer qu'il y a menace de préjudice en faits ou que ce dernier a déjà eu lieu, que le défendeur étatique est bien à l'origine de ce préjudice et que le préjudice est susceptible d'entraîner une demande de réparation par le tribunal¹¹⁹. En règle générale, le demandeur peut uniquement faire valoir ses propres droits et n'est pas habilité à faire valoir les droits constitutionnels d'une tierce partie lésée¹²⁰. La règle de maturité, quant à elle, exige que la cause du demandeur résulte d'un préjudice existant ou d'une menace réelle. Cela signifie que toutes les

¹¹⁶ *Charte des Droits*, § 24(1). La phrase "tribunal compétent" a été interprétée comme désignant celui qui est compétent dans le cadre de sa propre compétence statutaire. *R. c. Mills* (1986), 29 D.L.R. 161.

¹¹⁷ *A proprement parler, les disposition du § 24(1) s'appliquent uniquement aux droits de la Charte. Les autres questions constitutionnelles doivent être abordées par le biais du § 52, énonçant le principe que la Constitution est la loi suprême du pays.*

¹¹⁸ *Federal Court Act (Loi relative à la Cour fédérale)*, R.S.C 1985, c. F-7, §§ 17, 18.

¹¹⁹ *Valley Forge Christian College c. Americans United for Separation of Church and State*, 454 U.S. 464, 472 (1982).

¹²⁰ *Cependant, les juridictions feront une exception, lorsque le requérant a des relations suffisamment étroites avec la partie lésée au point que la revendication de l'intérêt du tiers sert nécessairement l'intérêt du requérant, et que la partie lésée doit affronter une obstruction dans sa propre revendication de son droit.* *Singleton c. Wolff*, 428 U.S. 106, 114-116 (1976).

conditions ou événements qui doivent intervenir afin de causer un préjudice existant déjà¹²¹. Un tribunal peut ne pas donner réparation pour une requête spéculative portant sur un préjudice futur¹²². Enfin, l'absence de litige réel (mootness) peut faire obstacle à l'introduction d'une requête constitutionnelle si le statut du demandeur a changé, de telle sorte que la réparation n'est plus nécessaire. Si les droits du demandeur ne peuvent plus être affectés par l'issue du litige, le tribunal doit rejeter la requête sans intérêt. Cependant, il existe une exception dans le cas où, si la requête était rejetée, le grief susceptible de se répéter pour le demandeur échapperait ainsi à tout contrôle¹²³.

Enfin, la doctrine de la question politique se distingue des autres critères de justiciabilité, puisqu'elle concerne le sujet de la requête plutôt que la compétence ou du choix du moment du demandeur. Un cas devient une question d'ordre politique lorsque la Constitution confère à une autre branche de l'Etat le soin de la résoudre, lorsque les "normes de justiciabilité déterminables et gérables"¹²⁴ font défaut au tribunal pour le résoudre; ou bien lorsqu'une décision judiciaire embarrasserait une branche de même niveau du gouvernement ou ferait preuve d'un manque de respect eu égard à son autorité. Les tribunaux considèrent qu'ils ne disposent pas du pouvoir de résoudre les questions d'ordre politique et, afin de préserver l'important principe constitutionnel de la séparation des pouvoirs, doivent permettre que de tels cas trouvent une solution par le biais de mécanismes politiques¹²⁵.

Les pratiques canadiennes en matière de recevabilité sont considérablement plus libérales que celles en vigueur aux États-Unis. D'une part, les tribunaux canadiens ne reconnaissent pas la doctrine de la "question politique"¹²⁶. D'autre part, la Cour suprême canadienne a conféré une habilitation discrétionnaire aux parties qui ne sont pas directement affectées par une loi en vertu de sa doctrine de l'"intérêt public"¹²⁷. Cette conception plus souple de l'habilitation est requise, selon les termes de la Cour suprême, afin de protéger "le droit de tout citoyen à un

¹²¹ *Le Declaratory Judgment Act, 28 U.S.C. § 2201 (1988 et supp. 1993), prévoit une exception qui permet à une partie de contester la constitutionnalité d'un texte sans avoir à le violer et à affronter une éventuelle poursuite. Ceci élimine la fondamentale partialité d'une condition qui implique qu'une partie doive prendre le risque de poursuites pour revendiquer des droits constitutionnels. Erwin Chemerinsky, Federal Jurisdiction, 2e éd. (Boston: Little Brown and Co., 1984), 115.*

¹²² *North Carolina c. Rice, 404 U.S. 244, 246 (1971).*

¹²³ *Roe c. Wade, 410 U.S. 113, 125 (1973).*

¹²⁴ *Baker c. Carr, 369 U.S. 186, 217 (1962).*

¹²⁵ *Voir Chemerinsky, supra note 21, à 142.*

¹²⁶ *Dans l'une des affaires les plus importantes connue jusqu'à présent conformément à la Charte, Operation Dismantle c. R. (1985), 18 D.L.R. (4e) 481, la Cour Suprême du Canada consent à prendre connaissance d'une demande de jugement déclaratif sur la violation de l'article 7 de la Charte quant au projet canadien d'autoriser les États-Unis à tester des missiles croisés au Canada. Les plaignants, un rassemblement canadien pour la paix, arguaient que les tests augmenteraient la probabilité d'une attaque nucléaire contre le Canada (une atteinte manifeste "à la vie, à la liberté et à la sécurité" des personnes). Bien que la Cour rejeta la demande aux motifs que les arguments des plaignants étaient trop spéculatifs, elle revendiqua à son profit un droit à un contrôle juridictionnel de la politique du gouvernement sur la base du § 32(1)(a) de la Charte qui prévoit l'application des garanties de la Charte au parlement et au gouvernement du Canada "pour tous les domaines relevant du parlement".*

¹²⁷ *Voir Thorson c. P.G. Canada (n° 2) (1974), 43 D.L.R. (3e) 588.*

comportement constitutionnel lorsqu'un tel comportement présente un caractère juridique et peut faire l'objet d'une décision judiciaire"¹²⁸. En l'affaire *Borowski c. Ministre de la Justice*¹²⁹, l'habilitation discrétionnaire a été étendue, afin de requérir uniquement "un intérêt réel en qualité de citoyen dans la validité de la législation et ... (lorsque) il n'existe aucune autre manière efficace et bien fondée d'introduire une instance auprès du tribunal"¹³⁰.

Les règles de ripeness (maturité) et de mootness (absence de litige réel) sont également plus libérales que celles en vigueur aux États-Unis. Les tribunaux canadiens connaissent des demandes qui précèdent les dommages qui n'ont pas encore eu lieu¹³¹. De plus, la Cour suprême a de temps à autre décidé d'affaires qui sont discutables d'un point de vue technique, si l'affaire présente premièrement un contexte véritablement contradictoire et deuxièmement un certain nombre d'effets pratiques sur les droits des parties, outre le différend spécifique qui est à l'origine du procès, ou si ce dernier se rapporte à des problèmes récurrents de courte durée (entre autres, conflit salarial), ou alors troisièmement si l'affaire n'exige pas que le tribunal empiète sur les prérogatives de la branche législative en l'absence de références à une loi bien précise¹³².

B. Procédures de première instance

Dès qu'un demandeur a introduit sa requête auprès du tribunal, les principaux moyens dont il dispose pour porter la requête à l'attention du défendeur consistent en des conclusions écrites. Les tribunaux fédéraux aux États-Unis utilisent la méthode des mémoires intitulés "notice", appelés ainsi car à l'origine ils étaient destinés à donner à la partie adverse une connaissance suffisante de la nature de la plainte. Dans le cadre de ces conclusions écrites, le demandeur doit simplement faire un bref mémoire donnant les raisons de la compétence du tribunal, une brève déclaration montrant que le demandeur est habilité à demander réparation et une demande d'un jugement qui prévoit la réparation¹³³. Ces règles normales de plaidoirie s'appliquent dans le cas d'une plaidoirie pour violation de droits constitutionnels ou civils. Cependant, le demandeur doit préciser comment il lui a été porté préjudice et ne peut pas demander une décision abstraite sur une question constitutionnelle¹³⁴. En invoquant une violation des droits civils, le demandeur doit

¹²⁸ *Ibid* point 19.

¹²⁹ (1981), 130 D.L.R. (3e) 588.

¹³⁰ *Ibid* point 606. Voir également *Canadian Council of Churches c. Canada* (1992), 88 D.L.R. (4e) 193.

¹³¹ *Operation Dismantle c. R.* (1985), 18 D.L.R. (4e) 481. Cette affaire, citée ci-dessus, traite de la plainte d'un rassemblement canadien pour la paix au sujet de la probabilité d'une guerre nucléaire donnée pour sûre par les politiques du gouvernement et contraire au § 7 de la Charte des droits garantissant la vie, la liberté, et la sécurité des personnes. La Cour s'est déclarée compétente quand bien même aucun dommage à ces droits, c'est à dire, aucune guerre nucléaire actuelle n'ait eu lieu.

¹³² Voir *Borowski c. Ministre de la Justice* (1989), 57 D.L.R. (4e) 231, 243-247.

¹³³ *FED. R. CIV. P. 8(a)*. Si le plaignant porte une affaire à un tribunal fédéral relevant d'une question de compétence fédérale, le *Well Plead Complaint Rule* exige du requérant qu'il démontre que la question touche la constitution ou les lois fédérales. Voir *Jack H. Friedenthal et al., Civil Procedure* 20 (1993). Il n'est pas nécessaire que la requête énonce une cause spécifique à la demande ou un exposé détaillé de faits appuyant la demande. Par opposition, certains tribunaux des états exigent une argumentation des faits. Selon cette méthode, pour être suffisant, le mémoire doit établir des faits suffisants pour supporter chaque élément de la plainte. *Id.* à 247-248. L'objectif final du mémoire est de donner connaissance au défendeur de la nature de la plainte du requérant et des suites spécifiques pouvant en découler.

¹³⁴ *Charles A. Wright & Arthur R. Miller, Federal practice and procedure, Civil 2e* § 1234 (1990).

alléguer d'une privation de droits en vertu de la Constitution et des lois des États-Unis et adresser une requête pour réparation¹³⁵.

Dès qu'une requête est enregistrée, un grand nombre des procédures judiciaires sont conçues afin de protéger les droits constitutionnels et pour assurer l'impartialité du procès. Par exemple, un défendeur peut faire enregistrer un déclinatoire qui conteste la compétence du tribunal qui a été saisi de l'affaire¹³⁶, et les deux parties peuvent présenter une objection in limine, afin d'exclure des preuves non pertinentes ou préjudiciables¹³⁷. Dans les affaires pénales et dans beaucoup d'affaires civiles, le droit à un jugement par un jury acquiert une protection constitutionnelle. Afin de protéger l'impartialité du processus de sélection des jurés, les parties au procès ont le droit de les interroger et de récuser ceux qui ne pourraient pas rendre un jugement impartial¹³⁸. Chaque partie jouit également du droit de récuser péremptoirement un certain nombre de jurés potentiels¹³⁹. Les règles régissant l'introduction des preuves pendant les procès sont conçues pour assurer l'impartialité du procès ainsi que sa rapidité¹⁴⁰. Enfin, à la fin du témoignage, le juge doit informer correctement le jury¹⁴¹, afin de s'assurer que ce dernier rende un verdict reposant sur les faits présentés.

Au pénal, les tribunaux ont façonné un grand nombre de procédures additionnelles afin de protéger les droits constitutionnels des défendeurs. Ces procédures sont applicables dès l'instant où l'accusé est mis en état d'arrestation¹⁴², afin d'assurer que l'accusé soit informé de ses droits et qu'il lui soit permis de les faire valoir, et elles sont valables tout au long du processus judiciaire. Au cours du procès, le défendeur peut introduire une motion excluant tout aveu ou preuve obtenus par le gouvernement en violation de ces droits, ou obtenues par des perquisitions ou des saisies illégales¹⁴³. De plus, le tribunal doit mettre en oeuvre des procédures qui permettent au

¹³⁵ *Id.* § 1230.

¹³⁶ *FED. R. CIV. P.* 12(b)(1); 12(b)(2).

¹³⁷ *McCormick on Evidence* § 52 (éd. John W. Strong, 1992).

¹³⁸ *FED. R. CIV. P.* 47(a); 28 U.S.C. § 1866 (1988).

¹³⁹ *FED. R. CIV. P.* 47(b); 28 U.S.C. § 1870 (1988). Toutefois, une récusation péremptoire ne devra pas pénaliser un juré potentiel sur la base de sa race, *Edmonson c. Leesville Concrete Co.*, 500 U.S. 614, 628 (1991), ou son sexe, *J.E.B. c. Alabama ex rel. T.B.*, 114 S. Ct. 1419, 1427 (1994).

¹⁴⁰ *FED. R. EVID.* 102.

¹⁴¹ Le droit, établi par le Sixième Amendement, d'être jugé par un jury dans les poursuites pénales, est un droit constitutionnel fondamental, et a été étendu aux poursuites étatiques par la clause sur la procédure régulière du Quatorzième Amendement (Fourteenth Amendment Due Process Clause) *Duncan c. Louisiana*, 391 U.S. 145, 156 (1968). Cependant, le droit à un jury dans des affaires civiles est applicable au niveau fédéral uniquement pour des questions de common law, *Constitution des États-Unis amend. VII*, et au demeurant n'a pas été étendu aux états.

¹⁴² *Miranda c. Arizona*, 384 U.S. 436, 477 (1966).

¹⁴³ Le pouvoir d'exclure une preuve obtenue au cours d'une perquisition ou saisie illégale n'est pas un droit constitutionnel, mais un recours créé par la jurisprudence afin de décourager la pratique de saisies illégales par la police. C'est pourquoi, un défendeur reconnu coupable ne peut attaquer collatéralement la condamnation d'un tribunal étatique par une action en habeas corpus fondée sur l'admission d'une preuve obtenue en violation du Quatrième Amendement, aussi longtemps que la légalité de la saisie a fait l'objet lors de l'audience d'un examen complet et équitable. *Stone c. Powell*, 428 U.S. 465, 494 (1976). Par opposition aux droits à la vie privée protégés au titre du Quatrième Amendement, les droits protégés

défendeur de contre-interroger équitablement les témoins¹⁴⁴. La Charte canadienne prévoit une disposition explicite visant à l'exclusion de preuves obtenues en violation des droits garantis par ladite Charte¹⁴⁵.

Lorsque le procès est terminé et que le jugement est définitif, les personnes qui ont été inculpées dans des affaires pénales bénéficient de la protection constitutionnelle contre la double incrimination. Ceci implique qu'un justiciable qui a été acquitté ne peut être jugé pour la même infraction; ou bien si il a été reconnu coupable, il ne peut être le sujet d'une deuxième poursuite ou de multiples peines pour la même infraction. Les justiciables au civil bénéficient de la protection des doctrines de res judicata, qui forclôt une nouvelle action en justice pour la même affaire entre les parties, et confère une garantie de la chose jugée, un nouveau contentieux sur une décision qui a été plaidée et arrêtée dans de précédentes poursuites judiciaires étant ainsi empêché.

C. Procédures d'appel

Le demandeur ou le défendeur ont le droit d'interjeter appel d'un jugement final défavorable¹⁴⁶. Dans les affaires ordinaires, les cours d'appel ne connaissent que des appels motivés par des erreurs dans l'application du droit, et généralement, ne réexaminent pas les faits qui ont été établis par le tribunal de première instance, à moins que l'établissement des faits ait été clairement erroné¹⁴⁷. Si l'erreur alléguée relève du pouvoir d'appréciation du juge de première instance, telle la recevabilité des preuves, la cour d'appel reformera le jugement seulement en cas d'abus dudit pouvoir d'appréciation.

Dans le système fédéral, une cour d'appel de circuit est compétente pour connaître des appels contre les arrêts des cours fédérales de district dans le cadre de ce circuit¹⁴⁸. Dans la plupart des cas, une partie ne peut interjeter appel que de jugements en dernier ressort. Cependant, une partie est habilitée à introduire un recours interlocutoire contre un certain nombre de décisions judiciaires des cours de district, et notamment d'injonctions¹⁴⁹. Cette exception à la règle du

en vertu de Miranda sont des droits qui assurent un procès équitable et par conséquent garantissent la procédure régulière protégée par la Constitution. C'est pourquoi l'admission d'une preuve obtenue en violation des droits de Miranda peut être le fondement pour un recours en habeas. Withrow c. Williams, 113 C. S. 1745, 1753 (1993).

¹⁴⁴ Voir *Maryland c. Craig*, 497 U.S. 836, 847 (1990).

¹⁴⁵ Charte § 24(2). Voir également *Kent Roach, Constitutional remedies in Canada, ch. 10 (1994)*.

¹⁴⁶ Généralement une partie ne peut pas faire appel d'un jugement favorable pour contester l'appréciation d'une question non déterminante rendue contre elle. Voir *Electrical Fittings Corp. c. Thomas & Betts Co.*, 307 U.S. 241, 242 (1939).

¹⁴⁷ Ce principe a été énoncé pour les tribunaux fédéraux dans l'arrêt *United States c. U.S. Gypsum Co.*, 333 U.S. 364, 395 (1948), et est codifié dans le *Règlement Fédéral de la Procédure civile 52(a)*. Le verdict d'un jury rendu par un tribunal fédéral bénéficie d'une immunité particulière contre un recours juridictionnel en vertu du Septième Amendement de la Constitution. Toutefois, si le litige concerne un droit du Premier Amendement, le tribunal a le devoir de procéder à un contrôle indépendant de toute l'affaire. *Bose Corp. c. Consumer Union*, 466 U.S. 485, 499 (1984).

¹⁴⁸ 28 U.S.C. § 1291 (1988).

¹⁴⁹ 28 U.S.C. § 1292(a) (1988).

jugement en dernier ressort existe afin d'empêcher la privation définitive de droits qui peut résulter de la délivrance ou de la négation d'une injonction inadéquate. Une cour d'appel dispose également du pouvoir discrétionnaire visant à confirmer un appel ou tout autre ordonnance interlocutoire, si cette action accélère la résolution du litige¹⁵⁰.

La Cour suprême des États-Unis est la juridiction la plus élevée pour des questions d'ordre constitutionnel. Elle a le pouvoir d'examiner des décisions des cours d'appel sur requête d'une partie visant l'obtention d'un ordre écrit de certiorari, et ce, que la cour d'appel ait ou n'ait pas prononcé de jugement¹⁵¹. La Cour accordera le certiorari uniquement pour se prononcer sur d'importantes questions ou pour résoudre des questions conflictuelles dans les juridictions inférieures. La Cour suprême a également le droit de réviser un jugement final de la plus haute juridiction d'un État, si le jugement met en cause une privation d'un droit constitutionnel ou la constitutionnalité d'une loi fédérée¹⁵².

En contrôlant la constitutionnalité des mesures de l'Etat, la Cour suprême adhérera généralement à un certain nombre de principes-clés. Par égard pour les branches législatives et exécutives, la Cour s'attachera à interpréter une loi ou la manière dont elle est appliquée et à la reconnaître constitutionnelle, dans la mesure du possible, même si cela suppose la restriction du champ d'application de la loi¹⁵³. La Cour respectera également le principe important de stare decisis (doctrine du précédent, le respect des décisions judiciaires précédentes) bien que ce principe soit appliqué avec moins de rigueur dans les affaires constitutionnelles que dans les affaires ordinaires. Enfin, la Cour veillera à limiter ses décisions à la question précise qu'elle examine et évitera de les étendre à des questions supplémentaires ou à des situations hypothétiques. Les juridictions inférieures se conformeront aux interprétations des cours d'appel qui les englobent et tous les tribunaux sont, en dernière analyse, liés par les interprétations de la Cour suprême sur des questions d'ordre constitutionnel.

Au Canada, les procédures d'appel ressemblent à celles des États-Unis. Une différence importante entre les deux systèmes réside toutefois en ceci que les États-Unis ont essentiellement deux systèmes complets de tribunaux, les tribunaux fédérés et fédéraux (unifiés sous l'autorité de la Cour suprême, cour de dernier ressort) qui correspondent à deux ensembles de lois, alors que le Canada possède un système unifié de tribunaux qui fonctionne dans le cadre unique du fédéralisme canadien. Dans le cadre de ce régime, le pouvoir législatif est divisé entre le parlement fédéral et les corps législatifs provinciaux. Le droit pénal est du ressort exclusif du parlement fédéral¹⁵⁴. Les tribunaux des juridictions criminelles sont toutefois créés par les corps législatifs provinciaux¹⁵⁵. En règle générale, le tribunal de première instance dans une affaire criminelle est un tribunal provincial supérieur qui, dans chaque province, dispose d'une division

¹⁵⁰ 28 U.S.C. § 1292(b) (1988).

¹⁵¹ 28 U.S.C. § 1254 (1988).

¹⁵² 28 U.S.C. § 1257(a) (1988).

¹⁵³ *Screws c. United States*, 325 U.S. 91, 98 (1945).

¹⁵⁴ *Loi constitutionnelle, 1867, § 91 (27)*.

¹⁵⁵ *Loi constitutionnelle, 1867, § 92 (14)*. Voir aussi § 91 (27).

de première instance et d'une division d'appel. La division de première instance peut connaître des délits pénaux en vertu du code pénal¹⁵⁶.

Des personnes reconnues coupables par les tribunaux de première instance peuvent interjeter appel devant la cour d'appel de leur condamnation exclusivement sur des questions de droit¹⁵⁷ (un tel appel est quasiment de droit) ou, avec la permission de la cour d'appel, sur des questions de fond ou des questions mixtes de droit et de fond¹⁵⁸, sur l'homologation du juge du fond quant à l'opportunité de saisir la cour d'appel, ou sur la base de toute autre raison reconnue par la cour d'appel¹⁵⁹. L'on peut également interjeter appel de la décision sur permission de la cour d'appel, à moins que la peine ne soit fixée par la loi¹⁶⁰.

Conformément au paragraphe 101 de la Loi constitutionnelle de 1867, le parlement fédéral a le pouvoir d'établir une cour d'appel générale pour le Canada, ou d'autres tribunaux "destinés à une meilleure application des lois du Canada". Conformément à ce pouvoir, le parlement a institué un tribunal fédéral du Canada avec des divisions de première instance et d'appel. La division de première instance connaît de toutes les affaires où l'on demande réparation à la Couronne¹⁶¹, peut être saisie des requêtes visant des ordres écrits extraordinaires relatifs à toute personne servant les forces armées canadiennes en dehors du territoire national du Canada¹⁶², peut accorder des ordres écrits contre tout organe fédéral, toute commission ou tout tribunal (y compris le Ministre de la Justice)¹⁶³, et partage des compétences concurrentes avec d'autres tribunaux sur des mesures prises à l'encontre d'un représentant ou d'un fonctionnaire de la Couronne, pour toute action commise ou omise dans l'exercice de ses fonctions¹⁶⁴. La division d'appel connaît des appels contre tout jugement final de la division de première instance, ou des jugements interlocutoires¹⁶⁵. La division d'appel peut également examiner des décisions d'organes fédéraux, de commissions ou d'autres tribunaux¹⁶⁶.

Conformément au paragraphe 101 de la Loi constitutionnelle de 1867, la Cour suprême a également été créée, et est la juridiction la plus élevée au Canada; ses décisions ont autant de poids que celles de la Cour suprême des États-Unis¹⁶⁷. Les personnes dont les condamnations

¹⁵⁶ Code pénal, R.S.C. 1985, c. C-46, §§ 468, 469.

¹⁵⁷ Code pénal, R.S.C. 1985, c. C-46, § 675(1)(a)(i).

¹⁵⁸ Code pénal, R.S.C. 1985, c. C-46, § 675(1)(a)(ii).

¹⁵⁹ Code pénal, R.S.C. 1985, c. C-46, § 675(1)(a)(iii).

¹⁶⁰ Code pénal, R.S.C. 1985, c. C-46, § 675(1)(b).

¹⁶¹ Loi sur la Cour fédérale, R.S.C. 1985, c. F-7, § 17(1).

¹⁶² Loi sur la Cour fédérale, R.S.C. 1985, c. F-7, § 17(6).

¹⁶³ Loi sur la Cour fédérale, R.S.C. 1985, c. F-7, § 18(a)(b).

¹⁶⁴ Loi sur la Cour fédérale, R.S.C. 1985, c. F-7, § 17(5)(b).

¹⁶⁵ Loi sur la Cour fédérale, R.S.C. 1985, c. F-7, § 27(1).

¹⁶⁶ Loi sur la Cour fédérale, R.S.C. 1985, c. F-7, § 28(1).

¹⁶⁷ Loi sur la Cour suprême, R.S.C. 1985, c. S-26, § 52.

pénales sont maintenues en cour d'appel peuvent faire appel de cette décision devant la Cour suprême pour toute question de droit sur laquelle un juge de la cour d'appel diverge¹⁶⁸, ou pour toute question de droit si la Cour suprême en accorde la permission¹⁶⁹. La juridiction la plus élevée de dernier degré d'une province peut saisir la Cour suprême de certaines affaires, si cette juridiction est d'avis que ce qui motive l'appel "est une question qui doit être soumise à la Cour suprême pour s'en remettre à sa décision"¹⁷⁰. Les juridictions inférieures peuvent également interjeter appel directement devant la Cour suprême, uniquement pour des questions de droit et sur permission de la Cour suprême¹⁷¹. La Cour suprême a également le pouvoir (à l'instar de l'ordre écrit de certiorari aux États-Unis) de se saisir d'affaires en instance devant une juridiction inférieure, si elle estime qu'une question suffisamment importante est en jeu¹⁷².

D. Autres procédures

Le système américain a mis en place un certain nombre de procédures spéciales qui revêtent une importance dans la protection des droits constitutionnels et civils. Au nombre de celles-ci, citons la class action, l'action de groupe. Elle permet à une partie d'intenter une action en justice afin de défendre un droit, en qualité de membre d'un groupe dont les membres partagent les mêmes intérêts. La procédure exige que le groupe compte tellement de membres que la participation de toutes les parties intéressées au procès serait impossible; que des questions communes de droit et de fond s'appliquent au groupe; que les requêtes et les défenses de la partie représentant le groupe soient caractéristiques de celles du groupe et que la partie représentant le groupe représente correctement les intérêts du groupe¹⁷³. L'action de groupe peut être utilisée s'il existe un risque qu'une action individuelle d'un membre du groupe mène à un jugement incohérent, ou qui porterait préjudice aux autres membres du groupe qui ne sont pas parties au procès¹⁷⁴. Un membre du groupe qui a pris acte de l'action, peut choisir de quitter cette action de groupe et préserve donc son droit à ester en justice pour son propre compte¹⁷⁵. L'action de groupe introduit une exception à la doctrine de mootness (caractère discutable), puisque l'affaire ne devient pas discutable pour le groupe, même si la partie originale ayant intenté l'action s'est rétractée¹⁷⁶.

Une autre règle importante concerne les requêtes pour pouvoir ester in forma pauperis. Un tribunal peut accorder la permission à un demandeur indigent de mener une action en justice sans paiement des frais habituels¹⁷⁷. Le demandeur doit pouvoir prouver qu'il est incapable de

¹⁶⁸ *Code pénal, R.S.C. 1985, c. C-46, § 691(1)(a).*

¹⁶⁹ *Code pénal, R.S.C. 1985, c. C-46, § 691(1)(b).*

¹⁷⁰ *Loi sur la Cour suprême, R.S.C. 1985, c. S-26, § 37.*

¹⁷¹ *Loi sur la Cour suprême, R.S.C. 1985, c. S-26, § 38.*

¹⁷² *Loi sur la Cour suprême, R.S.C. 1985, c. S-26, § 40(1).*

¹⁷³ *FED. R. CIV. P. 23(a).*

¹⁷⁴ *FED. R. CIV. P. 23(b).*

¹⁷⁵ *FED. R. CIV. P. 23(c)(2).*

¹⁷⁶ *Sosna c. Iowa, 419 U.S. 393, 399 (1975).*

¹⁷⁷ *28 U.S.C. § 1915 (1988).*

payer¹⁷⁸, mais il n'est pas besoin qu'il soit totalement nécessaire pour être habilité à cette action¹⁷⁹. Cette procédure est capitale, afin de préserver les droits constitutionnels des citoyens pauvres. Cependant, les tribunaux peuvent refuser d'examiner de telles actions si elles ne sont pas fondées¹⁸⁰. Les tribunaux ont également limité les avantages liés à cette disposition, en définissant plus précisément les "coûts" que le demandeur ne doit pas supporter¹⁸¹. La Cour suprême du Canada permet également d'interjeter appel in forma pauperis¹⁸².

Une caractéristique qui distingue la Cour suprême canadienne de son homologue américaine, est la possibilité de rendre un avis consultatif, entrant dans le cadre de sa "juridiction de référence"¹⁸³. La juridiction de référence du tribunal canadien est prévue par la loi et a principalement été utilisée pour des questions constitutionnelles¹⁸⁴. Conformément à la loi, le gouverneur général du Conseil (l'on entend par là le cabinet) "peut soumettre à la cour d'importantes questions de droit et de fait pour qu'elle en prenne acte et qu'elle les prenne en considération". De telles questions peuvent relever de l'interprétation de la Constitution, de la constitutionnalité de la législation fédérale ou des pouvoirs des Parlements provinciaux ou fédéral. Le Sénat et la Chambre des Communes peuvent aussi soumettre des requêtes de leurs membres à la cour, pour avis¹⁸⁵. Alors que, selon la loi, le gouvernement fédéral ou le Parlement sont les seules entités qui peuvent soumettre des questions à la cour, il n'en reste pas moins que les gouvernements provinciaux ont la possibilité de le faire, en soumettant des questions à leurs propres cours d'appel provinciales (sur la base de la loi dans toutes les provinces) qui, à leur tour, peuvent interjeter appel en droit à la Cour suprême¹⁸⁶. Alors que la cour a souvent considéré les avis comme des précédents et que le gouvernement les a généralement acceptés, ils n'ont formellement qu'une valeur consultative¹⁸⁷. La cour a parfois également refusé de donner un avis sur la base du caractère discrétionnaire de son autorité.

¹⁷⁸ *Pothier c. Rodman*, 261 U.S. 307, 309 (1923).

¹⁷⁹ *Adkins c. E.I. Dupont de Nemours & Co.*, 335 U.S. 331, 339-340 (1948).

¹⁸⁰ *Whittaker c. Superior Ct.*, 115 S. Ct. 1446, 1447 (1995).

¹⁸¹ *Charles A. Wright & Arthur R. Miller, Federal Practice and Procedure, Civil 2e § 2673 (1983 et supp. 1992).*

¹⁸² *Loi sur la Cour suprême R.S.C. 1985, c. S-25, § 97(1)(b). Les conditions spécifiques sont établies à l'article 47 du Règlement de la Cour suprême.*

¹⁸³ *Tandis qu'il existe des juridictions étatiques qui émettent des avis consultatifs, la Cour suprême des Etats-Unis ne le fait pas. Voir Affaire Hayburn*, 2 U.S. (2 Dallas) 409, 409-410 (1792) et *Muskrat c. Etats-Unis*, 219 U.S. 346, 362 (1911). *Pour l'histoire des avis consultatifs au Canada voir Barry L. Strayer, The Canadian Constitution and the Courts*, 311-318, (3e éd. 1988).

¹⁸⁴ *Loi sur la Cour suprême, R.S.C. 1985, c. S-26, § 53.*

¹⁸⁵ *Loi sur la Cour suprême, R.S.C. 1985, c. S-26, § 54.*

¹⁸⁶ *Loi sur la Cour suprême, R.S.C. 1985, c. S-26, § 36.*

¹⁸⁷ *Voir Peter Hogg, Constitutional Law of Canada 216-219 (3e éd. 1992) et James L. Huffman et Mardilyn Saathoff, Advisory Opinions and Canadian Constitutional Development: The Supreme Court's Reference Jurisdiction*, 74 Minn. L. Rev. 1281-85 (1990). Dans l'affaire, *Reference re Fisheries (1896)*, 26 S.C.R. 444, 539, le juge Taschereau a écrit, "Nous ne sommes que des conseillers, et les solutions que nous donnons ne lient personne, pas même nous mêmes". Voir également *Reference re References (1910)*, 43 S.C.R. 536, 538 et *Reference re Water and Water-Powers (1958)*, 1929 S.C.R. 200, 200.

Selon une étude récente, la Cour suprême du Canada a rendu quelque 115 avis depuis 1874¹⁸⁸. La plupart des avis ont eu trait aux questions relatives au fédéralisme. Cependant, depuis l'adoption de la Charte, cette procédure a été utilisée dans des affaires impliquant des droits fondamentaux. A titre d'exemple, citons la Reference re an Act to Amend the Education Act (Ontario), décidée par la Cour suprême, saisie de l'appel par la cour d'appel de l'Ontario¹⁸⁹. Le gouvernement de l'Ontario désirait un avis de la cour d'appel sur la question de savoir si une loi du corps législatif provincial amendant l'Education Act, en apportant une couverture financière globale aux écoles catholiques romaines, violait les droits à l'égalité (paragraphe 15) et à la liberté de religion et de conscience (paragraphe 2 (a)) tels qu'ils sont reconnus dans la Charte. La cour provinciale a répondu que la loi n'était pas anticonstitutionnelle et l'on a fait appel de cette décision devant la Cour suprême qui a confirmé l'avis de la cour de degré inférieur.

III. JURIDICTION FÉDÉRALE

A. Pouvoirs spéciaux des cours fédérales

Si le processus de jugement et d'appel n'arrive pas à protéger les droits des citoyens, les cours fédérales américaines disposent de pouvoirs supplémentaires pour protéger ces droits, en formulant des ordres écrits. La plus importante est la demande d'habeas corpus, prévu expressément par la Constitution, qui habilite le juge à examiner la légalité de tout acte de privation de liberté personnelle. Les cours fédérales ne peuvent formuler un habeas corpus que pour un prisonnier qui est détenu en violation des lois fédérales et de la Constitution¹⁹⁰. Entre parenthèses, la doctrine de la res judicata ne s'applique pas à l'habeas corpus, étant donné que l'habeas corpus est considéré comme étant une contestation de la légalité de la détention du défendeur plutôt qu'un nouveau contentieux sur l'accusation pénale originelle. L'on peut adresser une requête pour cet ordre à tout moment.

Si un prisonnier est mis en garde à vue par un État, une cour fédérale peut accepter une requête d'habeas corpus uniquement si le prisonnier allègue une violation de la loi fédérale ou de la Constitution par l'État¹⁹¹ et a épuisé tous les recours de l'État pour obtenir sa remise en liberté, ou que ces recours se sont avérés inefficaces¹⁹². Si le prisonnier est mis en garde à vue fédérale, il peut attaquer collatéralement par voie de requête d'habeas corpus un jugement excessif ou erroné, mais il doit au préalable avoir introduit une requête devant la cour qui l'a condamné pour réduire la peine ou y surseoir¹⁹³. Si le prisonnier engage une action habeas corpus in forma pauperis, un tribunal lui fournira des documents judiciaires gratuitement¹⁹⁴.

¹⁸⁸ *Huffman et Saathoff, supra note 84 à 1287. Une liste de ces affaires est en annexe de l'article à 1323-1336.*

¹⁸⁹ (1988), 40 D.L.R. (4e) 18.

¹⁹⁰ 28 U.S.C. § 2241 (1988 et supp. 1993).

¹⁹¹ 28 U.S.C. § 2254(a) (1988).

¹⁹² 28 U.S.C. § 2254(b) (1988).

¹⁹³ 28 U.S.C. § 2255 (1988).

¹⁹⁴ 28 U.S.C. § 2250 (1988).

Le All-Writs Act¹⁹⁵ confère aux tribunaux fédéraux le pouvoir de formuler toute autre ordonnance qui s'avère "nécessaire et approprié" pour exécuter leurs fonctions dans le cadre de leur juridiction. Cette loi est une source résiduelle d'autorité pour formuler des ordonnances "extraordinaires" qui n'ont pas de base légale¹⁹⁶. Au nombre de ces ordonnances extraordinaires, figurent les ordonnances de mandamus¹⁹⁷, de prohibition¹⁹⁸ et de quo warranto. Le mandamus est l'une des ordonnances issues des prérogatives qui trouvent leur origine dans la common law anglaise. En utilisant cette ordonnance, une cour d'appel peut ordonner à une juridiction inférieure de se prononcer sur une affaire lorsqu'elle en a le devoir¹⁹⁹. Un tribunal peut également imposer à un représentant du gouvernement d'accomplir son devoir, enjoindre de faire respecter une loi qui est anticonstitutionnelle, ou interdire la violation de droits constitutionnels d'un plaideur ou d'une tierce partie devant un tribunal inférieur²⁰⁰.

L'affaire CBS, Inc. c. Davis est un exemple récent de l'utilisation du mandamus. Un tribunal de première instance fédéré a adressé une injonction temporaire pour empêcher CBS de diffuser une cassette vidéo illustrant des pratiques de conditionnement de viande ne respectant pas les conditions d'hygiène, en invoquant des motifs selon lesquels cette diffusion causerait un préjudice irréparable pour l'entreprise. La Cour suprême du Dakota du Sud a refusé de surseoir à l'injonction. La Cour suprême des États-Unis a adressé un ordre écrit de mandamus pour surseoir à l'injonction, invoquant des motifs selon lesquels il s'agissait dans ce cas d'une interdiction judiciaire inadmissible, restreignant la liberté de la presse garantie par le Premier amendement²⁰¹.

En tout cas, une ordonnance de mandamus est une sanction sévère qui ne sera formulée que dans le cas où aucune autre solution adéquate n'est disponible²⁰². Le contraire du mandamus est l'ordonnance de prohibition. Cette dernière est adressée par une cour supérieure à une cour d'un degré inférieur pour que cette dernière ne sorte pas du cadre de ses compétences légales²⁰³.

Par contre, le quo warranto, ordonnance extraordinaire d'origine médiévale, conteste l'exercice de l'autorité gouvernementale et judiciaire par une personne qui n'y est pas légalement habilitée. Elle interdit uniquement de poursuivre l'exercice du pouvoir au-delà de limites autorisées, ne

¹⁹⁵ 28 U.S.C. § 1651(a) (1988).

¹⁹⁶ *Pa. Bureau of Correction c. U.S. Marshals Service*, 474 U.S. 34, 43 (1985).

¹⁹⁷ *Bien que l'ordonnance de mandamus ait été techniquement abolie dans les tribunaux fédéraux*, *FED. R. CIV. P. 81 (b)*, un tribunal pourrait rendre une ordonnance à effet identique. *Haggard c. State of Tennessee*, 421 F. 2e 1384, 1385 (6e Cir. 1970).

¹⁹⁸ *Peu de distinction est faite en pratique entre l'ordonnance de mandamus et la prohibition*. *Charles A. Wright & Arthur R. Miller, Federal Practice and Procedure, Jurisdiction 2e*, § 3932 (1977 et supp. 1992).

¹⁹⁹ Voir *Banker's Life & Casualty Co. c. Holland*, 346 U.S. 379, 382 (1953).

²⁰⁰ Voir *CBS Inc. c. Davis*, 114 S. Ct. 912, 915 (1994) (ordonnance renversant une décision d'interdiction de publier d'un tribunal inférieur qui constituait une violation du Premier Amendement).

²⁰¹ 114 C. S. 912 (1994).

²⁰² Dans l'affaire *Glass Workers, Local n° 173*, 983 F. 2e 725, 727 (6e Cir. 1993).

²⁰³ Voir *in re Pearson*, 990 F. 2e 653, 656 (1er Cir. 1993).

permet pas de faire valoir des droits et ne fournit pas de recours pour des violations passées des droits²⁰⁴. Le pendant de l'ordonnance de quo warranto est la doctrine du fonctionnaire de facto, selon laquelle les actes accomplis par une personne dans le cadre de sa fonction sont valables, même s'il s'avère par la suite que son élection ou sa nomination sont entachées d'illégalité²⁰⁵. Cette doctrine empêche la rupture de la continuité dans l'administration, qui résulterait de toute contestation d'actions effectuées par un fonctionnaire dont la nomination est mise en doute.

Au Canada, les ordonnances de prérogative sont principalement rendues dans le contexte du droit administratif. Les ordonnances de quo warranto, de prohibition et de mandamus sont généralement rendues contre des décisions administratives et, en tant que telles, découlent directement de la common law²⁰⁶. La division de première instance de la cour fédérale du Canada est la juridiction exclusive de première instance qui peut lancer de telles ordonnances applicables au personnel militaire canadien servant à l'extérieur du territoire national et à tous organes, commissions et tribunaux fédéraux²⁰⁷.

B. Limites du pouvoir des cours fédérales

Outre les limites de compétences des cours fédérales, le Congrès a limité les pouvoirs des cours fédérales d'intervenir dans les procès devant les tribunaux des États. L'Anti-Injunction Act²⁰⁸ est le pendant du All-Writs Act, et les deux lois sont interprétées conjointement. L'Anti-Injunction Act empêche un tribunal fédéral d'adresser au tribunal d'un État une injonction de surseoir à une décision, à moins qu'une injonction ne soit autorisée par une loi du Congrès²⁰⁹ ou ne s'avère nécessaire pour protéger un jugement de la cour fédérale²¹⁰.

Le pouvoir que possède la cour fédérale de contrôler les procès devant les cours fédérées est également limité par plusieurs doctrines judiciaires. La règle de Younger, formulée dans l'affaire *Younger c. Harris*²¹¹, empêche les tribunaux fédéraux d'intervenir dans les procès devant les tribunaux de l'État, même lorsque des violations de la constitution sont avérées, à moins qu'il n'y ait préjudice immédiat et irréparable. Une autre barrière est la règle de l'abstention, formulée dans l'affaire *Railroad Commission c. Pullman*²¹². Cette règle est appliquée lorsqu'un point de l'affaire soulève une question relative au droit de l'État qui a fait l'objet d'une contestation devant le tribunal de l'État. Si la résolution de ce point par l'État rend inutile de statuer sur la question

²⁰⁴ *Johnson c. Manhattan Ry. Co.*, 289 U.S. 479, 502 (1993).

²⁰⁵ *Ryder c. United States*, 63 U.S.L.W. 4516, 4517 (U.S. 12 juin 1995).

²⁰⁶ Voir S.A. De Smith, *Judicial Review of Administrative Action* (3e éd. 1973).

²⁰⁷ *Federal Court Act*, R.S.C. 1985, c. F-7, § 18.

²⁰⁸ 28 U.S.C. § 2283 (1988).

²⁰⁹ Des dispositions spécifiques de civil rights acts, y compris 42 U.S.C. § 2283 (1988) ont été admises comme des lois du Congrès autorisant une injonction. Voir *Mitchum c. Foster*, 407 U.S. 225, 242-243 (1972).

²¹⁰ Une exception est reconnue si la procédure devant un tribunal étatique aboutirait à un "préjudice irréparable". *Wulff c. Corcoran*, 454 F. 2e 826, 831 & n ° 5 (1er Cir. 1972).

²¹¹ 401 U.S. 37 (1971).

²¹² 312 U.S. 496 (1941).

d'un point de vue constitutionnel et fédéral, la cour fédérale doit suspendre son procès jusqu'à ce que le tribunal d'État résolve ce point. Une doctrine d'abstention plus sévère s'applique dans les conditions de l'affaire *Burford c. Sun Oil Co*²¹³. Elle s'applique à des cas qui se rapportent clairement à des politiques de l'État fédéré, pour lesquels l'État a prévu une réglementation unifiée dans laquelle une intervention de la cour fédérale serait un élément perturbateur. Puisque le tribunal d'État est mieux équipé pour interpréter une réglementation de l'État, il faut, dans un tel cas, que la cour fédérale rende une ordonnance de non-lieu plutôt que de surseoir à une décision.

Tant l'Anti-Injunction Act que la règle de *Younger* respectent le concept du fédéralisme, en faisant preuve de respect pour les décisions judiciaires des États. Les doctrines d'abstention de *Pullman* et de *Burford* respectent la capacité supérieure des États à interpréter leurs propres lois. Les tribunaux fédéraux doivent également accorder une pleine confiance et du crédit aux décisions et aux documents judiciaires de chaque État²¹⁴. Ces doctrines permettent ensemble de maintenir un équilibre adéquat entre les pouvoirs des États et le pouvoir fédéral, qui est vital à la protection des droits dans un cadre fédéraliste.

C. Autres procédures civiles et pénales

En matière de droits civils (au sens du droit anglo-américain), le Congrès a promulgué des peines criminelles à l'encontre des représentants officiels qui abolissent les droits civils dans certaines circonstances. Le Civil Rights Act (la loi sur les droits civiques) de 1866²¹⁵ prévoit des peines criminelles pour les représentants officiels qui privent des citoyens de droits, sous couvert de la loi, sur la base de leur couleur ou de leur origine. Dans le même esprit, le Voting Rights Act de 1965²¹⁶ prévoit des peines criminelles pour tout représentant officiel qui entraverait le droit de vote sur la base de la race²¹⁷. Il prévoit également des peines pour toute entrave au droit de vote fondée sur l'analphabétisme, sur la résidence (pour l'élection du Président et du Vice-président uniquement), ou sur la langue²¹⁸.

Outre des peines criminelles, de nombreuses lois sur les droits civils permettent à une personne privée d'un droit de demander réparation par le biais d'une action civile contre la partie publique ou privée. Le Civil Rights Act de 1871²¹⁹ permet à une personne lésée d'assigner en justice un représentant officiel qui l'a privée sous couvert de la loi, de droits constitutionnels. Le Civil Rights Act de 1964²²⁰ habilite une personne qui est privée de droits économiques d'introduire une requête au civil aux fins de réparation formelle. Cela ne fournit qu'une réparation préventive

²¹³ 319 U.S. 315 (1943).

²¹⁴ 28 U.S.C. § 1738 (1988).

²¹⁵ 18 U.S.C. § 242 (1988).

²¹⁶ 42 U.S.C. §§ 1971 et seq. (1988 et supp. 1993).

²¹⁷ 42 U.S.C. § 1973j(a) (1988).

²¹⁸ 42 U.S.C. § 1973aa-3 (1988).

²¹⁹ 42 U.S.C. § 1983 (1988).

²²⁰ 42 U.S.C. § 2000a-3(a) (1988).

et ne permet pas d'obtenir des dommages-intérêts²²¹. Le Fair Housing Act de 1988²²² permet à une personne d'entamer une action au civil pour faits de discrimination en matière de logement et de faire valoir des dommages-intérêts compensatoires et dissuasifs, ainsi qu'une réparation préventive²²³.

Les programmes sociaux et de réglementation économique ont pris une ampleur telle que l'importance et les pouvoirs réglementaires des organismes publics américains ont considérablement augmenté. D'où la nécessité de procédures auxquelles peuvent recourir des citoyens pour empêcher que ces organismes publics n'empiètent sur leurs droits. L'Administrative Procedures Act²²⁴, qui régit les mesures réglementaires des organismes publics au sein du gouvernement fédéral, garantit le droit de contrôle de la constitutionnalité d'une décision administrative à toute personne lésée à la suite d'action ou de refus d'action d'une administration. Une action d'une administration peut être examinée par un tribunal, si la loi le prévoit, ou s'il s'agit d'une action définitive d'une administration contre laquelle le plaignant ne dispose pas d'autres recours légaux adéquats²²⁵. Pour être habilité à agir, le plaignant doit figurer au nombre de ceux qui sont effectivement lésés par l'action²²⁶. Le pouvoir d'examen varie selon que la question est légale, factuelle, ou procédurale, alors que la procédure de recours varie selon que la décision est adjudicative, qu'elle établit une règle ou qu'elle est accessoire.

Devant les tribunaux canadiens, depuis l'adoption de la Charte, les jugements déclaratoires sont devenus des moyens de plus en plus courants de faire valoir des droits constitutionnels. Puisque de tels jugements ne font que déclarer les droits de la partie requérante, mais ne sont pas contraignants en termes d'action, ils sont généralement utilisés lorsqu'aucun autre recours n'est disponible. Un jugement déclaratoire n'impose peut-être pas d'action, mais il n'en demeure pas moins qu'il véhicule implicitement des suggestions de recours. Le succès enregistré par ces jugements dans la protection des droits constitutionnels s'appuie largement sur la bonne volonté des hauts fonctionnaires et des administrations d'y donner suite et d'appliquer ainsi la Charte. L'on pourrait dire que de tels jugements ont un poids plutôt moral que simplement légal.

IV. PROCEDURES NON JUDICIAIRES DESTINEES A FAIRE VALOIR DES DROITS

A. Rôle de l'exécutif en matière de protection des droits

Plusieurs lois fédérales en matière de droits civils permettent à l'Attorney General (Ministre de la Justice) des États-Unis d'intervenir dans une affaire civile engagée par une partie lésée, si

²²¹ *Cependant, la partie pourra être en mesure de recouvrer les honoraires d'avocats. Newman c. Piggie Park Enterprises, Inc., 390 U.S. 400, 402 (1968).*

²²² *42 U.S.C. § 3613(a)(1)(A) (1988).*

²²³ *42 U.S.C. § 3613(c) (1988).*

²²⁴ *5 U.S.C. § 702 (1988).*

²²⁵ *5 U.S.C. § 704 (1988).*

²²⁶ *Sierra Club c. Morton, 405 U.S. 727, 735 (1972).*

l'affaire revêt un caractère d'utilité publique²²⁷. Ceci permet à l'Attorney General de représenter et de défendre les intérêts publics jusqu'à l'issue du procès.

De plus, en vertu de nombreuses lois, le gouvernement fédéral peut lancer une action aux fins de protéger les droits des individus quand ils sont incapables de les faire valoir. Le Civil Rights Act (loi sur les droits civiques) de 1964²²⁸ permet à l'Attorney General d'engager une action au civil au nom des États-Unis s'il estime que la personne a été privée de l'égalité d'accès à des équipements publics et qu'elle est incapable d'entamer des poursuites légales. Le Fair Housing Act de 1988²²⁹ autorise l'Attorney General à faire appliquer cette loi s'il y a constatation d'un aspect de privation de droits en matière de logement. Cette loi permet également à une personne lésée d'introduire une plainte auprès du Secrétaire du logement et du développement urbain²³⁰, qui peut ensuite autoriser l'Attorney General à lancer une action au civil pour réparation temporaire²³¹.

L'Attorney General et les cours fédérales jouent tous deux des rôles déterminants dans l'application de la loi sur les droits civils de 1965. Plusieurs dispositions confèrent en effet à l'Attorney General le pouvoir d'entamer une action au civil aux fins d'empêcher la discrimination d'électeurs sur la base de la race²³², des qualifications²³³, des impôts électoraux (poll taxes)²³⁴, de la résidence²³⁵, ou de l'âge²³⁶. L'Attorney General ou la cour fédérale peuvent désigner des observateurs lors des élections²³⁷ et doivent donner leur approbation à toute modification des règles en matière de vote²³⁸ dans une circonscription électorale couverte par la loi. Si le tribunal découvre un aspect de discrimination en matière de qualifications des électeurs, il peut ordonner qu'une personne soit reconnue capable de voter et considérer tout refus comme un outrage à la cour²³⁹.

²²⁷ 42 U.S.C. § 2000a-3(a) 1988 (Civil Rights Act de 1964); 42 U.S.C. § 3613(d) (1988) (Fair Housing Act de 1988).

²²⁸ 42 U.S.C. § 2000b (1988).

²²⁹ 42 U.S.C. § 3614(a) (1988).

²³⁰ 42 U.S.C. § 3610(a)(1)(A)(i) (1988).

²³¹ 42 U.S.C. § 3610(e) (1988).

²³² 42 U.S.C. § 1971(c) (1988).

²³³ 42 U.S.C. § 1973j(e) (1988).

²³⁴ 42 U.S.C. § 1973h(b) (1988).

²³⁵ 42 U.S.C. § 1973aa-2 (1988).

²³⁶ 42 U.S.C. § 1973bb (1988).

²³⁷ 42 U.S.C. § 1973d; § 1973a(a) (1988 et supp. 1993).

²³⁸ 42 U.S.C. § 1973c (1988).

²³⁹ 42 U.S.C. § 1971(e) (1988).

En examinant ces procédures non-judiciaires, il ne faudrait cependant pas oublier les pouvoirs détenus par le Président pour protéger les droits fondamentaux. Le Président a le dernier mot en ce qui concerne les branches de l'exécutif, par le biais des désignations et des révocations de fonctionnaires fédéraux-clés. Il peut par conséquent contrôler l'orientation politique générale de nombreux programmes fédéraux tels que les services sociaux. Cela implique des droits dans la mesure où les pouvoirs présidentiels peuvent être utilisés pour défendre ou dénier des droits. Un exemple consisterait en une mesure interdisant aux médecins oeuvrant dans le cadre des programmes fédéraux de conseiller aux femmes de pratiquer un avortement.

En tant que Commandant en chef des armées, le Président a le contrôle des droits fondamentaux en matière militaire. Citons, à titre d'exemple, le décret présidentiel du Président Truman visant à éliminer la ségrégation au sein des armées²⁴⁰. La Proclamation d'Émancipation, qui a aboli l'esclavage, en est un exemple supplémentaire. Un autre exemple, moins spectaculaire, est le décret rendu par le Président Clinton révisant la politique de l'armée en matière des droits des homosexuels. Le Président peut également nationaliser la garde nationale d'un État lorsqu'il est nécessaire de protéger les droits de l'homme. Les pouvoirs en temps de guerre peuvent être utilisés pour dénier des droits fondamentaux; l'internement des Japonais vivant aux États-Unis pendant la Seconde Guerre mondiale constitue à cet égard le meilleur exemple.

B. Rôles informels dans la protection des droits fondamentaux

L'Attorney General exerce également des rôles moins formels dans le processus de prise de décision constitutionnelle. Il est habilité à prodiguer des conseils et à émettre des avis en matière de droit, au Président et à d'autres branches de l'exécutif²⁴¹, et conseillera souvent des organismes publics pour qu'ils mettent en oeuvre des lois d'une façon constitutionnelle²⁴². L'Office of Legal Counsel prépare les avis formels de l'Attorney General²⁴³ et examine la législation pendante du Congrès à la recherche de questions constitutionnelles²⁴⁴.

Le Solicitor General, substitut du Ministre de la Justice des États-Unis, a le devoir de représenter le gouvernement des États-Unis devant le tribunal. De cette position, il peut exercer une influence considérable sur le développement des questions d'ordre constitutionnel. Le Solicitor General conduit ou supervise des affaires auprès de la Cour suprême, dans lesquelles le gouvernement est partie, et autorise ou refuse de permettre d'interjeter appel au nom du gouvernement²⁴⁵. Il peut autoriser l'intervention du gouvernement dans tous les cas mettant en cause la constitutionnalité des lois du Congrès²⁴⁶. Les tribunaux recherchent souvent des conclusions *amicus curiae* du Solicitor General lorsque des questions d'ordre constitutionnel sont

²⁴⁰ *Executive Order n° 9981, 13 Fed. Reg. 4313 (26 juillet 1948).*

²⁴¹ *28 U.S.C. § 511 (1988).*

²⁴² *Douglas W. Kmiec, OLC's Opinion Writing Function: The Legal Adhesive for a Unitary Executive, 15 Cardozo L. Rev. 337, 347 (1993).*

²⁴³ *28 C.F.R. § 0.25 (1994).*

²⁴⁴ *Kmiec, supra note 141, à 338.*

²⁴⁵ *28 C.F.R. § 0.20 (1994).*

²⁴⁶ *28 C.F.R. § 0.21 (1994).*

posées et il est exempté de l'exigence habituelle selon laquelle toutes les parties au procès doivent consentir à l'introduction de conclusions en qualité d'*amicus curiae*²⁴⁷.

Les tribunaux permettront également souvent l'introduction d'exposés des faits en qualité d'*amicus* d'autres personnes intéressées lorsque des questions d'ordre constitutionnel sont en jeu²⁴⁸. Les attorneys general des États cherchent souvent à participer à des affaires impliquant des questions relatives au fédéralisme, alors qu'ils participent beaucoup moins à des affaires impliquant des droits civils²⁴⁹. Nombre d'organisations privées sont profondément intéressées par les questions d'ordre constitutionnel et cherchent à participer par le biais de conclusions en qualité d'*amicus*, à des affaires où elles ne sont pas habilitées à être la partie demanderesse. Les tribunaux se sont appuyés sur ces participants pour maîtriser certains défauts du processus contradictoire et pour représenter les intérêts des tiers²⁵⁰. En soumettant des conclusions en qualité d'*amicus*, ces participants peuvent introduire des données non juridiques, dont les juges ne pourraient pas autrement prendre conscience, dans les délibérations²⁵¹ et peuvent compléter ou remplacer certains témoignages d'experts²⁵².

Un certain nombre de spécialistes juridiques considèrent l'extension de l'utilisation des conclusions en qualité d'*amicus* comme une forme de groupe de pression judiciaire, puisqu'ils sont souvent orientés vers le plaidoyer plutôt que vers la neutralité²⁵³. D'autres estiment que cela ressemble à un exercice d'enquête législative, qui est inapproprié pour un organe judiciaire²⁵⁴. Certains spécialistes craignent que les outils adéquats pour analyser les données non juridiques produites par ces exposés²⁵⁵ fassent défaut aux tribunaux ou que leur prise en considération ne vienne amoindrir les exigences constitutionnelles relatives à leur statut²⁵⁶. Cependant, puisque la détermination des droits individuels fait inévitablement partie intégrante

²⁴⁷ Karen O'Connor, *The Amicus Curiae Role of the Solicitor General in Supreme Court Litigation*, 66 *Judicature* 257, 260 (1983).

²⁴⁸ *Au Canada, de telles parties sont assimilées à des "intervenants" et peuvent déposer des conclusions avec l'autorisation des tribunaux. Le règlement de la Cour suprême spécifie comment cela s'effectue dans cette cour.*

²⁴⁹ Thomas R. Morris, *States Before the U.S. Supreme Court: State Attorneys General as Amicus Curiae*, 70 *Judicature* 298, 303 (1987).

²⁵⁰ Michael K. Lowman, *The Litigating Amicus Curiae: When Does the Party Begin After the Friends Leave?*, 41 *AM. U. L. REV.* 1243, 1244 (1992).

²⁵¹ Michael Rustad & Thomas Koenig, *The Supreme Court and Junk Social Science: Selective Distortion in Amicus Briefs*, 72 *N. C. L. REV.* 91, 99 (1993).

²⁵² Ronald Roesch et al., *Social Science and the Courts: The Role of Amicus Curiae Briefs*, 15 *Law & Hum. Behav.* 1, 4 (1991).

²⁵³ Louis Fisher, *Constitutional Dialogues* 21 (1988).

²⁵⁴ Philip B. Kurland, *Toward a Political Supreme Court*, 37 *U. CHI. L. REV.* 19, 34-36 (1969).

²⁵⁵ Rustad, *supra note* 135.

²⁵⁶ Lowman, *supra note* 134, à 1280-1281.

des processus politiques²⁵⁷, la participation de ces groupes d'intérêt, à des tentatives d'influencer les décisions des tribunaux n'est peut-être pas hors de propos.

V. RÉSUMÉ

Dans le cadre des traditions culturelles et juridiques tant des États-Unis que du Canada, les principes de la liberté individuelle et de la protection des droits des individus contre des ingérences gouvernementales ont une grande importance. Les droits fondamentaux protégés par la constitution américaine tirent leur origine des traditions du droit naturel et de la common law qui ont évolué au cours de siècles et se sont profondément enracinés dans le droit et les consciences nationales.

La Constitution des États-Unis protège non seulement les droits qui y sont énumérés, mais également beaucoup d'autres, en séparant et en limitant les pouvoirs de l'État. La Constitution en elle-même ne prévoit pas de procédures spécifiques pour faire appliquer ces droits. La description de la procédure a été laissée au pouvoir judiciaire et législatif; les concepteurs de la Constitution ayant été plus soucieux de définir soigneusement la nature des droits protégés eux-mêmes, comprenant que les procédures allaient se développer au fur et à mesure et changer avec les circonstances.

Dans le système américain de contrôle diffus, toutes les branches du gouvernement ont un rôle à jouer dans la protection des droits fondamentaux des citoyens. Mais le premier moyen pour le citoyen d'invoquer cette protection est procédural. Tous les tribunaux doivent interpréter et appliquer la Constitution en fonction du cas dont ils sont saisis. En règle générale, les tribunaux américains ne peuvent se prononcer que sur des cas réels ou des différends, et ne peuvent pas décider de questions constitutionnelles abstraites. Une personne qui adresse une requête pour violation de ses droits constitutionnels doit produire la preuve d'un préjudice réel et satisfaire aux autres exigences de justiciabilité, avant de pouvoir entamer les poursuites. Les procédures judiciaires, comme les règles de preuve, ou la sélection d'un jury acceptable pour les deux parties à un différend, sont conçues pour protéger les droits des plaideurs et assurer un procès impartial, tant au civil qu'au pénal. Lorsque la procédure faillit et ne protège pas correctement les droits d'une personne, les tribunaux peuvent formuler des ordonnances extraordinaires pour les faire respecter.

La plupart des questions constitutionnelles sont résolues devant les cours d'appel et c'est à la Cour suprême que revient l'interprétation finale du sens de la Constitution. Aux fins de produire certitude et uniformité d'interprétation constitutionnelle, la Cour suprême élabore des cadres analytiques avec lesquels l'on peut juger les cas. Néanmoins, tel que les concepteurs de la Constitution l'avait envisagé, l'évolution des valeurs sociales, du climat politique, des circonstances historiques et même des changements technologiques exigent des systèmes adaptés d'interprétation et de procédure pour la protection des droits de l'homme. Ceci est la force essentielle d'un système constitutionnel reposant sur le contrôle constitutionnel diffus: la Constitution prévoit non pas la procédure mais la définition de la nature des droits considérés comme fondamentaux. Par conséquent, elle donne au pouvoir judiciaire la responsabilité du contrôle continu du droit, des mécanismes juridiques, et de leurs recours à la situation unique de chaque requérant, afin de garantir que dans son effort pour appliquer la loi, l'État ne viole jamais des droits que notre Constitution tient pour fondamentaux.

²⁵⁷ Fisher, *supra* note 137, à 23-24.

1. Cours constitutionnelles et démocratie

La dernière partie de ce siècle est marquée par la multiplication des cours constitutionnelles, par un signe, donc, du développement de la démocratie. En effet, en principe au moins, la création d'une cour constitutionnelle marque la fin d'un régime autoritaire et la naissance d'une démocratie nouvelle. Au lendemain de la seconde guerre mondiale, ce sont les Constitutions des deux pays qui sortaient du fascisme, l'Italie et l'Allemagne, à instituer, les premiers, une cour constitutionnelle; dans le même temps, en Autriche, la cour constitutionnelle - supprimée sous l'occupation - était rétablie le 12 octobre 1945.

Au Portugal, le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois introduit pour la première fois par la constitution républicaine en 1911, maintenu par la Constitution suivante de 1933, était un contrôle exclusivement "diffus" qui, dans la pratique, ne fonctionnait pas. Ce ne fut qu'après la Révolution d'avril 1974 et par la Constitution de 1976 qu'un système effectif fut établi, combinant un contrôle "diffusé, exercé par les tribunaux ordinaires avec un contrôle centralisé ou, selon l'expression que certains utilisent: "concentré", exercé quant à lui, par un organisme politique (le Conseil de la Révolution) et un organisme juridique (la Commission constitutionnelle, substituée par un Tribunal constitutionnel par la loi constitutionnelle du 30 septembre 1982).

Tout pareillement, en Espagne, l'expérience de justice constitutionnelle de la seconde République (1931-1936), anéantie par le régime franquiste, reprend lors du rétablissement de la démocratie. La Constitution de décembre 1978 institue un Tribunal constitutionnel qui commença à fonctionner le 15 juillet 1980.

Le mouvement qui débute en 1920 avec la création de la Cour constitutionnelle tchécoslovaque et de la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche a connu récemment un grand développement dans les nouvelles démocraties de l'Europe centrale et orientale. C'est ainsi que certaines instituèrent pour la première fois une juridiction constitutionnelle, alors que d'autres redéfinirent l'espace constitutionnel ainsi que les compétences de leurs Cours et ce pour une effective protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

La création du Conseil constitutionnel français par la Constitution de 1958 est à situer dans une perspective différente: si, à l'origine, le Conseil ne paraît pas avoir les mêmes finalités que celles des autres cours, il remplit désormais une tâche de plus en plus comparable aux juges constitutionnels pour ce qui a trait aux droits fondamentaux (v. infra, par. 6.1).

2. La garantie constitutionnelle des droits fondamentaux

La garantie des droits et des libertés individuelles, selon la proclamation solennelle de la Déclaration des Droits de l'Homme de 1789, représente l'essence même de l'Etat de droit, la finalité fondamentale dont relève sa construction. Tous les principes qui y figurent (séparation des pouvoirs, légalité, etc.) servent à en assurer la réalisation. Pourtant, dans les systèmes juridiques du XIXème siècle, à cause de la "souplesse" de la constitution, les droits ne liaient pas le législateur. En Italie, par exemple, - et bien que la constitution monarchique de 1848 reconnaissait de nombreuses libertés individuelles en proclamant l'égalité des citoyens - avec

l'arrivée du fascisme, la liberté et la démocratie disparurent, tout comme l'égalité des citoyens à la suite des discriminations raciales et politiques passées en force de loi. Aux dispositions constitutionnelles pouvait en effet déroger la législation ordinaire du régime, lequel, ayant la majorité des sièges parlementaires, disposait du pouvoir législatif.

La majorité donc peut devenir une menace pour les libertés; des nombreuses violations de l'ordre constitutionnel commises par les parlements naît la nécessité de contrôler le législateur. L'adoption d'une Charte constitutionnelle "rigide" dont la majorité gouvernante ne puisse pas disposer, en serait le prémice. Dans cette perspective, le contrôle du respect des principes et des droits constitutionnels pourrait être confié à une haute juridiction constituée tout spécialement pour connaître des litiges constitutionnels ou bien rester du ressort de chaque juge, suivant le modèle américain. Si la constitution est la loi suprême à laquelle la loi ordinaire doit se conformer, alors, en cas de conflit, le juge, en choisissant la norme à appliquer au cas concret, ne pourra donner la préférence qu'à la norme posée par la source supérieure (la Constitution).

3. Le modèle européen de justice constitutionnelle: traits communs et différences entre les systèmes

Le modèle européen de justice constitutionnelle est un contrôle de la constitutionnalité des lois de nature concentrée qui voit une seule institution détenir le monopole du contrôle. La référence suprême en est le modèle austro-kelsenien: c'est l'Autriche. En effet, elle est la première qui se dote d'une Haute Cour constitutionnelle (par la Constitution de 1920) sous l'influence de Hans Kelsen. Son exemple sera suivi à partir de la deuxième après-guerre par l'Italie (1948), l'Allemagne (1949) et les autres pays ci-dessus mentionnés.

En vérité, le modèle européen de justice constitutionnelle varie sensiblement selon les pays. Le trait commun: une cour constitutionnelle (qui peut aussi être dénommée Conseil constitutionnel, Tribunal constitutionnel), ne suffit pas à cacher les différences entre les systèmes. Les règles ne sont pas les mêmes en ce qui concerne la composition de la cour; les voies d'accès à la juridiction constitutionnelle; le caractère abstrait ou concret du contrôle ainsi que son caractère préventif (a priori) ou successif (a posteriori), selon qu'il porte sur une norme qui n'est pas encore entrée en vigueur ou sur une norme déjà entrée en vigueur; enfin, en ce qui concerne la force contraignante des décisions rendues par les cours, et leur efficacité dans le temps.

Il faut également noter que les différences entre les systèmes ne portent pas seulement sur des questions marginales, mais aussi sur le rapport entre la Cour constitutionnelle et les juges. En d'autres termes, sur un aspect essentiel du contrôle concentré. Ce système s'oppose à celui du contrôle "diffus" au sein duquel tout juge peut contrôler la constitutionnalité des lois, système de contrôle qui trouve son origine dans un arrêt de la Cour Suprême des Etats Unis en date de 1803. Le contrôle est concret, c'est-à-dire exercé par le juge uniquement sur la base de la décision qu'il doit rendre entre les parties en cause.

Toutefois, l'opposition entre les deux systèmes n'est pas toujours aussi tranchée qu'on le dit; il convient là aussi de rester prudent. En effet, le contrôle que l'on qualifie de "concentré" n'est pas uniforme. Varient aussi d'un pays à l'autre, les rapports entre la Cour constitutionnelle et les juges, qui ne sont pas toujours dépourvus de tout pouvoir et qui se voient parfois reconnaître la possibilité de non appliquer la norme considérée comme illégitime. Le contrôle direct prévu par la Constitution portugaise, en particulier, représente un remarquable exemple de l'exception au monopole de la Cour constitutionnelle, c'est-à-dire, à l'essence même du contrôle concentré.

Ce type de contrôle, en outre, n'est pas nécessairement abstrait, mais peut être concret tout comme l'est celui des juges nord-américains. Ainsi, le contrôle de constitutionnalité a posteriori par "voie incidente" sur le renvoi des tribunaux est souvent défini comme concret. Toutefois, ici, il convient aussi de distinguer un système de l'autre: tandis que, dans certains pays, la décision rendue par la Cour produit des effets limités aux parties du procès ordinaire, ailleurs, elle produit des effets erga omnes. Dans ce cas donc, le mot "concret" ne semble pas définir correctement ce contrôle: c'est ainsi qu'en Italie, on parle plutôt de système "mixte", qui correspond à un mélange du contrôle abstrait autrichien et du contrôle concret américain.

4.1 Le contrôle "par voie incidente": en Italie

En Italie, notamment, on doit reconnaître au contrôle de la constitutionnalité des lois un caractère "hybride" qui se rattache à l'origine même du système. Au cours des débats devant l'Assemblée constituante, des solutions différentes furent envisagées, conformément aux différentes idées du rôle essentiel de la Cour constitutionnelle. C'est-à-dire protéger les droits des citoyens violés par une loi inconstitutionnelle ou réaliser l'intérêt général à l'élimination des lois inconstitutionnelles. Une fois écartée l'action populaire et le recours direct ("plainte constitutionnelle"), une solution moyenne s'est imposée, c'est-à-dire le contrôle "incident" (ou "par voie d'exception").

Ce type de contrôle, qui est introduit par plusieurs systèmes qui prévoient aussi le recours individuel, se révèle d'une manière tout à fait primordiale au regard de la protection des droits fondamentaux, car ce contrôle représente, en Italie, la seule voie dont les individus disposent pour saisir la Cour. Il s'agit d'une voie indirecte. En effet, c'est au juge qu'il appartient de décider la saisine, d'office ou sur demande d'une des parties au procès. Toute personne²⁵⁸ se voit reconnaître la possibilité de "soulever une question de légitimité constitutionnelle" (art. 23, l. n. 87/1953) "au cours d'un procès devant une autorité juridictionnelle" (infra, par. 5.1), mais c'est seulement cette dernière qui peut saisir la Cour, une fois appréciée l'existence des conditions préalables pour le renvoi. Le juge doit considérer avant tout que la question soit "déterminante" (rilevante) pour le cas soumis à son jugement, c'est-à-dire, qu'elle doit porter sur une norme qu'il devrait appliquer concrètement. Le juge n'est pas tenu de procéder tant que cette applicabilité n'est pas certaine de façon absolue (infra, par. 4.2). Il suffit qu'il estime celle-ci probable, compte tenu des données à sa disposition lorsqu'il décide la saisine.

La deuxième condition préalable est que l'exception de constitutionnalité ne soit pas "manifestement non fondée". Par conséquent, le juge, en cas de doute concernant la constitutionnalité de la disposition législative contestée, sera tenu à en suspendre l'application et à saisir la Cour.

4.1.2 L'autonomie du procès devant la Cour constitutionnelle

La question fondamentale, à ce point, regarde le rapport entre les deux procès: le sort de l'un est-il lié au sort de l'autre? Par la réponse, le caractère mi-concret et mi-abstrait du contrôle incident sera évident. En effet, ce dernier est lié au début aux intérêts concrets des parties au procès a

²⁵⁸

Les dispositions de la loi n° 87/1953 ont été interprétées avec une certaine liberté: pas seulement le demandeur et le défendeur, l'inculpé, l'appelant et l'intimé, mais l'intervenant aussi, se voit reconnaître la possibilité de soulever une question de légitimité constitutionnelle (sur la discipline de la procédure, A. PIZZORUSSO, art. 131, dans Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, Bologna (Zanichelli), 1981, pp. 212 ss.)

quo, mais une fois commencé, il se déroule d'une façon autonome. C'est désormais l'intérêt général à l'élimination de la norme inconstitutionnelle qui prévaut sur l'intérêt concret des particuliers. En effet, l'arrêt qui déclare l'illégitimité constitutionnelle d'une norme possède un effet erga omnes: en aucun cas, la norme ne pourra plus être appliquée, même au regard de rapports antérieurs à la déclaration d'inconstitutionnalité (v. infra, para. 5.4).

Plusieurs arrêts (nos 89/1982; 137/1983; 300/1984; 288/1985; 52/1986) ont précisé l'autonomie du procès constitutionnel vis-à-vis du procès a quo, de telle façon que le premier, une fois valablement établi, doit continuer sans aucune considération d'événements survenus relatifs au procès a quo. L'interruption même de ce dernier, par exemple du procès criminel à cause de la mort du prévenu, n'empêche pas la Cour constitutionnelle de poursuivre son activité de contrôle de la disposition législative contestée²⁵⁹. Vu l'article 22 du règlement de procédure de 1956, les dispositions générales relatives à la suspension, à l'interruption ou à l'extinction de l'instance ne s'applique pas aux jugements rendus par la Cour, même au cas où, pour quelque raison que ce soit, l'instance qui a provoqué la saisine de la Cour a pris fin.

Il s'ensuit qu'on remarque une contradiction entre cette autonomie et la pratique courante de la Cour constitutionnelle d'apprécier, à son tour, si les conditions préalables existent réellement, ou, tout au moins, si le juge saisi au principal en a donné une motivation appropriée. La question la plus disputée concerne la "rilevanza" dont l'appréciation portant finalement sur l'applicabilité de la norme au cas d'espèce, ne semble pas être du ressort de la Cour, mais plutôt du juge de la cause²⁶⁰.

4.2 Un regard comparatif

En Espagne aussi, le Tribunal constitutionnel a souvent déclaré qu'il n'avait pas lieu de se prononcer, car la question de la constitutionnalité de la norme ne conditionnait pas le sens de la décision que le juge du renvoi devra rendre (falta de relevancia). Selon la Cour autrichienne, c'est à elle qu'appartient de vérifier uniquement si le juge du fond s'est livré à une appréciation déraisonnable ou manifestement erronée en appréciant le "caractère préjudiciel" de la norme. Tout à fait différente est l'attitude de la Cour d'arbitrage belge, laquelle, dans le but de sauvegarder l'autonomie réciproque des deux ordres juridictionnels (constitutionnel et ordinaire), estime que c'est au juge du renvoi qu'il appartient de statuer sur la pertinence et la question préjudicielle qu'il se pose²⁶¹.

²⁵⁹ Ces précisions sont contenues dans l'arrêt n. 52/1086: "il processo incidentale di costituzionalità non è influenzato da circostanze di fatto sopravvenute nel procedimento principale, e ciò in quanto, svolgendosi esso nell'interesse generale, una volta che sia validamente instaurato, a norma dell'art. 23 l. n. 87/1953, acquisisce autonomia che lo pone al riparo dall'ulteriore atteggiarsi della fattispecie, financo nel caso in cui, per qualsiasi causa, il giudizio rimasto sospeso cessi."

²⁶⁰ J'ai contesté l'attitude de la Cour italienne à rendre de plus en plus concret son contrôle, à le modeler sur le cas d'espèce; et je ne comprends pas les auteurs qui l'approuvent: (L. CARLASSARE, *Le questioni inammissibili e la loro riproposizione*, Scritti in onore di Vedzio Crisafulli, Padova, 1985, Vol. I°, 159, ss.; id., *Le decisioni di inammissibilità e di manifesta infondatezza della Corte costituzionale*, Foro italiano, 1986, V, 296 e ss.).

²⁶¹ Même si la Cour estime que le juge n'a pas correctement déterminé les normes applicables aux faits du litige, elle ne peut pas corriger la question sur ce point." (arrêt n. 3/1989). Cf. également l'arrêt n. 64/1993 et les autres exemples mentionnés par M. MELCHIOR, *De quelques aspects des questions préjudicielles à la Cour d'Arbitrage*, Revue belge de Droit constitutionnel, 1005, I°, pp. 61-63.

Quant au bien fondé de la question, tandis qu'en Italie et en Autriche le renvoi a lieu dès qu'un doute fondé existe concernant la constitutionnalité de la norme, en Allemagne, le renvoi devra intervenir uniquement lorsque le juge a quo sera parvenu à la décision de l'inconstitutionnalité. Il s'agit dans ce cas, d'un barrage décisif. De simples doutes ne suffisent pas: le juge doit saisir la Cour s'il acquiert la conviction qu'un texte législatif n'est pas en accord avec la Constitution. Il faut ajouter que la même conviction est requise sur l'influence déterminante pour la solution du jugement: si la décision de la cause était la même en cas de validité ou d'invalidité de la norme, il doit se refuser à saisir la Cour. La saisine ne pourra donc avoir lieu que si la cause est entièrement tranchée d'après la norme que le juge considère contraire à Constitution²⁶². Toutefois, il y a lieu de rappeler qu'en Allemagne les individus disposent aussi du recours direct auprès du Tribunal constitutionnel, donc ce barrage est moins grave de ce qu'il serait en Italie où les individus disposent uniquement de la voie incidente pour la protection de leurs droits.

Au contraire, d'autres systèmes (en Roumanie, notamment), les instances judiciaires sont tenues de saisir la Cour constitutionnelle sans pouvoir refuser en estimant sans fondement l'exception d'inconstitutionnalité (infra, para 4.3).

4.3 Les parties du procès a quo et le procès constitutionnel

Quelle est l'influence exercée par les parties du procès a quo sur le jugement constitutionnel? La réponse n'est pas la même pour tous les systèmes.

Les individus lésés dans un droit fondamental par une norme législative ont, avant tout, la possibilité de demander au juge de la cause de saisir la Cour constitutionnelle. Mais c'est le juge qui décide le renvoi, et parfois (supra, para. 4.2) seulement s'il acquiert la conviction de son inconstitutionnalité. Il s'agit d'un premier barrage qui n'est pas présent dans tous les systèmes, ou bien ils ne possèdent pas la même intensité, ce qui n'est pas sans conséquence pour la portée du droit à protéger: au début, le renvoi à la Cour italienne était bien rare, surtout de la part des juridictions supérieures, presque jamais sceptiques à propos de la constitutionnalité des lois en vigueur.

La Cour constitutionnelle représente elle-même un barrage dès qu'elle revient sur l'appréciation des conditions préalables formulée par le juge du renvoi (supra, para. 4.2), ou lorsqu'elle accomplit directement une telle appréciation, ce qui arrive, par exemple en Roumanie, lorsque les instances ordinaires sont obligées de saisir la Cour constitutionnelle, quelle que soit leur opinion sur les exceptions invoquées par les parties de la cause. Le filtrage, basé sur le caractère manifestement non-fondé de l'exception revient à la Cour, mais il y a également deux degrés²⁶³. En revanche, en Italie, sur le refus du juge de la cause à saisir la Cour, les parties n'ont aucun remède. Il est bon de rappeler qu'elles ont la possibilité de soulever de nouveau la même exception devant l'instance du degré supérieur. Mais en tout cas, les exceptions transmises à la Cour ne sont pas nécessairement celles proposées par les parties (comme en Roumanie); ce n'est

²⁶² *Le Tribunal constitutionnel fédéral a admis une saisine anticipée lorsque "la question de la présentation est d'importance générale et fondamentale pour l'intérêt commun et c'est pourquoi sa décision ne permet pas de délai"* (Cf. K. SCHLAICH, *Procédure et technique de protection des droits fondamentaux, dans Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux, (sous la direction de L. FAVOREU, Economica, 1982, p. 130).*

²⁶³ *Contre la décision d'inadmissibilité prononcée par une chambre de trois juges, les parties peuvent faire recours (dans un délai de dix jours) à une chambre formée de cinq juges, laquelle, si le recours est admis, se prononce aussi sur le fond.*

que le juge qui peut les formuler dans son ordonnance de renvoi, laquelle lie la Cour. Ce qui veut dire que le *thema decidendum*, une fois déterminé par l'ordonnance, ne pourra plus être élargi (ou changé), même par les parties du procès *a quo*, bien qu'elles soient légitimées à participer à la procédure devant la Cour constitutionnelle²⁶⁴. En conséquence, lorsque celle-ci ne relève aucun contraste entre la norme dénoncée et la norme constitutionnelle indiquée, elle sera tenue au rejet de l'exception, même dans le cas où la norme dénoncée lui semble viciée à cause de la violation d'une disposition constitutionnelle différente, dont le juge du renvoi n'a pas fait référence²⁶⁵. La situation est bien différente là où (en Allemagne) la Cour a la possibilité de contrôler la norme dénoncée à tout point de vue²⁶⁶. Ou bien lorsqu'aux parties du procès *a quo* est ouverte la possibilité d'exercer leur influence sur le jugement que la Cour constitutionnelle rendra, en apportant des arguments nouveaux quelle pourra examiner sans être liée par la "demande" du juge du renvoi. Il est évident que dans ces cas, les droits seront mieux protégés.

5.1 L'efficacité de la protection des droits dans les différents systèmes du contrôle "incident": l'instance habilitée à saisir la Cour

Par delà les similitudes (même dans la pratique) entre les divers systèmes, il y a donc des différences qui conditionnent l'efficacité de la protection des droits fondamentaux, en particulier pour celle concernant les juridictions habilitées à saisir la Cour. Plus s'élargit le nombre de celles-ci, plus l'accès aux procédures de contrôle s'élargit et, par conséquent, la chance d'éliminer la norme affectant les droits.

Alors qu'en Allemagne, Italie et Espagne, la possibilité du renvoi à la Cour constitutionnelle est ouverte à n'importe quel juge, dans d'autres ordres (en Autriche, par exemple), elle n'est ouverte qu'aux Cours suprêmes et aux tribunaux de seconde instance. Notamment, en Italie, la Cour constitutionnelle a ouvert très largement l'accès aux questions incidentes, qui peuvent être posées dès le moment où sont remplies (de façon alternative) deux conditions: une condition subjective, concernant la notion d'"autorité juridictionnelle", ou une condition objective, concernant la notion de "procès". Donc, une question incidente peut être posée: (a) lorsque les procédures (quelle que soit leur nature et les modalités qu'elles suivent) "s'achèvent cependant en la présence et sous la direction du titulaire d'une charge juridictionnelle"; (b) lorsque des organes, même s'ils sont "étrangers à l'organisation de la fonction juridictionnelle", sont toutefois investis de façon exceptionnelle des fonctions de jugement "ayant pour but l'application objective de la loi", et pour ce faire, occupent "une position super partes" (sent. n. 83/1966). En tout cas, la Cour considère également nécessaire que l'autorité qui la saisit dispose des pouvoirs effectivement décisifs dans la procédure qui se déroule devant elle (cf. par exemple, sent. N. 17/1980). Il faut ajouter que la jurisprudence en la matière n'est pas univoque, mais, en même

²⁶⁴ *Il faut souligner qu'en Italie, on qualifie les parties d'"éventuelles", parce que même si elles n'y participent pas, le procès constitutionnel se déroule quand-même. Ceci pour ce qui concerne les parties privées tout comme le gouvernement (dont l'intervention dans la pratique, a lieu quand il défend la loi attaquée).*

²⁶⁵ *En Belgique, d'une part, la Cour d'Arbitrage n'hésite pas à reformuler la question préjudicielle, de l'autre, elle n'a pas permis aux parties au procès du fond de modifier la teneur des questions posées (F. DELPEREE et A. RASSON-ROLAND, *Annuaire constitutionnel de Justice constitutionnelle*, 1985, 318).*

²⁶⁶ *Cf. A. WEBER, *Le Contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois dans les pays de l'Europe occidentale*, *Annuaire international*, cit., 1985, 58, qui rappelle comme, au contraire, en Autriche, la Cour ne peut aller au-delà des points soulevés par le juge du renvoi.*

temps, que la conception extensive suivie par la Cour, qui l'a ainsi conduite à multiplier les voies d'accès à elle-même, l'a aussi conduite à décider quelle pouvait soulever devant elle des questions de légitimité constitutionnelle (sent. N. 2/1960). Et ce, bien entendu, une fois appréciée l'existence des conditions préalables tout comme les autres juges, notamment, qu'il s'agisse d'une norme dont elle doit faire application dans le procès principal.

5.2 Le domaine et l'objet du contrôle

La protection des positions subjectives constitutionnellement garanties assurée par le "contrôle incident" peut, donc, varier d'un système à l'autre par rapport à plusieurs éléments qui en déterminent l'efficacité. C'est le cas en ce qui concerne le domaine et l'objet du contrôle concentré. Ce contrôle peut porter sur toutes les normes quelle que soit la nature de l'acte normatif les contenant (Pologne, Slovaquie, Allemagne, lors du contrôle abstrait) ou sur certaines uniquement. C'est ainsi qu'en Italie et en Espagne, le contrôle concerne les lois et les dispositions ayant force de loi, alors qu'en Autriche, Croatie, Pologne, Roumanie et Slovaquie, il concerne également les règlements du pouvoir exécutif. Pour les Règlements des Assemblées parlementaires, bien qu'ils soient l'objet du contrôle dans plusieurs systèmes (Espagne, France, Hongrie, Roumanie, Turquie), en Italie ils en restent exclus (tout comme en Pologne le Règlement de la Diète). La Cour constitutionnelle, à l'avis contraire de la doctrine majoritaire, a déclaré son incompetence à les contrôler, car expression de la souveraineté du Parlement. Il est souhaitable que cette jurisprudence changera; l'importance du contrôle de la constitutionnalité de ces Règlements est évidente, en particulier pour ce qui concerne la protection des droits des minorités²⁶⁷.

Les droits fondamentaux étant garantis directement par la Constitution, leur existence même et leur contenu essentiel risque d'être effacé par une révision sans contrôle. Une question de la plus haute importance est donc de savoir dans quelle mesure les Cours constitutionnelles exercent leur contrôle sur les lois de révision de la Constitution.

Bien que grâce à plusieurs raisons (même d'ordre international), les tendances actuelles sont favorables à l'invulnérabilité des droits fondamentaux au-delà des interdictions expresses, la réponse n'est pas toujours partout la même. Parfois, la Cour ne contrôle que la régularité de la procédure (Autriche). Dans d'autres cas, elle exerce aussi un contrôle sur le fond. C'est le cas de la Cour italienne, laquelle a affirmé (et plusieurs fois confirmé) sa compétence dans le contrôle des lois constitutionnelles quand celles-ci portent atteinte aux "principes suprêmes", aux droits et aux libertés individuels²⁶⁸. Certaines constitutions posent expressément les droits et les libertés comme une des limites matérielles à la révision, voire la Constitution allemande (article 19, alinéa 3) ou la Constitution portugaise (article 228, alinéas (d) et (e)). Dans ce cas, il ne subsiste aucun doute que le contrôle de la Cour puisse porter sur les lois constitutionnelles. Certaines fois, il est également évident qu'elles en sont exclues (Pologne, par exemple: infra, para. 5.3).

²⁶⁷ *Quant aux règlements du pouvoir exécutif (gouvernementaux ou ministériels), le fait qu'ils soient exclus du contrôle centralisé ne signifie pas qu'ils soient exclus de toutes sortes de contrôles. En Italie, notamment (tout comme en Espagne) chaque juge peut refuser l'application d'une norme secondaire contraire à une loi: le "contrôle diffus" (judicial review) sur les normes secondaires est admis. Il faut, en outre, rappeler que les règlements (tout comme les autres normes secondaires et les actes administratifs) peuvent faire l'objet d'un recours en annulation devant les juridictions administratives.*

²⁶⁸ *Sent. n° 183/1973; n° 170/1984; n. 1146/1988.*

5.2.1 L'inconstitutionnalité par omission: l'arrêt "additif"

Que peut-on faire quand les individus ne jouissent pas de leurs droits à cause de la négligence du législateur? Rarement les Constitutions prévoient des remèdes contre l'inconstitutionnalité par omission. Habituellement, ce sont les cours constitutionnelles qui s'en chargent, en dehors de toute disposition expresse. Tout cela rentre dans le cadre des techniques élaborées presque partout pour échapper à l'alternative étroite entre l'élimination de la disposition inconstitutionnelle et le rejet de la question de la constitutionnalité de la loi. Toutefois, les mécanismes procéduraux ont des limites n'étant pas toujours facilement surmontables. Spécialement, l'arrêt "additif" ne sert pas à remplir un vide législatif, quelle qu'en soit la nature. En principe (infra, para. 5.2.2), les omissions du législateur, par elles-mêmes, ne peuvent faire l'objet d'une décision constitutionnelle. Car le contrôle ne pourra avoir lieu que si l'omission rend une autre disposition (qui en fera l'objet) contraire à la Constitution. Toutefois, lorsqu'une carence législative porte atteinte au principe d'égalité, il se peut que l'élimination de cette norme aboutisse à un résultat contraire aux droits des individus. Etant donné qu'un avantage ne peut être maintenu au profit d'une catégorie de personnes, la Cour constitutionnelle devrait annuler, non seulement la loi qui pénalise une ou plusieurs personnes d'une façon arbitraire, mais aussi les normes favorables.

C'est pour cette raison que, contrairement à la Cour autrichienne²⁶⁹, d'autres cours (grâce à une technique assez subtile) ont formulé leur arrêt de façon à combler l'omission. Notamment en Italie, la Cour a ainsi annulé des normes non explicites textuellement, lesquelles pouvaient être déduites des dispositions contestées. Il s'agit de décisions qualifiées d'"additives", l'arrêt ajoutant la norme nécessaire au texte pour le rendre conforme à la Constitution. Les dispositifs des arrêts de ce type déclarent l'inconstitutionnalité d'une disposition législative "en ce qu'elle exclue...", ou "en ce qu'elle ne prévoit pas..." quelque chose. Toutefois, ces arrêts tout comme les autres arrêts "qui manipulent les normes", peuvent être rendus dès qu'il y a une disposition législative viciée à cause d'une carence de discipline, mais ils ne peuvent pas être rendus quand le législateur n'a rien prévu.

La question reste parfois sans solution et, qui plus est, dans des cas où cette omission risque de déformer même la vie démocratique. Ce sont des droits sociaux (infra, para. 7) en particulier qui risquent de rester sans protection, c'est-à-dire une catégorie de droits fondamentaux qui conditionnent l'exercice des libertés constitutionnelles et des droits politiques, et, en conséquence, représentent les conditions préalables de la démocratie. L'absence de l'instruction, de la santé, du minimum nécessaire, devient un obstacle insurmontable à la participation à la vie démocratique. C'est pour cela que les Constitutions contenant la possibilité expresse du contrôle de l'inconstitutionnalité par omission présentent un intérêt particulier.

5.2.2 La possibilité du contrôle de l'inconstitutionnalité par omission

La possibilité expresse du contrôle sur les omissions législatives est bien rare²⁷⁰. On la trouve, en particulier, dans la constitution portugaise qui prévoit le remède à l'inconstitutionnalité par

²⁶⁹ *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1987, 65.

²⁷⁰ *En Pologne, par exemple, au terme de l'article 6 de la loi du 29 avril 1985, le Tribunal constitutionnel soumet à la Diète de la République de Pologne et à d'autres organes à compétence normative, "ses observations sur les défauts et lacunes juridiques constatées dont l'élimination est nécessaire pour assurer la cohérence du système juridique de la République de Pologne.*

omission en attribuant au Tribunal constitutionnel d'en vérifier l'existence quand les normes qui exigent la médiation du législateur ne sont pas observées par ce dernier qui n'a pas édicté les lois nécessaires afin de les rendre applicables. L'initiative de la procédure du contrôle est confiée au Président de la République au "Provedor de Justiça" (Ombudsman), c'est-à-dire à celui qui est chargé spécialement, de la protection des droits individuels (v. infra, para. 6.2).

La décision d'inconstitutionnalité par omission est tout simplement déclarative, car la Cour ne peut créer de normes que le législateur a omis d'édicter. Aux termes de la Loi fondamentale, le Tribunal constitutionnel "apprécie et vérifie seulement le non respect de la Constitution par omission des mesures législatives nécessaires pour rendre exécutoires les normes constitutionnelles". Dès lors que l'existence de l'inconstitutionnalité a été vérifiée, il doit "en donner connaissance aux organes législatifs compétents" lesquels sont obligés de légiférer. Le Tribunal ne peut ni se substituer à l'organe législatif, ni l'obliger en fait à édicter la loi omise, mais "l'on compte sur la conscience juridique de la communauté (ou sur l'opinion publique) pour que le Parlement fasse ce qu'il doit faire"²⁷¹.

5.3 Nature et effet des jugements

L'intensité de la protection des droits constitutionnels dépend aussi des effets dans le temps (outre erga omnes ou inter partes) des décisions rendues par la Cour. Quant aux arrêts intervenus dans le cadre du contrôle a posteriori, il faut avant tout les distinguer selon leur contenu. Bien que la décision de "réception", déclarant l'inconstitutionnalité, détermine, en principe, l'élimination de la norme de l'ordre juridique, son effet n'est pas identique. Parfois, on parle d'abrogation (Autriche), d'autres fois de nullité (Allemagne, Espagne) ou d'annulation (Italie). La Cour italienne a plus d'une fois qualifié en terme d'annulation l'effet de ses décisions (sent. n. 127/1966 (e), en particulier, sent. n. 139/1984) ce qui détermine la perte d'efficacité de la norme inconstitutionnelle ex tunc. Il en découle qu'après la publication de l'arrêt, il est interdit à tous d'en faire l'application, même aux rapports antérieurs à la déclaration d'inconstitutionnalité.

En Autriche, au contraire, l'arrêt produit nécessairement un effet rétroactif uniquement à l'égard du cas de renvoi préjudiciel qui bénéficie de la "prime du saisissant", tandis qu'en principe la norme annulée doit être appliquée même pour le passé, aussi bien par les tribunaux que par les autorités administratives (effect ex nunc). Cela implique que pour le passé la norme est devenue inattaquable²⁷². En aucun cas elle ne pourra encore être contestée. Il faut toutefois rappeler que la Cour autrichienne peut disposer autrement, en raison de la faculté qui lui a été ouverte en 1976 de donner un effet rétroactif, ou pro futuro, à l'annulation d'une loi ou d'un règlement. Dans d'autres pays également (Allemagne en particulier), les cours ont acquis - au moyen de techniques différentes - la possibilité de moduler les effets des arrêts dans le temps, réduisant parfois la dimension des droits protégés²⁷³. En Italie, ces dernières années, la Cour a essayé,

²⁷¹ J. MIRANDA, *Annuaire International*, cit. 1089, 627: la première décision concernait l'article 35 de la Constitution qui garantit aux citoyens le droit de prendre connaissance du contenu des enregistrements informatiques contenant des données personnelles les concernant, le droit d'en exiger la rectification et le droit à certaines garanties contre d'éventuels abus: c'est le cas d'une disposition constitutionnelle qui, sans l'interpositio legislatoris, reste inefficace.

²⁷² *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1987, p.77.

²⁷³ Cf. W. ZEIDLER, *Cour constitutionnelle fédérale allemande*, dans *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1987, p. 40ss.; K. SCHLAICH, *Procédures et techniques de protection des droits fondamentaux*, in *Cours constitutionnelles européennes et droits fondamentaux*, sous la direction de L. FAVOREUX, *Economica*, 1982, p. 140ss.; H. STEINBERGER, *Les actes de la Cour constitutionnelle et*

rarement, d'éviter la rétroactivité des décisions d'annulation qui comportaient des dépenses publiques²⁷⁴. Il faut rappeler que la doctrine, en principe, n'a pas été favorable.

De même, en Turquie, l'arrêt d'annulation opère erga omnes et n'a pas d'effet rétroactif, mais il faut souligner une différence fondamentale: la Cour rend son arrêt public au plus tard cinq mois après avoir été saisie. Passé ce délai, le tribunal qui l'a saisie conclut le procès appliquant la disposition législative objet de la saisine. Les droits affectés par cette loi restent donc sans protection. En Pologne, enfin, l'acte législatif reste en vigueur malgré l'arrêt du Tribunal constitutionnel qui en prononce l'inconstitutionnalité si la Diète, par une résolution prise à la majorité des deux tiers des voix (comme en cas de révision de la Constitution), estime que l'acte législatif est conforme à la Constitution.

Il faut également distinguer les effets d'un arrêt de rejet selon les différents systèmes. Tandis qu'en Italie cet arrêt lie uniquement le juge du renvoi, la même question pouvant être proposée de nouveau sans aucune forclusion sur demande des parties du procès a quo si elle se trouvent dans un degré supérieur, en Turquie, la situation est tout à fait différente. Quand la Cour rend un arrêt de rejet, il est interdit d'invoquer de nouveau la même exception d'inconstitutionnalité, avant un délai de dix ans²⁷⁵. Ces deux situations, si différentes, suffisent à comprendre la mesure dans laquelle le degré de la protection des droits peut varier d'un système à l'autre.

6.1 Le contrôle abstrait - Le contrôle préventif en France

Au premier abord, on pourrait croire qu'un système de contrôle de constitutionnalité des lois purement abstrait qui prévoit comme titulaire du droit de saisine exclusivement des autorités politiques et jamais des individus, ne puisse avoir aucun rôle dans la protection des droits fondamentaux.

En effet, la création du Conseil constitutionnel répondait à la volonté des constituants de mettre en place un mécanisme assurant le respect de la nouvelle répartition des pouvoirs entre le parlement et le gouvernement par la Constitution de la Ve République, et ce, afin d'éviter le retour à un régime de prééminence du Parlement. C'est ainsi qu'à l'origine le Conseil a été présenté "comme un organe favorable au gouvernement et systématiquement hostile au parlement"²⁷⁶. Toutefois, on doit reconnaître que le rôle du Conseil Constitutionnel en tant que protecteur des libertés fondamentales s'est vite imposé, surtout depuis 1974 lors de l'attribution du droit de saisine à une minorité parlementaire (60 sénateurs, 60 députés)²⁷⁷. On peut rappeler les décisions consacrant le droit à la vie et à la liberté de disposer de son corps (15 janvier 1975); la liberté individuelle et la protection de la vie privée (à partir de l'arrêt du 1er janvier 1977); la liberté de conscience (23 novembre 1977); le droit d'agir en justice (2 décembre 1980); le droit à

leurs conséquences, dans Le rôle de la Cour constitutionnelle dans la consolidation de l'Etat de droit, Actes du Séminaire UniDem (Bucarest, juin 1994), p. 78, ss.

²⁷⁴ *Soit en limitant l'efficacité rétroactive des arrêts (sent. n. 501/1988; 1/1991, 124/1991), soit par des arrêts d'annulation pro futuro (sent. n. 266/1988; 50/1989; 398/1989).*

²⁷⁵ *Cf. D. TURPIN et A. MENEUSE, Annuaire International de Justice Constitutionnelle, 1992, p. 735-736.*

²⁷⁶ *FAVOREU et L. PHILIP, Le Conseil Constitutionnel, Paris, 1991, 3.*

²⁷⁷ *Mais déjà auparavant, à la suite de saisines du Président du sénat, le Conseil ait affirmé que la liberté d'association exclut toute intervention préalable de l'autorité administrative ou même de l'autorité judiciaire (16 juillet 1971), et il avait consacré aussi le principe d'égalité (27 décembre 1973).*

la santé (15 janvier 1975, 18 janvier 1978, 22 juillet 1980); le droit de la défense (2 décembre 1976, 19 janvier 1981); le principe de non rétroactivité (9 janvier 1980 et autres décisions); le droit de propriété (16 janvier et 30 décembre 1982); le principe de la présomption d'innocence (19-20 janvier 1981); la liberté d'expression (30 octobre 1981); la liberté de communication (27 juillet 1982); le principe de non rétroactivité des lois prévoyant des sanctions même non pénales (30 décembre 1982); la liberté d'association (25 juillet 1984 et 2 août 1991); le principe d'égalité qui a donné lieu à plusieurs décisions d'annulation de dispositions législatives²⁷⁸.

Il est vrai que le Conseil Constitutionnel ne participe pas, à propos de cas d'espèce, à la protection de droits fondamentaux contre les atteintes émanant du pouvoir exécutif. Cette protection est assurée par le Conseil d'Etat et par les tribunaux judiciaires sous le contrôle de la Cour de cassation. Toutefois, il ne faut pas oublier, qu'en effet, les juges administratifs et judiciaires vont avoir de plus en plus à tenir compte des libertés et des droits fondamentaux dont le Conseil a dressé la liste (liste qui est bien loin d'être fermée) et de l'interprétation que le Conseil constitutionnel en donne²⁷⁹.

Désormais, le législateur est lui aussi tenu de respecter la liste des droits et des libertés dressée par la Cour en partant de la Déclaration des Droits de 1789 (bloc de constitutionnalité); il va en tenir "de plus en plus compte, dans la rédaction des lois, de la jurisprudence du Conseil telle qu'elle résulte des considérants de ces décisions"²⁸⁰).

6.2 Le contrôle abstrait: la saisine parlementaire, la saisine du Défenseur du peuple, l'action populaire, l'initiative de la Cour

Je viens de parler de la France où le contrôle abstrait préventif est la seule voie pour provoquer l'annulation des lois affectant les droits fondamentaux. Bien qu'il s'agisse d'un contrôle qui échappe entièrement aux individus, il exerce une influence remarquable sur le statut des droits. De plus, en qualité de préventif, ce contrôle possède la plus grande efficacité: il empêche l'entrée en vigueur de la loi.

Dans d'autres systèmes, le contrôle abstrait (successif et rarement comme en Roumanie préventif) est combiné avec d'autres procédures. La saisine parlementaire revêt un intérêt prééminent. Elle est présente dans la plupart des systèmes, sauf en Italie, où maintenant, après l'adoption d'une loi électorale majoritaire, son introduction semble absolument indispensable pour la protection des minorités.

Il faut encore mentionner la saisine de l'Ombudsman: au Portugal, le Tribunal constitutionnel peut contrôler la constitutionnalité d'une loi à la demande du "Provedor de Justiça" également habilité à saisir le Tribunal en cas d'omission du législateur (voir supra, para. 5.2.2). Même en Espagne, le "Defensor del Pueblo" peut présenter le recours d'inconstitutionnalité (recurso de

²⁷⁸ L. FAVOREU, *Les grandes décisions du Conseil Constitutionnel*, Paris, 1983.

²⁷⁹ L. FAVOREU, *Les grandes décisions*, cit. p. 367. Sur ce point, en particulier, D. ROUSSEAU, *Une résurrection: la notion de Constitution*, Revue de droit public, 1990, 15 ss.

²⁸⁰ F. GOGUEL, *Cours constitutionnelles européennes*, cit., p. 239, note que ce n'est pas seulement le dispositif des décisions qui s'impose aux pouvoirs publics et à toutes les autorités administratives et juridictionnelles (aux termes de l'article 62 de la Constitution).

inconstitucionalidad) outre que le recurso de amparo, lorsque sont lésés les droits fondamentaux au titre I de la Constitution (infra, para. 7)²⁸¹, et ceci en raison des vices de procédure ou de fond.

Enfin, parfois, la Cour Constitutionnelle elle-même peut engager, de sa propre initiative, la procédure de contrôle, laquelle pouvant aussi bien avoir lieu à la saisine d'un individu quelconque, indépendamment du fait que son intérêt particulier soit en jeu (*actio popularis*). Ce sont les constitutions des nouvelles démocraties (Croatie et Hongrie, par exemple) qui, en principe, prévoient cet accès ouvert. Peut-être entraîne-t-il de sérieux inconvénients d'encombrements. Toutefois, l'idée de la Constitution comme un bien de tous en serait exaltée.

7. Les droits fondamentaux et l'interprétation constitutionnelle

Plusieurs auteurs²⁸² ont signalé que la mise en vigueur d'une déclaration de droit accroît la portée du droit judiciaire (*judiciary law*), c'est-à-dire la participation des juges, et avant tout des cours constitutionnelles, à la création même du droit. D'une part, le caractère vague et synthétique des formules constitutionnelles en rend l'interprétation nécessaire²⁸³; d'autre part, l'indication des droits fondamentaux ne figure pas dans toutes les constitutions. En tout cas, le degré de protection des droits dépend nécessairement de l'interprétation des normes de référence, que la Cour utilise dans l'exercice de son contrôle. Par exemple, pour éviter dans la mesure du possible, l'influence de valeurs politiques et subjectives, le Tribunal constitutionnel autrichien a donné la préférence à une méthode d'interprétation littérale de la Constitution, bien que son attitude soit devenue de plus en plus attentive au contenu des garanties, et par conséquent, aux limites du législateur, sous l'influence de la Convention Européenne des Droits de l'Homme²⁸⁴, qui est en Autriche élevée au rang constitutionnel²⁸⁵. Il faut rappeler que le droit constitutionnel autrichien "ne connaît pas la notion de droits fondamentaux comme terme technique"²⁸⁶, alors qu'en Allemagne, les droits fondamentaux constitutionnellement garantis figurent dans la Loi fondamentale²⁸⁷, tout comme en Espagne²⁸⁸. Même en France, il n'existe pas une définition des

²⁸¹ Cf. J. VARELA SUANZES-CARPEGNA, *Naturaleza Jurídica del Defensor del Pueblo*, *Revista Española de Derecho Constitucional*, 1983, 78, *Contra*: A. CONDE, *Curso de Derecho Constitucional*, 1992, p. 430, qui estime que l'habilitation du Défenseur ne doit pas être limitée à la garantie des droits individuels.

²⁸² Cf. M. CAPPELETTI, *Nécessité et légitimité de la Justice constitutionnelle*, *Cours constitutionnelles européennes*, cit. p. 473 ss.

²⁸³ Les constitutions mentionnent souvent explicitement ce rôle d'interprétation des Cours constitutionnelles: Cf. L. LOPEZ GUERRA, *Le rôle et les compétences de la Cour constitutionnelle*, dans *Le rôle de la Cour*, cit. p. 22 ss.

²⁸⁴ *Cour constitutionnelle autrichienne*, *Annuaire international de Justice constitutionnelle*, 1987, 68-69.

²⁸⁵ *A la différence de la Charte sociale européenne et du Pacte international relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels*. Cf. S. MORSE, *Annuaire International*, cit., 1990, 28, 58.

²⁸⁶ T. ÖHLINGER, *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux*, *Cours constitutionnelles européennes*, cit. p. 335.

²⁸⁷ *Aux articles 1 à 19, 20, alinéa 4, 33, 38, 101, 103 et 104, concernant la protection de la dignité et de la liberté de l'homme avant tout (mais non le droit à caractère social)*.

²⁸⁸ Cf. M. RODRIGUEZ-PINERO Y BRAVO FERRER et Y. LEGUINA VILLA, *Annuaire international*, cit., 1990, 122-123.

droits fondamentaux résultant de la Constitution, ce qui n'a pas fait obstacle cependant à l'élaboration progressive par le Conseil constitutionnel d'une jurisprudence protectrice des droits fondamentaux²⁸⁹. Parmi lesquels sont également inclus ceux à caractère social, dont la garantie est plus incertaine dans les démocraties traditionnelles²⁹⁰. La Constitution italienne parle plutôt de droits inviolables²⁹¹ en qualifiant comme fondamental uniquement le droit à la santé (article 32). Toutefois, la Cour constitutionnelle n'a pas déclaré une quelconque différence de statut entre les droits constitutionnels, y compris les droits sociaux²⁹².

Le risque d'arbitraire lié à l'activité interprétative comporte une réflexion sérieuse sur l'impartialité et l'indépendance des juges. D'autant plus que le choix des membres des Cours constitutionnelles devient un problème primordial, étant donné que les Cours ne se limitent pas à l'interprétation de la Constitution, mais aussi à celle des lois à contrôler. En Italie, plutôt que sur le texte législatif (la disposition), la Cour porte son jugement sur la "norme", c'est-à-dire sur le sens qu'elle acquiert une fois interprétée (d'où la pratique, bien connue des arrêts interprétatifs), un sens qui peut varier selon l'interprète. La Cour peut-elle substituer librement son interprétation (et donc la "norme" objet du contrôle) à l'interprétation du juge du renvoi? Afin de limiter l'ampleur de son pouvoir, on a en recours la notion de "droit vivant", c'est-à-dire à l'interprétation donnée à la disposition par la majorité des juges, à laquelle la Cour devrait être liée²⁹³.

Au-delà de toute différence entre les systèmes (qui peuvent en changer l'efficacité), le contrôle incident représente une voie qui sert considérablement à la protection des droits, compte tenu surtout, de l'impossibilité des Cours constitutionnelles à donner une réponse aux recours individuels, excessivement nombreux.

En Italie, notamment, là où ce contrôle représente pour les individus la seule voie d'accès, il faudrait toutefois rendre la procédure plus souple, et introduire également la saisine parlementaire. En tout cas, là où les individus lésés dans leurs droits n'ont aucune voie d'accès direct à la justice constitutionnelle (comme c'est le cas en France), la Cour exerce aussi un rôle remarquable dans son contrôle abstrait, pour la constitutionnalisation et la garantie des droits fondamentaux.

TROISIEME SEANCE DE TRAVAIL

²⁸⁹ R. BADINTER, *Annuaire International*, cit., 1990, 133.

²⁹⁰ Au contraire, en Pologne, par exemple, (Cf. *Annuaire International de Justice Constitutionnelle*, 1993), la jurisprudence du Tribunal constitutionnel "est traditionnellement axée sur les problèmes des droits socio-économiques, tandis que les droits et libertés "classiques" restent toujours au second plan".

²⁹¹ Dans la prévision générale de l'article 2 "La République reconnaît et garantit les droits inviolables de l'homme, soit comme individu que dans les groupes sociaux où se développe sa personnalité..." et dans les articles 13, 14, 15 et 24 qui se réfèrent à la liberté individuelle, au domicile, à la liberté de correspondance, au droit de défense. Cf. G. ZAGREBELSKY, *Objet et portée de la protection des droits fondamentaux, dans Cours constitutionnelles*, cit. p. 303, ss.

²⁹² Cf. avant tout P. BARILLE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna 1984. Dernièrement, L. CARLASSARE, *Forma di Stato e diritti fondamentali*, *Quaderni Costituzionali*, 1995, 33 ss.

²⁹³ Sur cette question, Cf. dernièrement, A. PUGIOTTO, *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente"*, Milano, (Giuffrè), 1994.

Présidée par M. Hrvoje MOMČINOVIĆ

Les conditions de recevabilité des recours constitutionnels et les mécanismes visant à éviter une charge excessive de la Cour

- a. Les conditions de recevabilité des recours constitutionnels et les mécanismes visant à éviter une charge excessive de la Cour
Rapport par Mme Helga SEIBERT, Juge à la Cour constitutionnelle de l'Allemagne
- b. Les conditions de recevabilité des recours constitutionnels et les mécanismes visant à éviter une charge excessive de la Cour
Rapport de M. Velimir BELAJEC, Juge à la Cour constitutionnelle de la Croatie

Les conditions de recevabilité des recours constitutionnels et les mécanismes visant à éviter une charge excessive de la Cour - Rapport par Mme Helga SEIBERT, Allemagne

Le recours constitutionnel²⁹⁴ est un moyen juridictionnel important au service de la protection des droits individuels, qui permet aux cours constitutionnelles d'être informées sans faute de l'ensemble des problèmes liés à l'application des droits fondamentaux. D'autre part, le traitement des recours constitutionnels peut exiger une telle dépense de temps et de ressources humaines que des affaires importantes s'en trouvent retardées ou ne peuvent recevoir de toute l'attention qu'elles méritent. C'est pourquoi, si l'on veut maintenir et renforcer le rôle que jouent les cours constitutionnelles en tant que gardiens de la Constitution, il importe d'élaborer des conditions de recevabilité qui n'entravent pas indûment l'introduction de recours constitutionnels dans les affaires importantes, mais limitent le nombre des recours abusifs et fassent en sorte que les cours constitutionnelles ne deviennent pas des instances d'appel supplémentaires. Ces critères doivent être complétées par des mécanismes appropriés permettant de traiter les recours irrecevables ou abusifs, et ce dans l'intérêt du fonctionnement des cours constitutionnelles.

1. De nombreuses conditions de recevabilité découlent de la nature même du recours constitutionnel en tant que moyen juridictionnel extraordinaire venant s'ajouter à d'autres voies de recours dans le seul but d'assurer le respect des droits fondamentaux énoncés par la Constitution.

a. A moins que la Constitution ou la loi l'ayant instaurée ne prévoient une *actio popularis*, un recours constitutionnel ne devrait être recevable que si la partie plaignante fait valoir qu'une autorité publique a porté atteinte à ses droits fondamentaux.

²⁹⁴ Dans les notes qui suivent, je citerai quelques décisions de la Cour constitutionnelle à titre d'exemple.

Permettez-moi de traiter une par une ces conditions de recevabilité.

Les droits énoncés par la Constitution sont fondamentalement des droits que peuvent invoquer les personnes physiques ou les entreprises ou associations privées face aux pouvoirs publics. Cela ne signifie pas nécessairement qu'ils ne concernent pas les relations entre particuliers, mais ils ne sont pas habituellement constitutifs de droits ou d'obligations dans les relations entre ces derniers. Aussi un particulier ne peut-il directement porter atteinte à ces droits. Il s'ensuit que seuls les actes d'une autorité publique peuvent faire l'objet d'un recours constitutionnel. Il dépend de la législation nationale pertinente que le recours constitutionnel s'applique à tous les actes d'une autorité publique ou, au contraire, se limite à certaines catégories de ces derniers, tels que les actes administratifs ou les décisions judiciaires. Par ailleurs, un recours constitutionnel peut également être fondé sur une omission imputable à une autorité publique. Toutefois, une carence ne saurait constituer une atteinte à un droit fondamental que si la Constitution prévoit une obligation d'agir, comme celle de fournir une protection juridique grâce aux tribunaux. Lorsque les actes législatifs, en particulier les règlements et les ordonnances, peuvent être contestés par le biais de recours constitutionnels, il sera utile de subordonner ces derniers à des conditions spécifiques. Un recours constitutionnel formé à l'encontre d'un manquement du législateur à son obligation de légiférer ne devrait être recevable que lorsque l'existence d'une pareille obligation clairement définie peut être établie²⁹⁵.

Un recours constitutionnel peut être formé par toute personne physique ou morale à laquelle la Constitution reconnaît ou a reconnu un droit fondamental ou procédural, ou qui fait valoir ce bénéfice. Lorsque la Constitution réserve certains droits fondamentaux aux seuls ressortissants du pays concerné, seuls ces derniers pourront faire valoir la violation de ces droits. Une question plus difficile se pose lorsque la Constitution garantit certains droits à des collectivités publiques ou à d'autres organismes de droit public. Les universités qui dépendent de l'Etat devraient-elles se voir reconnaître le droit d'alléguer une violation, commise à leur encontre, de la liberté en matière scientifique et de recherche²⁹⁶, et les établissements publics de radio et de télédiffusion devraient-ils pouvoir introduire un recours constitutionnel à l'encontre d'une action des pouvoirs publics qui porterait atteinte à leur liberté d'expression²⁹⁷? Bien entendu, la réponse à cette question dépend de la législation nationale, mais s'il y a matière à interprétation, le recours constitutionnel devrait être considéré comme recevable, étant donné qu'à défaut la cour constitutionnelle serait empêchée d'interpréter les dispositions constitutionnelles concernant d'importantes libertés qui revêtent une importance fondamentale pour nos sociétés.

A moins qu'une *actio popularis* ne soit expressément prévue, un recours constitutionnel doit mettre en évidence que la partie plaignante a été personnellement victime d'une atteinte portée à l'un de ses droits fondamentaux. Il n'est pas toujours facile d'établir que cette condition est remplie. Un avocat peut-il faire valoir une violation de ses droits propres lorsqu'une demande de son client a été rejetée en raison d'un comportement allégué de l'avocat? Une personne dont les papiers ont été saisis lors d'une perquisition opérée dans la demeure d'un ami peut-elle faire valoir que la perquisition a été contraire aux dispositions constitutionnelles concernant l'inviolabilité du domicile? J'estime que les réponses à ces questions devraient s'inspirer de

²⁹⁵ Voir *BVerfGE (Recueil officiel des arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale)* 56, 54 <70 ss>.

²⁹⁶ Voir *BVerfGE* 15, 256 <262>.

²⁹⁷ Voir *BVerfGE* 31, 314 <322>.

l'objectif qui est d'assurer une protection efficace des droits fondamentaux²⁹⁸. Aussi les conditions de recevabilité ne devraient-elles pas être interprétées de manière à refuser l'accès à la cour constitutionnelle aux personnes dont les droits sont directement contrariés.

Pour ce même motif, les mineurs devraient être autorisés à introduire un recours constitutionnel chaque fois que la Constitution ou les règlements d'application de dispositions constitutionnelles leur reconnaissent des droits spécifiques. C'est ainsi qu'un mineur enrôlé dans l'armée devrait pouvoir faire valoir l'atteinte portée à son droit à l'objection de conscience²⁹⁹. De même, les personnes frappées d'incapacité légale devraient être en mesure de plaider que la décision l'ayant prononcée porte atteinte à leurs droits constitutionnels³⁰⁰.

En principe, un recours constitutionnel ne devrait être recevable que lorsque la partie plaignante est directement et présentement (c'est-à-dire au moment de l'introduction du recours) lésée par l'acte incriminé. Lorsqu'un acte administratif ou une décision judiciaire vise la partie plaignante, celle-ci est en règle générale directement lésée, mais elle a cessé de l'être présentement si l'acte a été annulé ou n'est plus pertinent, l'affaire étant de ce fait devenue sans objet. Pour ce qui est de cette dernière catégorie de litiges un recours devrait néanmoins être recevable lorsque la partie plaignante a un intérêt légitime à obtenir une décision consacrant l'inconstitutionnalité de l'acte concerné. Plusieurs raisons peuvent motiver la reconnaissance d'un pareil intérêt³⁰¹. La partie plaignante peut souhaiter intenter une action en dommages-intérêts³⁰² ou craindre que l'atteinte à ses droits puisse se répéter dans des situations analogues. Le rejet a limine peut également contredire l'objectif principal du recours constitutionnel lorsque l'atteinte incriminée est d'une gravité particulière et que le rejet du recours empêcherait la cour constitutionnelle de se prononcer sur d'importantes questions de droit constitutionnel³⁰³. Certaines infractions à la loi, telles que la détention préventive ou des perquisitions non suivies de saisie, étant par leur nature même limitées dans le temps, il sera souvent impossible d'obtenir du tribunal une décision avant que la mesure concernée n'ait cessé d'exister.

Des problèmes d'une nature différente se posent lorsque l'acte incriminé ne lèse pas directement et présentement les droits de la partie plaignante, mais crée un risque pour l'avenir, par exemple lors de la délivrance d'un permis de construire une centrale nucléaire ou d'une autorisation de décharger des déchets nocifs. Dans ces cas, il peut être abusif d'exiger que le risque doit s'être concrétisé ou avoir pris la forme d'un "danger précis et actuel".

²⁹⁸ *La Cour constitutionnelle fédérale a permis à un employeur qui avait été puni d'une amende pour avoir employé des travailleuses la nuit de contester la constitutionnalité de la loi interdisant le travail de nuit des femmes au regard de la clause d'égalité des droits de la Constitution (BVerfGE 85, 191 <205 ss>. D'autre part, elle n'a pas permis au père d'un enfant né hors mariage de s'en plaindre qu'une décision judiciaire violait le droit de l'enfant à être mis, pour son développement, au bénéfice des mêmes conditions que les enfants légitimes (BVerfGE 79, 203 <209>).*

²⁹⁹ *Voir BVerfGE 28, 243 <254 ss>.*

³⁰⁰ *Voir BVerfGE 10, 302 <306>; 65, 317 <321>.*

³⁰¹ *Voir BVerfGE 33, 247 <257 ss>; 81, 138 <140>.*

³⁰² *BVerfGE 88, 366 <374>.*

³⁰³ *Voir BVerfGE 76, 1 <38>; 76, 83 <88 ss>; 76, 363 <381>; 83, 341, <352>.*

La condition selon laquelle la partie plaignante doit être lésée directement et présentement revêt une importance considérable lorsqu'un recours constitutionnel est formé à l'encontre d'un acte législatif. Cette catégorie d'actes concerne habituellement un nombre élevé de personnes, et le recours constitutionnel peut aisément se transformer en *actio popularis* lorsque cette condition de recevabilité n'est pas rigoureusement respectée. En règle générale, un particulier n'est pas directement lésé lorsqu'il incombe à l'administration publique d'appliquer l'acte législatif en question. Il n'est pas présentement lésé par ce dernier lorsque la loi est appelée à entrer en vigueur ou à s'appliquer audit particulier à un moment ultérieur, à moins que des décisions importantes et irréversibles ne doivent être prises dans l'immédiat, compte tenu des effets juridiques prévus par la nouvelle loi³⁰⁴. La simple possibilité de voir la partie plaignante lésée par la loi à un moment ultérieur ne devrait pas, à elle seule, justifier un recours constitutionnel à l'encontre d'un acte législatif, mais quelques exceptions devront être apportées à cette règle. Lorsqu'une loi proscrit un comportement déterminé et qualifie ce dernier d'acte répréhensible, elle peut parfaitement exercer un effet immédiat sur la plupart des personnes concernées en influençant leur comportement. Lorsque cette loi porte atteinte à une liberté garantie par la Constitution, il devrait être possible d'en contester la constitutionnalité sans courir le risque d'être sanctionné³⁰⁵. Lorsqu'un acte législatif permet à une autorité publique d'empiéter sur un droit fondamental à l'insu de la personne concernée, par exemple en la mettant sur écoute à certaines conditions, la simple éventualité d'une violation des droits de la partie plaignante devrait suffire pour rendre recevable le recours³⁰⁶.

b. Le recours constitutionnel devrait être une voie de droit extraordinaire. Loi suprême d'un pays, la Constitution doit être respectée et appliquée par tous les tribunaux. C'est pourquoi la cour constitutionnelle ne devrait statuer qu'en dernier ressort, lorsque toutes les autres tentatives visant à empêcher la violation d'un droit fondamental ou à obtenir réparation ont échoué. Aussi l'épuisement des voies de recours est-il l'une des conditions les plus importantes parmi celles qui visent à réduire la charge des cours constitutionnelles. Son respect, non seulement limite le nombre des affaires déferés jusqu'à elles, mais garantit également que les faits à l'origine d'un litige ainsi que la loi applicable à ce dernier ont déjà été examinés par au moins une autre juridiction.

L'épuisement des voies de recours signifie davantage que le simple fait de faire progresser l'affaire à travers les différents échelons du système judiciaire. La partie qui estime qu'une atteinte a été portée à ses droits fondamentaux doit avoir attiré l'attention des tribunaux sur la violation alléguée et tenté d'obtenir réparation de leur part³⁰⁷. Cela ne signifie pas, toutefois, qu'elle doit avoir explicitement invoqué ses droits fondamentaux ni même une disposition spécifique de la Constitution. Il doit suffire que le fond du litige ait été soulevé devant les juridictions inférieures. Là encore, nous ne devrions jamais perdre de vue que le recours constitutionnel devrait demeurer un moyen efficace permettant à son auteur de se prémunir contre toute violation de ses droits fondamentaux. C'est pourquoi les conditions de recevabilité devraient être conçues et interprétées de manière à pouvoir être observées par les particuliers n'ayant pas les moyens de s'assurer le concours d'un bon avocat.

³⁰⁴ Voir *BVerfGE* 75, 246 <263>; 77, 84 <100>.

³⁰⁵ Voir *BVerfGE* 20, 283 <290>; 77, 84 <100>.

³⁰⁶ Voir *BVerfGE* 30, 1 <16>; 67, 157 <169>.

³⁰⁷ Voir, par exemple, *BVerfGE* 74, 102 <113 ss>; 84, 203 <208>.

Lorsque l'affaire est toujours en instance devant une juridiction inférieure et que la partie plaignante a seulement obtenu une décision qui lui refuse une réparation à titre préjudiciel (par exemple une ordonnance de référé), le recours constitutionnel devrait être recevable si la partie plaignante allègue que le refus d'arrêter une mesure conservatoire porte atteinte, en tant que tel, à ses droits fondamentaux, qu'il paraît abusif d'exiger l'épuisement intégral des voies de recours existantes parce qu'elle risque d'en subir un préjudice grave et irrémédiable, ou que l'objet du litige revêt une importance fondamentale³⁰⁸. En revanche, l'épuisement des voies de recours devrait être requis lorsque les faits ou les points de droit n'ont pas été suffisamment élucidés par les juridictions inférieures.

La plupart des juridictions ne connaissent pas de voies de recours ordinaires à l'encontre d'actes législatifs. Aussi, lorsqu'ils portent directement et présentement préjudice à un particulier, ces actes peuvent-ils faire l'objet d'un recours constitutionnel sans que d'autres moyens de droit aient été préalablement épuisés. La cour constitutionnelle peut donc être appelée à statuer sur la constitutionnalité d'une loi non encore interprétée par les tribunaux compétents en la matière. Afin d'éviter dans la mesure du possible cette éventualité, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne a requis de la part des parties plaignantes le recours à tous les moyens juridictionnels existants, y compris la possibilité de solliciter un jugement déclaratoire, avant de déposer un recours constitutionnel à l'encontre d'un acte législatif³⁰⁹. Ces décisions sont fondées sur le principe général de la "subsidiarité" du recours constitutionnel, principe que la cour a déduit de la disposition concernant l'épuisement des voies de recours ainsi que des arguments qui militent en faveur de cette condition: une répartition appropriée des fonctions entre les différentes juridictions, la nature du recours constitutionnel en tant que voie de recours extraordinaire et, enfin, le souci de limiter la charge de la cour constitutionnelle³¹⁰. Je dois cependant préciser qu'en Allemagne le principe de subsidiarité et son application aux recours constitutionnels à l'encontre d'actes législatifs sont controversés. S'il est indéniable que ce principe devrait être appliqué avec suffisamment de souplesse, il n'en a pas moins le mérite de respecter les compétences propres aux différentes juridictions concernées et de décharger la cour constitutionnelle des tâches auxquelles celle-ci n'est qu'insuffisamment préparée.

c. Les délais de recours concordent dans la plupart des systèmes judiciaires. Ils garantissent qu'un litige soit tranché dans un délai raisonnable et protègent la confiance de la partie adverse en ce qu'il ne soit pas relancé ultérieurement. C'est pourquoi il convient également de subordonner les recours constitutionnels à des délais rigoureux. Ceux-ci étant des voies de recours extraordinaires à l'encontre de décisions définitives, il importe encore davantage de protéger la confiance de la partie adverse au litige initial. En conséquence, le délai ne devrait pas être trop long, mais il doit bien entendu être suffisant pour permettre à un particulier, soit de constituer un avocat qui puisse le représenter, soit rédiger le recours lui-même. Un délai d'un ou de deux mois sera vraisemblablement approprié. Pour les recours constitutionnels formés à l'encontre d'actes législatifs, le délai devrait être porté à six mois ou un an. D'une part, il est généralement plus difficile de connaître l'existence d'une loi nouvelle ainsi que son contenu précis et de mesurer les effets qui en résulteront pour soi. De l'autre, le besoin de protection est

³⁰⁸ Voir BVerfGE 77, 381 <401>; 86, 15 <22 ss>.

³⁰⁹ Voir BVerfGE 74, 69 <74 ss>; 79, 1 <20>.

³¹⁰ Voir BVerfGE 9, 3 <7ss>; 78, 155 <159 ss>.

moindre, nul ne pouvant être certain que telle ou telle législation ne sera pas ultérieurement contestée et, le cas échéant, jugée inconstitutionnelle.

Dans le délai prescrit, le recours constitutionnel ne devrait non seulement être introduit mais également fondé. Les conditions minimums sont l'établissement des faits pertinents, l'indication de la date exacte de l'acte d'une autorité publique faisant l'objet du recours, une référence explicite ou implicite aux droits fondamentaux dont la violation est alléguée ainsi que l'établissement des raisons essentielles pour lesquelles l'atteinte incriminée au droit considéré est jugée inconstitutionnelle.

Bien que le délai soit important, il devrait y avoir une possibilité de relèvement de forclusion lorsqu'une partie plaignante n'a pas pu s'y conformer et que cette incapacité n'est imputable ni à elle-même ni à son avocat. Cette possibilité n'a été introduite que récemment en Allemagne³¹¹. En fait, la cour constitutionnelle avait elle-même refusé d'appliquer par analogie les dispositions contenues dans les codes de procédure des autres juridictions constitutionnelles et s'était longuement opposée à l'insertion d'une disposition similaire dans son propre code de procédure. A la longue, il paraissait cependant peu satisfaisant qu'un recours constitutionnel puisse échouer du simple fait que les postiers faisaient grève pendant le délai pertinent ou que la lettre contenant le recours avait été mêlée à d'autres courriers et parvenait ainsi à son destinataire après l'écoulement du délai. Par bonheur, nous n'avons été saisis d'aucune affaire importante où nous ayons dû débattre de cette question. La nouvelle disposition nous permet de relever la forclusion. Elle nous a causé une charge de travail sensiblement inférieure à celle que nous avons redoutée et s'est traduite par des résultats plutôt satisfaisants.

d. Une partie requérante doit-elle être représentée par un avocat? La réponse à cette question dépendra dans une large mesure du système juridique du pays concerné ainsi que de l'organisation de la profession juridique. Selon mon expérience personnelle, les profanes rédigent souvent des recours aussi clairs que bien motivés, alors que la formulation de ceux qui émanent de certains avocats est souvent de piètre qualité. Ce qui est plus important, cependant, c'est que l'obligation d'être représenté par un avocat dissuaderait probablement de nombreux particuliers d'introduire un recours constitutionnel. Tout en réduisant la charge des cours constitutionnelles, cette solution comporterait l'inconvénient de rendre plus malaisé, pour un nombre élevé de requérants potentiels, l'introduction d'un recours ayant quelque chance d'aboutir. Par ailleurs, une assistance judiciaire devrait être allouée aux requérants indigents, et les cours constitutionnelles auraient pour tâche complémentaire d'examiner leurs demandes d'assistance. Aussi ne suis-je pas certaine que les avantages d'une pareille condition l'emporteraient sur ses inconvénients.

Quoi qu'il en soit, la formulation juridique d'un recours constitutionnel implique l'intervention d'un avocat. Dans ces conditions, pour étayer un recours constitutionnel, il devrait suffire d'énoncer les droits fondamentaux ayant fait l'objet d'une ingérence et d'expliquer avec les termes d'un profane pourquoi ce comportement est considéré comme une violation de ces droits.

e. A l'heure actuelle, les frais représentent bien souvent le moyen le plus efficace d'influencer le comportement des particuliers, et les honoraires peuvent être considérés comme un moyen, parmi d'autres, de réduire la charge des cours constitutionnelles. Là encore, la réponse à la question de savoir si la procédure concernant un recours constitutionnel devrait être

³¹¹ *Fünftes Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht, 2 août 1993, BGBl. I p. 1442, amendant l'art. 93 de la loi.*

gratuite ou, au contraire, si la recevabilité du recours devrait être subordonnée au paiement de frais judiciaires sera donnée en fonction du droit interne applicable aux frais et à l'assistance judiciaires. Je ne puis que relater l'expérience allemande. Les procédures devant la Cour constitutionnelle fédérale sont exemptes de frais, mais dans un procès concernant un recours constitutionnel la Cour peut imposer à la partie plaignante le paiement de frais judiciaires si l'introduction du recours a été abusive. En 1985, la loi fut modifiée en vue de permettre à la Cour d'imposer à la partie plaignante le paiement de frais judiciaires dès lors que son recours a été déclaré irrecevable, à moins que cette obligation n'ait paru inéquitable³¹². La décision sur les frais devait tenir compte de toutes les circonstances de l'affaire, en particulier la valeur des motifs avancés, l'importance que revêtait la procédure pour la partie plaignante ainsi que sa situation économique (pour autant que celle-ci fût connue). Si cette disposition a sans doute dissuadé de nombreux particuliers de former un recours, le nombre des affaires n'a pas diminué pour autant; en fait, il a continué d'augmenter après une brève période. Les personnes procédurières, en particulier, ont formé autant de recours qu'auparavant. Par ailleurs, il s'est avéré difficile d'établir des normes précises concernant le montant des frais. Par la suite, la Cour a elle-même jugé décevante cette disposition et proposé son abrogation. Nous en sommes ainsi revenus à la possibilité d'imposer des frais lorsque la formation du recours constitue un abus.

2. Les mécanismes visant à réduire la charge des cours constitutionnelles doivent être adaptés aux dispositions constitutionnelles des différents pays ainsi qu'à la définition des compétences des cours concernées.

a. Lorsque la cour est obligatoirement compétente pour statuer sur les recours constitutionnels qui remplissent les conditions de recevabilité, une procédure d'acceptation spécifique n'a pas de raison d'être, mais la charge de la cour peut être réduite grâce à l'instauration de mécanismes applicables aux recours irrecevables.

Selon l'importance et la qualification du personnel, le greffe de la cour peut procéder à un premier examen préliminaire en vue d'écarter, dans la mesure du possible, les recours manifestement irrecevables. Toutefois, le pouvoir judiciaire ne pouvant être délégué au greffe, l'avis de celui-ci ne saurait être que consultatif. Le greffe pourrait ainsi signaler à la partie plaignante les lacunes du recours et lui demander si elle souhaite le maintenir ou s'il peut soumettre aux juges une recommandation tendant au rejet a limine du recours.

Indépendamment de ce travail préparatoire, l'examen préliminaire devrait être confié à des collèges ou des commissions composés d'un nombre restreint de juges qui, soit pourraient faire rapport aux chambres réunies de la cour et leur adresser des propositions concernant les recours qu'il conviendrait de rejeter a limine ainsi que ceux qui mériteraient un examen plus approfondi, soit seraient habilités à rejeter, à l'unanimité des voix, les recours jugés irrecevables. Dans la mesure du possible, ce mécanisme devrait également être utilisé pour rejeter a limine les recours manifestement mal fondés ou apparaissant comme un abus du droit de former un recours constitutionnel³¹³.

Dans un système prévoyant un "juge rapporteur", c'est-à-dire la désignation d'un juge responsable de la rédaction du libellé de l'arrêt, il incomberait à ce juge de préparer la décision

³¹² *Gesetz zur Änderung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht und zur Änderung des Deutschen Richtergesetzes, 12 décembre 1985, BGBl. Ip. 2226, amendant le § 34 de la loi.*

³¹³ *Ces critères sont énumérés à l'art. 27, par. 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme.*

du collège ou de la commission en soumettant à ses confrères un bref mémoire concernant les conditions de recevabilité ainsi que la question de savoir si le recours est manifestement mal fondé. Une telle procédure permettrait de rejeter sans nouvel examen de nombreux recours constitutionnels. Si la décision appartient aux chambres réunies de la cour, elle devrait être prise sur la base de mémorandums dont la cour ne délibérerait que si un juge marquait son désaccord avec la recommandation visant au rejet *à limine* du recours.

Cet examen préliminaire serait largement facilité s'il n'existait aucune obligation de motiver le rejet. Il est sensiblement plus facile de se mettre d'accord sur les motifs énoncés dans un mémoire interne que de s'accorder sur un texte qui sera communiqué à la partie plaignante, voire publié, un temps considérable étant consacré à la rédaction du libellé de l'arrêt, et ce au détriment d'affaires plus importantes. Par ailleurs, l'acceptation par l'opinion publique de l'existence d'une cour constitutionnelle et le prestige dont elle bénéficie risquent d'être compromis en cas de rejet pur et simple, sans indication de motifs, d'un nombre élevé de recours constitutionnels. C'est pourquoi il sera toujours difficile de prendre une décision quant à la question de savoir s'il est plus important de motiver le rejet d'un recours constitutionnel ou plus urgent de préserver la capacité de travail de la cour ainsi que les moyens lui permettant de consacrer un temps suffisant aux affaires importantes dont elle est saisie.

b. La charge de la Cour constitutionnelle peut encore davantage être réduite lorsque la Constitution et la loi portant création de celle-ci prévoient ou autorisent une procédure d'acceptation spécifique, en ce sens que les recours constitutionnels doivent être acceptés avant d'être examinés davantage et avant toute décision au fond.

Bien entendu, la réduction éventuelle, grâce à cette procédure, de la charge qui pèse sur une cour dépend des critères d'acceptation ainsi que du mécanisme choisi pour parvenir à une décision. Ces critères peuvent être similaires à ceux qui servent de base à un rejet, c'est-à-dire la constatation que le recours est irrecevable ou que ses chances d'aboutir sont insuffisantes; ils peuvent également être établis de manière à limiter les travaux de la cour aux seules affaires qui revêtent un intérêt général ou un intérêt particulier pour la partie plaignante.

Il est manifeste que la charge de la cour peut être réduite ou limitée d'une manière plus efficace lorsqu'elle dispose d'une certaine latitude pour accepter ou rejeter un recours. Je doute qu'en Europe les cours constitutionnelles puissent un jour être parfaitement libres de choisir le recours constitutionnel qu'elles acceptent d'examiner, à l'instar de la Cour suprême des Etats-Unis acceptant ou refusant la délivrance d'une ordonnance de certiorari, mais je suis également persuadée qu'il sera malaisé de maintenir la charge de travail dans des limites raisonnables si les cours ne disposent d'aucun pouvoir discrétionnaire quant à l'acceptation ou au rejet d'un recours constitutionnel.

Ces décisions doivent s'inspirer, d'une part de l'objet d'un recours constitutionnel et, de l'autre, du rôle assumé par la Cour constitutionnelle dans l'ordre juridique du pays considéré. Nous avons vu précédemment que toutes les cours ont pour rôle de faire observer la Constitution et de l'appliquer aux affaires dont elles sont saisies lorsque se posent des questions de droit constitutionnel. C'est pourquoi elles devraient être autorisées à concentrer leurs travaux sur les affaires d'une certaine importance. Elles ont surtout pour fonction spécifique d'élucider les points controversés du droit constitutionnel, afin que leurs décisions puissent servir d'orientation aux autres juridictions ainsi qu'à toutes les autorités publiques. En outre, l'intervention de la cour constitutionnelle devrait s'imposer dans les procédures dans lesquelles un droit fondamental a subi une atteinte grave, la partie plaignante n'ayant pu obtenir réparation ailleurs, et la cour

devrait être habilitée à intervenir chaque fois qu'une autre juridiction méconnaît sa jurisprudence ou tend à "oublier" les impératifs constitutionnels³¹⁴.

Autoriser les cours constitutionnelles à choisir selon ces critères les recours qu'elles jugent recevables n'aurait guère pour effet de compromettre le rôle du recours constitutionnel en tant que moyen permettant aux particuliers et aux associations de faire respecter leurs droits fondamentaux. Au contraire, cette latitude permettrait aux cours constitutionnelles de traiter prioritairement les affaires dans lesquelles l'exercice de ces droits et le prononcé d'une décision au fond dans un délai raisonnable nécessitent leur intervention.

Si les cours disposent d'un certain pouvoir discrétionnaire, il importe encore davantage que la décision relative à l'acceptation ou au rejet d'un recours appartienne aux juges. Bien entendu, leur décision peut être préparée par des auxiliaires de justice ou d'autres agents ayant reçu une formation juridique, mais ce sont les juges qui devront décider de la question de savoir si une affaire soulève un point fondamental de droit constitutionnel ou si elle est d'une importance telle qu'elle justifie voire nécessite une décision de la Cour. Je présume que la formule idéale serait qu'une soit décision arrêtée par l'assemblée plénière des juges et qu'une minorité des voix en faveur de l'acceptation suffirait. Pour réduire la charge des juges, il pourrait toutefois s'avérer utile de confier les décisions à un collège de juges plus restreint, qui puisse rejeter les recours constitutionnels par un vote à l'unanimité.

La tâche essentielle de ces collèges ou commissions consisterait à rejeter les recours qui ne remplissent pas les conditions de recevabilité. L'éventuelle absence de motivation d'une décision d'irrecevabilité d'un recours est conforme au principe selon lequel tout recours, pour être examiné, doit être jugé recevable, bien que, dans certains cas, il puisse être souhaitable d'indiquer sommairement les motifs d'un rejet.

Avant d'abandonner ce sujet, je voudrais évoquer un problème qui se situe hors du cadre de mon rapport, mais qui est l'une des raisons principales de la difficulté qui consiste à limiter ou simplement à réduire la charge des cours constitutionnelles appelées à statuer sur des recours constitutionnels. Ces recours sont habituellement formés à l'encontre d'une décision prononcée par un tribunal. La cour constitutionnelle ne devrait cependant pas jouer le rôle d'une juridiction d'appel complémentaire. Elle devrait limiter son examen à la seule question de savoir s'il a été porté atteinte à un droit fondamental garanti par la Constitution. Mais où situer la limite entre le respect des dispositions du droit constitutionnel et celui du droit en général? La décision manifestement erronée d'un tribunal est-elle contraire à la Constitution en raison de son caractère arbitraire? Le droit à la propriété est-il violé lorsque le tribunal dénie à un particulier la qualité de propriétaire parce qu'il s'est mépris sur les faits ou a mal interprété la loi? Quels critères s'appliquent au droit à une procédure équitable ou à un examen équitable des intérêts en présence? Y a-t-il manquement à ces droits chaque fois qu'un tribunal méconnaît une disposition du code de procédure conçue pour assurer leur respect? Ces quelques exemples suffisent pour indiquer qu'il n'est pas toujours facile d'établir si une affaire soulève ou non des questions de droit constitutionnel. La Cour constitutionnelle fédérale emploie une formule qui peut servir d'orientation, sans toutefois proposer une réponse claire dans les affaires plus complexes dans

³¹⁴ *Sur la base de l'art. 93 de la loi sur la Cour constitutionnelle fédérale telle qu'amendée par la loi du 2 août 1993, la Cour doit entrer en matière sur les affaires qui lui sont soumises dans la mesure où elles posent des questions essentielles de droit constitutionnel, ou dans la mesure où leur examen est nécessaire pour mettre en oeuvre les droits fondamentaux. Ces critères ont été clarifiés par la Cour dans BVerfGE 90, 22 <24 ss>.*

lesquelles des questions de droit "ordinaire" (nommons-le ainsi) et certains aspects du droit constitutionnel sont étroitement liés. Selon cette formule, les décisions concernant la procédure, l'établissement et l'appréciation des faits, l'interprétation et l'application des dispositions du "droit ordinaire" sont confiées aux autres tribunaux et échappent au contrôle de la Cour constitutionnelle. Celle-ci ne peut intervenir que lorsque les carences d'une décision résultent d'une erreur manifeste commise par la juridiction inférieure en appréciant le sens et la portée d'un droit fondamental³¹⁵. Comme je l'ai indiqué, ce n'est là qu'une orientation. Dans d'autres affaires, l'examen de la Cour constitutionnelle fédérale s'est inspiré de critères plus rigoureux³¹⁶.

La difficulté qui consiste à établir une ligne de séparation nette entre les points de droit constitutionnel et de "droit ordinaire" est l'une des raisons pour lesquelles l'examen préliminaire d'un recours constitutionnel prend souvent un temps aussi considérable. La procédure d'acceptation décrite ci-dessus peut largement faciliter la tâche de la cour lorsque l'acceptation dépend de l'importance de l'affaire.

c. La charge qui pèse sur l'ensemble des juges d'une cour peut aussi être réduite si l'on délègue à un groupe restreint de juges, à une chambre ou un collège, la compétence de statuer sur les recours constitutionnels qui ne posent pas de nouvelles questions de droit constitutionnel et qui sont manifestement fondées selon la jurisprudence existante. Ce dispositif permet à la cour d'imposer le respect des droits fondamentaux dans certains cas individuels sans compliquer outre mesure la tâche de l'ensemble des juges. Au sein du collège ou de la chambre, les décisions devraient être prises à l'unanimité afin de limiter le recours à cette procédure aux seules causes sans équivoque. Sinon, il y aurait le risque de voir les collèges ou chambres élaborer une jurisprudence propre et statuer sur certaines questions avant que la Cour dans son ensemble n'en ait décidé.

3. La plupart de mes suggestions s'inspirent de l'expérience allemande. Celle-ci, malheureusement, n'est pas une série de réussites. La Cour constitutionnelle fédérale a essayé de multiples mécanismes et procédures afin de limiter, ou même de réduire l'importance des travaux qui sont les siens, mais je dois reconnaître que nous n'avons pas encore trouvé de solution satisfaisante. Le nombre des recours constitutionnels n'a cessé d'augmenter, et ce de manière dramatique depuis la réunification. Au cours de ces prochaines années, nous devons nous appliquer à utiliser d'une manière plus efficace notre nouvelle procédure d'acceptation des recours constitutionnels. Or, même la latitude restreinte dont dispose la Cour pour sélectionner en fonction de leur importance les affaires qu'elle accepte d'examiner a été sévèrement critiquée. Je ne puis qu'espérer que nous serons en mesure de convaincre nos concitoyens et la communauté juridique de ce que la nouvelle procédure ne compromet pas la protection des droits fondamentaux des particuliers, mais qu'elle a été conçue afin d'en accroître l'efficacité, en permettant à la Cour de disposer de davantage de temps pour traiter les affaires importantes et, le cas échéant, couronnées de succès. Renforcer le respect des droits fondamentaux servira de critère essentiel pour l'acceptation ou le rejet d'un recours constitutionnel.

³¹⁵ *BVerfGE 18, 85 <92ss>*.

³¹⁶ *Par exemple BVerfGE 43, 130, <135 ss> en matière de liberté d'expression; 60, 79 <90 ss> en matière de séparation des enfants de leur famille si elle les néglige.*

Les conditions de recevabilité des recours constitutionnels et les mécanismes visant à éviter une charge excessive de la Cour - Rapport par M. Velimir BELAJEC
Croatie

I. OBSERVATIONS LIMINAIRES

1. Telles qu'elles sont généralement entendues et définies par la théorie du droit procédural, les conditions de recevabilité (ou "conditions de forme") d'un recours sont des éléments auxquels est subordonnée la recevabilité de certaines procédures judiciaires, procédures contentieuses et décisions sur le fond. Les conditions de forme ont deux fonctions: premièrement, elles garantissent l'existence d'un certain nombre d'éléments sans lesquels l'aboutissement licite et correct d'une procédure judiciaire serait compromis (ces conditions correspondent donc aux règles de procédure minimales à respecter pour que la procédure soit valablement engagée et tranchée sur le fond); deuxièmement, les conditions de forme - du moins certaines d'entre elles - délimitent les attributions de l'organe chargé de la procédure en définissant ce que l'on appelle, au sens large, sa "compétence" (son ressort), ainsi que d'autres éléments dont dépendent parfois ses attributions et ses obligations d'engager ou de décliner une procédure

2. Au sens étroit, les conditions de forme imposées à l'introduction d'un recours constitutionnel permettent de limiter le nombre d'affaires soumises à une cour constitutionnelle mais qui ne sont pas de son ressort ou pour lesquelles elle n'est pas habilitée à agir pour d'autres motifs. C'est dans cette optique que la première partie du sujet de ce rapport ("Les conditions de recevabilité des recours constitutionnels...") se fonde avec la seconde ("... et les mécanismes visant à éviter la surcharge de la Cour") pour former un tout cohérent. Nous suivrons ci-dessous la même direction.

3.1. En vertu de la Constitution de la République de Croatie (Narodne novine - Journal officiel - n° 56/59) et de la Loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle de la République de Croatie (Narodne novine n° 13/91), la protection constitutionnelle vaut pour l'ensemble des libertés et des droits constitutionnels de l'homme et du citoyen (ci-après dénommés "droits constitutionnels"), tels qu'ils sont définis dans les articles 14 à 69 de la Constitution (Titre III - "Libertés et droits fondamentaux de l'homme et du citoyen")³¹⁷. Aucune distinction n'est faite entre les droits "fondamentaux" et les droits "non fondamentaux" (tous les droits énoncés dans la Constitution sont des droits fondamentaux), et aucune liste - positive ou négative - des droits constitutionnels ne vient limiter à certains d'entre eux la protection offerte par la Cour constitutionnelle; autrement dit, tous les droits constitutionnels peuvent être invoqués dans le cadre d'un recours constitutionnel et faire l'objet d'une demande de protection auprès de la Cour constitutionnelle. Par ailleurs, la Cour constitutionnelle a dans certains cas étendu la protection constitutionnelle à certaines dispositions de la Constitution qui sont fondamentales mais non

³¹⁷ L'article 125 de la Constitution définit les compétences de la Cour constitutionnelle, à laquelle il appartient notamment de "[...] protéger les libertés et les droits constitutionnels de l'homme et du citoyen [...]" (3e alinéa). L'article 28 § 1 de la Loi constitutionnelle se lit comme suit: "Quiconque estime qu'une décision émanant d'une instance judiciaire ou administrative, ou d'un autre organe investi de l'autorité publique, porte atteinte à l'un des droits ou à l'une des libertés qui sont garantis par la Constitution à l'homme et au citoyen, peut introduire un recours auprès de la Cour constitutionnelle."

comprises dans les articles 14 à 69 précités³¹⁸. De plus, si l'on considère que les "conditions de forme" imposées à l'introduction d'un recours constitutionnel sont définies de manière très large il peut être formé par quiconque (une personne physique, mais aussi, d'après la Cour constitutionnelle, une personne morale) estime qu'une décision émanant d'une instance judiciaire ou administrative, ou d'un autre organe investi de l'autorité publique³¹⁹, porte atteinte à l'un des droits qui lui sont garantis par la Constitution -, on mesure à quel point la protection constitutionnelle est étendue en République de Croatie.

3.2. L'étendue des compétences de la Cour constitutionnelle permet la protection complète des droits constitutionnels des citoyens et le respect des principes de constitutionnalité et de légalité. Le revers de la médaille est qu'elle risque de repousser la limite des compétences normales de la Cour constitutionnelle et de faire gonfler le nombre d'affaires bien au-delà de sa capacité réelle. Une interprétation extensive des dispositions consacrées aux divers droits constitutionnels - que la Constitution définit en des termes généraux et imprécis pouvant donner lieu à diverses interprétations - risque de faire de la Cour constitutionnelle une sorte de "superjuridiction" qui, dans le cadre de procédures semblables à des actions judiciaires ordinaires, trancherait toutes (ou presque toutes) les affaires préalablement jugées par les tribunaux, les instances administratives ou les organes investis de l'autorité publique.

3.3. C'est pourquoi nous pensons qu'à moyen terme, la première tâche de la Cour constitutionnelle de Croatie consistera à spécifier quelles affaires bénéficient de la protection constitutionnelle et à restreindre judicieusement et efficacement ses propres compétences. La question qui se pose n'est pas de savoir quand - c'est-à-dire pour quelles affaires - la Cour est compétente, mais plutôt quand elle ne l'est pas ou ne devrait pas l'être (bien qu'il s'agisse là de deux aspects d'une même question). Il sera nécessaire de vérifier si toutes les dispositions des articles 14 à 69 portent sur les droits constitutionnels, et si certaines d'entre elles ne sont pas d'une autre nature, et d'établir des critères sur la base desquels on puisse déterminer à partir de quel moment des droits constitutionnels ont été violés et jusqu'à quel moment on se trouve en présence d'un élément illicite qui n'a pas la gravité d'une telle violation³²⁰. A court terme, on évitera plus efficacement la surcharge de la Cour constitutionnelle en élaborant des critères de fond servant à déterminer si un recours est fondé ou non, qu'en appliquant des règles servant à déterminer si un recours est recevable ou non (critères de forme) ou d'autres règles de forme visant à simplifier la procédure.

3.4. Une définition plus précise des critères de fond susmentionnés ne va pas en soit diminuer la surcharge de travail de la Cour constitutionnelle, car un recours constitutionnel peut être introduit non seulement par la personne dont un droit constitutionnel a effectivement été violé, mais aussi par quiconque estime (même à tort) avoir subi une telle violation. La publication d'une jurisprudence constante et raisonnable relative à certaines questions de droit a toujours été la meilleure protection qui soit contre la surcharge, car elle permet à tout requérant potentiel d'évaluer avec réalisme ses chances d'obtenir gain de cause et de décourager les initiatives vouées à l'échec.

³¹⁸ Pour plus de détails, voir le rapport de J. Crni_: *Quels droits peuvent être efficacement protégés par un recours constitutionnel?* supra pp. 30 ss.

³¹⁹ Voir le rapport de H. Mom_inovi_, p. 78 ss., et le contenu de l'article 28 § 1 de la Loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle, reproduit dans la note n° 1.

³²⁰ Pour plus de détails, voir aux pages 38 ss. du rapport évoqué à la note n° 2.

4. Les données statistiques de base concernant l'activité de la Cour constitutionnelle de la République de Croatie attestent le caractère actuel du thème abordé dans le présent rapport. Même le programme du séminaire indique que les cours constitutionnelles d'autres pays sont probablement confrontées à ce problème. A la date du 30 juin 1995, la Cour constitutionnelle avait reçu un total de 1 613 recours constitutionnels, dont 25 en 1991, 126 en 1992, 252 en 1993 et 825 en 1994; en 1995, 586 recours avaient déjà été introduits au 30 juin, ce qui confirme une tendance à la progression constante, même si l'on observe cette année un certain ralentissement par rapport aux années précédentes. Parallèlement, on observe également une augmentation du nombre d'affaires non résolues - non seulement en termes absolus, mais également par rapport au nombre de recours introduits -, ce qui montre que la Cour constitutionnelle, si aucune mesure efficace n'est prise, risque de se trouver complètement submergée par un volume d'affaires excessif.

5. La Cour constitutionnelle de la République de Croatie, dont la création est récente, n'a pas encore eu le temps d'adopter une position bien ferme sur un certain nombre de problèmes abordés dans le présent rapport. Aussi les opinions présentées plus haut doivent-elles être attribuées à l'auteur lui-même, sauf lorsqu'il évoque explicitement une position officielle de la Cour constitutionnelle.

II. LES CONDITIONS FORMELLES DE LA RECEVABILITÉ

6.1. Les critères de recevabilité du recours constitutionnel, définis par la Loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle et par le Règlement de la Cour constitutionnelle ("Narodne novine" n° 29/94), se ramènent aux questions suivantes:

- quelles décisions peut-on contester par le biais d'un recours constitutionnel?
- à partir de quel moment peut-on introduire un recours constitutionnel?
- quelles sont les conditions formelles que doit remplir un recours constitutionnel?
- dans quelle mesure certains sujets de droit sont-ils habilités à introduire un recours constitutionnel (condition formelle)?

6.2. En marge de ces critères qui s'appliquent spécifiquement et exclusivement au recours constitutionnel (critères de forme spécifiques), il existe d'autres critères de recevabilité qui, dans leurs différentes versions, s'appliquent à l'ensemble des procédures régies par la loi (critères de forme généraux): signalons la capacité des parties d'ester en justice, l'intérêt du recours, ou encore l'absence d'obstacles (tels que l'exception de chose jugée ou l'exception de litispendance). Ces critères n'ayant pas été adoptés spécifiquement pour la procédure qui suit le recours constitutionnel, il convient en règle générale, pour autant qu'ils soient applicables à la procédure, de les appliquer dans la même mesure que lors de la procédure qui s'est soldée par la décision litigieuse. Ces critères de forme représentent toutefois un intérêt limité dans le cadre du présent rapport et mériteraient, en raison de leur complexité et de leur variété, de faire l'objet d'un rapport distinct ; aussi n'allons-nous pas les traiter spécifiquement.

7.1. Un recours constitutionnel peut être formé par toute personne qui estime que l'un de ses droits constitutionnels a été violé (art. 28 § 1 de la Loi constitutionnelle) par une décision émanant d'une instance judiciaire ou administrative (au sens large, car sont également visés les organes non gouvernementaux investis de l'autorité publique). La condition préalable à l'octroi de la protection constitutionnelle est l'existence d'une décision qui, en fonction de la procédure, porte le nom de jugement, d'arrêt (ruling), de décision, ou un autre nom encore; or, la Cour

constitutionnelle a maintes fois déclaré que l'important n'était pas le nom de la décision, mais son essence, c'est-à-dire le fait que les droits et les devoirs d'un individu aient fait l'objet d'une décision prise en vertu de l'autorité et du pouvoir de l'Etat.

7.2. Le point essentiel, dans la procédure résultant de l'introduction d'un recours constitutionnel, consiste à déterminer si l'un ou l'autre des droits constitutionnels du requérant ont été violés; la question qui se pose indirectement a trait à la légalité et à la constitutionnalité de la décision qui est -effectivement ou prétendument - à l'origine de la violation. C'est pourquoi l'original ou une copie du texte de cette décision doit être annexé au dossier (art. 51 du Règlement). La décision d'admettre le recours constitutionnel provoque l'annulation de la décision attaquée et le renvoi de l'affaire devant l'instance qui est compétente pour la rejurer (art. 30 de la Loi constitutionnelle). Bien que la Cour constitutionnelle doive s'en tenir au recours, elle a le pouvoir d'annuler d'autres actes que la décision contestée si elle estime que ceux-ci ont également porté atteinte aux droits constitutionnels du requérant (art. 57 et 60 du Règlement).

7.3. Il n'est pas possible de former directement un recours constitutionnel dans une affaire où l'instance étatique chargée d'une procédure spécifique n'a pris aucune décision (alors qu'elle était tenue de le faire), ou lorsque les droits constitutionnels d'une personne ont été violés autrement que par une décision contraire à la loi et à la Constitution. L'ordre juridique de la République de Croatie prévoit cependant des recours effectifs permettant à un citoyen qui se trouve dans une telle situation d'obtenir une décision de l'instance judiciaire ou administrative concernée, et d'avoir ainsi accès à la protection constitutionnelle (à condition que la décision porte atteinte à l'un de ses droits constitutionnels). Si, dans le cadre d'une procédure administrative, l'autorité compétente ne prend pas de décision de première instance dans le délai fixé par la loi (deux mois en général), l'intéressé peut former un recours auprès de la cour d'appel, comme si sa réclamation avait été rejetée (cf. la notion de "silence de l'administration"³²¹, art. 218 de la Loi sur la procédure administrative générale, "Narodne novine" n° 53/91); lorsque l'autorité compétente n'a pas, dans les conditions stipulées par la loi, statué sur la demande ou le recours de l'intéressé, celui-ci peut engager une action devant le Tribunal administratif (art. 8 de la Loi sur le contentieux administratif - Narodne novine n°s 53/91, 9/92 et 77/92). Lorsqu'un droit constitutionnel a été violé par une décision individuelle définitive, et qu'aucune protection juridictionnelle n'est plus possible, le Tribunal administratif doit prendre des mesures pour protéger ce droit au moyen en appliquant les dispositions pertinentes de la Loi sur le contentieux administratif ("procédure judiciaire quasi administrative" - art 66 de la loi). Lorsqu'un droit constitutionnel a été violé par un acte illicite commis par un agent de l'Etat ou par un représentant d'une société ou d'une autre personne morale, et qu'aucune protection juridictionnelle n'est possible, c'est auprès d'un tribunal de district que doit être engagée une action en vue de la protection du droit constitutionnel; s'il souhaite attaquer la décision de ce tribunal, l'intéressé peut former un recours auprès de la Cour suprême de la République de Croatie (art. 67-76 de la loi susmentionnée).

8.1. Si une autre voie de recours est ouverte face à la violation des droits constitutionnels, le recours constitutionnel ne peut être formé qu'après épuisement de celle-ci (art. 28 § 2 de la Loi constitutionnelle). Dans les affaires où sont possibles un recours administratif (c'est-à-dire un recours auprès du Tribunal administratif postérieur à la décision administrative définitive) ou un contrôle juridictionnel ou extrajudictionnel (c'est-à-dire un recours extraordinaire formé auprès de la Cour suprême lorsque la décision de la cour d'appel a force de chose jugée), les voies de

³²¹ L'ordre juridique de la République de Croatie ne prévoit aucun recours face au "silence du tribunal", c'est-à-dire dans l'hypothèse où une juridiction omet de statuer dans les délais.

recours sont épuisées dès lors que ces recours ont également fait l'objet d'une décision (art. 28 § 2). Lorsque de tels recours ne sont pas possibles, les voies de recours sont épuisées par la décision administrative définitive, c'est-à-dire lorsque la décision judiciaire (ayant force de chose jugée) de deuxième instance a été rendue. A l'inverse, lorsque l'un des recours prévus a été omis (recours contre la décision de première instance dans une procédure administrative; recours contre la décision d'un tribunal rendue en première instance ou contrôle juridictionnel ou extrajuridictionnel d'une décision de deuxième instance), les voies de recours ne sont pas épuisées, et le recours constitutionnel n'est donc pas recevable³²².

8.2. Les "autres voies de recours" susmentionnées regroupent des voies de recours ordinaires (utilisées contre les décisions qui n'ont pas encore force de chose jugée - recours contre une décision de première instance) et quelques voies de recours extraordinaires contre les décisions ayant force de chose jugée (griefs soulevés dans une action administrative ou contrôle juridictionnel ou extrajuridictionnel). Il n'est pas indispensable, avant la formation d'un recours constitutionnel, que d'autres recours extraordinaires (par exemple une nouvelle procédure judiciaire ou administrative ou une demande de protection de la légalité déposée par le parquet) aient été employés et aient fait l'objet d'une décision, de sorte que l'action engagée devant la Cour constitutionnelle et la procédure consécutive à l'un ou l'autre de ces recours peuvent fort bien se dérouler parallèlement.

8.3. Le système des recours extraordinaires que nous avons présenté est le fruit d'un compromis et d'une attitude pragmatique quant au rôle et au statut juridique du recours constitutionnel. Le contrôle juridictionnel est classé parmi les voies de recours extraordinaires, mais comme il est très accessible aux justiciables et donc fréquemment employé par ceux-ci, il possède certaines caractéristiques générales propres aux voies de recours ordinaires. Aussi était-il raisonnable, pour plus de sécurité et de fermeté dans la protection constitutionnelle, de prévoir qu'un recours constitutionnel ne pourrait être formé qu'après l'aboutissement de la procédure de contrôle. On pourrait présenter des arguments analogues au sujet des griefs soulevés dans un recours administratif, mais on ne saurait en faire autant pour les autres voies de recours extraordinaires, étant donné la longueur des délais (pour recommencer ou répéter une procédure) et le fait que ces recours ne sont pas accessibles aux parties mais aux organes étatiques (au parquet, dans l'hypothèse d'une demande de protection de la légalité), l'octroi de la protection constitutionnelle serait considérablement différé et dépendrait de l'organe étatique concerné et non de l'intéressé.

9.1. Un recours constitutionnel peut être formé dans le délai d'un mois à compter du jour où l'intéressé a reçu notification de la décision concernée (art. 29 de la Loi constitutionnelle). La pratique habituelle de la Cour constitutionnelle veut que ce délai coure à compter du jour où l'intéressé a reçu notification de la décision par laquelle est épuisée la voie de recours précédente. Si le recours a été formé par lettre recommandée, on considère qu'il a été introduit auprès de la Cour constitutionnelle le jour où le courrier a été déposé au bureau de poste (art. 22 § 3 du Règlement).

9.2. Une personne qui, pour des raisons valables, n'a pu respecter le délai imposé pour l'introduction d'un recours constitutionnel, se voit accorder le relevé de forclusion par la Cour

³²² *Les recours précités ne peuvent être éludés, ce qui signifie que l'intéressé ne peut utiliser le recours suivant que si le précédent a déjà été employé. Cette règle s'applique à toutes les étapes du parcours qui mène au recours constitutionnel. Pour plus de détails sur l'épuisement des voies de recours - avec des exemples tirés de la pratique de la Cour constitutionnelle -, voir Mom_inovi_, op. cit., p. 82 s.*

constitutionnelle. L'intéressé doit toutefois solliciter cette mesure dans les quinze jours qui suivent la disparition de l'empêchement et, simultanément, former un recours constitutionnel. Lorsque trois mois se sont écoulés depuis l'expiration du délai normal, le relevé de forclusion ne peut plus être demandé.

10.1. Pour pouvoir être valablement examiné et tranché sur le fond, un recours constitutionnel doit avoir un contenu spécifique (respect des prescriptions de forme, caractère opportun du recours) et comporter les éléments suivants: nom et prénom du requérant; domicile ou résidence du requérant (désignation et siège social s'il s'agit d'une personne morale); nom et prénom de la personne mandatée par le requérant; numéro de référence de la décision qui a porté atteinte au droit constitutionnel du requérant; nature du droit constitutionnel auquel il a été porté atteinte; motif du recours; preuves de l'épuisement des voies de recours; preuve selon laquelle le recours a été formé dans les délais prévus; signature du requérant. Au dossier doit par ailleurs être joint l'original ou une copie du texte de la décision contestée (art. 51 du Règlement).

10.2. Si un recours est incompréhensible ou s'il ne contient pas tous les éléments requis en vue de son examen, la Cour constitutionnelle renvoie le dossier au requérant afin qu'il y apporte les modifications nécessaires, et lui donne un délai pour réintroduire son recours. Si le recours est modifié dans le délai imparti, on considère qu'il date du jour où il a été introduit pour la première fois. Si par contre il n'est pas reformé à temps, on considère qu'il a été abandonné; s'il est à nouveau formé sans avoir été modifié, il est rejeté.

10.3. Les dispositions susmentionnées correspondent à un point de vue général qui se reflète dans nombre de lois procédurales croates (Loi sur la procédure civile, Loi sur la procédure administrative générale, Loi sur le contentieux administratif, et bien d'autres textes encore), selon lequel une partie peut s'adresser directement aux organes étatiques dans toutes les procédures et à tous les niveaux de décision. Ces textes ne font pratiquement aucune allusion à l'incapacité juridique des parties - c'est-à-dire à l'obligation, pour certaines personnes, de se faire représenter par des mandataires professionnels (par exemple des avocats - Advokatenzwang) - pas même en référence aux actions engagées auprès de la Cour constitutionnelle. C'est pourquoi il a fallu déterminer la façon dont il convient de traiter les recours incompréhensibles ou incomplets, plus fréquents qu'on ne le pense. Cela est d'autant plus nécessaire qu'étant donné la jeunesse de la Cour constitutionnelle, le public dans son ensemble ne saisit pas encore très bien quelle est sa fonction, certains pensant même qu'il s'agit d'une juridiction polyvalente qui a vocation à résoudre tous les griefs juridiques ou autres des citoyens.

10.4. Ces dispositions - ou plutôt l'absence de dispositions relatives à la représentation obligatoire - sont un héritage de l'ère socialiste, pendant laquelle on considérait qu'elles relevaient d'une attitude extrêmement progressiste contribuant à démocratiser l'Etat et à ouvrir ses organes au peuple³²³. Sans vouloir nier le caractère politique ou social de ces arguments, on notera que les citoyens ont tout loisir de soumettre aux organes étatiques un grand nombre de recours qui ne peuvent être examinés sans avoir été modifiés, ce qui ne contribue nullement à améliorer l'opportunité, l'efficacité et la rationalité de la protection juridique. Soulignons également que ces lois sont incompatibles avec leur propre fondement: comme elles ne font

³²³ *Toutes les lois procédurales en vigueur dans le pays ont été adoptées à l'époque de l'ex-Yougoslavie, puis expressément acceptées par la nouvelle République de Croatie avec certains amendements. Lorsqu'elle adoptera de nouvelles lois, la Croatie devra se demander, notamment, s'il ne conviendrait pas d'introduire le principe de la représentation obligatoire devant certaines juridictions (supérieures) ou dans le cadre de certaines procédures complexes.*

aucune distinction entre les affaires où l'intéressé s'adresse directement à un organe de l'Etat et les affaires où un mandataire professionnel agit en son nom, les dispositions concernant la modification du recours protègent non seulement une partie qui ignore les règles de procédure, mais aussi son mandataire, qui est censé les connaître.

10.5. La Loi sur la procédure civile va plus loin que le Règlement, puisqu'elle dispose qu'une juridiction doit "[...] donner des instructions au requérant et l'assister dans la modification de son recours et, à cet effet, peut convoquer le requérant [...]" (art. 109 § 1). Une certaine forme d'assistance est également prévue à l'article 68 § 1 de la Loi sur la procédure administrative générale, qui stipule qu'un recours ne peut être rejeté au seul motif qu'il n'est pas présenté avec soin, et que l'instance administrative concernée doit "[...] faire le nécessaire pour remédier à ses carences [...]". L'article 25 du Règlement ne comporte aucune obligation de donner des instructions à l'intéressé ou de l'assister devant la Cour constitutionnelle, mais on imagine mal le renvoi du recours pour modification sans quelques instructions de base qui, à tout le moins, soulignent les carences du dossier et indiquent la référence de la disposition qui fixe le contenu obligatoire du recours. En ce sens, la Cour constitutionnelle est souvent en situation de donner des instructions aux parties (voire à leurs avocats).

10.6. Au rang des efforts déployés pour faciliter la formation d'un recours constitutionnel pour les parties - et les mandataires -, figurent également les usages de la Cour constitutionnelle relativement à l'indication du droit constitutionnel qui, d'après le requérant, a été violé. Bien que la Cour constitutionnelle doive se borner à examiner les droits invoqués dans le recours (art. 57 du Règlement), et que le requérant soit tenu d'indiquer la nature du droit constitutionnel auquel il a été porté atteinte (art. 51), on considère dans la pratique que le recours peut être valablement examiné (sans être renvoyé pour modification) si la nature des droits constitutionnels violés et la façon dont s'est produite cette violation peuvent être inférées du dossier sans que le requérant ait donné d'indications précises à ce sujet.

11.1. En vertu de l'article 28 de la Loi constitutionnelle, quiconque estime qu'une décision émanant d'une certaine instance a porté atteinte à ses droits constitutionnels peut introduire un recours auprès de la Cour constitutionnelle. Cette disposition soulève deux questions. Premièrement, qui est ce "quiconque" qui peut se porter requérant (partie) devant la Cour constitutionnelle (quelle que soit sa relation avec le droit constitutionnel violé)? Autrement dit, sous quelles conditions peut-on être partie? Deuxièmement, quand ce "quiconque" peut-il former un recours constitutionnel? Autrement dit, quelle est la relation entre la partie et l'objet du litige, et quelles sont les conditions de forme à remplir pour pouvoir introduire un recours constitutionnel?

11.2. Le problème des conditions de forme est relativement facile à résoudre, car il ressort clairement des dispositions précitées qu'un recours constitutionnel ne peut être introduit que par la personne dont le droit constitutionnel a été violé, et qu'il ne peut pas être formé au nom d'une autre personne³²⁴.

11.3. Une personne physique peut être partie (capacité à être requérant) à la procédure consécutive au recours constitutionnel. Bien que l'article 28 § 1 de la Loi constitutionnelle se réfère essentiellement aux personnes physiques en évoquant la violation des libertés et des droits constitutionnels de l'homme et du citoyen, la Cour constitutionnelle a néanmoins décidé que les

³²⁴ Voir les arrêts de la Cour constitutionnelle n^{os} U-III-51/92 du 8 avril 1992, U-III-217/92 du 7 juillet 1993 et U-III-358/93 du 19 janvier 1994.

personnes morales pouvaient également être parties, puisqu'elles jouissent elles aussi de certains droits constitutionnels et de la capacité à les exercer.

11.4. Dans cette optique, nous estimons qu'il conviendrait de faire un pas de plus en vue d'accorder la qualité de partie à certains sujets - à savoir les associations à vocation sociale - qui n'ont pas la personnalité juridique mais qui, en vertu de dispositions particulières ou de décisions de justice, sont exceptionnellement autorisées à participer à certaines procédures dans le cadre desquelles leurs droits ou obligations font l'objet d'une décision. Ces sujets ont une certaine capacité "matérielle" à agir et jouissent donc de certains droits constitutionnels. Le problème de la qualité (limitée) de partie peut aussi se poser pour les sujets qui participent à certaines procédures en vue de défendre les intérêts d'autres personnes ou l'intérêt général (par exemple le parquet ou une autorité de tutelle). Du point de vue matériel, ceux-ci ne sauraient tirer leur habilitation à agir de la relation litigieuse; en revanche, ils sont "formellement" habilités à agir et jouissent par conséquent de certains droits constitutionnels liés à la procédure (par exemple l'égalité devant les juridictions ainsi que devant les instances étatiques ou les autres organes investis de l'autorité publique - art. 26 de la Constitution). Cela nous amène à la conclusion finale suivante: la qualité de partie devrait en règle générale être accordée à tous les sujets qui peuvent être titulaires de droits constitutionnels (susceptibles d'être violés); ces sujets, pour la plupart, sont ceux-là mêmes qui étaient parties aux procédures - antérieures à la formation du recours constitutionnel - qui se sont soldées par la violation de leurs droits constitutionnels.

12.1. Les conséquences procédurales de l'absence de critères de forme sont définies à l'article 58 du Règlement de la Cour constitutionnelle. La Cour prononce le rejet du recours constitutionnel si elle n'est pas compétente pour trancher l'affaire; de même si le recours est formé hors délai, s'il est incomplet, incompréhensible ou irrecevable. Le recours est irrecevable si les voies de recours possibles n'ont pas été épuisées au préalable, c'est-à-dire si le requérant a omis de mettre en œuvre les recours prévus, ou si le recours a été formé par une personne qui n'est pas habilitée à le faire.

12.2. La Cour constitutionnelle devrait être considérée comme étant incompétente lorsqu'elle est appelée à accorder une protection juridique que la Constitution et la Loi constitutionnelle ne l'autorisent pas à accorder³²⁵. Il devrait en être de même lorsque le requérant, dans le cadre d'un recours constitutionnel, demande à la Cour de rendre une décision qui ne relève pas de sa compétence. Imaginons par exemple qu'un requérant demande à la Cour d'ordonner à une tierce personne de faire ou de ne pas faire quelque chose, alors que ses attributions se limitent au rejet de la décision contestée d'un organe de l'Etat (art. 30 de la Loi constitutionnelle).

12.3. On peut s'interroger sur le traitement à réserver à la demande que formule un requérant en vue d'obtenir la protection d'un droit qui, manifestement, n'est pas garanti par la Constitution. La première possibilité consiste à juger que la question fondamentale est de savoir si le droit constitutionnel a été violé et, comme ce n'est manifestement pas le cas, à conclure qu'il y a lieu

³²⁵ *Aux termes de l'article 125 de la Constitution de la République de Croatie, la Cour constitutionnelle contrôle la conformité des lois avec la Constitution et la conformité d'autres textes juridiques avec la Constitution et la loi; protège les libertés et les droits constitutionnels de l'homme et du citoyen; tranche les conflits de compétence survenant entre les branches législative, exécutive et judiciaire; constate, conformément à la Constitution, l'empêchement du président de la République; contrôle la constitutionnalité des programmes et activités des partis politiques et, conformément à la Constitution, interdit si nécessaire leur fonctionnement; contrôle la constitutionnalité et la légalité des élections et des référendums; tranche les litiges électoraux qui ne sont pas du ressort des tribunaux; se charge d'autres affaires spécifiées par la Constitution.*

de refuser le recours. Mais on peut aussi alléguer que la Cour constitutionnelle n'est pas compétente pour protéger des droits non inscrits dans la Constitution, et donc conclure que le recours constitutionnel doit être rejeté. Dans la théorie et dans la pratique, on se demande périodiquement si certains critères de fond ne pourraient pas être considérés comme des critères de forme, et vice versa. Notons que le droit processuel contient des dispositions en vertu desquelles certains recours doivent être rejetés s'ils ont été utilisés dans un but pour lequel ils ne peuvent pas être employés (par exemple les procédures répétées - art. 421 et 425 de la Loi sur la procédure civile).

12.4. A n'en pas douter, un recours constitutionnel alléguant la violation d'un droit dont il n'est pas certain qu'il soit garanti par la Constitution doit également faire l'objet d'une décision quant au fond (admission ou rejet). En pareil cas, il convient de recourir à l'interprétation des dispositions constitutionnelles ou à une autre méthode pour déterminer s'il s'agit ou non d'un droit constitutionnel. La différence entre les affaires où il est "évident" qu'un droit n'est pas de nature constitutionnelle et les affaires où la nature de ce droit n'est qu' "ambiguë" est trop subtile pour que l'on en tire d'importantes conséquences d'ordre procédural. Aussi estimons-nous que, dans un cas comme dans l'autre, le recours constitutionnel doit faire l'objet d'une décision quant au fond, et ne pas simplement être examiné sous l'angle de la procédure.

13. Un recours constitutionnel est hors délai s'il est formé après expiration de la période d'un mois à compter du jour où a été prise la décision par laquelle se trouvent épuisées les voies de recours antérieures (voir les points 9.1. et 9.2.). Dans une telle hypothèse, le recours constitutionnel doit être rejeté (art. 58 du Règlement).

14. La Cour constitutionnelle ne peut rejeter un recours constitutionnel incompréhensible ou incomplet (voir les points 10.1. à 10.6.) que si elle l'a renvoyé au requérant pour modification et s'il a été formé une nouvelle fois en l'état initial (art. 25 § 4 du Règlement).

15. En vertu de l'article 58 du Règlement, un recours constitutionnel doit être rejeté si le requérant n'a pas encore épuisé les voies de recours possibles, c'est-à-dire si, dans la procédure antérieure, il a omis d'employer un recours (voir les points 8.1 à 8.3.). La deuxième partie de cette disposition ("[...] si [le requérant], dans la procédure antérieure, a omis d'employer un recours [...]") est non seulement superflue, mais aussi incorrecte. Peu importe qui - du requérant ou de la partie adverse - a mis en œuvre les recours possibles lors de la procédure antérieure; ce qui importe, c'est que ladite procédure se soit soldée par une décision qui a porté atteinte au droit constitutionnel du requérant, même si cette décision a été prise à la suite d'un recours mis en œuvre par la partie adverse (voir art. 28 de la Loi constitutionnelle).

16. Un recours constitutionnel doit être rejeté s'il a été formé par une personne qui n'est pas habilitée à le faire (art. 58 du Règlement). Cette disposition renferme des critères formels relatifs à la qualité de partie, ainsi que des conditions procédurales (voir les points 11.1. à 11.4.).

17. A nos yeux, la liste des motifs pour lesquels un recours constitutionnel peut être rejeté (art. 58 du Règlement) n'est pas exhaustive, mais indicative. En effet, comme la Loi sur la Cour constitutionnelle et le Règlement n'énumèrent pas et ne fixent pas tous les critères de forme auxquels doit satisfaire l'introduction d'un recours constitutionnel (voir point 6.2.), on peut penser qu'un recours peut également être rejeté pour d'autres motifs.

18.1. La Cour constitutionnelle détermine si un recours constitutionnel est fondé ou non (autrement dit, elle tranche sur le principal, le fond de l'affaire) en décidant soit de l'adopter, soit

de le rejeter (art. 30 de la Loi constitutionnelle; art. 59 à 61 du Règlement). Lorsqu'elle se prononce sur le critère de recevabilité d'un recours constitutionnel, et qu'elle établit qu'il n'est pas satisfait à ce critère, la Cour constitutionnelle rend une décision de rejet.

18.2. Ces règles décomposent la décision de la Cour constitutionnelle en différenciant les noms (et pas seulement les noms) des décisions sur le fond et des décisions sur la forme. Cette séparation est fortement ancrée dans la quasi-totalité des règles de procédure de la République de Croatie, y compris en ce qui concerne la procédure civile (jugement/arrêt), les voies d'exécution (arrêt/conclusion), la procédure administrative (arrêt/conclusion), ou encore l'action administrative (jugement/arrêt).

18.3. L'idée qui sous-tend cette séparation est qu'il convient d'examiner et de trancher de manière quelque peu simplifiée les aspects secondaires de la procédure, étant entendu que les questions liées à la forme sont moins importantes que le fond de l'affaire. Ainsi, aux termes de la Loi sur la procédure civile, le président du tribunal peut, à un certain moment, décider de rejeter le recours, et ce, même si la procédure relève de sa juridiction (art. 281); les règles relatives à la communication entre la juridiction et les parties sont simplifiées, notamment en ce qui concerne la publication des arrêts, dont certains n'ont même pas à être notifiés aux parties (art. 343 et 344); la juridiction n'est pas liée par ses arrêts antérieurs (art. 343 § 3); le contenu formel des arrêts est plus limité, certains d'entre eux (en particulier ceux qui rejettent une demande) n'ayant même pas à être motivés (art. 345); aucun recours n'est ouvert contre certains arrêts rendus au premier stade des procédures (voir l'art. 378), et le contrôle des décisions rendues sur recours est considérablement limité (art. 400).

18.4. Dans la procédure consécutive à un recours constitutionnel, il n'existe aucune différence entre une décision et un arrêt ni en ce qui concerne la composition du tribunal lorsqu'il statue sur le fond ou sur la forme, ni en ce qui concerne les modalités de publication et de notification de la décision (adjudication). Comme aucune voie de recours ordinaire ou extraordinaire n'est ouverte contre les décisions de la Cour constitutionnelle, la question d'éventuelles différences concernant les diverses instances ne se pose pas³²⁶.

18.5. En vertu de l'article 62 § 1 du Règlement, dans les motifs de sa décision ou de son arrêt, la Cour constitutionnelle doit apprécier les arguments déterminants exposés à l'appui du recours. Sur le plan du contenu, la décision et l'arrêt sont donc également sur un pied d'égalité. Lorsqu'elle admet un recours constitutionnel et annule l'acte contesté, la Cour constitutionnelle doit, dans ses motifs, indiquer la nature de la liberté ou du droit qui a été violé et la façon dont cette violation s'est produite. Par contre, ces indications ne sont pas requises dans les motifs des autres décisions, à savoir la décision par laquelle est refusé un recours et l'arrêt par lequel est rejeté un recours³²⁷. Même là, la différence existant dans les motifs n'est pas celle qui existe

³²⁶ *D'autres simplifications que celles que nous avons mentionnées à propos de la procédure civile ne peuvent pas être appliquées à la procédure suivie par la Cour constitutionnelle, notamment en ce qui concerne un arrêt de rejet du recours. Certaines de ces règles ne s'appliquent pas non plus à un arrêt prononçant le rejet d'un recours dans une procédure civile.*

³²⁷ *Notons que l'emploi du terme "décision" en référence à la décision d'admettre ou de refuser le recours constitutionnel n'est pas la meilleure solution qui soit. Dans la théorie et dans la pratique processuelles, le terme "décision" est employé comme terme générique pour les jugements, les arrêts, les conclusions, etc.; mais dans les textes relatifs au recours constitutionnel, ce terme est réservé à un seul type de décisions. Cet emprunt à la terminologie relative à la procédure ordinaire rend difficile toute formulation précise. C'est pourquoi, dans le présent rapport, nous avons choisi comme terme générique celui de "décision".*

entre une décision et un arrêt, mais entre la décision d'admettre le recours et les autres décisions que peut prendre la Cour constitutionnelle.

18.6. La distinction qui est faite entre les décisions et les arrêts consécutifs à un recours constitutionnel est probablement le fruit de vues caractéristiques du droit de procédure croate; cependant, elle manque encore de contenu réel. Restent les différences essentielles et pratiques dans les procédures qui précèdent ces décisions: il est généralement plus facile de se prononcer sur la base des critères de forme que sur le fond de l'affaire. C'est pourquoi les motifs d'un arrêt sont ordinairement plus simples et plus brefs que les motifs de la décision (même lorsque le recours est rejeté).

III. MÉCANISMES VISANT A ÉVITER LA SURCHARGE DE LA COUR

19.1. Etant donné la surcharge de la Cour constitutionnelle et le réel danger qu'elle ne soit submergée par un volume de travail qu'elle ne parvient plus à assumer, il convient de s'interroger sur les moyens d'éviter ce problème ou, tout au moins, de simplifier les procédures dans le cadre de certaines affaires. Certes, il n'est ni possible ni légitime de réduire directement le nombre d'affaires en appelant les citoyens à se modérer dans l'introduction des recours et des demandes auprès de la Cour constitutionnelle. En revanche, dans le cadre de certaines affaires - et en premier lieu les recours et les demandes pour lesquelles il n'y a manifestement pas lieu à une intervention juridictionnelle - les litiges peuvent sans doute être résolus par le contact direct avec les parties, plutôt que par la convocation de l'ensemble des magistrats ou l'intervention des chambres de la Cour.

19.2. Depuis 1991, c'est-à-dire depuis que la Cour constitutionnelle fonctionne comme un organe appartenant à un Etat indépendant, les affaires de ce type qui sont soumises à la Cour sont classées à part sous la mention "R" et recensées statistiquement. La procédure simplifiée est la suivante: le secrétariat de la Cour détermine quelles sont les affaires qui appartiennent à cette catégorie, puis adresse au requérant un courrier spécial l'informant que son action ne peut être engagée et lui indiquant brièvement les motifs de cette décision. Notons que si l'intéressé n'en fait pas la demande expresse, aucune décision n'est rendue relativement à cette affaire. La lettre est signée par le secrétaire de la Cour constitutionnelle et cosignée par le juge auquel a été assignée l'affaire. Un juge de la Cour peut replacer une affaire portant la mention "R" parmi les autres affaires, et vice versa.

19.3. Actuellement, parmi les dossiers portant la mention "R", on trouve souvent des demandes qui sont si incompréhensibles et si incohérentes que leur objet demeure inconnu, des demandes qui renferment des griefs d'ordre général mais aucune requête concrète, ou encore des demandes qui contiennent des requêtes bien spécifiques mais liées à des questions politiques ou sociales, et non juridiques. On observe une tendance à étendre la procédure simplifiée au-delà de ces limites. Pour l'heure, on pourrait difficilement affirmer que la pratique de la Cour constitutionnelle est uniforme et constante; aussi ces problèmes devront-ils encore être longuement débattus.

19.4. Au 30 juin 1995, la Cour constitutionnelle avait reçu au total 602 dossiers classés "R", dont 100 en 1991, 132 en 1992, 125 en 1993, 155 en 1994 et 90 pour les six premiers mois de l'année en cours. Les statistiques montrent qu'un grand nombre d'affaires ont été résolues (533 sur 602), ce qui atteste l'efficacité de la procédure simplifiée. Il semblerait que le nombre d'affaires classées "R" augmente plus lentement que les recours constitutionnels (voir le point 4). Pour autant que l'on puisse tirer une conclusion substantielle de ces maigres informations, il

semble qu'au fil des années, les justiciables saisissent de mieux en mieux le rôle de la Cour constitutionnelle, de sorte qu'il y a aujourd'hui moins de demandes intempestives; à moins que la Cour constitutionnelle n'en soit venue à appliquer des critères de sélection plus stricts, et qu'en conséquence la part des affaires classées "R" ait diminué par rapport aux recours constitutionnels (et à d'autres formes de protection juridique assurées par la Cour constitutionnelle).

20.1. Le problème essentiel que pose la "procédure simplifiée" tient à la difficulté de déterminer avec précision à quelles affaires elle doit être appliquée. Dans presque tous les cas où la procédure simplifiée est mise en œuvre (ou lorsqu'il existe un doute quant à son opportunité), il existe en réalité deux options: l'affaire peut faire l'objet d'une procédure simplifiée, mais également d'une procédure ordinaire appliquant les principes relatifs aux critères de forme (c'est-à-dire au traitement réservé à une affaire qui ne satisfait pas à ces critères). Ainsi, dans le cas d'une demande renfermant des griefs généraux mais aucune requête spécifique, ou d'une demande contenant une requête à caractère non juridique, la procédure simplifiée peut être appliquée, mais l'affaire peut tout aussi bien être résolue par l'application du principe d'incompétence de la Cour constitutionnelle (art. 58 du Règlement; voir aussi les points 12.2. à 12.4.) ou des règles relatives au traitement d'un recours constitutionnel irrégulier (voir les points 10.1. à 10.6.). Dans l'hypothèse d'un recours incohérent ou incompréhensible, il y a également deux options en concurrence: la procédure simplifiée ou la procédure ordinaire prévue pour les recours irréguliers.

20.2. La difficulté d'établir des critères de distinction précis est particulièrement sensible dans le dernier cas. Il n'est guère difficile de distinguer un recours "régulier" d'un recours "irrégulier", car il suffit d'appliquer les critères de l'article 51 du Règlement, qui fixe le contenu obligatoire du recours constitutionnel (voir le point 10.1.). Il est bien plus difficile, si ce n'est impossible, d'établir des critères sur la base desquels on puisse faire la distinction entre un recours "irrégulier" et un "non-recours", c'est-à-dire une demande qui ne peut en aucun cas être considérée comme un recours constitutionnel (ni même comme une première démarche effectuée en vue d'obtenir une autre forme de protection qui est du ressort de la Cour). Attendons de voir si la pratique de la Cour constitutionnelle en matière de procédure simplifiée permettra de dégager quelques principes directeurs et quelques affaires types. Mais on peut d'ores et déjà observer que le critère de distinction n'est pas fondé sur la nature de l'affaire, mais sur l'ampleur quantitative et qualitative des carences du recours constitutionnel. En règle générale, tout recours constitutionnel comportant des lacunes peut être modifié de telle sorte qu'il devienne valable. Il conviendrait de mettre en œuvre une procédure simplifiée lorsque le recours comporte tant de lacunes que l'on ne peut raisonnablement espérer qu'il soit valablement modifié. Toutefois, on ne peut d'avance établir avec certitude si le dossier peut ou non être valablement modifié. La même conclusion - à savoir que c'est la quantité, et non la qualité, qui est au cœur du problème - vaut sans doute également pour les autres affaires que l'on soumet à une procédure simplifiée (et pas seulement pour les recours irréguliers).

20.3. C'est pourquoi il y a lieu de donner un caractère relativement restrictif aux critères d'application de la procédure simplifiée, et ce, essentiellement pour éviter qu'elle ne soit mise en œuvre de manière intempestive. Eu égard aux critères de rationalité et d'opportunité, les avantages de la procédure simplifiée sont indiscutables; en particulier, elle permet de décharger les juges de la Cour constitutionnelle, puisque la procédure se solde sans qu'ils n'aient à rendre de décision. Toutefois, on ne gagnerait guère en efficacité si l'on portait atteinte à la légalité de la procédure; en particulier, il ne faudrait pas qu'en appliquant la procédure simplifiée on rejette inconsidérément les règles élaborées pour traiter les affaires qui ne satisfont pas aux critères de forme. Il convient à tout le moins de respecter le principe qui veut que l'on accorde la préférence

à la procédure ordinaire: en cas de doute sérieux, c'est la procédure ordinaire, et non la procédure simplifiée, qui devrait être appliquée.

20.4. Etant donné les difficultés d'établir des critères de distinction, il conviendrait de soumettre ce problème à un fonctionnaire ou à un service spécialisé de la Cour constitutionnelle, car c'est la seule façon de contribuer à instaurer des usages uniformes et constants.

21.1. L'un des problèmes liés à la procédure simplifiée tient au fait que sa mise en œuvre n'a aucun fondement juridique, ni dans la Loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle ni dans le Règlement de la Cour (sans parler de la "loi suprême"). Mais aussi paradoxal que cela puisse paraître, il se pourrait que l'absence même de fondement juridique constitue le fondement juridique de certains usages. Les sources juridiques précitées établissent des règles pour la procédure consécutive au recours constitutionnel et les autres procédures suivies par la Cour constitutionnelle. Toutefois, si l'acte d'une personne n'est ni un recours constitutionnel ni une première démarche en vue d'obtenir une autre forme de protection constitutionnelle, alors il reste en marge de toute réglementation procédurale; dans un telle hypothèse, la Cour constitutionnelle peut et doit dans la pratique élaborer les règles de procédure qui s'imposent.

21.2. A l'exception du Règlement, les règles positives contiennent très peu de dispositions quant à la procédure. La Loi constitutionnelle sur la Cour constitutionnelle contient quelques maigres dispositions sur les points suivants: la désignation du mandataire chargé d'introduire le recours constitutionnel (art. 28 § 1); la nécessité d'avoir épuisé les voies de recours possibles avant la formation du recours (art. 28 §§ 2 et 3); le délai imposé pour la formation du recours (art. 29) et le pouvoir qu'a la Cour constitutionnelle d'annuler la décision litigieuse d'un organe étatique et de faire rejurer l'affaire (art. 30). Aucune procédure, pas même une procédure consécutive à un recours constitutionnel, ne peut se dérouler sur la base de règles de procédure aussi succinctes. C'est pourquoi la Cour constitutionnelle, dès sa création, a dû elle-même établir des règles pour son propre usage. Globalement, elle a repris les instruments et les principes issus d'autres dispositions à caractère processuel et les a adaptés aux besoins spécifiques de la procédure qui suit le recours constitutionnel. Les règles de procédure figurant dans le Règlement de la Cour sont essentiellement le résultat de cette créativité. La Cour constitutionnelle a estimé qu'il valait mieux codifier ces règles et les rendre accessibles à tous en les publiant au Journal officiel de la République de Croatie, plutôt que d'en faire de simples usages procéduraux qui ne seraient connus que d'un petit cercle d'experts. Comme on le voit, le processus de création des règles de procédure est toujours en marche³²⁸.

22.1. En vertu de certains principes généraux de procédure - qui pour la plupart ne sont pas explicitement évoqués dans la législation procédurale mais qui en découlent -, l'intéressé est en droit d'obtenir une décision appropriée quant à sa demande (qu'elle qu'en soit la nature), même si elle s'avère négative³²⁹. C'est pourquoi, dans la lettre qui lui est adressée dans le cadre de la procédure simplifiée, l'intéressé devrait être informé que sa demande fera l'objet d'une décision s'il insiste pour qu'il en soit ainsi, et qu'il a tout avantage à modifier sa demande de telle manière qu'elle puisse être examinée et tranchée convenablement. Ces indications soulèvent la question du délai imparti à l'intéressé pour une éventuelle réponse et des conséquences d'une réponse

³²⁸ Voir l'arrêt de la Cour constitutionnelle n° U-I-252/95 du 16 mai 1995.

³²⁹ Nous n'entendons pas ici plaider en faveur de ce droit abstrait au recours dans sa version extrême, c'est-à-dire affirmer que l'intéressé est en droit de demander une décision négative. Simplement, l'intéressé est en droit de penser qu'il a raison; et si tel n'est pas le cas, sa demande doit être refusée ou rejetée.

adressée hors délai. Tous ces éléments rapprochent davantage encore la procédure simplifiée de la procédure ordinaire appliquée à un recours constitutionnel irrégulier (voir les points 10.1. à 10.5.).

22.2. Globalement, la mise en œuvre d'une procédure simplifiée revient à suggérer - directement ou indirectement - à l'intéressé d'abandonner son recours (ou sa demande) au motif qu'il est inapproprié. Malgré le problème moral que cela pose - car une telle suggestion constitue une pression, même si la partie a tout intérêt à renoncer -, il faut noter que la procédure simplifiée engendre le même type de situations que la procédure ordinaire appliquée à un recours constitutionnel irrégulier. Dans les deux cas, l'intéressé peut soit abandonner le recours, soit le modifier; dans les deux cas, si le recours n'est pas modifié, la procédure est suspendue sans que la Cour n'ait rendu de décision. C'est pourquoi on peut dans certains cas s'interroger quant à l'opportunité d'une procédure simplifiée.

23. En conclusion, la procédure simplifiée est probablement nécessaire pour les cours constitutionnelles qui sont submergées par un grand nombre de recours constitutionnels et qui ne parviennent pas à résoudre autrement ce problème. Mais on ne saurait la recommander là où elle ne s'impose pas.

QUATRIEME SEANCE DE TRAVAIL

Présidée par M. Jadranko CRNIĆ

Le pouvoir de décision et les effets des arrêts rendus dans les procédures de recours constitutionnel

- a. Recours et effets des arrêts rendus dans les procédures de recours constitutionnel
Rapport de Mme Britta WAGNER, Secrétaire Général à la Cour constitutionnelle de l'Autriche
- b. L'efficacité du recours constitutionnel pour assurer la protection des droits de l'homme reconnus par la Constitution en République de Croatie
Rapport de M. Zdravko BARTOVČAK, Juge à la Cour constitutionnelle de la Croatie

Recours et effets des arrêts rendus dans les procédures de recours constitutionnel Rapport de Mme Britta WAGNER

Autriche

TABLE DES MATIERES

1. La Cour constitutionnelle autrichienne

1.1. Compétences de la Cour constitutionnelle autrichienne et décisions s'y rapportant

- 1.1.1. Article 137, B-VG (recours patrimoniaux de droit public)
- 1.1.2. Articles 138, 126a et 148f, B-VG (conflits de compétence, déclaration de compétence)
- 1.1.3. Article 138a, B-VG (conventions passées entre la Fédération et les Länder)
- 1.1.4. Article 139, B-VG (contrôle des règlements)
- 1.1.5. Article 140, B-VG (contrôle des lois)
- 1.1.6. Article 140a, B-VG (contrôle des traités internationaux)
- 1.1.7. Article 141, B-VG (contrôle des élections, de la déchéance de certains mandats, des initiatives populaires et des référendums)
- 1.1.8. Articles 142 et 143, B-VG (mise en accusation)
- 1.1.9. Article 144, B-VG (recours tendant à la défense des droits fondamentaux)

2. Effets des décisions de la Cour constitutionnelle autrichienne

2.1. Force obligatoire des décisions de la Cour constitutionnelle

- 2.1.1. Autorité de la chose jugée
- 2.1.2. Précédents

3. Mise en œuvre/exécution des décisions de la Cour constitutionnelle autrichienne

3.1. Dispositions légales (articles 146, 126a, B-VG)

3.2. Décisions susceptibles d'exécution

3.3. Frais de procédure

1. La Cour constitutionnelle autrichienne

La Cour constitutionnelle autrichienne, créée en 1920, est la plus ancienne juridiction constitutionnelle d'Europe. Elle siège à Vienne et se compose d'un président, d'un vice-président, de douze membres à plein titre et de six membres suppléants. Ces derniers remplacent les membres titulaires en leur absence.

Le président, le vice-président, six des juges titulaires et trois des juges suppléants sont nommés par le Président fédéral sur avis du gouvernement fédéral. Les autres juges titulaires et suppléants sont nommés par le Président fédéral sur avis des deux chambres du parlement. Les membres titulaires et suppléants sont juges au sens de la Constitution. Ils sont indépendants et inamovibles, sauf décision de la Cour constitutionnelle elle-même pour certains motifs (déchéance de nationalité, incapacité, etc.). Les membres sont nommés à vie mais ils cessent d'exercer leurs fonctions à la fin de l'année au cours de laquelle ils atteignent l'âge de 70 ans. Les membres du gouvernement fédéral ou des gouvernements des Länder (Landesregierung), les membres du Conseil national, du Conseil fédéral, ou tout autre représentant du peuple, ainsi que toute personne travaillant au service d'un parti politique, ne peuvent devenir membres de la Cour

constitutionnelle. S'ils acceptent une de ces fonctions après leur nomination, ils doivent démissionner de la Cour constitutionnelle.

La Cour constitutionnelle autrichienne n'est pas divisée en chambres. Les décisions sont prises au cours de sessions réunissant les quatorze membres. Pour éviter que la Cour ne soit dans l'incapacité d'agir, elle peut valablement statuer en l'absence d'un ou de plusieurs juges, dès lors que le président, le vice-président et huit juges au moins sont présents.

Ce n'est que dans des cas exceptionnels (rejet d'un recours pour vice de forme, par exemple, etc.) que la présence du président, du vice-président et de quatre juges suffit. En pratique toutefois, la plupart des affaires sont délibérées et tranchées ainsi.

La Cour constitutionnelle ne siège pas en permanence, mais tient annuellement quatre sessions d'environ trois semaines chacune. Ces sessions ont lieu en mars, juin, septembre et décembre. Elles sont consacrées exclusivement aux audiences et aux délibérations des affaires pendantes. Entre les sessions, il est procédé à l'élaboration des projets des décisions et à leur mise au point définitive, ainsi qu'à la préparation de leur prononcé (en 1994, la Cour constitutionnelle a tranché quelque 3 100 affaires, chaque juge rapporteur préparant, en moyenne, près de 400 affaires).

Les règles quant aux compétences, à l'organisation et à la procédure de la Cour constitutionnelle sont prévues en partie par la Constitution elle-même, en partie par la loi sur la procédure devant la Cour constitutionnelle (Verfassungsgerichtshofgesetz).

Avant d'aborder la procédure de la Cour constitutionnelle, je me permettrai de signaler deux particularités du système autrichien de juridiction constitutionnelle, essentiels pour moi:

D'abord, contrairement au Tribunal constitutionnel fédéral allemand, par exemple, la Cour constitutionnelle autrichienne n'a pas compétence pour contrôler les actes des juridictions ordinaires.

Ensuite, à une exception près que l'on peut négliger ici, le contrôle de la Cour constitutionnelle autrichienne s'exerce toujours a posteriori, donc sur un acte faisant déjà partie de l'ordre juridique. A l'inverse, le Conseil constitutionnel français, par exemple, intervient uniquement avant l'entrée en vigueur d'un texte.

1.1. Compétences de la Cour constitutionnelle autrichienne et décisions s'y rapportant

1.1.1. Article 137 (ci-après B-VG) (recours patrimoniaux de droit public)

En vertu de cet article, la Cour constitutionnelle est compétente pour se prononcer sur les recours patrimoniaux de droit public intentés contre la Fédération, les Länder et les collectivités, et qui ne peuvent être portés devant un tribunal de droit commun ou une autorité administrative.

Alors que les recours de droit privé contre la Fédération, les Länder et les collectivités sont tranchés dans le cadre d'un procès de droit commun, les recours patrimoniaux de droit public le sont, dans la plupart des cas, par un décret d'une autorité administrative. Dès lors, la Cour constitutionnelle n'a qu'une compétence subsidiaire. Elle n'a donc à connaître que d'un très petit nombre de cas (par exemple, recours entre Fédération, Länder et collectivités, dans le cadre desquels le requérant allègue que la répartition des ressources fiscales entre eux n'est pas

conforme aux lois en vigueur; recours en paiement de créances de droit public dont le bien-fondé a été reconnu par décret administratif mais non exécuté, problèmes de la fonction publique).

Dans sa décision, la Cour constitutionnelle peut estimer le recours fondé ou le rejeter.

L'exécution de l'arrêt relève des juridictions de droit commun (voir infra).

1.1.2. Articles 138, 126a et 148f, B-VG (conflits de compétence, déclaration de compétence)

La Cour constitutionnelle tranche les conflits de compétence entre les juridictions et les autorités administratives, entre la Cour administrative et les autres juridictions, notamment entre la Cour administrative et elle-même, entre les juridictions de droit commun et les autres, entre la Fédération et un Land, et entre deux ou plusieurs Länder.

Dans sa décision, la Cour constitutionnelle doit résoudre le conflit de compétence et déterminer l'autorité compétente.

En vertu de l'article 138 (2) B-VG, sur demande du gouvernement fédéral ou du gouvernement d'un Land, la Cour constitutionnelle décide si un acte législatif, administratif ou judiciaire relève de la compétence de la Fédération ou des Länder.

La décision de la Cour constitutionnelle doit déterminer qui est compétent. Cette déclaration de compétence est reprise dans une norme (Rechtssatz) qui doit être promulguée sans délai au Journal officiel par le chancelier fédéral.

La Cour constitutionnelle tranche également les différends entre la Cour des comptes (article 126a, B-VG) ou l'ombudsman (article 148f, B-VG), d'un côté, et le gouvernement fédéral ou un ministre fédéral, de l'autre (quand la Cour des comptes est en cause, le gouvernement d'un Land également), quant à l'interprétation des dispositions de droit réglant leurs compétences.

L'interprétation quant à la compétence que donne la Cour constitutionnelle dans sa décision est authentique. L'arrêt est déclaratoire (pour d'autres détails, voir infra, point 3.1).

1.1.3. Article 138a, B-VG (conventions passées entre la Fédération et les Länder)

Aux termes de l'article 15a, B-VG, la Fédération et les Länder peuvent conclure des conventions sur des sujets d'intérêt commun (en matière de pollution de l'environnement, par exemple). L'article 138a, B-VG, dispose que, dans ce cadre, la Cour constitutionnelle peut, à la demande de la Fédération ou d'un Land, rendre une décision déclaratoire quant à la validité de la convention et au respect, par la Fédération ou le Land, de leurs obligations en vertu de celle-ci.

Il en est de même des conventions conclues entre les Länder si elles contiennent une clause de juridiction de la Cour constitutionnelle.

1.1.4. Article 139, B-VG (contrôle des règlements)

Les autorités administratives ont compétence pour édicter des règlements (règles de droit général abstraites) sur la base des lois de la Fédération ou des Länder. La Cour constitutionnelle se prononce sur la légalité d'un règlement particulier adopté par une autorité administrative à la demande de certains organes et, de manière très limitée, des particuliers.

En cas d'illégalité, la Cour constitutionnelle annule purement et simplement le règlement. Celui-ci cesse d'être valide à dater de la publication de la décision dans le Journal officiel concerné. En vertu de la Constitution, l'autorité administrative suprême de la Fédération ou d'un Land est tenue de publier l'arrêt dans les plus brefs délais. La Cour constitutionnelle peut toutefois décider que le règlement ne deviendra nul et non avenue qu'au bout de l'expiration d'un certain délai n'excédant pas un an, ou annuler une telle norme rétroactivement.

Toutes les juridictions ainsi que les autorités administratives sont liées par la décision annulant un règlement. Pour plus de détails, voir infra, point 1.1.5.

1.1.5. Article 140, B-VG (contrôle des lois)

La Cour constitutionnelle peut examiner les lois de la Fédération et des Länder pour vérifier leur conformité à la Constitution. La Constitution précise les cas de contrôle abstrait et incident des normes. Ce contrôle peut être déclenché à l'initiative des organes politiques ou des particuliers (dans des cas strictement définis).

Au terme de la procédure de contrôle de constitutionnalité des lois, la Cour constitutionnelle n'a que deux possibilités: ou bien ne pas déclarer la loi nulle et non avenue pour inconstitutionnalité; ou bien conclure à la violation de la Constitution par la loi, en quel cas elle doit l'annuler.

Si la Cour constitutionnelle annule une loi de la Fédération ou d'un Land, cette loi cesse d'être valide à dater de la promulgation de la décision dans le Journal officiel concerné. La Constitution fait obligation au chancelier fédéral ou au gouverneur compétent de promulguer l'arrêt dans les plus brefs délais. La Cour peut toutefois décider que l'annulation de la loi n'interviendra qu'au bout de l'expiration d'un certain délai n'excédant pas dix-huit mois, ou bien déclarer nulle une telle norme rétroactivement (voir infra).

En règle générale, la nullité prend effet à dater de la promulgation de la décision d'annulation au Journal officiel et la loi cesse ainsi de faire partie de l'ordre juridique.

Toutefois, on l'a vu, la Cour constitutionnelle a également la possibilité de décider que cette invalidité ne prendra effet qu'après un délai de dix-huit mois au plus. Il en résulte qu'une loi déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle reste en vigueur et doit continuer à s'appliquer jusqu'à l'expiration du délai qu'elle a fixé. Cette règle connaît une exception générale, à savoir que la loi annulée ne s'applique plus à l'affaire ayant donné lieu au recours en l'espèce (Anlassfall).

Normalement, la Cour constitutionnelle recourt à cette possibilité lorsqu'il est clair que le législateur aura besoin d'un certain temps pour adopter une nouvelle loi conforme à la Constitution, ou que le vide législatif soudain risque de créer des problèmes (telle l'abolition de lois fiscales en cours d'année).

L'ensemble des juridictions et des autorités administratives sont liées par la décision de la Cour constitutionnelle. La loi annulée continue toutefois de s'appliquer aux cas survenus avant son

abolition (hormis l'Anlassfall), par exemple les affaires pendantes devant les autorités administratives ou la Cour administrative. Les autorités administratives doivent alors retarder leur décision jusqu'à ce que la loi ait cessé d'être en vigueur, ou se prononcer sur la base d'une loi déclarée inconstitutionnelle mais qui continue à s'appliquer pendant un certain temps.

La Constitution reconnaît cependant à la Cour constitutionnelle la possibilité, dans sa décision, de déclarer inapplicable aux affaires pendantes également la loi déclarée contraire à la Constitution. On peut voir là une abolition rétroactive de la loi.

L'exemple suivant permettra de mieux comprendre l'usage que fait la Cour constitutionnelle de cette possibilité: il y a quelques années, la Cour a examiné la constitutionnalité d'une loi fiscale. Lors de l'audience, le représentant du ministère des Finances a déclaré que de nombreuses affaires auxquelles elle était applicable faisaient l'objet d'un recours administratif. Le ministre des Finances avait toutefois décidé que ces affaires ne seraient pas tranchées tant que la Cour constitutionnelle ne se serait pas prononcée. Il s'agissait ainsi d'éviter que les intéressés n'obtiennent une décision de l'instance de recours qu'ils pourraient ensuite attaquer devant la Cour constitutionnelle, en arguant de l'inconstitutionnalité de la loi fiscale appliquée, provoquant ainsi également un contrôle des normes débouchant sur l'inapplicabilité de cette loi à leurs affaires. Suite à ces "révélations", la Cour constitutionnelle a décrété, dans sa décision, que la loi fiscale annulée ne s'appliquerait pas aux recours pendants devant les autorités administratives.

1.1.6. Article 140a, B-VG (contrôle des traités internationaux)

La Cour constitutionnelle peut contrôler la légalité des traités internationaux. Dans certains cas, la Constitution exige l'approbation de ceux-ci par le Conseil national. La procédure suivie est alors celle du contrôle des lois (article 140, B-VG), pour les autres traités, c'est celle prévue à l'article 139, B-VG.

La Cour constitutionnelle prononce la déclaration d'illégalité du traité. Il en résulte que ce traité ne peut dérouler ses effets dans l'ordre interne à dater de la promulgation de la décision.

1.1.7. Article 141, B-VG (contrôle des élections, de la déchéance de certains mandats, des initiatives populaires et des référendums)

La Cour constitutionnelle contrôle la légalité de la procédure électorale des consultations les plus importantes (Conseil national, parlements des Länder, conseils municipaux, Parlement européen, Président fédéral, gouvernements des Länder). Elle doit faire droit au recours si l'illégalité alléguée se révèle exacte et a influencé le résultat de l'élection. Si, par exemple, certains des suffrages d'une circonscription étaient illégaux, mais en si petit nombre que le résultat du scrutin n'en a pas été affecté, le recours est rejeté.

Les mêmes principes régissent le contrôle de la légalité des référendums et des initiatives populaires.

La législation de la Fédération et celle des Länder précisent les motifs de la déchéance d'un mandat politique. La Cour constitutionnelle contrôle cette procédure s'agissant notamment des membres du Conseil national, du Conseil fédéral, des parlements des Länder, des conseils municipaux et du Parlement européen. La procédure est engagée à l'initiative du conseil ou du parlement concerné.

Lorsque la Cour constitutionnelle donne une suite favorable au recours, au motif qu'une personne inéligible a été déclarée éligible, elle doit annuler l'élection.

Si la Cour constitutionnelle accueille le recours en reconnaissant qu'une personne éligible a été privée illégalement de son mandat, elle doit examiner s'il en est résulté l'invalidité de l'élection d'autres personnes et, en quel cas, annuler leur élection.

Lorsque les opérations électorales sont affectées d'une autre illégalité, ce qui compte, on l'a déjà vu, c'est de savoir si celle-ci a influencé l'issue du scrutin. Si tel semble avoir été le cas, la décision doit préciser si l'annulation porte sur tout ou partie seulement de l'élection. Les autorités électorales, tenues d'agir en conformité avec la décision, sont liées par l'appréciation des faits et par l'avis juridique porté par la Cour.

1.1.8. Articles 142 et 143, B-VG (mise en accusation)

Cette procédure concerne le Président fédéral, les membres du Gouvernement de la Fédération et de ceux des Länder, ainsi que le président de la Cour des comptes et les présidents des conseils scolaires des Länder.

La Cour constitutionnelle connaît de la mise en accusation des organes supérieurs de l'Etat ou des Länder, dont la responsabilité constitutionnelle est mise en cause pour violation du droit commise dans l'exercice de leurs fonctions.

Déclenchée par un acte d'accusation, cette procédure est soumise au droit pénal. La Cour doit se prononcer sur la violation fautive de l'ordre juridique par le titulaire du mandat en cause.

Dans l'exercice de cette compétence, la Cour constitutionnelle peut agir comme un tribunal pénal.

La Cour prononce un acquittement ou une condamnation. Dans ce dernier cas, la Cour constitutionnelle doit prononcer la déchéance du mandat et, en présence de circonstances aggravantes, celle, provisoire, des droits politiques. Ce n'est qu'en cas de violation mineure de l'ordre juridique, que la Cour peut se limiter à constater cette violation, le coupable continuant alors à exercer ses fonctions.

1.1.9. Article 144, B-VG (recours tendant à la défense des droits fondamentaux)

La plupart des recours dont est saisie la Cour constitutionnelle sont formés contre des décisions des plus hautes instances administratives pour "violation des droits garantis par la Constitution" au cours d'une procédure devant les autorités administratives. Un tel recours peut également être fondé sur l'allégation d'illégalité d'un règlement ou d'inconstitutionnalité d'une loi.

Dès lors que ce genre de recours ne peut être intenté que contre des actes administratifs, on ne saurait le comparer au recours constitutionnel (Verfassungsbeschwerde) du droit allemand, encore que les questions qui se posent soient assez semblables.

Depuis 1975, surtout depuis le début des années 80, le nombre de saisies de la Cour constitutionnelle à ce titre a augmenté dans des proportions dramatiques. Selon le droit procédural applicable à l'époque, si elle estimait un recours non fondé, la Cour avait deux possibilités: soit le déclarer irrecevable pour des motifs de procédure, soit le repousser pour

défaut de fondement. Le recours ne pouvait être déclaré irrecevable qu'au cas où certaines exigences formelles d'introduction du recours n'étaient pas remplies, en cas d'expiration du délai de six semaines par exemple. Lorsqu'un recours satisfaisait aux exigences de forme, la Cour constitutionnelle devait procéder à un examen détaillé de l'affaire. Jusqu'en 1981, chaque décision en l'espèce devait être motivée. La Cour constitutionnelle ne pouvait rejeter un recours non fondé sans exposer ses motifs.

La Cour constitutionnelle a donc saisi le parlement d'une initiative visant à l'introduction d'un système lui permettant de rejeter certaines affaires sans avoir à motiver sa décision. L'amendement à la Constitution et aux règles de procédure applicables devant la Cour constitutionnelle, adopté en 1981, autorise la Cour à rejeter un recours qui ne présente pas de chances suffisantes de succès, ceux adoptés en 1984 lui permettent de faire de même lorsque sa décision ne saurait clarifier un problème de droit constitutionnel.

Ces deux amendements ont de nouveau permis à la Cour constitutionnelle de faire face à une charge qui va croissant, et de maintenir la durée de la procédure dans des délais raisonnables.

Ces développements méritent d'être évoqués en détail, afin de montrer que, tout en n'étant pas saisie de Verfassungsbeschwerden au sens classique du terme, la Cour constitutionnelle a été confrontée à de nombreux problèmes liés à la quantité de travail et au droit d'accès à la Cour.

La Cour constitutionnelle doit constater s'il a été porté atteinte aux droits du requérant du fait qu'il a été victime d'une violation d'un des droits que lui garantit la Constitution, ou du fait de l'application d'une loi inconstitutionnelle ou d'un règlement illégal. Si tel a été le cas, la Cour constitutionnelle doit annuler l'acte de l'autorité administrative.

Les autorités administratives sont alors tenues de donner suite à l'avis exprimé par la Cour dans les plus brefs délais et de rétablir la légalité.

La décision de la Cour constitutionnelle n'a pas d'effet erga omnes, se limitant à s'appliquer aux parties en cause.

2. Effets des décisions de la Cour constitutionnelle autrichienne

Tout dépend, bien entendu, de la compétence exercée par la Cour en l'espèce.

2.1. Force obligatoire des décisions de la Cour constitutionnelle

2.1.1. Autorité de la chose jugée

En principe, la décision de la Cour constitutionnelle est définitive. Si un requérant ou un justiciable, dont l'affaire a déjà été tranchée par cette Cour la saisit du même cas, il sera débouté au nom de l'autorité de la chose jugée.

Il importe toutefois de faire observer que cet effet connaît certaines limites, s'agissant de la procédure de contrôle des normes. Les griefs soulevés quant à la constitutionnalité ou à la légalité d'une norme abstraite générale, déterminent en quelque sorte l'objet de la procédure de la Cour constitutionnelle. La Cour ne peut se prononcer qu'une seule fois sur ces griefs: sa décision est revêtue de l'autorité de la chose jugée, et fait obstacle à l'examen des mêmes griefs formés à l'encontre de la même norme. Mais si la décision de la Cour est négative, rien n'empêche qu'elle

examine de nouveau la même norme sous l'angle d'autres motifs d'illégalité ou d'inconstitutionnalité.

2.1.2. Précédents

Une question, essentielle à cet égard, porte sur le point de savoir si, et dans quelle mesure, une Cour constitutionnelle est liée par ses propres décisions. Autrement dit, jusqu'où va la liberté de la Cour de développer sa propre jurisprudence.

La Cour constitutionnelle autrichienne n'est pas divisée en chambres, ce qui évite les risques de jurisprudence contradictoire que cette division soulève normalement. En règle générale, le problème est résolu par l'institution d'une chambre élargie ou d'une session plénière chargée de se prononcer sur la voie à suivre.

Les précédents jouent un rôle essentiel dans la jurisprudence de la Cour constitutionnelle autrichienne, et sont souvent repris en détail dans les motifs. Dans certaines décisions, la motivation consiste en une simple citation des précédents. Tel est le cas, par exemple, du rejet d'un recours pour défaut de chances raisonnables de succès, ces chances s'appréciant sur la base des précédents.

La Cour constitutionnelle peut, bien entendu, changer d'opinion juridique. Lorsqu'elle décide de s'écarter de sa jurisprudence bien établie, elle en expliquera les raisons à suffisance dans les motifs.

Ce changement de jurisprudence n'est pas soumis à des conditions spéciales, telle l'exigence de l'unanimité.

3. Mise en œuvre/exécution des décisions de la Cour constitutionnelle autrichienne

3.1. Dispositions légales (articles 146, 126a, B-VG)

A première vue, la question de l'exécution des décisions de la Cour constitutionnelle apparaît essentielle. Dans la plupart des cas, toutefois, cette importance est surtout théorique.

C'est avant tout l'article 146 de la Constitution qui traite de cette question. L'article 146 (1) B-VG stipule que l'exécution des décisions rendues par la Cour constitutionnelle suite aux recours prévus à l'article 137, incombe aux juridictions de droit commun.

L'exécution de toutes les autres décisions de la Cour constitutionnelle relève du Président fédéral (article 146 (2) B-VG). "Elle incombe aux organes de la Fédération ou des Länder qu'il désigne, y compris l'armée fédérale, agissant dans le cadre de ses instructions. La demande d'exécution de ces décisions doit être formée par la Cour constitutionnelle auprès du Président fédéral."

En 1993, un important amendement a dû être apporté à l'article 126a, B-VG suite à une décision de la Cour constitutionnelle (KR 1/92) dans une procédure portant sur un différend entre la Cour des comptes et le gouvernement fédéral, d'une part, le gouvernement du Land de Vienne, de l'autre, quant à l'interprétation des dispositions légales relatives à la possibilité, pour la Cour des comptes, de contrôler la gestion courante d'une grande banque autrichienne. Dans sa décision, la

Cour constitutionnelle avait reconnu compétence en ce sens à la Cour des comptes. Mais lorsque les agents de cette dernière avaient voulu se livrer à ce contrôle, l'accès de la banque leur avait été refusé.

Les dispositions légales applicables à l'époque n'offraient aucun moyen juridique de mise en œuvre de la décision de la Cour constitutionnelle, d'où la nécessité d'amender l'article 126a, B-VG (BGBl. 508/1993). La version ainsi modifiée de cet article fait obligation à toutes les personnes morales concernées de permettre à la Cour des comptes d'exercer son contrôle conformément à l'opinion exprimée par la Cour constitutionnelle. L'exécution de cette obligation relève des juridictions de droit commun.

3.2. Décisions susceptibles d'exécution

Les réponses varient quant au point de savoir quelles sont les décisions qui, outre celles évoquées ci-dessus, sont susceptibles d'une exécution au sens large du terme:

- s'agissant des conflits de compétence (article 138, B-VG), l'exécution de la décision n'est plus possible, puisque celle-ci a déjà résolu elle-même ce conflit (décision déclaratoire);
- s'agissant du différend entre l'ombudsman et le gouvernement fédéral ou un ministère fédéral (article 148f, B-VG) quant à l'interprétation de règles de compétence, la Cour constitutionnelle fournit une interprétation authentique de ces dernières dans une décision déclaratoire non susceptible d'exécution;
- la déclaration de nullité d'une loi, d'un règlement ou d'un traité international n'est pas en elle-même exécutoire, puisque l'annulation résulte toujours de la promulgation de cette décision.

L'obligation, pour les organes compétents de la Fédération ou les Länder, de publier la décision de la Cour constitutionnelle, comme on l'a vu plus haut, pose la question de savoir si le caractère exécutoire de la décision s'attache aussi à cette obligation. Beaucoup d'auteurs estiment que oui. On peut toutefois alléguer que l'obligation de promulguer ne fait pas partie de la décision elle-même, et n'en est qu'une conséquence. Dès lors que seul le contenu de la décision peut être mis en œuvre, le caractère exécutoire de celle-ci ne s'étend pas à sa promulgation. Tel n'est le cas que si la Cour constitutionnelle prévoit cette obligation dans sa décision, comme elle le fait généralement en pratique;

- s'agissant du contrôle des élections (article 141, B-VG), la question de l'exécution de la décision de la Cour constitutionnelle ne se pose pas, puisque toutes les décisions à adopter ont un effet constitutif;
- pour autant qu'une décision au sens de l'article 142, B-VG prononce la déchéance du mandat, l'exécution n'est pas possible. Elle ne l'est que si la Cour constitutionnelle prononce une peine;
- s'agissant de la compétence de la Cour constitutionnelle au titre de l'article 144, B-VG (compétence administrative spéciale), la décision adoptée révoque l'acte administratif litigieux; l'exécution n'est donc pas possible. L'obligation des autorités administratives

de se conformer à la décision de la Cour constitutionnelle n'est qu'une conséquence de cette décision, et non partie inhérente de celle-ci. Elle ne saurait donc être exécutoire.

3.3. Frais de procédure

Il ne peut y avoir remboursement des frais d'une partie à une procédure devant la Cour constitutionnelle que dans les cas prévus par la loi sur la procédure devant la Cour constitutionnelle (paragraphe 27, VfGG, 1953). Dès lors, pour certaines affaires, le perdant peut être condamné aux dépens. C'est surtout le cas en matière de recours patrimoniaux de droit public (article 137, B-VG), de contrôle des normes engagé par un particulier (articles 139, 140, B-VG) et de recours visant à la défense des droits de l'homme (article 144, B-VG). Dans ces cas, la partie gagnante se voit reconnaître le remboursement des frais de procédure sur la base, soit des dispositions sur la rémunération des avocats, c'est-à-dire en fonction de la valeur du litige (article 137, B-VG), soit de la réglementation adoptée par la Cour constitutionnelle elle-même, fixant des forfaits pour les différents actes de procédure (requête, audience, etc.).

Les décisions de la Cour constitutionnelle sur les dépens sont exécutoires à la demande de la partie gagnante. La Cour constitutionnelle s'adresse au Président fédéral, qui adopte un décret chargeant les juridictions ordinaires de procéder à l'exécution.

L'efficacité du recours constitutionnel pour assurer la protection des droits de l'homme reconnus en république de Croatie - Rapport de M. Zdravko BARTOVČAK
Croatie

1. QUELS SONT LES DROITS CONSTITUTIONNELS QUI SONT PROTÉGÉS PAR LA CONSTITUTION EN RÉPUBLIQUE DE CROATIE?

En vertu de l'article 28 par. 1 de la loi constitutionnelle relative à la Cour constitutionnelle de la République de Croatie (ci-après la loi constitutionnelle), en République de Croatie toute personne (physique ou morale) peut saisir la Cour constitutionnelle si elle estime qu'une décision d'une autorité judiciaire ou administrative ou d'un autre organe doté de pouvoirs publics a porté atteinte à l'un de ses droits et libertés de l'homme et de citoyen reconnus par la Constitution (droit protégé par la Constitution).

Ces droits protégés par la Constitution (ou "droits constitutionnels") sont précisés au Chapitre III de la Constitution de la République de Croatie sous le titre "Droits et libertés fondamentaux de l'homme et du citoyen". Ce chapitre contient 56 articles répartis en: "Dispositions générales", "Droits et libertés individuels et politiques" et "Droits économiques, sociaux et culturels". Etant donné que la Constitution de la République de Croatie contient en tout 142 articles, on voit bien quelle est l'importance accordée aux droits constitutionnels des citoyens.

Pour ne citer que quelques-uns d'entre eux, la Constitution de la République de Croatie protège, à l'instar des autres Etats d'Europe de l'Ouest, tous les droits de l'homme et du citoyen qui découlent de la Charte des droits de l'homme, de toutes les conventions et de tous les accords adoptés jusqu'à présent, comme par exemple: "le droit à la vie, le droit à l'inviolabilité de la liberté, le droit à la liberté de pensée et d'expression, la liberté de conscience et de religion, le droit à la protection de la propriété, le droit de libre entreprise et le droit à un marché libre, le droit au travail, le droit à la santé et le droit à une vie et un environnement sains".

Les droits constitutionnels des communautés ou minorités ethniques et nationales bénéficient d'une protection spéciale en vertu de la loi organique relative aux droits de l'homme et aux

libertés fondamentales ainsi qu'aux droits des communautés ou minorités ethniques et nationales en République de Croatie (ci-après la loi organique).

2. QUAND LA PROTECTION DES DROITS CONSTITUTIONNELS PEUT-ELLE ETRE DEMANDÉE? PAR QUELLE VOIE DE RECOURS JURIDIQUE ET DEVANT QUELLE AUTORITÉ?

En vertu de l'article 28 par. 2 de la loi constitutionnelle, la protection des droits constitutionnels, si aucun autre recours juridique n'est autorisé, ne peut être demandée qu'après l'épuisement des voies de recours ordinaires. Cela signifie que le recours constitutionnel visant à obtenir la protection de droits constitutionnels ne peut être introduit qu'à l'issue de la procédure judiciaire ou administrative ou de la procédure suivie devant toute autre autorité investie de pouvoirs publics. Dans le cadre d'une procédure administrative, il faut que le litige administratif ait pris fin et, dans le cadre d'une procédure judiciaire en matière civile, il faut que la Cour d'appel ou la Cour de Cassation, si un pourvoi en cassation est autorisé, ait statué.

En ce qui concerne la protection des droits reconnus par l'article 58 de la loi organique, tout citoyen peut aussi demander la protection de ces droits après l'épuisement de toutes les voies de recours juridiques à sa disposition dans le domaine des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi que des droits et du statut des communautés ou minorités ethniques et nationales, à condition qu'ils soient reconnus par la Constitution de la République de Croatie, les accords internationaux par lesquels la République de Croatie est liée, la loi ci-dessus ou toute autre loi en vigueur en République de Croatie.

Aux termes de l'article 59 de la loi organique, un district doté d'un statut spécial peut saisir la Cour constitutionnelle de la République de Croatie s'il estime qu'un document ou un ACTE MATERIEL de l'autorité centrale de la République de Croatie porte atteinte aux libertés individuelles et aux droits de l'homme, de communautés ou minorités ethniques et nationales, malgré la protection que leur garantit la loi organique³³⁰.

3. LA PROTECTION DES DROITS CONSTITUTIONNELS EST-ELLE EFFICACE ET OPPORTUNE?

Je tiens tout d'abord à préciser que, dans le présent rapport, je n'aborderai pas la question de l'efficacité de la protection des droits de l'homme dans les pays déchirés par la guerre ou par l'agression serbe, comme la République de Bosnie-Herzégovine, ou les territoires occupés temporairement de la République de Croatie, où d'extrêmes difficultés objectives gênent ou empêchent complètement cette protection, alors même que c'est là que se produisent les violations les plus fréquentes et les plus graves des droits constitutionnels.

Comment protéger d'urgence et efficacement les droits de l'homme de la population civile innocente? Comment résister à l'agression, au terrorisme, au génocide, qui sont les atteintes les plus graves aux droits de l'homme?

Je n'étudierai pas cette question ici car elle est si vaste qu'il lui faudrait pour elle seule une conférence comme celle-ci.

³³⁰ Pour des détails concernant les conditions de la saisine de la Cour constitutionnelle de la République de Croatie, voir l'ouvrage de Jadranko Crni, *Président de la Cour constitutionnelle de la République de Croatie, "Vladavina ustava", Informator 1994.*

Exerçant depuis plusieurs années les fonctions de juge à la Cour constitutionnelle, j'ai eu l'occasion de me demander si la protection des droits constitutionnels des citoyens était efficace et opportune ou si elle arrivait trop tard et n'avait pas les effets qu'elle devrait avoir. La réponse à cette question est malheureusement négative. Presque invariablement, la protection accordée n'est ni opportune ni efficace. Je soutiens catégoriquement que cela n'est pas dû au fonctionnement inefficace de la Cour constitutionnelle.

Il est de notoriété publique que toutes les procédures administratives normales, et même les procédures judiciaires, tout comme celles des autres organes investis de pouvoirs publics, durent très longtemps, parfois même plusieurs années. En pareil cas, s'il se produit au cours d'une telle procédure des violations des droits constitutionnels des citoyens (en première ou en deuxième instance), le citoyen ne pourra demander la protection de ses droits constitutionnels qu'à l'issue de la procédure ordinaire, nonobstant la gravité de la violation de ses droits constitutionnels, et cela pourra prendre plusieurs années. Si l'on ajoute à cela la durée de la procédure devant la Cour constitutionnelle, une fois que celle-ci a été saisie, il est clair que cette protection est inefficace et que le citoyen la vit comme une sorte de satisfaction "post festum".

De cette manière, il est de toute évidence impossible d'atteindre le but qui était de protéger les droits constitutionnels par le biais du recours constitutionnel.

4. DES EXEMPLES QUI LE PROUVENT

Comment un citoyen dont le droit constitutionnel à la liberté a été violé lors d'une procédure pénale (par exemple, du fait d'une privation illégale de liberté) peut-il être satisfait s'il ne peut demander ou obtenir la protection de ce droit constitutionnel qu'une fois que la procédure pénale, qui peut durer des années, a pris fin, alors même que le droit constitutionnel a été violé au tout début de la procédure, voire avant celle-ci? De toute évidence, le citoyen ne considérera pas cette protection de ses droits constitutionnels comme quelque chose de réel mais plutôt comme un droit déclaratif et sans portée réelle.

Dans ce contexte, il ne fait, selon moi, pas de doute que le droit à la liberté est l'un des droits constitutionnels les plus importants, juste à côté du droit à la vie.

On sait que, dans certains pays (Autriche, Allemagne, Etats-Unis d'Amérique), la protection de ce droit constitutionnel est possible avant même l'issue de la procédure pénale si le droit a été violé pendant la garde à vue, c'est-à-dire avant le début de la procédure judiciaire ou, comme en Allemagne, si l'affaire est d'intérêt général ou si l'on ne peut plus attendre sans risquer d'occasionner un dommage grave et irréparable.

A la Cour constitutionnelle de Croatie, cette question reste aussi en suspens d'une certaine manière et, selon certains juges, on devrait permettre de demander la protection du droit constitutionnel avant même l'issue de la procédure pénale. Notre Cour a déjà été sur le point d'instaurer une telle pratique mais, dans le cas d'espèce, elle n'a pas pu établir sans conteste qu'il s'était réellement produit une violation d'un droit constitutionnel, aussi ne s'est-elle pas prononcée en ce sens.

Il y a aussi d'autres exemples d'où il ressort que la protection des droits constitutionnels arrive trop tard et qu'elle est inefficace. En vertu de notre Constitution, un citoyen a le droit constitutionnel à un procès équitable. Or, au cours de la procédure, il peut surgir un problème

relatif à la récusation de juges (professionnels et assesseurs non professionnels) dont l'impartialité est mise en doute. Une décision de justice rendue par un juge qui fait l'objet d'une demande de récusation ne peut être attaquée par la partie intéressée qu'au moyen d'un recours introduit à l'issue de la procédure. Cela signifie que le droit constitutionnel d'un citoyen peut subir une violation et que l'intéressé ne peut pas demander aussitôt la protection de son droit, si bien qu'il peut arriver que le citoyen soit jugé par un magistrat partial. La protection du droit constitutionnel ne peut être demandée par le citoyen qu'après l'épuisement des voies de recours ordinaires. On peut douter que l'atteinte à ce droit constitutionnel puisse être réparée après le terme de la procédure.

On se trouve dans la même situation en cas de dessaisissement en faveur d'une autre juridiction. En effet, là encore, une telle décision ne peut être contestée qu'à l'occasion d'un recours contre la décision rendue en dernier ressort dans l'affaire, c'est-à-dire à l'issue de la procédure. De toute évidence, de graves violations du droit constitutionnel à un procès équitable peuvent se produire ici aussi et, tout comme dans l'exemple précédent, la protection ne peut être demandée qu'une fois qu'il n'est pratiquement plus possible de remédier à la violation.

La question de la protection efficace des droits constitutionnels se pose, par exemple, dans le cas de la protection du droit de grève reconnu par la Constitution, de la violation de domicile, des restrictions à la liberté de circulation, ainsi que dans pratiquement tous les cas de violation de droits constitutionnels. Je n'ai mentionné que quelques exemples pour illustrer le problème.

En dehors de ce qui a déjà été dit, il faut aussi évoquer le fait que, lorsqu'un long délai s'est écoulé depuis la violation du droit constitutionnel, l'intérêt que l'on peut avoir à demander la protection de ce droit diminue et finit par disparaître complètement.

5. EXCEPTIONS CONCERNANT LA PROTECTION DE DROITS CONSTITUTIONNELS QUI S'EXERCE AVANT L'ÉPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS ORDINAIRES

Depuis qu'elle exerce ses activités, la Cour constitutionnelle de la République de Croatie n'a rendu jusqu'à présent qu'une seule décision positive concernant un recours constitutionnel avant l'épuisement des voies de recours ordinaires prévu par l'article 28 par. 2 de la loi constitutionnelle. La Cour constitutionnelle est parvenue à cette décision après avoir conclu qu'il était tout simplement impossible de suivre les voies de recours ordinaires, ce qui justifiait la protection immédiate des droits constitutionnels violés. Il s'agissait des recours constitutionnels déposés par les candidats aux postes de juges à la Cour suprême de la République de Croatie qui n'avaient pas été nommés et qui estimaient que, lors de la procédure suivie devant le Haut Conseil de la Magistrature, responsable des nominations, il y avait eu violation de leur droit constitutionnel à l'égalité d'accès au service public, droit prévu par l'article 44 de la Constitution. La Cour constitutionnelle a établi, à l'occasion de la procédure suivie devant elle, que leurs affirmations étaient fondées et que leur droit constitutionnel reconnu par l'article 44 de la Constitution avait été violé. Elle a donc fait droit aux recours constitutionnels introduits directement, en cassant les décisions du Haut Conseil de la Magistrature relatives à la nomination des juges à la Cour suprême de la République de Croatie et en renvoyant l'affaire devant le Haut Conseil de la Magistrature pour qu'elle soit réexaminée. Il convient de préciser que, selon une partie de la doctrine, une telle protection directe des droits constitutionnels ne serait pas possible en vertu des dispositions de notre Constitution et de la loi constitutionnelle et qu'avant la demande de protection il aurait dû y avoir au moins un procès quasi-administratif.

Si par hasard la Cour constitutionnelle de la République de Croatie avait adopté la position théorique selon laquelle, dans ce cas de violation des droits constitutionnels à l'occasion de la nomination de juges à la Cour suprême, il était possible de suivre les voies de recours ordinaires, la protection des droits constitutionnels des requérants serait certainement arrivée trop tard, à un moment où les conséquences de la violation de ces droits n'auraient même plus pu être mesurées. Les juges nommés illégalement auraient entre temps rendu tellement de décisions individuelles qu'en pareil cas le rétablissement d'une situation conforme au droit aurait été pratiquement impossible.

La pratique suivie par notre Cour constitutionnelle en ce qui concerne les décisions relatives à des mesures temporaires indique que la haute juridiction s'efforce de protéger directement les droits constitutionnels. En matière de protection des droits constitutionnels des citoyens, la Cour constitutionnelle accepte l'adoption d'une mesure temporaire dans le cadre des procédures d'expulsion de citoyens de leur logement, non seulement en ce qui concerne le contrôle de la constitutionnalité de l'article 94 de la loi relative au logement - en vertu duquel une décision d'expulsion peut être prise par des autorités administratives et non pas judiciaires - mais aussi lorsque, parallèlement à l'introduction d'un recours constitutionnel, une mesure de sursis à l'exécution de l'expulsion a été ordonnée en attendant qu'il ait été statué sur le recours constitutionnel, c'est-à-dire jusqu'à ce qu'elle se soit prononcée sur le point de savoir s'il y a eu ou non violation d'un droit constitutionnel.

Certes, il ne s'agit pas là d'une protection constitutionnelle directe contre la violation de droits constitutionnels, mais la mesure temporaire est un acte qui interrompt rapidement la procédure au cours de laquelle se sont produites ou pourraient se produire des violations de droits constitutionnels. Or, pour le citoyen, cela revient à faire droit à son recours constitutionnel, car la violation de ses droits constitutionnels a été empêchée, même si ce n'est que temporaire.

S'agissant d'une possibilité très importante de demander la protection des droits de l'homme avant même l'épuisement des voies de recours judiciaires ordinaires, ou d'ailleurs de tout recours interne, je tiens à signaler la possibilité qu'ont les districts dotés d'un statut spécial au sens de l'article 59 ci-dessus de la loi organique de saisir la Cour constitutionnelle s'ils estiment qu'un document ou un ACTE MATERIEL des autorités centrales de la République de Croatie a porté atteinte à la liberté et aux droits des communautés ou minorités ethniques et nationales. Cela s'applique aussi aux violations des droits constitutionnels du fait d'un simple acte, c'est-à-dire avant l'épuisement de toute voie de recours judiciaire ordinaire. Il convient seulement de noter ici qu'en raison de la question de la souveraineté de la République de Croatie sur les territoires occupés, question qui n'est toujours pas résolue, cette loi organique n'est pas encore appliquée.

6. PROBLÈMES DE THÉORIE DU DROIT

Il est clair que, dans le cas où la Constitution, le droit ou la pratique judiciaire permettraient de demander aux juridictions constitutionnelles d'assurer la protection des droits constitutionnels avant même la fin de la procédure ordinaire judiciaire ou administrative, la question se poserait de savoir si la Cour constitutionnelle empiète par là même sur l'autonomie et l'indépendance de ces autorités, sauf si une procédure ordinaire n'a même pas été engagée.

Tel est bien entendu le principal problème théorique et pratique qui se pose à cet égard.

Nonobstant ce qui vient d'être dit, j'estime qu'en raison de l'importance de la protection des droits constitutionnels, il faut trouver à ce problème une solution théorique et pratique.

Je suis, pour ma part, favorable à la protection des droits constitutionnels par les juridictions constitutionnelles avant même l'épuisement des voies de recours ordinaires. Je penche pour une telle solution qui garantirait les droits des citoyens à tous les stades de toute procédure judiciaire, administrative ou autre, même lorsque les droits constitutionnels des citoyens souffrent des actes ou des carences des autorités. Je suis donc partisan d'une possibilité qui serait encore plus large que ce que connaissent actuellement quelques pays d'Europe où, dans certains cas, la protection des droits constitutionnels peut être demandée avant même l'épuisement des voies de recours ordinaires.

Comment cela pourrait-il être mis en œuvre sans empiéter sur la compétence des juridictions de droit commun, des instances administratives et des autres autorités?

Je pense que cela pourrait se faire de la manière suivante: la Cour constitutionnelle, saisie d'un recours concernant la violation d'un droit constitutionnel, et avant l'épuisement des voies de recours ordinaires, constatant que le droit constitutionnel a effectivement été violé, devrait ordonner la suspension de la procédure ordinaire jusqu'à ce qu'elle se soit elle-même prononcée sur la violation du droit constitutionnel. Je suis partisan d'une telle façon de procéder dans tous les cas, y compris en matière pénale (et pas seulement lorsqu'il y a privation de liberté ou placement en garde à vue, comme cela se fait déjà dans certains pays).

Je ne prétends pas qu'il s'agisse là de la seule façon possible de parvenir à une protection plus efficace des droits de l'homme; mais, si l'on n'allait pas dans le sens proposé, la protection des droits constitutionnels resterait trop lente et inefficace. Je suis convaincu que ce problème ne se pose pas seulement à la Cour constitutionnelle de la République de Croatie mais certainement aux autres juridictions constitutionnelles lorsqu'elles s'efforcent de protéger les droits constitutionnels des citoyens. Je pense donc qu'il faut faire quelque chose pour assurer une protection aussi efficace et rapide que possible des droits constitutionnels. Selon un vieux dicton: "Qui donne rapidement donne doublement". Ce dicton peut certainement servir de point de départ pour l'examen des solutions au problème mentionné ci-dessus.

A l'issue de la procédure devant la Cour constitutionnelle, la procédure ordinaire reprendrait au stade auquel elle a été interrompue. Bien entendu, l'avis de la Cour constitutionnelle s'imposerait à la juridiction de droit commun. Cette manière d'assurer la protection des droits constitutionnels par les juridictions constitutionnelles ne représenterait pas une charge excessive pour le fonctionnement de ces dernières, à condition qu'elles n'admettent pas une interprétation trop large de la notion de protection juridique constitutionnelle.

7. LES TENDANCES EN EUROPE ET EN CROATIE EN CE QUI CONCERNE L'ÉVOLUTION DE LA PROTECTION DES DROITS CONSTITUTIONNELS

Pour autant que je le sache, il n'y a ni en Croatie ni dans d'autres pays d'Europe des projets constitutionnels ou législatifs prévoyant de rendre plus efficace et d'accélérer la procédure de protection des droits constitutionnels des citoyens. Bien au contraire, c'est la tendance exactement inverse que l'on perçoit, surtout avec les institutions internationales chargées de la protection des droits constitutionnels des citoyens. On a de plus en plus tendance à proposer et à mettre sur pied de nouveaux tribunaux ou d'autres instances nationales ou internationales pour la protection des droits constitutionnels. On assiste également à une telle tendance en République de Croatie où □ en dehors de la Cour constitutionnelle de la République de Croatie habilitée à

protéger les droits constitutionnels des citoyens □ une Cour provisoire des droits de l'homme a été mise en place (à la demande explicite de certains acteurs internationaux).

Il est évident que l'on est en train de créer en Europe de nouveaux tribunaux, organes et comités chargés de protéger les droits constitutionnels des citoyens.

A mon avis, ce n'est pas en créant de plus en plus de tribunaux, d'organes ou d'institutions chargés de protéger les droits constitutionnels que l'on obtiendra beaucoup de résultats s'agissant de protéger plus rapidement et plus efficacement les droits constitutionnels. Bien au contraire, ce faisant, on complique outre mesure le système de protection, on le rend nettement plus onéreux et les compétences se chevauchent souvent.

8. COMMENT SE SORTIR DE LA SITUATION ACTUELLE

Je crois qu'il serait amplement suffisant que la protection des droits constitutionnels des citoyens soit assurée par les juridictions constitutionnelles nationales ou par de hautes juridictions analogues, auxquelles s'ajouterait uniquement la Cour européenne des Droits de l'Homme qui fonctionne déjà et pour laquelle un nouveau palais splendide a été inauguré à la fin du mois de juin 1995.

Si l'on part de l'hypothèse que toutes les juridictions de droit commun et autres autorités sont tenues d'agir dans le respect de la Constitution et de la loi, alors il est tout à fait normal d'estimer qu'il ne devrait exister en outre qu'une seule juridiction spécialisée dans la protection des droits constitutionnels. La Cour européenne remplirait sa mission en corrigeant les décisions des juridictions constitutionnelles nationales si, à l'occasion de procès relatifs à la protection des droits constitutionnels, celles-ci agissaient de manière partielle ou contraire à l'ordre constitutionnel national pertinent et aux accords et conventions internationaux en vigueur. Les citoyens peuvent déjà s'adresser à cette Cour européenne après avoir épuisé les voies de recours internes chargées de la protection de leurs droits constitutionnels³³¹.

Hormis cette Cour européenne, à mon avis seule est justifiée l'existence du Tribunal international chargé de juger des crimes de guerre, en tant que juridiction compétente pour les violations spécifiques des droits de l'homme, Tribunal qui a déjà été créé en 1993.

Je ne suis pas persuadé qu'il faille une juridiction spéciale pour protéger les droits constitutionnels des minorités nationales en Europe. En effet, si chacun s'accorde à reconnaître que les minorités nationales devraient jouir des mêmes droits que les membres de la majorité, alors en fait c'est exercer une discrimination à l'encontre des minorités nationales que de faire juger les violations de leurs droits constitutionnels par d'autres juridictions que celles qui sont compétentes pour la majorité de la nation.

Je crois surtout qu'il est d'autant moins nécessaire de disposer de telles juridictions nationales spéciales que nous avons la Cour européenne des droits de l'homme à laquelle peut s'adresser tout citoyen, membre ou non d'une minorité nationale, s'il est mécontent de la décision rendue par une juridiction nationale.

³³¹ On entend par là les ressortissants des Etats membres du Conseil de l'Europe.

J'ai présenté pour la première fois une telle proposition lors de la Conférence internationale des Cours constitutionnelles qui a eu lieu à Varsovie en 1994. Je crois toutefois que cette proposition devrait faire l'objet d'un débat, car je suis bien conscient du fait qu'elle pourrait donner lieu à de multiples critiques et qu'il existe aussi d'autres moyens d'accroître l'efficacité de la protection des droits constitutionnels.

9. EN DEHORS DE LA CONSTITUTION ET DES LOIS EN VIGUEUR, QUE POURRAIT-ON FAIRE D'AUTRE POUR ACCROÎTRE L'EFFICACITÉ DE LA PROTECTION DES DROITS CONSTITUTIONNELS?

Dans la plupart des pays, y compris en Croatie, on entreprend rarement des réformes constitutionnelles et juridiques visant à modifier la protection des droits constitutionnels. Aussi la solution doit-elle être recherchée dans le cadre de la législation en vigueur.

J'estime que même les dispositions constitutionnelles en vigueur permettent de prendre des mesures pour assurer le plus efficacement possible la protection des droits constitutionnels. En vertu de l'article 125 de la Constitution de la République de Croatie, la Cour constitutionnelle doit protéger les droits et libertés constitutionnels de l'homme et du citoyen. C'est tout ce que dit cette disposition. En revanche, la loi constitutionnelle, qui précise cette norme constitutionnelle, dispose que la protection des droits constitutionnels ne peut être demandée qu'après l'épuisement des voies de recours ordinaires. La question essentielle qui se pose ici est celle de savoir si la loi constitutionnelle a en fait diminué le droit et la responsabilité qu'a la Cour constitutionnelle d'assurer la protection des droits constitutionnels, car aucune restriction identique ou analogue ne découle de la disposition constitutionnelle. En outre, les dispositions de l'article 59 de la loi organique envisagent qu'un district doté d'un statut spécial puisse saisir la Cour constitutionnelle même lorsque les droits constitutionnels de membres d'une minorité nationale sont violés par un ACTE MATERIEL et non par un document officiel. En ce qui concerne la disposition constitutionnelle de l'article 125 et la disposition susmentionnée de la loi organique (relative aux minorités), il est certain que la Cour constitutionnelle est habilitée à compenser les insuffisances de la disposition constitutionnelle et à faire en pratique ce qui est nécessaire pour protéger les droits constitutionnels d'un citoyen s'il y a le moindre doute. En effet, il s'agit là de la finalité et de la mission fondamentales de la Cour constitutionnelle en matière de protection des droits constitutionnels. L'interprétation des dispositions constitutionnelles et légales qui régissent les questions touchant aux droits constitutionnels doit suivre exclusivement le principe selon lequel la Cour constitutionnelle est tenue d'assurer une protection efficace et maximale des droits constitutionnels; cela d'autant plus que tous les instruments internationaux qui traitent des droits de l'homme parlent d'abord des droits de l'être humain et du citoyen car ils ont été adoptés afin de protéger ces droits.

La pratique de la Cour constitutionnelle de la République de Croatie a déjà effleuré le problème et je suis certain qu'elle continuera de se développer dans cette voie, parce que l'être humain et la protection de ses droits sont ce qui a le plus de valeur.

Je suis convaincu que la pratique des juridictions européennes en matière de protection des droits constitutionnels continuera aussi d'évoluer dans cette direction; cela d'autant plus qu'une telle pratique existe déjà et que l'être humain et ses droits constituent un impératif qui nous pousse à prendre toutes les mesures nécessaires pour assurer une protection aussi rapide et efficace que possible à une personne dont les droits de l'homme reconnus par la Constitution ont été violés.

CONTRIBUTIONS AU SEMINAIRE

- A. La protection des droits fondamentaux par la cour constitutionnelle et la pratique de la Cour de la République de Slovénie en la matière
Contribution de M. Arne MAVČIČ, Slovénie
- b. La Cour suprême du Canada et la protection des droits et des libertés
Contribution de M. Gérald BEAUDOIN, Canada
- c. La Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie et la protection des droits (constitutionnels) fondamentaux et de la liberté des citoyens
Contribution de M. Nikolai V. VITROUK, Juge à la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie
- d. Protection des libertés et droits fondamentaux devant la Cour constitutionnelle en temps de guerre
Contribution de M. Nedjo MILIĆEVIĆ, Juge à la Cour constitutionnelle de la Bosnie-Herzégovine

La protection des droits fondamentaux par la cour constitutionnelle et la pratique de la cour de la République de Sloveie en la matiere - Rapport de M. Arne MAVČIČ

I. LES FORMES DE PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

C'est généralement l'initiative d'un individu se prétendant victime d'une violation de ses droits constitutionnels qui met en oeuvre un régime de protection où le recours à la juridiction constitutionnelle n'est qu'une possibilité parmi d'autres. Les organismes mêmes qui sont chargés de cette protection sont de nature diverse, selon les pays.

1. Les droits fondamentaux peuvent être protégés par les tribunaux ordinaires.

a) Dans certains pays, la protection de ces droits appartient essentiellement aux tribunaux de compétence générale: il s'agit essentiellement des pays qui ont adopté le modèle américain de contrôle de la constitutionnalité³³².

La protection des droits fondamentaux peut alors prendre les formes suivantes:

³³² *Etats-Unis d'Amérique, Barbade, Guyana, Jamaïque, Trinité-et-Tobago, Islande, Grande-Bretagne, Irlande, Pays-Bas, Danemark, Suède, Norvège, Finlande, Grèce, Japon, Australie.*

b) L'habeas corpus, c'est-à-dire la protection contre une privation de liberté injustifiée. Cette procédure s'ouvre par une demande faite devant un tribunal ordinaire et se caractérise par sa rapidité, sa simplicité et sa transparence³³³.

c) L'habeas data, variante de l'habeas corpus introduite au Brésil par la Constitution de 1988, et qui a pour but d'apporter une garantie constitutionnelle visant une décision individuelle en matière d'information, notamment d'ordre personnel.

d) Des pays qui ont adopté le modèle américain de contrôle de la constitutionnalité offrent d'autres possibilités³³⁴:

- le mandamus, c'est-à-dire le recours à une juridiction supérieure pour corriger l'erreur d'un tribunal inférieur;

- la prohibition, qui a pour but d'empêcher une juridiction supérieure d'usurper la compétence d'un tribunal inférieur;

- le certiorari, qui permet à une juridiction supérieure d'évoquer une affaire relevant de la compétence d'un tribunal inférieur;

- le quo-warranto, qui empêche un particulier de remplir des fonctions publiques usurpées.

e) Le respondeat superior, par lequel un individu peut demander une indemnisation à l'Etat³³⁵.

2. L'amparo, forme particulière de protection rappelant le recours constitutionnel, est traditionnellement utilisé dans les pays hispanophones et a pour but la protection des droits constitutionnels de l'individu contre les actes de l'Etat quels qu'ils soient. En général, c'est la cour suprême du pays qui est compétente. L'amparo, dont la finalité est la restauration de l'Etat de droit en vigueur avant sa violation, se caractérise par la rapidité de la procédure. L'exemple typique est celui du Mexique³³⁶.

3. L'amparo subsidiaire, variante spéciale de l'amparo général, est encore plus proche du recours constitutionnel, et c'est d'ailleurs à la juridiction constitutionnelle qu'il est adressé³³⁷.

³³³ *L'habeas corpus est surtout pratiqué dans les pays suivants. Amérique: Etats-Unis, Canada, Mexique, Cuba, Costa Rica, Salvador, Guatemala, Honduras, Colombie, Argentine, Brésil, Equateur, Pérou, Bolivie, Chili. Afrique: Sierra Leone, Ghana, Nigéria, Ouganda, Kenya, Tanzanie, Malawi, Maurice, Zambie, Zimbabwe, Botswana, Lesotho, Swaziland. Asie: Pakistan, Inde, Népal, Sri Lanka, Bangladesh, Singapour, Malaisie, Indonésie, Philippines, Taiwan, Hong-kong.*

³³⁴ *On trouve ces formes d'action dans les pays suivants. Amérique: Etats-Unis. Afrique: Sierra Leone, Ghana, Nigéria, Ouganda, Kenya, Tanzanie, Malawi, Maurice, Zambie, Zimbabwe, Botswana, Lesotho, Swaziland. Asie: Inde, Népal, Bangladesh, Sri Lanka, Philippines.*

³³⁵ *Par exemple aux Etats-Unis d'Amérique, ainsi qu'à Taiwan, qui suit le modèle américain.*

³³⁶ *L'amparo se pratique dans les pays suivants: Guatemala, Salvador, Nicaragua, Costa Rica, Honduras, Panama, Colombie, Cuba, République dominicaine, Equateur, Pérou, Bolivie, Paraguay, Argentine, Uruguay, Seychelles.*

³³⁷ *Espagne et Colombie.*

Cette forme d'action est dite aussi *accion de tutela*. En Colombie, où elle est directement comparable au recours constitutionnel, elle a été introduite par la Constitution de 1991. Caractérisée par le fait que les droits protégés sont expressément définis, elle permet d'annuler les actes juridiques ou administratifs fautifs (et s'ajoute en Colombie à la procédure de recours populaire et à la procédure d'*habeas corpus*).

4. Le Brésil a introduit dans sa Constitution de 1988 plusieurs moyens juridiques de protection des droits fondamentaux:

- le *mandado de segurança*, forme générale de protection par la Cour suprême des droits dont la violation ne permet pas une demande d'*habeas corpus*;
- le *mandado de injuncao*, qui est une forme spéciale de recours individuel en cas de négligence du pouvoir législatif.

5. Le recours populaire, qui peut également être formé par un individu, généralement sans autre restriction,³³⁸ est une forme d'action spéciale qui, lorsqu'elle est intentée par un individu, a pour but la protection des droits fondamentaux dans l'intérêt général (alors que le recours constitutionnel est formé dans l'intérêt de l'individu). Le recours populaire est habituellement dirigé contre une décision d'ordre général (une loi, le plus souvent) considérée comme incompatible avec un droit inscrit dans la constitution. L'affaire aboutit le plus souvent devant la juridiction constitutionnelle, qui se prononce sur la décision contestée par le biais d'un contrôle abstrait des normes en cause. Le recours populaire est moins fréquent en Europe,³³⁹ plus largement utilisé en Amérique centrale et en Amérique du Sud,³⁴⁰ relativement rare en Afrique³⁴¹ et, en Asie, n'existe qu'au Japon, et seulement pour les questions d'ordre électoral³⁴².

6. Il existe enfin des systèmes de droit constitutionnel où l'individu n'est protégé qu'indirectement et n'a pas personnellement accès à la juridiction constitutionnelle ou aux autres organismes compétents en matière de contrôle de la constitutionnalité. Dans ces systèmes, on considère que les droits de l'individu sont suffisamment protégés par l'un ou l'autre des moyens suivants:

- le contrôle abstrait des normes³⁴³

³³⁸ On trouve des exceptions en Slovaquie et en Hongrie, où ce recours n'est possible que si le demandeur démontre l'existence d'un intérêt juridique.

³³⁹ Seuls les Etats suivants l'admettent: Bavière (mais non pas les autres Länder allemands ni sur le plan fédéral), Hongrie, Slovaquie, Croatie, Macédoine, Malte, République fédérative de Yougoslavie et (dans le cadre de cette Fédération) Monténégro.

³⁴⁰ L'appel populaire est reconnu au Salvador, au Panama, en Colombie, au Venezuela, au Brésil, au Pérou, au Paraguay et en Argentine. L'Argentine a ceci de particulier que l'appel populaire n'est pas admis au niveau de l'Etat, mais qu'il l'est dans les provinces suivantes: Buenos Aires, La Rioja, Entre Rios, Rio Negro, Chaco, Neuquen et Santiago del Estero.

³⁴¹ On ne le trouve que dans les pays suivants: Bénin, Congo, Gabon, Burkina Faso, Ghana, Niger et Sierra Leone (Constitution de 1991).

³⁴² Sous forme d'action dite populaire ou objective.

³⁴³ Pologne, Bulgarie, Italie, Belgique.

- le contrôle concret des normes³⁴⁴
- le contrôle abstrait et préventif des normes³⁴⁵.

II. LE RECOURS CONSTITUTIONNEL ET SON IMPORTANCE DANS LE MONDE

Le recours constitutionnel est une forme d'action juridictionnelle subsidiaire contre la violation des droits constitutionnels, principalement contre les décisions individuelles des organismes d'Etat, par lequel la personne qui considère que ses droits ont été lésés peut faire juger son cas par un tribunal habilité à contrôler la constitutionnalité de la décision contestée. En général, les décisions contestées sont des décisions individuelles d'ordre administratif ou judiciaire, contrairement à ce qui se passe dans le cas du recours populaire; mais il peut s'agir aussi d'une loi, visée indirectement³⁴⁶ ou même directement³⁴⁷.

Le recours constitutionnel est-il un droit? La Cour constitutionnelle de Slovénie considère pour sa part qu'il s'agit d'une forme d'action judiciaire de caractère particulier³⁴⁸.

Le recours constitutionnel n'est pas une institution absolument nouvelle, et l'on peut en trouver des antécédents dans le droit aragonais du XIII^e au XVI^e siècle³⁴⁹ et en Allemagne à partir du XV^e siècle³⁵⁰. La Suisse, de son côté, a introduit un système de recours judiciaire national par sa Constitution de 1874 et par des lois de 1874 et de 1893.

³⁴⁴ *Bulgarie, Italie.*

³⁴⁵ *France.*

³⁴⁶ *Slovénie, Espagne.*

³⁴⁷ *Allemagne.*

³⁴⁸ *Cette question s'est posée à la Cour constitutionnelle de Slovénie, devant laquelle un individu objectait aux dispositions transitoires de la loi slovène sur la Cour constitutionnelle (article 82, journal officiel n° 15/94) aux termes desquelles un appel constitutionnel formé avant la date de cette loi doit être déclaré recevable s'il vise des décisions individuelles prises après l'entrée en vigueur de la Constitution de la République de Slovénie. L'auteur de la demande considérait que cette disposition était anticonstitutionnelle parce qu'elle accordait à certains citoyens le droit de recours constitutionnel, et par conséquent la protection de leurs droits devant la Cour, et qu'elle le refusait à d'autres; et qu'ainsi elle portait tort essentiellement aux individus dont les droits de l'homme avaient été violés pendant la période précédente, où l'on sait que ces droits étaient rarement respectés. La Cour constitutionnelle a rejeté la demande en faisant valoir que la disposition contestée était une disposition habituelle en procédure judiciaire, où l'autonomie de procédure et d'organisation est généralement reconnue en droit constitutionnel; que l'article 160 de la Constitution avait créé le recours constitutionnel en tant que procédure soumise à la Cour constitutionnelle, en prévoyant pour cette nouvelle institution des mesures et des procédures particulières définies par la loi, et notamment par la loi sur la Cour constitutionnelle; que, sur la base des dispositions constitutionnelles relatives à la mise en oeuvre de ce nouveau mode d'action, le législateur devait également définir les conditions applicables et les délais à respecter en la matière; que, ce faisant, le législateur traitait tous les demandeurs éventuels de façon identique; et que par conséquent le législateur, en fixant dans les dispositions transitoires contestées un délai pour le dépôt des recours constitutionnels, ne violait pas le principe constitutionnel de l'égalité de protection des droits et que cette disposition n'était pas incompatible avec la Constitution.*

³⁴⁹ *Sous la forme du recurso de agravios, du firme de derecho et de la manifestacion de personas.*

³⁵⁰ *Sous la forme de l'institution du Reichskammergericht (1495), et prévue dans le célèbre texte constitutionnel Paulskirchenverfassung, de 1849, et en Bavière dans les Constitutions de 1808, 1818, 1919 et 1946.*

Le recours constitutionnel est très répandu dans les systèmes de contrôle juridictionnel de la constitutionnalité, surtout en Europe³⁵¹. Il est moins fréquent dans le reste du monde³⁵².

Les systèmes individuels ont ceci de particulier, qu'ils combinent le recours populaire et le recours constitutionnel³⁵³. Ces deux formes de recours peuvent être considérées parallèlement, puisque le but visé est toujours la protection des droits. Mais cette protection s'exerce dans l'intérêt public lorsqu'il s'agit du recours populaire, et dans l'intérêt privé lorsqu'il s'agit du recours constitutionnel. Dans un cas comme dans l'autre, cependant, le demandeur est un individu. Par contre, la décision contestée est généralement différente: décision générale dans le cas du recours populaire, décision individuelle dans le cas du recours constitutionnel³⁵⁴. Dans le cas du recours constitutionnel, l'intérêt juridique du demandeur ou les conséquences de la décision individuelle le concernant peuvent être un motif d'action. Bien qu'il soit concevable d'exclure l'intérêt juridique du demandeur dans le cas du recours populaire, les systèmes individuels demandent ce motif d'action,³⁵⁵ de sorte que l'intérêt juridique du demandeur ou les conséquences qui affectent sa personne constituent dans les deux cas une condition qui permet de lutter contre les abus de procédure et l'engorgement des juridictions constitutionnelles et autres organismes compétents. Dans les deux cas également, le versement d'une taxe au moment du dépôt de la demande sert le même but. Il est cependant à remarquer que le nombre des recours constitutionnels augmente partout. Nombreuses sont les juridictions à avoir adapté leurs

³⁵¹ Voir les constitutions des pays suivants: Russie, Chypre, Malte, République tchèque, Slovaquie, Hongrie, Albanie, Macédoine, Croatie, Slovénie, Autriche, Suisse (Cour suprême), Allemagne, Espagne, Portugal et République fédérative de Yougoslavie (sur le plan fédéral et au Monténégro).

En Allemagne, le recours constitutionnel existe sur le plan fédéral et au niveau des Länder:

- *les recours constitutionnels fédéraux sont jugés par la cour constitutionnelle fédérale;*
- *les recours constitutionnels provinciaux sont jugés par certaines cours constitutionnelles provinciales: Bavière, Berlin, Hesse et Posarje.*

³⁵² *Hors de l'Europe, le recours constitutionnel existe dans les pays suivants: Kirghistan (cour constitutionnelle), Mongolie (cour constitutionnelle depuis la Constitution de 1992), Corée du Sud (cour constitutionnelle depuis la Constitution de 1987), Taiwan (cour suprême), Papouasie (cour suprême), Syrie (cour constitutionnelle). Il convient d'ajouter que la plupart des pays arabes où il existe un système de contrôle de constitutionnalité ont adopté le système français de contrôle préventif, incarné dans le Conseil constitutionnel mis en place par la Constitution de 1958, où l'accès à l'organe de contrôle n'est pas ouvert aux individus. En Afrique, le contrôle constitutionnel n'existe que dans les pays suivants: Soudan (cour suprême), Maurice (cour suprême), Sénégal (cour suprême) et Bénin (cour suprême). Le seul exemple en Amérique latine est le mandado de injuncao du Brésil, où l'individu peut faire recours en cas de négligence du législateur (cour suprême), si l'on ne compte pas l'accion de tutela colombienne (cour constitutionnelle) qui est généralement considérée comme un amparo subsidiaire.*

³⁵³ *Slovénie, Croatie, Macédoine, Bavière, Hongrie, Malte, République fédérative de Yougoslavie et Monténégro, Colombie, Brésil.*

³⁵⁴ *Il y a quelques exceptions, et l'on trouve en Allemagne la possibilité de contester directement la loi, et en Slovénie, Espagne, République fédérative de Yougoslavie et Monténégro, la possibilité de la contester indirectement.*

³⁵⁵ *Slovénie, "Ex-République Yougoslave de Macédoine".*

méthodes de travail à cet état de choses, en adoptant la formule des chambres spécialisées³⁵⁶ ou d'unités encore plus réduites.

Les éléments suivants sont caractéristiques de l'institution du recours constitutionnel:

- Le système du tri préalable des demandes, très poussé en Allemagne, qui a pour but d'éliminer les recours paraissant dénués de toute chance de succès, donnant ainsi plus de facilité à la juridiction constitutionnelle pour le rejet de ces recours;
- Les recours constitutionnels visent généralement à protéger les droits et libertés constitutionnels, mais ceux-ci ne sont définis qu'avec une précision relative dans les systèmes individuels,³⁵⁷ alors qu'ils le sont de façon plus explicite dans la plupart des autres systèmes. Il existe aussi des formes spéciales de recours constitutionnel pour la protection de certaines catégories de droits³⁵⁸.
- A quelques exceptions près, les décisions contestées sont des décisions de caractère individuel³⁵⁹.
- Les personnes habilitées à former un recours constitutionnel sont généralement des particuliers³⁶⁰.
- La demande de recours doit obligatoirement porter sur la protection de l'intérêt juridique du demandeur ou sur les conséquences de la décision contestée qui l'affectent personnellement, bien que la notion d'intérêt juridique soit assez mal définie dans la plupart des pays.

³⁵⁶ Par exemple, la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne et la Cour constitutionnelle espagnole.

³⁵⁷ Exemples: la Slovénie, la Croatie, la République fédérative de Yougoslavie et le Monténégro, où "tous" les droits fondamentaux garantis par la constitution sont censés être protégés.

³⁵⁸ En République fédérale d'Allemagne, ce sont les municipalités qui ont qualité pour agir en matière de protection des droits à l'autonomie, et c'est à elles qu'il appartient de former les recours constitutionnels "communaux". Ce type de recours existe sur le plan fédéral, et aussi dans les Länder de Bade-Wurtemberg et de Rhénanie du Nord-Westphalie. Il existe également dans le Land de Rhénanie-Palatinat un type particulier de recours qui permet aux individus d'invoquer les dispositions constitutionnelles en cas de nationalisation des terres (Sozialisierung). Enfin, on trouve en Espagne une forme spéciale de recours constitutionnel pour la protection de l'institution de l'initiative législative populaire.

³⁵⁹ En Suisse et en Autriche, le recours constitutionnel ne peut viser qu'une décision administrative. En Allemagne, il peut viser tous les types de décisions, y compris législatives. En Espagne, en Slovénie, en République fédérative de Yougoslavie ou au Monténégro, le recours constitutionnel peut également viser indirectement la loi. Enfin, la négligence du législateur peut être directement visée par le recours constitutionnel au Brésil, et l'être également en pratique devant la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne et devant la Cour constitutionnelle de Bavière.

³⁶⁰ Cette possibilité est explicitement étendue aux personnes morales en Autriche, en République fédérale d'Allemagne, en Espagne, en Suisse, en République fédérative de Yougoslavie et au Monténégro, alors qu'elle leur est interdite en Croatie. Dans certains pays, le recours peut également être formé par l'ombudsman (Espagne, Slovénie, République fédérative de Yougoslavie) ou par le ministère public (Espagne, Portugal).

- L'épuisement des moyens de protection prévus par la loi est une condition essentielle de la recevabilité des demandes de recours, mais il y a des exceptions où la cour constitutionnelle peut traiter une affaire indépendamment de l'épuisement des voies de recours.³⁶¹
- Le délai pour le dépôt de la demande va de 20 jours à trois mois (moyenne: un mois) à compter du jour de la réception ou de la notification d'une décision définitive et légalement impérative;
- Dans la plupart des cas, la demande doit répondre à certaines conditions de forme: elle doit être présentée par écrit et indiquer l'Etat visé, la décision contestée, le droit invoqué, etc.;
- La plupart des pays prévoient un système d'ordonnances conservatoires qui permet à la juridiction constitutionnelle de suspendre l'application de la décision contestée pendant l'examen de l'affaire;
- Certains systèmes prévoient la condamnation aux frais de justice en cas d'abus de procédure³⁶²;
- S'agissant des effets de la décision, la juridiction constitutionnelle ne peut se prononcer que sur des questions de droit constitutionnel relatives à la violation alléguée d'un droit inscrit dans la loi fondamentale. Si cependant la juridiction conclut qu'il y a eu effectivement violation, sa décision peut avoir valeur de cassation inter partes (et erga omnes si l'acte contesté est une loi). Dans l'exercice de ces fonctions, la juridiction constitutionnelle représente la plus haute autorité judiciaire du pays.

Bien qu'elle ne soit pas un tribunal de pleine et entière juridiction, elle est concrètement le seul juge compétent pour dire si un tribunal ordinaire a violé ou non les droits constitutionnels du demandeur. Les cas de recours constitutionnel soulèvent des problèmes délicats concernant la définition du champ d'application des dispositions constitutionnelles. Quoi qu'il en soit, les délibérations et les décisions des juridictions constitutionnelles ne peuvent aller au-delà des questions de droit constitutionnel. Le cas de la Slovénie a ceci de particulier que, dans ce pays, la Cour constitutionnelle peut, dans certaines conditions, prendre une décision définitive sur les droits constitutionnels eux-mêmes et sur les libertés fondamentales³⁶³.

III. LES FORMES EXTRA-NATIONALES DE RECOURS INDIVIDUEL

1. La notion de recours constitutionnel est habituellement liée à la protection des droits fondamentaux sous sa forme nationale. Mais cette protection par voie de recours est également prévue dans certains instruments internationaux³⁶⁴.

³⁶¹ République fédérale d'Allemagne, Slovénie, Suisse.

³⁶² Allemagne, Autriche, Portugal, Espagne, Suisse.

³⁶³ Article 60, paragraphe 1, de la loi slovène sur la cour constitutionnelle (*Journal officiel* n ° 15/94).

³⁶⁴ C'est le cas par exemple de l'article 2 du Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques (résolution 2000 A (XXI) de l'Assemblée générale des Nations Unies, du 16 décembre 1966) où il est dit que tout particulier affirmant être victime de la violation de l'un quelconque des droits proclamés dans le Pacte peut soumettre son cas au Comité des droits de l'homme aux fins d'examen. Ce droit de recours individuel est également prévu dans les textes suivants: article 23 de la Déclaration du Parlement européen sur les droits et libertés fondamentales (12 avril 1989); point

2. La Convention européenne des droits de l'homme du 4 novembre 1950 reconnaît à tout individu un droit de recours dit individuel³⁶⁵ en vertu duquel tout particulier peut s'adresser à la Commission européenne des droits de l'homme pour demander réparation de la violation d'un droit garanti par ladite Convention. Ce moyen d'action international est comparable sur certains points aux systèmes nationaux. Il remplit une fonction de recours individuel là où le droit national n'offre pas une protection suffisante. Ce recours international est un moyen d'action subsidiaire (soumis à la condition de l'épuisement des voies de recours internes), il n'a pas le caractère d'un recours populaire, et il n'a pas d'effet rétroactif ni d'effet de cassation. Il diffère aussi du recours constitutionnel en ceci, qu'il ne peut aboutir qu'à une constatation.

C'est le statut de la Convention européenne dans le droit national qui détermine si un individu peut invoquer cette Convention, ou même fonder sur elle un recours national. Ce statut détermine aussi la liberté dont jouissent les juridictions nationales dans l'interprétation des dispositions de la Convention. Cette place de la Convention européenne dans le droit interne définit en fait le rapport entre les juridictions constitutionnelles nationales et les organes européens dans les cas où la décision définitive d'une juridiction nationale fait l'objet d'un recours individuel devant la Commission européenne.

La Convention européenne:

- a valeur constitutionnelle en Autriche;
- peut servir de base à un recours constitutionnel national en Suisse, où elle a un statut comparable aux dispositions de la constitution nationale;

(Il est possible dans ces deux pays de fonder un recours constitutionnel national sur les dispositions de la Convention).

- a un statut supérieur à celui du droit commun³⁶⁶;
- a un statut égal à celui du droit commun³⁶⁷;
- n'est pas d'application immédiate en droit national³⁶⁸;

18, paragraphe 2, du document de la réunion de Moscou de la CSCE (3 novembre 1991), article 25 de la Convention américaine des droits de l'homme (22 novembre 1969) et article 28 du traité de la Communauté européenne (1er février 1992).

³⁶⁵ Article 25 de la Convention.

³⁶⁶ Belgique, France, Luxembourg, Malte, Pays-Bas, Portugal, Espagne, Chypre.

³⁶⁷ République fédérale d'Allemagne, Danemark (loi spéciale du 1er juillet 1992), Finlande, Italie, Liechtenstein, Saint-Marin, Turquie.

³⁶⁸ Certains pays anglophones d'Afrique (Kenya, Tanzanie, Ouganda, Nigéria) font exception: ils ont repris expressément le système de protection des droits de la Convention européenne (par exemple le Nigéria dans la Constitution de 1960), en étant influencés par la clause territoriale de la CEDH (art. 63), dont le Royaume-Uni a fait usage le 23 octobre 1953 en ce qui concerne la Convention elle-même et le Protocole I.

- la Slovénie a signé la Convention européenne le 14 mai 1993 et l'a ratifiée le 8 juin 1994³⁶⁹. La Constitution slovène de 1991 règle ces questions par un certain nombre de dispositions constitutionnelles et légales³⁷⁰.

La création d'un système de recours constitutionnel européen et le fonctionnement des organes correspondants, et notamment de la Cour européenne des droits de l'homme, soulèvent le problème suivant: la décision définitive appartient-elle aux autorités nationales ou aux autorités supra-nationales? Si cette décision appartient aux autorités nationales, la juridiction constitutionnelle, organe suprême pour le contrôle de la constitutionnalité et de la légalité et pour la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁷¹, n'a compétence que pour les questions de droit constitutionnel. Le contrôle des décisions judiciaires, les questions de fond et les problèmes relatifs à l'administration de la preuve relèvent des tribunaux ordinaires. Ce caractère subsidiaire du recours constitutionnel apparaît également dans cette division des fonctions entre juridiction constitutionnelle et tribunaux ordinaires. On pourrait dire qu'il y a gradation de pouvoir en partant de la cour suprême nationale et en s'élevant de là à la juridiction constitutionnelle nationale, puis à la Commission européenne et à la Cour européenne. En fait, cependant, cette gradation n'est pas essentiellement une question de juridiction, bien que celle-ci joue un rôle essentiel en permettant que le recours constitutionnel national vienne en complément de la protection judiciaire nationale, et le système de recours supra-national en complément du système de recours constitutionnel national.

IV. LA SLOVENIE

1. Le système de recours constitutionnel en Slovénie

Depuis la Constitution de 1963, la Cour constitutionnelle qui existait auparavant est également devenue responsable de la protection des droits et libertés fondamentales. Cette cour était déjà chargée de veiller sur la protection des droits à l'autonomie et des droits et libertés fondamentales découlant de la constitution fédérale et de la constitution de chaque république, si ces droits étaient violés par une décision individuelle ou par un acte d'un organisme ou d'une entreprise nationale ou locale, et si la loi ne prévoyait pas d'autre protection légale³⁷². En tel cas, les décisions de la Cour constitutionnelle avaient effet de cassation si la violation était dûment établie (annulation, invalidation ou amendement de la décision individuelle et annulation des conséquences éventuelles; cessation de l'activité en cours). Le rôle de la cour avait un caractère subsidiaire, et l'on ne pouvait s'adresser à elle que s'il n'y avait pas d'autre protection légale possible en l'espèce ou si tous les autres moyens légaux avaient été épuisés.

³⁶⁹ *Journal officiel*, n° 33/94.

³⁷⁰ *Les lois et les règlements doivent être conformes aux principes généralement reconnus du droit international et aux accords internationaux signés par la Slovénie. Les accords internationaux ratifiés et promulgués peuvent être directement invoqués (article 8 de la Constitution). Il appartient à la cour constitutionnelle de se prononcer sur la conformité des lois et règlements avec les accords internationaux ratifiés et les principes généraux de droit international (article 160, paragraphe 1, de la Constitution et article 21, paragraphe 1, de la loi sur la cour constitutionnelle).*

³⁷¹ *Le statut de la Cour constitutionnelle de Slovénie est défini par exemple à l'article premier, paragraphe 1, de la loi sur la Cour constitutionnelle (Journal officiel n° 15/94).*

³⁷² *Article 228, paragraphe 3, de la Constitution de 1963, et article premier, paragraphe 1, de la loi sur la Cour constitutionnelle (Journal officiel, n°s 39/63 et 1/64).*

En pratique, cependant, la Cour constitutionnelle de cette époque rejetait les demandes présentées par des individus au motif de non-compétence et renvoyait les demandeurs devant les tribunaux ordinaires. Cet état de choses créait une attitude négative parmi les membres mêmes de la cour, puisque, sachant à l'avance que les demandes de ce genre étaient rejetées, ils se trouvaient placés devant une tâche à la fois répétitive et vaine. Aussi est-ce la cour elle-même qui fit valoir l'idée que, dans le cas des décisions individuelles, la solution la plus raisonnable était de les soumettre aux tribunaux ordinaires. Cette "compétence négative" de la Cour constitutionnelle (dans les cas où il n'y avait pas d'autre moyen de protection légale) se traduisait par une absence de résultat dans son action, alors que cette action avait précisément été prévue pour servir de recours dans la protection des droits. Par contre, le système de la Cour constitutionnelle garantissait entièrement la possibilité individuelle d'appel populaire, sans que le demandeur eût à démontrer l'existence d'un intérêt juridique personnel.

A partir de là, le recours constitutionnel a disparu du système en place jusqu'à sa réintroduction dans la Constitution de 1991, depuis laquelle il se trouve combiné avec les dispositions antérieures, c'est-à-dire avec la possibilité de former un appel populaire³⁷³ devant la Cour constitutionnelle (bien que le demandeur ait à démontrer l'existence d'un intérêt juridique en cause, ce qui a pour effet de limiter le nombre des recours). Ainsi, un individu peut contester toutes les catégories de décisions (générales) en formant un recours constitutionnel ou populaire.

Les dispositions de la Constitution de 1991 qui sont consacrées au recours constitutionnel sont assez peu détaillées,³⁷⁴ mais la Constitution elle-même³⁷⁵ prévoit des dispositions législatives spéciales³⁷⁶.

La Cour constitutionnelle ayant compétence pour juger les recours contre la violation des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁷⁷, il s'ensuit que cette protection s'étend à tous les droits de l'homme et libertés fondamentales constitutionnellement garantis³⁷⁸, y compris les droits de l'homme et libertés adoptés par le biais des accords internationaux qui sont incorporés dans le droit interne après ratification.

Le recours constitutionnel peut être formé par toute personne physique ou morale³⁷⁹ ainsi que par le protecteur des droits de l'homme (ombudsman) dans les cas individuels dont il a à s'occuper³⁸⁰, bien que dans ces cas-là l'ombudsman ait à agir avec l'accord de l'individu dont il

³⁷³ Article 162, paragraphe 2, de la Constitution de 1991, et article 24 de la loi de 1994 sur la cour constitutionnelle.

³⁷⁴ Articles 160 et 161 de la Constitution.

³⁷⁵ Article 160, paragraphe 3, de la Constitution.

³⁷⁶ Articles 50 à 60 de la loi sur la Cour constitutionnelle (*Journal officiel*, n ° 15/94).

³⁷⁷ Article 160, paragraphe 1, de la Constitution.

³⁷⁸ Cet élargissement de la protection, que l'on trouve en Slovénie, en Croatie et au Monténégro, est rare par ailleurs, les droits protégés étant généralement définis de façon précise.

³⁷⁹ Article 50, paragraphe 1, de la loi.

³⁸⁰ Article 50, paragraphe 2, de la loi.

protège les droits et les libertés fondamentales³⁸¹. Le recours constitutionnel vise une décision individuelle d'un organe de l'Etat fédéral, d'un organe des pouvoirs autonomes ou d'un détenteur de l'autorité publique qui est accusé de violation des droits de l'homme ou des libertés fondamentales³⁸².

L'épuisement des voies de recours légales est une condition préalable à la formation du recours³⁸³. Cependant, et à titre exceptionnel,³⁸⁴ la Cour constitutionnelle peut recevoir une demande avant l'épuisement des voies de recours si la violation alléguée est évidente et si l'exécution de la décision individuelle en cause est de nature à entraîner des conséquences irréparables pour le demandeur³⁸⁵.

Le délai légal pour former un recours constitutionnel est de 60 jours à compter de l'adoption de la décision en cause,³⁸⁶ mais la Cour constitutionnelle peut étendre ce délai en cas de motif suffisant³⁸⁷. La demande de recours doit désigner la décision contestée, être motivée en fait et préciser la violation en cause des droits de l'homme et des libertés fondamentales³⁸⁸. Elle doit être présentée par écrit et complétée par une copie de la décision contestée et toutes les pièces nécessaires³⁸⁹.

C'est une chambre composée de trois magistrats qui se prononce à huis clos sur la recevabilité du recours. La cour peut constituer le nombre de chambres nécessaire à son activité³⁹⁰.

La décision sur la recevabilité n'est pas susceptible d'appel³⁹¹. Le recours peut être communiqué au défendeur pour réplique, avant ou après la décision sur la recevabilité³⁹². Le plus souvent, la cour juge le recours à huis clos; mais elle peut aussi siéger en audience publique³⁹³. Elle peut également émettre une ordonnance conservatoire visant la décision individuelle, la loi, le

³⁸¹ Article 52, paragraphe 2, de la loi.

³⁸² Article 50, paragraphe 1, de la loi.

³⁸³ Article 160, paragraphe 3, de la Constitution, et article 51, paragraphe 1, de la loi.

³⁸⁴ On ne trouve cette exception qu'en Allemagne et en Suisse.

³⁸⁵ Article 51, paragraphe 2, de la loi.

³⁸⁶ Article 52, paragraphe 1, de la loi.

³⁸⁷ Article 52, paragraphe 3, de la loi.

³⁸⁸ Article 53, paragraphe 1, de la loi.

³⁸⁹ Article 53, paragraphes 2 et 3, de la loi.

³⁹⁰ Article 162, paragraphe 3, de la Constitution et article 54, paragraphe 1, de la loi.

³⁹¹ Article 55, paragraphe 3, de la loi.

³⁹² Article 56 de la loi.

³⁹³ Article 57 de la loi.

règlement ou toute décision de caractère général ayant servi de base à l'adoption de la décision individuelle contestée³⁹⁴.

Sur le fond, la Cour constitutionnelle peut:

- rejeter le recours comme non motivé;
- annuler ou invalider en tout ou en partie la décision contestée, ou renvoyer l'affaire devant l'organisme compétent en vue d'une nouvelle décision³⁹⁵;
- annuler ou invalider toute loi ou tout règlement anticonstitutionnel relatif à l'exercice du pouvoir public, si elle juge que la décision individuelle annulée est fondée sur ledit règlement ou ladite loi³⁹⁶;
- lorsque la cour annule ou invalide la décision individuelle contestée, elle peut aussi se prononcer sur les droits ou libertés si cela est nécessaire pour effacer les conséquences qui se sont déjà produites en raison de la décision annulée ou invalidée, ou si la nature du droit ou de la liberté constitutionnelle en question l'exige, et à condition que cela soit nécessaire sur la base du dossier qui lui est présenté;³⁹⁷ son arrêt est alors exécuté par l'organisme chargé d'appliquer la décision individuelle que la cour a annulée et à laquelle elle a substitué sa propre décision; s'il n'existe pas d'organisme compétent aux termes des règles en vigueur, la cour en désigne un³⁹⁸.

Les particularités du système slovène sont donc les suivantes:

- exceptions à la règle de l'épuisement des recours légaux avant le dépôt du recours;³⁹⁹
- interprétation libérale des droits constitutionnels protégés par voie de recours, par comparaison avec les systèmes où les droits ainsi protégés sont expressément définis;
- possibilité de former un recours contre une ordonnance judiciaire, ce qui est relativement rare;⁴⁰⁰
- procédure ex officio: si la cour, dans l'examen d'une affaire qui lui est soumise, constate que la décision individuelle en cause est fondée sur un règlement ou une loi anticonstitutionnelle, elle n'est pas liée par les termes de la demande de recours et peut annuler ou invalider ledit règlement ou ladite loi;⁴⁰¹

³⁹⁴ Article 58 de la loi.

³⁹⁵ Article 59, paragraphe 1, de la loi.

³⁹⁶ Article 161, paragraphe 2, de la Constitution et article 59, paragraphe 2, de la loi.

³⁹⁷ Article 60, paragraphe 1, de la loi.

³⁹⁸ Article 60, paragraphe 2, de la loi.

³⁹⁹ Article 51 de la loi.

⁴⁰⁰ Ce système n'existe qu'en Croatie, en Macédoine, au Portugal, en Espagne, en RFY et au Monténégro.

⁴⁰¹ Article 59, paragraphe 2, de la loi.

- coexistence du recours constitutionnel et du recours populaire, limité par la condition relative à l'intérêt juridique du demandeur;
- gratuité de la procédure: chaque partie assume ses frais de justice, sauf décision contraire de la cour;⁴⁰²
- possibilité de décision définitive sur les droits constitutionnels⁴⁰³.

2. La pratique constitutionnelle slovène (recours populaire et recours constitutionnel) depuis 1991, comparée avec la pratique des autres pays

a) Les droits individuels, politiques et civiques de l'individu

Alors qu'à l'origine les juridictions constitutionnelles avaient principalement pour tâche de protéger les droits politiques de l'individu, cette protection s'est étendue depuis quelques dizaines d'années aux droits individuels et civiques. Dans le cas de ces deux dernières catégories de droit, les juridictions modernes, ne pouvant s'inspirer que partiellement des précédents en matière de droits politiques, ont défini tout un ensemble de normes nouvelles⁴⁰⁴.

aa) Le principe de l'égalité devant la loi

Ce principe est au coeur même de la jurisprudence dans l'Europe d'aujourd'hui, et c'est essentiellement en l'appliquant que les juridictions constitutionnelles ont pu étendre leur domaine de compétence. Aidées par la doctrine, ces juridictions ont affirmé progressivement l'idée qu'il y a violation du principe d'égalité lorsque les distinctions faites par le législateur peuvent être caractérisées comme arbitraires⁴⁰⁵. Vu que l'égalité devant la loi n'est pas une égalité absolue, mais seulement relative, la question qui se pose alors est de savoir si ces distinctions sont objectivement motivées et cohérentes avec l'ordre juridique national,⁴⁰⁶ et les juridictions constitutionnelles n'ignorent évidemment pas qu'elles risquent d'outrepasser leur compétence et de donner à leur action une dimension politique qui ne leur appartient pas. D'où une double nécessité: réaffirmer l'importance du principe du "judicial self-restraint" et, d'autre part, produire une méthodologie adéquate concernant la prise des décisions et leur évaluation⁴⁰⁷.

La Cour constitutionnelle slovène a elle aussi invoqué fréquemment ce principe (article 14 de la Constitution) parmi les principaux motifs de ses décisions, et, dans des cas aussi délicats, elle a déjà formulé des normes précises en partant de la définition fondamentale suivante: par l'égalité devant la loi, il faut entendre l'application non arbitraire de la loi à ceux qui lui sont soumis⁴⁰⁸.

⁴⁰² Article 34, paragraphe 1, de la loi.

⁴⁰³ Article 60, paragraphe 1, de la loi.

⁴⁰⁴ Bruenneck, p. 89.

⁴⁰⁵ Pereni_ - How..., p. 80.

⁴⁰⁶ Pereni_ - Legal ..., p. 684.

⁴⁰⁷ Pereni_ - Legal ..., p. 681.

⁴⁰⁸ Voir aussi Šinkovec, p. 1.

La cour considère en outre que l'article 14 ne vise pas seulement les personnes physiques, mais s'applique aussi aux personnes morales⁴⁰⁹. Le législateur doit tenir compte des différences de fait dans les normes qu'il applique. Et la Cour constitutionnelle, en statuant sur les cas de violation du principe de l'égalité devant la loi, doit décider si les distinctions faites par le législateur sont fondées sur des bases objectives ou s'il existe véritablement des différences de situation qui appellent des solutions à la fois différentes et équitables. Les différences de situation réelles peuvent donc justifier des normes différentes; par contre, le principe de l'égalité ne permet pas au législateur de traiter différemment des situations identiques⁴¹⁰.

ab) Liberté d'opinion et liberté de la presse (communication)

A de rares exceptions près, on constate dans la pratique des juridictions constitutionnelles une tendance constante à étendre ces deux libertés⁴¹¹. Cependant, les juridictions n'ont réussi qu'à limiter l'augmentation régulière des taxes de radiotélévision en opposant les principes constitutionnels aux intérêts économiques, et elles ont ainsi cédé devant la pression structurelle du système économique⁴¹².

La Cour constitutionnelle slovène a annulé les dispositions de la loi sur la radiotélévision slovène,⁴¹³ où la désignation du directeur de la radiotélévision était prévue dans des termes imprécis et juridiquement mal définis, au motif que ces dispositions étaient incompatibles avec le principe de l'Etat de droit (article 2 de la Constitution) et que, en ne donnant pas au directeur de la radiotélévision l'indépendance nécessaire par rapport aux pouvoirs publics et aux puissances politiques du moment, elles ne répondaient pas à l'obligation de protéger le droit à une presse libre (article 39 de la Constitution).

ac) Le droit de réunion et d'association

La pratique des juridictions constitutionnelles montre qu'elles interprètent généralement ce droit de façon extensive et qu'elles n'autorisent les exceptions que dans d'étroites limites⁴¹⁴.

La Cour constitutionnelle de Slovaquie s'est penchée sur la question dans les cas où l'appartenance obligatoire à une association porte atteinte à la liberté de réunion et d'association que garantit l'article 42 de la Constitution. Dans le cas de l'Ordre des médecins, elle a jugé que, s'agissant d'une institution que la loi charge d'un contrôle public de la pratique médicale, l'inscription obligatoire des médecins à l'Ordre, prévue dans la loi sur la santé publique,⁴¹⁵ n'était pas une restriction au droit constitutionnel de réunion et d'association⁴¹⁶. C'est là une des rares

⁴⁰⁹ Šinkovec, p. 1.

⁴¹⁰ Rapport 1993, p. 18.

⁴¹¹ Bruenneck, p. 72.

⁴¹² Bruenneck, p. 77.

⁴¹³ Article 31 de la loi, résolution n° U-I-172/93 du 9 novembre 1994 (Journal officiel n° 73/94).

⁴¹⁴ Bruenneck, p. 78.

⁴¹⁵ Journal officiel, n° 2/92.

⁴¹⁶ Résolution n° U-I-48/92 du 11 février 1993 (Journal officiel n° 12/93) et Zbirka (Collection) 93/n° 15.

décisions de la cour qui s'appuie sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁴¹⁷. Dans le cas de l'appartenance obligatoire à la "chambre sociale", la cour a conclu au contraire que, malgré le caractère d'intérêt général des services de sécurité sociale, cette atteinte à la liberté générale de l'individu n'était pas absolument nécessaire, étant donné que la "chambre sociale" peut s'acquitter de ses fonctions, y compris celles qui lui font jouer un rôle de pouvoir public, sans affiliation obligatoire⁴¹⁸.

ad) Droits électoraux

La Cour constitutionnelle de Slovénie n'a jamais eu à se prononcer sur les éléments fondamentaux du système électoral, bien que la loi le lui permette. Mais sa jurisprudence montre qu'elle veille à ce que les décisions de principe du Parlement soient traduites dans les faits, et à ce que ces décisions soient mises en pratique de telle façon que certains groupes d'électeurs ne se trouvent pas dans une situation d'infériorité et que certains candidats ne soient pas avantagés⁴¹⁹.

Lorsqu'elle a à se prononcer sur la constitutionnalité du système électoral, la Cour constitutionnelle de Slovénie doit se contenter de vérifier la compatibilité de ce système avec les principes explicites relatifs à la généralité et à l'égalité des droits électoraux (article 43 de la Constitution), au secret du vote, etc., en laissant au Parlement le soin d'apprécier les questions de plus ou moins grande impartialité ou de préférence entre les modes de scrutin, en vertu là encore du principe de du "judicial self-restraint" commun à tous les pays où s'applique la division des pouvoirs⁴²⁰.

ae) Droits de l'individu en matière de procédure judiciaire

Les juridictions constitutionnelles ont trouvé la source principale de ce droit dans le principe du procès équitable,⁴²¹ tout en se préoccupant des conditions d'internement, des conditions dans lesquelles sont rendus les verdicts et des conditions dans lesquelles sont exécutées les sanctions pénales. S'agissant de la base légale de la sanction et de l'emprisonnement, l'opinion prévalente est que ces décisions peuvent être rendues et exécutées si elles correspondent à la gravité de l'acte délictuel, c'est-à-dire si elles satisfont aux exigences de comparabilité, de constitutionnalité du droit pénal et d'interdiction de tout châtiment cruel et non nécessaire. En cas de doute à ce sujet, les juridictions constitutionnelles tendent manifestement à défendre la liberté de l'individu plutôt qu'à étendre les droits de l'Etat⁴²².

La Cour constitutionnelle de Slovénie s'est elle aussi prononcée pour l'essentiel en faveur de l'individu, en refusant tout ce qui est attentatoire à ses droits (articles 22, 23, 25, 28 et 31 de la

⁴¹⁷ Convention européenne des droits de l'homme, article 11; décision dans l'affaire *Le Compte* (23 juin 1981), rapport p. 17.

⁴¹⁸ Décret n° U-I-137/93 du 2 juin 1994 (*Journal officiel*, n° 42/94).

⁴¹⁹ Bruenneck, p. 84.

⁴²⁰ Voir la motivation de la résolution n° U-I-128/92, du 27 octobre 1992 (*Journal officiel* n° 53/92 et *Zbirka* 92/n° 75).

⁴²¹ Bruenneck, p. 94.

⁴²² Bruenneck, p. 97.

Constitution), qu'il s'agisse de limitation des moyens de preuve, de nonaccès à certains moyens d'action légaux, de décisions pénales arbitraires dues au caractère général des règles de procédure, ou de mesures appliquées pour les mêmes raisons aux personnes acquittées ou condamnées.

af) Protection de la vie privée et des données personnelles

Ce droit, dont le respect est de plus en plus affirmé par la doctrine et dans la pratique, est également confirmé dans les décisions de la Cour constitutionnelle de Slovénie⁴²³.

ag) Liberté de mouvement

Les juridictions constitutionnelles interprètent ce droit en se fondant sur le principe général qui veut que les limitations qui lui sont apportées pour des raisons d'ordre et de sécurité publique soient indispensables à la protection d'une "société démocratique particulière"⁴²⁴.

La pratique de la Cour constitutionnelle de Slovénie découle de l'article 34 de la Constitution: les dispositions de la loi sur les étrangers qui prévoient⁴²⁵ que le refus de délivrer un visa et l'interdiction ou le refus d'entrer dans le pays doivent être consignés dans le passeport d'un étranger, ne portent pas atteinte à ses droits individuels, et ne sont donc pas en conflit avec la Constitution⁴²⁶. Par contre, le décret adopté par le Conseil exécutif de l'Assemblée de la République de Slovénie au sujet du versement d'avances sur les pensions militaires⁴²⁷ est contraire à la Constitution, parce qu'il limite le droit constitutionnel des citoyens à une pension quel que soit leur lieu de résidence alors que la Constitution garantit la liberté de mouvement⁴²⁸.

b) Les droits économiques, sociaux et culturels

Les juridictions constitutionnelles modernes reconnaissent que le législateur peut empiéter de façon considérable sur les droits économiques pour des raisons de caractère social (par exemple en matière de propriété ou de libre exercice d'une profession, commerciale ou autre). Il est assez rare que la constitutionnalité de ces décisions soit mise en cause,⁴²⁹ et la plupart des juridictions constitutionnelles ont tendance à accepter les limitations de propriété voulues par le législateur. La seule exception est celle de l'Italie: la cour constitutionnelle de ce pays a fréquemment condamné comme contraires à l'intérêt général des décisions tendant à limiter ou même à exclure les indemnisations pour nationalisation de terrains à construire⁴³⁰. Les juridictions

⁴²³ Voir aussi *Rapport 1993*, p. 18.

⁴²⁴ *Rengeling*, p. 75-76.

⁴²⁵ *Journal officiel*, n° 1/91-I.

⁴²⁶ *Résolution n° U-I-90/91*, du 7 mai 1992, et *Zbirka*, 92/n° 30.

⁴²⁷ *Journal officiel*, n° 4/92.

⁴²⁸ *Décret n° U-I-70/92* du 5 novembre 1992 (*Journal officiel* n° 55/92 et *Zbirka* 92/n° 77).

⁴²⁹ *Bruenneck*, p. 63.

⁴³⁰ *Bruenneck*, p. 66.

constitutionnelles n'offrent aux droits économiques qu'une protection minimum, ou limitée aux plus indispensables d'entre eux, reconnaissent au législateur une grande liberté de jugement, et suivent presque toujours son opinion. La plupart des constitutions ne prévoient pas de solutions concrètes pour la solution des questions économiques, ce qui impose également une certaine modération au juge constitutionnel. Dans le domaine des droits sociaux, par contre, les juridictions constitutionnelles accordent une protection assez étendue à la liberté d'association et au droit de grève, en s'opposant à une intervention excessive des pouvoirs publics. A cette exception près, la protection des droits sociaux de l'individu est encore plus limitée que la protection de ses droits économiques, et les juridictions constitutionnelles admettent généralement la légitimité des solutions adoptées par le législateur dans ce domaine⁴³¹.

Dans les questions de ce genre, la Cour constitutionnelle de Slovénie statue généralement en s'inspirant du principe du non-empiètement du pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif, et ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'elle sanctionne le législateur pour faire respecter la réalité d'une situation provisoire où le système politique et social subit des changements⁴³².

CONCLUSION

1. Le recours constitutionnel est la forme principale de la protection judiciaire des droits fondamentaux. On remarquera à cet égard ce qui suit:

- Les droits constitutionnels sont des attributs de tout système juridique démocratique;
- Le recours constitutionnel est l'un (seulement) des moyens possibles de protéger ces droits;
- Le recours constitutionnel n'est pas un droit constitutionnel,⁴³³ malgré l'importance de la protection légale qu'il représente. Cependant, la constitution garantit le recours constitutionnel de la même façon que les droits qu'elle protège. En même temps, le recours constitutionnel est limité par la loi dans l'intérêt de l'efficacité pratique de la juridiction constitutionnelle elle-même;

⁴³¹ Bruenneck, p. 71. Dans le cas de la Cour européenne de Luxembourg, Rengeling (p. 233) signale que cette cour hésite encore à voir dans les droits sociaux une source de questions pouvant affecter les bases mêmes de la Communauté. A cette date, la Cour européenne n'a que rarement conclu à une violation des droits fondamentaux, sauf dans les affaires mettant en cause le principe d'égalité et le droit de propriété. Même dans la Convention européenne des droits de l'homme, la protection des droits sociaux paraît limitée (Frowein, p. 263). Par contre, la Cour européenne des droits de l'homme de Strasbourg a donné dans une ordonnance du 9 octobre 1979 son interprétation du rôle des droits économiques et sociaux dans la Convention. Cette interprétation fait une large place à l'élément social des droits de l'homme, notamment en ce qui concerne le Pacte des Nations Unies relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels, la Charte sociale européenne et le principe constitutionnel de l'Etat social, qui, d'après la Cour, est la source principale de la responsabilité sociale de l'Etat dans la protection des travailleurs, dans la protection contre les atteintes législatives à la propriété privée, la protection dans le domaine social, la protection des personnes nécessiteuses et l'éducation. On peut dire que l'élément social des droits de l'homme s'affirme par l'interprétation que la ou les cours donnent de la Convention européenne des droits de l'homme, et qui revient à étendre les droits sociaux.

⁴³² Rapport, p. 14-15.

⁴³³ Voir plus haut, note 17, la position de la Cour constitutionnelle de Slovénie.

- L'efficacité des recours constitutionnels peut être contestée, vu que les demandeurs qui obtiennent satisfaction sont nettement minoritaires, mais ce n'est pas là une raison de les limiter ni de les abolir. De plus, cette efficacité relative est très souvent le résultat du nombre excessif des cas soumis à ces juridictions. La pratique slovène confirme cet état de choses⁴³⁴.

Malgré les propriétés contradictoires qui sont propres à cette institution, il y a lieu de laisser aux individus la possibilité de recourir à la justice pour protéger leurs droits constitutionnels. L'existence même du recours constitutionnel donne plus d'efficacité à la lutte contre les violations des droits constitutionnels par les pouvoirs publics.

2. La protection des droits constitutionnels et des libertés fondamentales est une tâche importante pour la plupart des juridictions constitutionnelles, que cette tâche s'exerce sous une forme positive ou négative. Dans les pays où le juge constitutionnel a une fonction de "législateur négatif", c'est précisément dans le domaine des droits fondamentaux que le contrôle de constitutionnalité est le plus efficace. Mais, même dans les domaines où le législateur a le premier rôle (concrétisation des principes constitutionnels dans l'organisation des pouvoirs publics ou de l'activité économique), les juridictions constitutionnelles prennent garde à ce que les droits fondamentaux soient protégés. C'est dans de tels cas qu'elles jouent un rôle de constituant secondaire (fonction positive) - autrement dit, qu'elles complètent dans certains cas particuliers les dispositions de la Constitution⁴³⁵.

La pratique slovène antérieure à 1991 se caractérise par le fait que, comparée avec la pratique dans le reste de l'Europe, on y évitait beaucoup plus de se référer aux principes juridiques, fussent-ils explicitement inscrits dans la Constitution⁴³⁶. Par contre, comme dans la pratique étrangère, le principe d'égalité occupait une place prédominante. Les décisions prises restaient dans le cadre juridique, et tout autre principe en était écarté. La recherche des motifs respectait dans la plupart des cas le principe de la séparation des pouvoirs ainsi que la présomption de constitutionnalité de la loi.

Quant à savoir si la pratique postérieure à la Constitution de 1991 s'est adaptée à la pratique étrangère ou lui est plus comparable, on répondra que la pratique slovène est proche de la pratique étrangère dans sa façon d'approcher la question des droits fondamentaux, ce qui s'explique par le fait que les bases du nouveau système constitutionnel sont en grande partie inspirées des solutions en vigueur dans d'autres pays. Les exemples à l'appui de cette conclusion sont de plus en plus fréquents. On se rappellera par ailleurs que la fréquence des cas individuels dont les juridictions constitutionnelles ont à connaître dépend essentiellement des types de problèmes concrets dont elles sont saisies par les demandeurs. Le choix des trois dernières

⁴³⁴ La Cour constitutionnelle de Slovénie a reçu 180 recours entre le 1er janvier 1992 et le 20 novembre 1994. Sur les 31 recours sur lesquels elle s'est prononcée, 30 ont été rejetés pour des raisons de forme, et le demandeur n'a eu gain de cause que dans un seul cas (décision n° Up-16/92 du 25 novembre 1992, Journal officiel n° 57/92 du 30 novembre 1992, et Recueil des décisions de la Cour constitutionnelle, Od/US 95/I). Dans ce cas, la Cour a annulé une décision individuelle de la commission électorale et un arrêt de la Cour suprême de Slovénie au motif que l'élimination de la liste des candidats d'un parti dans une certaine circonscription électorale, alors que la liste des candidats du même parti était acceptée dans une autre circonscription, constituait une violation de l'égalité devant la loi ainsi que des droits électoraux des électeurs et des candidats.

⁴³⁵ Bruenneck, p. 171, 179.

⁴³⁶ Pereni_ - Legal ..., p. 686.

années comme période de test vient aussi du fait que la Constitution de 1991 considère surtout les droits fondamentaux comme une garantie de la légalité, c'est-à-dire comme un droit au sens strictement juridique du terme. La Cour constitutionnelle slovène joue maintenant un double rôle de protection, en ce qu'elle décide d'abord de la conformité des lois avec les dispositions constitutionnelles relatives aux droits fondamentaux (sous la forme d'une évaluation à la fois abstraite et concrète des dispositions législatives), mais aussi des recours constitutionnels contre les violations des droits de l'homme et des libertés fondamentales qui sont dues à des décisions individuelles⁴³⁷. On admet généralement que la Cour constitutionnelle slovène dispose de moyens suffisants pour mener à bien son action, vu que la Constitution prévoit des mesures pour son bon fonctionnement et que, d'autre part, les droits fondamentaux ayant tous la nature de principe juridique, ils se prêtent ainsi à de vastes progrès dans leur concrétisation et leur mise en application⁴³⁸.

BIBLIOGRAPHIE

1. Dispositions comparées des constitutions (Recueil Blaustein) et dispositions législatives et ordonnances des juridictions constitutionnelles et autres organes de contrôle constitutionnel.
2. Archives informatiques de la Cour constitutionnelle de la République de Slovénie.
3. Convention européenne des droits de l'homme (4/11/1950) et Protocoles 1 à 11.
4. Bojan Bugarič, Sodna kontrola ustavnosti v evropskih državah, *Pravnik*, no. 1-3/1993, p. 9, 10 avec des indications bibliographiques.
5. Jadranko Crnić, *Vladavina ustava (Zaštita sloboda i prava čovjeka i gradjanina)*, Informator Zagreb, 1994.
6. Gerhard Dannemann, Etude comparée des recours constitutionnels dans les Etats européens: La Slovénie et la Convention européenne des droits de l'homme, (Recueil d'études, Ljubljana, 1993, p. 107) (en slovène et en anglais).
7. Peter Jambrek, *Evropski standardi temeljnih pravic, Podjetje in delo*, p. 5-6/1994/XX, p. 581.
8. Ivan Kristan, *Ustavno sodstvo in ustavna pritožba*, *Pravnik*, no. 6-8/1992, p. 207
9. Ivan Kristan, *Ustavno sodstvo in ustavna pritožba*, *Zbrnik znanstvenih razprav*, LII, Ljubljana 1992, p. 181.
10. Christian Starck/Albrecht Weber, *Vefassungsgerichtsbarkeit in Westeuropa, Teilband I, II*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 1986.
11. Karl-Georg Zierlein, *Die Bedeutung der Verfassungsrechtsprechung für die Bewahrung und Durchsetzung der Staatsverfassung*, *EuGRZ* 1991, p. 301.

⁴³⁷ Article 160, paragraphe 1, de la Constitution (voir Pav_nik, p. 348).

⁴³⁸ Voir Pav_nik, p. 355.

12. Arne Mavčič, Ustavno sodstvo v ZR Nemčiji, Pravna praksa, no. 6/90, p. 11
13. Arne Mavčič, Ustavnosodno varstvo ustavnih pravic državljanov, Pravna praksa, no. 13/14-1990, p. 16, avec des indications bibliographiques.
14. Arne Mavčič, Ali so vlagatelji ustavne tožbe lahko le posamezniki?, Pravna praksa, no. 25/91, p. 16.
15. Arne Mavčič, Ustavno sodstvo v Španiji, Pravna praksa, no. 1/92, p. 16
16. Arne Mavčič, Pogoji za vložitev ustavne tožbe (pritože), Pravna praksa, no. 4/92, p. 13.
17. Arne Mavčič, Pristojnosti ustavnih sodišč in drugih organov ustavnosodne kontrole, Pravna praksa, no. 2/93, p. 17.
18. Arne Mavčič, Evropsko varstvo človekovih pravic, Pravna praksa, no. 9/10-1993, p. 4 avec des indications bibliographiques.
19. Arne Mavčič, Ustavna pritožba, Podjetje in delo, no. 5-6/1993, p. 419.
20. Bruenneck Alexander v., Verfassungsgerichtsbarkeit in den westlichen Demokratien, Baden-Baden (Nomos), 1992.
21. Bulletin de jurisprudence constitutionnelle, Commission de Venise, Conseil de l'Europe, Strasbourg (1993), n^{os} 1, 2 et 3.
33. Rapport du président de la Cour constitutionnelle pour 1992 (Ljubljana, avril 1993).
34. Rapport du président de la Cour constitutionnelle pour 1993 (Ljubljana, avril 1994).
35. Rengeling Hans-Werner, Grundrechtsschutz in der Europäischen Gemeinschaft, Beck-Verlag, München, 1993.
36. Šinkovec Janez, Načelo enakosti pred zakonom in pravne osebe, Pravna praksa, no. 8/1993, p. 1.
37. Vogel Klaus, Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle, Springer-Verlag, Vienna-New York, 1979.
La Cour supreme du Canada et la protection des droits et des libertés - Rapport par M. Gérald-A. Beaudoin

Canada

PLAN

INTRODUCTION

- A- La Cour suprême
- B- Le contexte de 1867

I- LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS DE 1875 A 1982

- A- La période de 1875 à 1950
- B- La période de 1950 à 1960
- C- La Déclaration canadienne des droits de 1960: une protection quasi constitutionnelle

II- LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DES DROITS ET DES LIBERTÉS DEPUIS LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS DE 1982

- A- Le contexte constitutionnel de 1982
- B- Entrée en vigueur et étendue de la Charte
- C- Portée de l'article 1 de la Charte
- D- La clause dérogatoire de l'article 33
- E- L'application de la Charte (article 32)
- F- Principes d'interprétation de la Charte
- G- La Cour suprême, gardienne de la Constitution
- H- Droits concrets, droits abstraits, droits classiques
- I- La preuve
- J- Étude de la jurisprudence, article par article

- (1) Article 2: les libertés fondamentales
 - a) liberté de conscience et de religion (alinéa 2a))
 - b) liberté d'expression (alinéa 2b))
 - c) liberté de presse (alinéa 2b))
 - d) liberté d'association (alinéa 2d))
- (2) Article 3: les droits démocratiques
- (3) Article 6: liberté de circulation et d'établissement
- (4) Article 7: les principes de justice fondamentale
 - a) avortement
 - b) aide au suicide
 - c) portée de l'article 7
- (5) Article 8: fouilles, perquisitions et saisies abusives
- (6) Article 9: détention et emprisonnement arbitraires
- (7) Article 10: le droit à l'assistance d'un avocat
- (8) Article 11
 - a) le délai raisonnable (alinéa 11b))
 - b) tribunal indépendant et impartial (alinéa 11d))
 - (i) la justice militaire
 - (ii) l'indépendance judiciaire

- c) la peine la moins sévère (alinéa 11 i))
- (9) Article 12: protection contre des peines cruelles et inusitées
- (10) Article 13: protection contre l'auto-incrimination
- (11) Article 14: droit à l'assistance d'un interprète
- (12) Article 15: droits à l'égalité
- a) la retraite obligatoire
- (13) Articles 16 à 22: les droits linguistiques
- (14) Article 23: droits scolaires de la minorité de langue officielle
- (15) Article 24: les recours
- a) paragraphe 24(1)
- b) paragraphe 24(2)
- (16) Les dispositions interprétatives
- a) l'article 25
- b) l'article 26
- c) l'article 27
- d) l'article 28
- e) l'article 29
- f) l'article 30
- g) l'article 31

CONCLUSION

INTRODUCTION

A- La Cour suprême

Le Canada est une fédération depuis 1867. Son système parlementaire s'inspire de celui du Royaume-Uni. Son pouvoir judiciaire est puissant et indépendant.

Érigée en 1875, notre Cour de dernière instance n'est vraiment devenue suprême qu'en 1949. Les appels au Comité judiciaire du Conseil privé à Londres en matière criminelle furent abolis en 1933 et en matière civile en 1949.

L'année de son centenaire, la Cour s'est vu accorder le pouvoir d'entendre les appels sur permission, en principe. Mais un certain nombre d'appels de plein droit demeurent encore possibles.

La Cour suprême rend environ 120 arrêts par année. Elle choisit les litiges d'importance nationale.

La composition de la Cour a varié de 1875 à 1949. Au début, elle comportait six juges. En 1927, ce nombre fut porté à sept. En 1949, ce nombre fut haussé à neuf. Au moins trois juges doivent être choisis parmi les juges de la Cour d'appel ou de la Cour supérieure du Québec ou parmi les

avocats du Québec. La Loi constitutionnelle de 1982 prévoit que pour changer la composition de la Cour suprême, il faut le concours du fédéral et des dix provinces.

Cette Cour est nationale. Depuis ses débuts, elle rend des arrêts en droit public et en droit privé dans les domaines fédéraux et provinciaux. Elle oeuvre de plus en plus dans la sphère du droit public. Elle rend des arrêts et donne des opinions de grande portée. Ses arrêts sur le partage des pouvoirs et sur la Charte des droits retiennent beaucoup l'attention. Elle est devenue la gardienne de la Constitution.

L'avènement d'une charte constitutionnelle des droits en avril 1982 a modifié son rôle de façon considérable.

Mentionnons aussi qu'au Canada, une loi peut être déclarée incompatible avec la loi fondamentale, et ce, un grand nombre d'années après son adoption. L'arrêt *Forest*⁴³⁹, le Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba⁴⁴⁰ et l'arrêt *Mercure*⁴⁴¹ peuvent être invoqués à l'appui. Dans ces trois arrêts, la Cour suprême, pour éviter tout chaos juridique, a su innover en se basant sur le principe de la primauté du droit et la théorie de *facto* et faire preuve d'un leadership judiciaire de toute première valeur.

L'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 assure le contrôle de la constitutionnalité sur des bases solides et non équivoques en disant que la "Constitution est la loi suprême du pays". Au Canada, le contrôle de la constitutionnalité des lois relève des cours de justice, et n'est pas l'oeuvre d'une Cour spécialisée comme dans certains pays d'Europe.

La Cour suprême du Canada et la Cour suprême des États-Unis ont des ressemblances frappantes. Elles jugent toutes deux en dernier ressort, sont composées toutes deux de neuf juges et assurent toutes deux un contrôle rigoureux de la constitutionnalité des lois. Elles sont toutes deux puissantes et indépendantes. Le droit à la dissidence existe dans l'une et l'autre cour. Le *stare decisis* ne lie pas la Cour.

Elles diffèrent, par contre, sur quelques plans fort importants. Contrairement à la Cour suprême des États-Unis notre plus haut tribunal est bilingue et bi-juridique; sa juridiction est nationale et non pas uniquement fédérale. Elle se prononce dans deux systèmes de droit privé différents. Elle est probablement unique au monde. La Cour suprême du Canada donne des opinions, des avis consultatifs. Il n'en est pas ainsi aux États-Unis. Le choix des juges aux États-Unis par le président est ratifié par le Sénat. Ce n'est pas le cas au Canada.^{os} n juges prennent une retraite obligatoire à 75 ans, ce qui n'est pas le cas aux États-Unis où les juges sont nommés à vie.

B- Le contexte de 1867

En 1864-1867, les Pères de la fédération canadienne se sont posé le problème de la protection des droits et libertés. Ils n'étaient manifestement pas de l'école de Jefferson. Ils n'ont pas cru nécessaire d'enchâsser dans la loi fondamentale du pays une contrepartie du U.S. Bill of Rights qu'ils connaissaient. Pour eux, il valait mieux suivre l'exemple britannique. Ils ont d'ailleurs

⁴³⁹ *P.G. Manitoba c. Forest*, [1979] 2 R.C.S. 1032.

⁴⁴⁰ *Re Droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

⁴⁴¹ *P.G. Saskatchewan c. Mercure*, [1988] 1 R.C.S. 234.

prévu dans le préambule de la Constitution que le Canada avait une Constitution "semblable en principe à celle du Royaume-Uni". Nous héritions ainsi des principes de la Magna Carta de 1215, du Bill of Rights de 1689, de l'Act of Settlement de 1701, des nombreux Habeas corpus, et de tous ces grands documents britanniques qui protègent les droits de même que du principe de la rule of law (suprématie de la règle de droit). Les Pères y ont ajouté l'article 133 (usage des langues française et anglaise), l'article 93 (droits confessionnels), l'article 20 (session annuelle), l'article 50 (mandat électoral des députés à la Chambre des communes), l'article 99 (indépendance des juges) et, enfin, le grand principe de la représentation selon la population (article 51). C'était là, pour eux, l'essentiel. Pour le reste, le Parlement et les cours, chacun dans leur domaine, protégeraient les droits et libertés comme au Royaume-Uni.

Les chartes et instruments internationaux sur les droits et libertés ne deviennent pas en vigueur au Canada du seul fait que l'autorité fédérale y ait donné son adhésion. Encore faut-il, selon le droit constitutionnel canadien, que les autorités législatives compétentes légifèrent pour les mettre en oeuvre dans le droit national, fédéral ou provincial. Pour mettre en oeuvre un traité, il faut légiférer dans le respect du partage des pouvoirs tracé par la Constitution.

Après la deuxième guerre, la mode des Chartes des droits se répandit ici et là dans le monde.

La Saskatchewan, en 1947, adopta une Déclaration des droits⁴⁴². Quelques lois provinciales et fédérales assurent une égalité dans le monde du travail, enrayent la discrimination, combattent la littérature haineuse. Ce n'est qu'à partir de 1960 environ que le pouvoir fédéral et les législatures provinciales interviennent résolument dans ce domaine⁴⁴³. Notons en passant que le Canada sur le plan international avait donné son assentiment à la Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée par l'Assemblée générale des Nations unies le 10 décembre 1948. Le Québec a adopté une Charte des droits et libertés⁴⁴⁴ et les autres provinces des codes des droits. Il s'agit d'une législation abondante et fort à point.

Notre étude comprendra deux parties principales:

- I- la protection des droits et libertés de 1875 à 1982;
- II- la protection constitutionnelle des droits et libertés depuis la Charte canadienne des droits et libertés de 1982.

I- LA PROTECTION DES DROITS ET LIBERTÉS DE 1875 A 1982

A- La période 1875 à 1950

Dans l'affaire *Bryden*⁴⁴⁵, le Comité judiciaire du Conseil privé invalide une disposition d'une mesure provinciale qui restreignait le droit des Chinois de travailler dans les mines de charbon,

⁴⁴² *The Saskatchewan Bill of Rights Act, de 1947, R.S.S. 1965, c. 378.*

⁴⁴³ *P.E. TRUDEAU, Une Charte canadienne des droits de l'homme, 1968, Imprimeur de la Reine, p. 179-183. On donne, dans cette publication, une liste des mesures législatives en ce domaine.*

⁴⁴⁴ *Charte des droits et libertés de la personne, L.R.Q. ch. C-12.*

⁴⁴⁵ *Union Colliery Company of B.C. Ltd. c. Bryden, [1899] A.C. 580.*

au motif que cette législation déléguée qui ne concernait que les Chinois aubains ou naturalisés n'était pas relative à la "propriété et aux droits civils" mais plutôt "à la naturalisation et aux aubains", qui est une responsabilité fédérale.

Dans l'arrêt *Homma*⁴⁴⁶, le Comité judiciaire du Conseil privé juge *intra vires* une loi de la Colombie-Britannique qui enlevait la franchise électorale aux Chinois, aux Japonais et aux Indiens; la Cour reconnut qu'il s'agissait là d'un exercice valide du pouvoir d'amendement constitutionnel que possèdent les provinces en vertu du paragraphe 92(1) de la Loi constitutionnelle de 1867.

Dans ces deux cas, certains droits fondamentaux furent tantôt circonscrits, tantôt affirmés par le jeu du partage des compétences législatives.

Dans l'affaire *Lapointe*⁴⁴⁷, le Comité judiciaire du Conseil privé annule la décision d'un comité de l'Association de bienfaisance et de retraite de la police qui avait refusé à un policier démissionnaire sa pension de retraite. Selon le haut tribunal, ce comité n'avait pas respecté la règle *audi alteram partem*.

Dans l'affaire *Quong Wing*⁴⁴⁸, la Cour suprême confirme la validité d'une loi de la Saskatchewan qui empêchait les femmes de race blanche de travailler pour des patrons d'ascendance chinoise.

Dans le Renvoi sur le service militaire⁴⁴⁹, la Cour déclare que la *rule of law* s'applique chez nous et que les militaires n'échappent pas à la compétence des tribunaux ordinaires.

Dans la cause *Christie*⁴⁵⁰, notre Cour suprême fit prévaloir le principe de la liberté de commerce sur celui de la non-discrimination. Dans cette affaire, un tavernier avait refusé de servir un Noir qui s'était présenté dans son établissement.

Dans l'arrêt *Wolf*⁴⁵¹, la Cour suprême annule une clause d'un contrat de vente qui prévoyait que les terrains cédés ne pouvaient être transférés à des personnes de race juive ou hébraïque, ou à des Noirs.

Dans l'arrêt *Edwards*⁴⁵², le Comité judiciaire du Conseil privé interprétant le mot "personnes" à l'article 24 de la Loi constitutionnelle de 1867 décréta que les femmes pouvaient avoir accès au Sénat.

⁴⁴⁶ *Cunningham and Att.-Gen. B.C. c. Homma and Att. Gen., Canada*, [1903] A.C. 151.

⁴⁴⁷ *Lapointe c. L'Association de bienfaisance et de retraite de la Police de Montréal*, [1906] A.C. 535.

⁴⁴⁸ *Quong-Wing c. The King*, [1914] 49 R.C.S. 440.

⁴⁴⁹ *Reference as to Whether Members of the Military of Naval Forces of the United States of America are Exempt from Criminal Proceedings in Canadian Criminal Courts*, [1943] R.C.S. 483.

⁴⁵⁰ *Christie c. The York Corporation*, [1940] R.C.S. 139.

⁴⁵¹ *Noble and Wolf c. Alley*, [1951] R.C.S. 64.

⁴⁵² [1930] A.C. 124.

En 1947, dans l'arrêt sur la déportation des Japonais⁴⁵³, le Comité judiciaire du Conseil privé reconnut la validité d'arrêtés en conseil passés par l'exécutif fédéral sous l'autorité de la Loi des mesures de guerre et d'une loi transitoire d'urgence qui en prolongeait la durée. Ces arrêtés prévoyaient la déportation des Canadiens japonais après la guerre. La législation fédérale étant claire, aucune interprétation restrictive ne vint protéger les droits de ces personnes. Ces mesures d'urgence furent reconnues intra vires des pouvoirs du Parlement en temps de guerre. La Cour suprême avait auparavant reconnu la validité de ces arrêtés en conseil⁴⁵⁴.

Si l'on excepte ces quelques arrêts, somme toute peu nombreux, les soixante-quinze premières années de la Cour suprême n'ont pas été marquantes en matière de droits fondamentaux. La Cour protège le plus souvent les droits fondamentaux de façon indirecte en se prononçant sur le partage des compétences législatives.

Un arrêt, toutefois, est plus significatif de l'époque 1875-1950; c'est le renvoi sur la Loi de la presse en Alberta⁴⁵⁵. On reconnut, à partir du préambule de la Constitution, une protection implicite de la liberté d'opinion, de presse et d'expression. Dans cette affaire, trois juges de la Cour suprême concluent que, comme notre système de gouvernement en est un qui repose sur le principe de la démocratie parlementaire, il est essentiel d'assurer la liberté de discussion et, en conséquence, une législature provinciale ne peut par une loi battre en brèche cette liberté. Plusieurs juges réfèrent au préambule de notre Constitution qui affirme que nous avons en principe une Constitution semblable à celle du Royaume-Uni.

B- La période de 1950 à 1960

Durant cette période, la Cour suprême du Canada, dans une série de jugements de bonne tenue, apporta une importante contribution à la protection des libertés créant même, dirent certains, une déclaration non écrite des droits. La Cour suprême protégea les libertés fondamentales à partir surtout du partage des compétences législatives, par le biais du droit criminel (fédéral) et du droit civil (provincial). Il s'agit des affaires *Boucher*⁴⁵⁶, et *Switzman*⁴⁵⁷ sur la liberté d'expression, *Chaput*⁴⁵⁸ et *Saumur*⁴⁵⁹ sur la liberté de religion, et *Roncarelli*⁴⁶⁰ sur l'égalité devant la loi. Dans un arrêt postérieur à la Charte constitutionnelle de 1982, l'affaire *Dolphin Delivery*⁴⁶¹, le juge McIntyre de la Cour suprême devait déclarer que la Cour suprême avait constitutionnalisé la liberté d'expression avant l'avènement de la Charte constitutionnelle.

⁴⁵³ *Co-operative Committee on Japanese Canadians c. Proc.-Gén. du Canada*, [1947] A.C. 47.

⁴⁵⁴ [1946] R.C.S. 248.

⁴⁵⁵ *In re Alberta Bills*, [1938] R.C.S. 100.

⁴⁵⁶ *Boucher c. Le Roi*, [1951] R.C.S. 265.

⁴⁵⁷ *Switzman c. Elbling*, (*Loi du Cadenas*), [1957] R.C.S. 285.

⁴⁵⁸ *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834.

⁴⁵⁹ *Saumur c. Québec et P.G. Québec*, [1953] 2 R.C.S. 299.

⁴⁶⁰ *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

⁴⁶¹ *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery*, [1986] 2 R.C.S. 573.

Dans l'arrêt Boucher⁴⁶², la Cour, par un jugement majoritaire, juge non coupable de libelle sédition Aimé Boucher qui distribue dans la Beauce un pamphlet virulent intitulé *La haine ardente du Québec*; le juge Rand fait remarquer que la liberté de pensée et d'expression sur tous les sujets est de l'essence même de notre vie dans une société démocratique.

Applicant la règle *audi alteram partem*, la Cour suprême, dans l'affaire de l'Alliance des professeurs catholiques de Montréal⁴⁶³, juge non valide une décertification de l'Alliance faite par la Commission des relations ouvrières du Québec sans entendre la partie concernée. L'Alliance avait illégalement ordonné à ses membres de se mettre en grève.

Dans l'affaire Saumur qui porte sur la liberté de religion⁴⁶⁴, notre plus haut tribunal juge inapplicable, principalement à cause de la Loi du Canada-Uni de 1852 sur la liberté des cultes, un règlement de la ville de Québec empêchant la distribution dans les rues de pamphlets religieux. Le juge Rand fit remarquer que la liberté de religion, depuis 1760, a été reconnue comme un principe de droit fondamental.

Dans l'affaire Chaput⁴⁶⁵, la Cour, sur la base de l'article 1053 du Code civil du Bas-Canada⁴⁶⁶, prononce la responsabilité civile de trois officiers de police qui, sur ordre d'un supérieur, interviennent au cours d'un service religieux des Témoins de Jéhovah, célébré dans une maison privée, saisissent les documents religieux et forcent le ministre à quitter les lieux. Le juge Robert Taschereau fait remarquer que dans notre pays il n'y a pas de religion d'État, que toutes les religions sont sur le même pied et que la conscience de chacun est une affaire personnelle et l'affaire de nul autre.

Dans la célèbre cause Roncarelli⁴⁶⁷, la Cour suprême, par une décision majoritaire, juge responsable en dommages-intérêts le premier ministre du Québec qui, sans justification légale, avait ordonné au président d'une régie d'annuler le permis de vente de boissons détenu par un restaurateur qui cautionnait les Témoins de Jéhovah accusés d'avoir violé les règlements municipaux relatifs à la distribution d'imprimés. Il fut également jugé que l'ordre d'un supérieur n'habilite pas une personne soumise à l'autorité de ce dernier à commettre un acte répréhensible. Cet arrêt réaffirme enfin le principe que tous sont égaux devant la loi et sont soumis à la *rule of law*.

Se basant une fois de plus sur l'article 1053 du Code civil⁴⁶⁸, la Cour suprême, dans l'affaire Lamb⁴⁶⁹, accorde des dommages-intérêts à Louise Lamb, Témoin de Jéhovah, arrêtée de façon

⁴⁶² *Boucher c. The King*, [1951] R.C.S. 265, jugement de 5 à 4.

⁴⁶³ *L'Alliance des professeurs catholiques de Montréal c. The Labour Relations Board of Québec*, [1953] 2 R.C.S. 140, aucune dissidence.

⁴⁶⁴ *Saumur c. City of Québec*, *supra*, note 21, jugement majoritaire de 5 à 4.

⁴⁶⁵ *Chaput c. Romain*, [1955] R.C.S. 834.

⁴⁶⁶ *Maintenant l'article 1462 du Code civil du Québec*.

⁴⁶⁷ *Roncarelli c. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121.

⁴⁶⁸ *Supra*, note 28.

arbitraire par la force policière et détenue durant une fin de semaine sans pouvoir communiquer avec son avocat et sans qu'aucune accusation ne soit portée contre elle.

Dans l'arrêt *Switzman*⁴⁷⁰, la Cour déclara ultra vires une loi québécoise connue sous le nom de Loi du cadenas empêchant la dissémination du bolchévisme et du communisme au motif que pareille prohibition participe de la nature d'une défense de droit pénal et relève exclusivement du Parlement central.

On peut conclure que, de 1875 à 1960, la Cour suprême a, entre autres, pu se prononcer sur la liberté d'opinion et d'expression, la liberté de religion, l'observance du dimanche, le principe de l'égalité devant la loi, l'arrestation arbitraire, le principe de l'audi alteram partem, la liberté de commerce, la rule of law, les libertés en temps de guerre, les mesures discriminatoires.

C- LA DÉCLARATION CANADIENNE DES DROITS DE 1960: UNE PROTECTION QUASI-CONSTITUTIONNELLE

L'année 1960 marque une autre étape dans le domaine de la protection des droits fondamentaux. Le Parlement fédéral donne son accord unanime à la Déclaration canadienne des droits. La loi est sanctionnée le 10 août 1960 et entre en vigueur le même jour.

Cette Déclaration ne s'applique que pour la législation fédérale. Dans son préambule, elle réfère à "la dignité et la valeur de la personne humaine ainsi qu'au rôle de la famille dans une société d'hommes libres et d'institutions libres".

Cette Déclaration protège le droit à la vie, à la liberté, à la sécurité, le droit à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi, la liberté de religion, de parole, de réunion, d'association et la liberté de presse. De plus, nulle loi fédérale ne doit s'interpréter comme autorisant la détention, l'emprisonnement ou l'exil arbitraire, comme infligeant des traitements cruels et inusités, comme privant un détenu du droit d'être informé des motifs de son arrestation, du droit de constituer un avocat, du recours par voie d'habeas corpus, comme privant une personne du droit à une audition impartiale de sa cause, comme privant un accusé du droit à la présomption d'innocence, du droit de tout justiciable à l'assistance d'un interprète, etc.

Cette Déclaration est une loi révoquable au gré du Parlement. Elle existe toujours. Elle n'est pas inscrite dans la Constitution. Toutefois, pour son libellé, elle est plus qu'une loi d'interprétation. Bien sûr, le Parlement peut, dans une loi, déclarer que cette loi s'applique nonobstant la Déclaration; mais s'il ne le fait pas, il laisse aux tribunaux le soin de déclarer inopérante une loi incompatible avec la Déclaration.

La Déclaration canadienne des droits souleva, à l'époque, de grands espoirs. Mais à toutes fins pratiques, pendant dix ans, les tribunaux n'ont vu dans la Déclaration qu'un simple code d'interprétation.

Dans l'arrêt *Rosetanni*⁴⁷¹, la Cour suprême conclut que l'article 4 de la Loi sur le dimanche ne viole pas le principe de la "liberté de religion" énoncé dans la Déclaration canadienne des droits.

⁴⁶⁹ *Lamb c. Benoît*, [1959] R.C.S. 321.

⁴⁷⁰ *Switzman c. Elbling*, [1957] R.C.S. 285.

⁴⁷¹ *Robertson et Rosetanni c. La Reine*, [1962] R.C.S. 651.

Dans cette affaire, les prévenus étaient accusés d'avoir opéré un commerce de quilles le dimanche, contrairement à l'article 4 de la Loi sur le dimanche.

Dans l'affaire Brodie⁴⁷², le célèbre roman de D.H. Lawrence intitulé *L'Amant de Lady Chatterley* ne fut pas jugé une publication obscène au sens du paragraphe 150(8) du Code criminel.

Dans la cause Lieberman⁴⁷³, la Cour conclut qu'un règlement municipal relatif à la fermeture des établissements ne visait pas à empêcher la profanation du sabbat mais était plutôt destiné à régler les heures de commerce. La Cour reconnaît la validité du règlement.

Dans l'arrêt *La Reine c. Radio-Canada*⁴⁷⁴, la Cour décrète que la Loi sur le dimanche ne lie pas cette société d'État qui est une émanation de la Couronne.

Dans l'arrêt *Oil, Chemical and Atomic Workers International Union c. Imperial Oil Ltd.*⁴⁷⁵, la Cour suprême confirme la validité d'une loi de la Colombie-Britannique empêchant les syndicats ouvriers de contribuer financièrement à la caisse électorale des partis politiques, à partir de l'argent perçu à même le salaire d'un employé. Il n'y a pas un accroc injustifiable à la liberté d'expression.

Dans l'affaire McKay⁴⁷⁶, la Cour suprême arrive à la conclusion qu'un règlement municipal prohibant les annonces et l'affichage sur la propriété privée n'empêchait pas l'affichage d'enseignes lors des élections fédérales car tel n'était pas l'effet désiré par ledit règlement.

Dans l'affaire *Guay c. Lafleur*⁴⁷⁷, la Cour suprême, renversant une décision de la Cour d'appel du Québec, conclut que l'enquêteur Guay, qui agissait sous l'empire de la loi de l'impôt, ne décidait et n'adjudgeait pas et que la règle *audi alteram partem* ne s'appliquait pas parce qu'il ne s'agissait pas d'une audition de nature judiciaire ou quasi-judiciaire.

Passant en revue la jurisprudence de la décennie 1960, l'honorable P.E. Trudeau écrit en 1968: "Il aurait peut-être été possible de donner à cette Déclaration une interprétation qui permette de modifier ces lois antérieures mais les tribunaux ne l'ont jamais fait"⁴⁷⁸.

Puis vint l'arrêt *Drybones* de 1970⁴⁷⁹, une poussée d'air frais, à coup sûr, salué beaucoup trop tôt d'arrêt du siècle. Ce siècle ne dura que trois ans. Surgit aussi l'arrêt *Lavell*⁴⁸⁰, où malgré une

⁴⁷² *Brodie c. La Reine*, [1962] R.C.S. 681.

⁴⁷³ *Lieberman c. La Reine*, [1963] R.C.S. 643.

⁴⁷⁴ (1957) 118 C.C.C. 200.

⁴⁷⁵ (1964) 41 D.L.R. (2d) 1.

⁴⁷⁶ *McKay et McKay c. La Reine*, [1965] R.C.S. 798.

⁴⁷⁷ [1965] R.C.S. 12.

⁴⁷⁸ P.E. TRUDEAU, *Une Charte canadienne des droits de l'homme*, Imprimeur de la Reine, 1968, p. 13.

⁴⁷⁹ *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282.

⁴⁸⁰ *P.G. Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349.

dissidence remarquable du juge Laskin, les principes établis par l'arrêt Drybones furent mis en veilleuse. Dans l'arrêt *Curr*⁴⁸¹ le juge en chef détermina les limites de la Déclaration canadienne des droits au sein du système constitutionnel canadien.

Voyons en premier lieu l'arrêt Drybones⁴⁸². Drybones, un Amérindien, est trouvé ivre en dehors d'une réserve indienne, en l'occurrence dans les Territoires du Nord-Ouest, en violation de l'alinéa 94 b) de la Loi sur les Indiens. Le paragraphe 19(1) de l'Ordonnance sur les boissons enivrantes des Territoires du Nord-Ouest prévoit que seules les personnes qui sont trouvées ivres dans un endroit public se rendent coupables d'une infraction; Drybones n'était pas ivre dans un endroit public mais il se trouvait alors en dehors d'une réserve.

La Cour suprême, par un jugement majoritaire de six à trois, en vint à la conclusion que l'alinéa 94 b) de la Loi sur les Indiens était inopérant en vertu de l'article 2 de la Déclaration canadienne des droits parce qu'il contredisait le principe de "l'égalité devant la loi" énoncé à l'alinéa 1 b) de la Déclaration.

Le juge Ritchie, auquel la majorité se rallie, déclare qu'une personne est privée de "l'égalité devant la loi" si, à cause de sa race, elle est punie pour avoir posé un acte qui, pour tout autre Canadien, ne constitue pas une infraction⁴⁸³. Il ajoute que l'article 2 de la Déclaration signifie que, si une loi fédérale ne peut être raisonnablement interprétée et appliquée sans supprimer, restreindre ou enfreindre l'un des droits ou l'une des libertés reconnus et proclamés dans la Déclaration, une telle loi est inopérante à moins qu'une loi du Parlement du Canada ne déclare expressément qu'elle s'appliquera nonobstant la Déclaration canadienne des droits.

Dissident, le juge Louis-Philippe Pigeon fait remarquer que l'objet même du paragraphe 91(24) de la Constitution est de permettre au Parlement fédéral d'édicter des mesures législatives qui ne s'appliquent qu'aux Indiens⁴⁸⁴. La Déclaration des droits n'a pas un caractère constitutionnel. Elle ne constitue qu'une règle d'interprétation.

Dans notre régime de souveraineté parlementaire, écrit-il, il revient au Parlement et non aux tribunaux d'établir les droits de l'homme. Si le Parlement fédéral avait voulu que les libertés fondamentales fussent dorénavant l'oeuvre des tribunaux, il aurait manifesté son intention de façon beaucoup plus claire et plus expresse qu'il ne l'a fait dans la Déclaration.

Entre l'arrêt Drybones de 1970 et l'arrêt Lavell de 1973, la Cour suprême eut à se prononcer dans d'autres affaires qui, pour avoir moins retenu l'attention, n'en conservent pas moins une certaine importance. Il s'agit des arrêts Brownridge (droit de se constituer un avocat)⁴⁸⁵, Smythe (égalité devant la loi)⁴⁸⁶, *Curr* (analyse de l'haleine)⁴⁸⁷, Duke (procès équitable)⁴⁸⁸ et Appleby

⁴⁸¹ *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889.

⁴⁸² *R. c. Drybones*, *supra*, note 41.

⁴⁸³ *Ibid.*, p. 297.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, p. 303.

⁴⁸⁵ *Brownridge c. La Reine*, [1972] R.C.S. 926, trois dissidences.

⁴⁸⁶ *Smythe c. La Reine*, [1971] R.C.S. 680.

⁴⁸⁷ *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889.

(présomption d'innocence)⁴⁸⁹. Dans ces arrêts, la Cour ne déclara inopérante aucune disposition d'une loi fédérale.

En août 1973, la Cour suprême rendit l'arrêt *Lavell*, qui fit un bruit considérable⁴⁹⁰. En l'espèce, se posait la question de savoir si l'alinéa 12(1) b) de la Loi sur les Indiens, qui prévoit qu'une Indienne qui épouse un non-Indien perd ses droits d'Indienne et ne peut pas continuer à vivre dans la réserve, contrarie le principe de "l'égalité devant la loi" énoncé à la Déclaration canadienne des droits. En vertu de la Loi sur les Indiens, l'Indien qui épouse une non-Indienne ne perd pas ses droits d'Indien et son épouse peut vivre dans la réserve. Y avait-il cette fois discrimination eu égard au sexe comme il y avait eu dans l'affaire *Drybones* discrimination sur le plan de la race?

A la Cour suprême, il y eut partage des voix. Cinq juges se prononcèrent pour la validité de la mesure et quatre enregistrent leur dissidence.

Comme dans l'affaire *Drybones*, le juge Ritchie rédigea des notes auxquelles se rallia encore une fois la majorité. Il conclut que l'alinéa 12(1) b) de la Loi sur les Indiens pouvait être interprété et appliqué de "façon sensée" sans enfreindre les droits de Mesdames *Lavell* et *Bédard* à "l'égalité devant la loi".

Le juge Pigeon maintient l'attitude qu'il avait adoptée dans l'arrêt *Drybones*. Visiblement inquiet par le *stare decisis*, il réfère à la dissidence motivée du juge Laskin. Cette dissidence s'inscrit dans la logique de l'arrêt *Drybones*. Dissident dans l'affaire *Drybones* et de nouveau dans l'arrêt *Lavell*, le juge Abbott affirme que la Déclaration canadienne des droits a substantiellement affecté la doctrine de la suprématie du Parlement. Le juge Laskin qui ne siégeait pas dans l'arrêt *Drybones*, enregistre dans l'arrêt *Lavell* une forte dissidence. Avec raison, selon nous, il fait remarquer qu'à moins que la Cour ne choisisse de se départir de ce qui a été dit et affirmé dans l'arrêt *Drybones*, il lui faut persister dans la même voie. Pour sa part, il ne se dit pas disposé à répudier l'arrêt *Drybones*. Le juge Laskin fait remarquer que l'arrêt *Drybones* a établi clairement que la Déclaration canadienne des droits est plus qu'une loi d'interprétation, qu'elle a force prépondérante lorsqu'un texte législatif fédéral entre en conflit avec ses termes et que la disposition incompatible doit céder le pas.

D'autres arrêts suivirent *Drybones* et *Lavell*.

Dans l'affaire *Canard*⁴⁹¹, le juge Beetz conclut que la question était de savoir si le fait d'investir le ministre de certains pouvoirs d'administration crée une irrégularité incompatible avec la Déclaration des droits et si la Loi sur les Indiens a été appliquée conformément aux principes de la Déclaration. A son avis, si Madame *Canard* a été victime de discrimination raciale, cette discrimination était de nature administrative et non pas de nature législative. L'affaire *Canard*, pour lui, se différencie des arrêts *Drybones* et *Lavell*.

⁴⁸⁸ *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917.

⁴⁸⁹ *R. c. Appleby*, [1972] R.C.S. 303.

⁴⁹⁰ *P.G. Canada c. Lavell; Isaac c. Bédard*, [1974] R.C.S. 1349.

⁴⁹¹ [1976] 1 R.C.S. 170.

Dissident, le juge en chef Laskin maintient l'attitude adoptée dans l'affaire Lavell. Le paragraphe 91(24) de la Constitution n'autorise pas in se le Parlement à enfreindre les libertés énoncées à la Déclaration des droits. Si le Parlement croit nécessaire, en se basant sur le paragraphe 91(24), d'édicter des dispositions qui contrarient cette Déclaration, il lui est loisible de le faire en recourant à la clause non obstante, mais le paragraphe 91(24) n'invite pas les tribunaux à faire ce que le Parlement n'a pas choisi de faire.

L'affaire Cosimo Reale⁴⁹², porte sur le droit à l'interprète. L'accusé aurait dû bénéficier de ce droit, adjuge la Cour suprême.

L'arrêt Prata⁴⁹³ porte sur la déportation et l'arrêt Hogan⁴⁹⁴ sur le test de l'haleine.

En avril 1974, dans l'arrêt Jones⁴⁹⁵, le juge en chef Laskin, au nom des neuf juges de la Cour, affirme que l'article 133 de la Constitution accorde un "droit constitutionnel" de se servir du français ou de l'anglais dans les débats parlementaires à Québec et Ottawa et dans les procédures devant les cours québécoises et fédérales.

Dans l'affaire Morgentaler⁴⁹⁶, la Cour suprême fit remarquer que l'article 251 du Code criminel qui traite de l'avortement thérapeutique ne contrarie pas la Déclaration canadienne des droits, au chapitre des droits à l'intimité, à un procès juste, à la sécurité de la personne, à la justice naturelle, à la protection de la loi, à l'égalité devant la loi. On verra plus loin que la même Cour, en se basant, cette fois, sur la Charte des droits de 1982 arrivera à une conclusion opposée.

Dans l'arrêt Burnshine⁴⁹⁷, se posait la question de savoir si cet article allait à l'encontre du principe de "l'égalité devant la loi".

Dans l'affaire Lowry et Lepper⁴⁹⁸, la Cour suprême jugea qu'une "audition équitable" au criminel inclut l'imposition de la sentence et, par voie de conséquence, le pouvoir d'infliger une peine ne peut s'exercer qu'après une audition équitable.

Dans l'arrêt Saulnier⁴⁹⁹, les neuf juges de la Cour suprême accueillent l'appel au motif que la règle audi alteram partem s'applique à la Commission de police du Québec en vertu de l'article 24 de la Loi de police (loi provinciale), qui diffère ainsi radicalement de la loi de l'impôt sur le revenu, sous examen dans l'affaire Guay c. Lafleur⁵⁰⁰.

⁴⁹² [1975] 2 R.C.S. 624 (7 à 2).

⁴⁹³ *Prata c. Ministre de la Main-d'oeuvre et Immigration*, (1975) 52 D.L.R. (3d) 383, jugement unanime.

⁴⁹⁴ [1975] R.C.S. 575.

⁴⁹⁵ (1974) 16 C.C.C. (2d) 297.

⁴⁹⁶ *Morgentaler c. R.*, (1975) 20 C.C.C. (2d) 449.

⁴⁹⁷ *R. c. Burnshine*, (1974) 4 W.W.R. 49, jugement majoritaire de 6 à 3.

⁴⁹⁸ *Lowry and Lepper c. La Reine*, [1974] R.C.S. 195.

⁴⁹⁹ *Saulnier c. Commission de police du Québec*, [1976] 1 R.C.S. 572.

⁵⁰⁰ *Supra*, note 40.

Dans l'affaire Howarth⁵⁰¹, il s'agissait de déterminer si la Commission des libérations conditionnelles exerce une fonction quasi-judiciaire lorsqu'elle révoque une libération conditionnelle. La Cour suprême répondit par la négative, de façon majoritaire. La règle *audi alteram partem* ne s'applique pas.

Dans la cause Murdoch⁵⁰², la Cour suprême, par un jugement majoritaire (le juge Laskin étant dissident), arrive à la conclusion que Madame Murdoch, séparée de son mari, n'avait pas droit à une part de certains biens dont la propriété était inscrite au nom de son mari. L'épouse prétendait avoir un droit "en équité" pour avoir contribué par son travail à l'acquisition desdits biens.

Dans l'affaire Dupond⁵⁰³, la Cour suprême a reconnu la validité d'un règlement de la Ville de Montréal, prohibant les défilés dans les rues, au motif qu'il s'agissait d'ordre public local. Les juges dissidents ont pris l'attitude qu'il s'agissait d'un empiètement sur la compétence fédérale en droit criminel. Dans l'arrêt McNeil⁵⁰⁴, la Cour suprême a prononcé la validité d'une législation de la Nouvelle-Écosse sur la réglementation des films, sur la base des paragraphes 92(13) (commerce local) et 92(16) (ordre public local). Les juges dissidents ont vu dans la législation sous examen un empiètement sur le paragraphe 91(27).

La discussion dans ces deux arrêts porte au fond sur le partage des pouvoirs.

La Cour suprême, de 1960 à 1982, a eu l'occasion de se prononcer *inter alia* sur la liberté de la religion, l'égalité devant la loi, la règle *audi alteram partem*, le droit de se constituer un avocat, l'audition impartiale, la présomption d'innocence, le procès équitable, l'application régulière de la loi, le droit à l'interprète, la liberté de la presse, la liberté d'expression et les droits linguistiques.

Dans l'arrêt Canard⁵⁰⁵, le juge Beetz parle de la Déclaration comme étant une loi de nature quasi-constitutionnelle. Le juge Laskin dans l'arrêt Hogan⁵⁰⁶, affirme que la Déclaration est à mi-chemin entre un régime de *common law* et un régime constitutionnel et que c'est une loi quasi-constitutionnelle.

II- LA PROTECTION CONSTITUTIONNELLE DES DROITS ET DES LIBERTÉS DEPUIS LA CHARTE CANADIENNE DES DROITS ET LIBERTÉS DE 1982

A- Le contexte constitutionnel de 1982

Sur le plan judiciaire, il s'agit du plus grand événement depuis l'adoption du fédéralisme en 1867. En 1867, le principe sacro-saint de la suprématie parlementaire qui nous venait de Grande-Bretagne fut restreint au Canada par le partage des pouvoirs; en 1982, cette même

⁵⁰¹ *Howarth c. Commission des libérations conditionnelles*, [1976] 1 R.C.S. 453, décision de 5 à 3.

⁵⁰² *Murdoch c. Murdoch*, [1975] 1 R.C.S. 423.

⁵⁰³ [1978] 2 R.C.S. 770.

⁵⁰⁴ [1978] 2 R.C.S. 662.

⁵⁰⁵ *Supra*, note 53.

⁵⁰⁶ *Supra*, note 56.

suprématie parlementaire fut restreinte une fois de plus par une Charte des droits et libertés. Nos lois doivent donc respecter et le partage des pouvoirs et la Charte constitutionnelle.

Le "constitutionnalisme", déjà présent en 1867, s'est donc étendu considérablement en 1982. Le Canada devient, avec les États-Unis, un des pays où le contrôle de la constitutionnalité des lois est le plus marqué. Si l'on considère qu'aux États-Unis, le U.S. Bill of Rights a relégué dans l'ombre, au niveau de la Cour suprême, le partage des pouvoirs, alors que ce n'est pas manifestement le cas au Canada, peut-être le Canada est-il devenu l'un des pays où le contrôle de la constitutionnalité des lois est le plus rigoureux. Disons, en passant, qu'au Canada, il est relativement facile, même pour un simple contribuable, de mettre en branle le mécanisme du contrôle de la constitutionnalité des lois, ainsi qu'en témoignent les arrêts *Thorson*⁵⁰⁷ et *Borowski*⁵⁰⁸.

Dans une certaine mesure, les juges sont des architectes de la Constitution. Le constituant ne peut tout prévoir, il lui arrive de faire emploi de termes vagues, souvent même à dessein. Il revient aux cours de préciser les vocables utilisés. Une constitution est appelée à durer. Il faut lui donner vie.

L'avènement d'une Charte constitutionnelle des droits en avril 1982 a modifié de façon considérable le rôle de la Cour de dernier ressort. Les arrêts se bousculent, la doctrine fleurit également.

Lors d'un colloque sur la Cour suprême du Canada, tenu en octobre 1985 à Ottawa⁵⁰⁹, le juge en chef Brian Dickson déclarait que l'avènement d'une charte constitutionnelle des droits au Canada constituait le plus grand défi de la Cour suprême depuis sa création en 1875. Dans son premier arrêt, l'affaire *Skapinker*⁵¹⁰, la Cour suprême annonçait le début d'une ère nouvelle dans la protection des droits et libertés au Canada. Cette Charte tire son origine de la Constitution et appartient au fond même du droit canadien. Le juge en chef Dickson a parlé aussi de l'établissement d'une cathédrale de la jurisprudence⁵¹¹.

L'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982 énonce le principe que la Constitution du Canada est la loi suprême du pays et qu'elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de toute autre règle de droit, on l'a vu. La Charte canadienne des droits et libertés fait partie intégrante de cette Constitution, et à ce titre, elle est la loi suprême du Canada tout autant que le partage des compétences et le parlementarisme canadien.

⁵⁰⁷ *Thorson c. P.G. Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138.

⁵⁰⁸ *Borowski c. Ministre de la Justice et al.*, [1981] 2 R.C.S. 575.

⁵⁰⁹ B. DICKSON, "Address of the Chief Justice of Canada / Discours du Juge en chef du Canada", dans G.-A. BEAUDOIN, (éd.), *La Cour suprême du Canada - The Supreme Court of Canada*, Cowansville, Éd. Yvon Blais, 1986, p. 382.

⁵¹⁰ *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357.

⁵¹¹ Voir G.-A. BEAUDOIN, Introduction, dans G.-A. BEAUDOIN, *supra note 71*, p. 11.

Dans l'arrêt *Skapinker*⁵¹², la Cour suprême a illustré la différence entre une loi constitutionnelle comme la Charte de 1982 et une loi quasi-constitutionnelle comme la Déclaration de 1960.

En 1982, la Charte canadienne des droits et libertés constitutionnalise des droits qui, jusque-là, n'étaient que statutaires, ou encore des droits qui n'existaient pas ou enfin des droits qui n'étaient protégés par la Constitution que de façon bien indirecte: droit de vote, droit d'éligibilité, liberté de circulation et d'établissement, certains droits linguistiques et quelques autres.

Cette Charte, aux articles 25 et 29, laisse intacts toutefois les droits confessionnels prévus à l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 et les droits des peuples autochtones.

Pour modifier la Charte, il faut recourir à une modification constitutionnelle, affirme l'article 52 de la Loi constitutionnelle de 1982. La Cour suprême l'a déclaré à son tour en 1984, dans l'affaire de la Loi 101⁵¹³.

Cette Charte emprunte au U.S. Bill of Rights de 1789, à la Déclaration des droits de l'Homme et du citoyen de 1789, à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 et au Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1976. Elle contient, toutefois, des clauses bien canadiennes, comme celles relatives aux droits linguistiques, au maintien des droits des peuples autochtones et des droits confessionnels.

B- Entrée en vigueur et étendue de la Charte

La Charte canadienne des droits et libertés est entrée en vigueur le 17 avril 1982. Elle couvre les droits "classiques" universels: libertés fondamentales, droits démocratiques, liberté de circulation et d'établissement, garanties juridiques, droits à l'égalité, l'égalité entre les hommes et les femmes. Elle protège aussi les langues officielles au niveau fédéral et au Nouveau-Brunswick et les droits à l'instruction dans la langue de la minorité. Les droits relatifs aux écoles confessionnelles, de même que ceux des peuples autochtones sont maintenus. La Charte s'applique aussi aux territoires.

C- Portée de l'article 1 de la Charte

Les droits et libertés garantis par la Charte canadienne des droits et libertés ne sont pas absolus. A cet égard, la Charte comprend deux clauses particulières: une clause limitative (article 1) et une clause dérogatoire (article 33).

L'article 1 stipule que les droits et libertés garantis par la Charte peuvent être restreints par une règle de droit, dans des limites raisonnables et dont la justification peut se démontrer dans le

⁵¹² Dans l'arrêt *Skapinker*, supra, note 72, le juge Estey affirme que la Charte de 1982 n'est pas une loi ordinaire; elle n'est pas non plus une loi exceptionnelle comme la Déclaration canadienne des droits. Elle appartient au fond même du droit canadien. Elle est la loi suprême du pays. Dans l'affaire *Hogan*, (supra, note 56), le juge en chef Laskin traite la Déclaration canadienne des droits de loi quasi-constitutionnelle. Dans l'affaire *Skapinker*, le juge Estey situe la Déclaration de 1960 quelque part entre une loi ordinaire et un texte constitutionnel. Dans l'affaire *Action Travail des Femmes*, ([1987] 1 R.C.S. 1114) la Cour suprême traite les lois fédérales sur les droits de la personne de lois de nature spéciale. Dans l'affaire *Singh*, ([1985] 1 R.C.S. 177), le juge Beetz traite la Déclaration de loi quasi-constitutionnelle.

⁵¹³ *P.G. Québec c. Québec Association of Protestant School Boards*, [1984] 2 R.C.S. 66.

cadre d'une société libre et démocratique. La Cour suprême du Canada a bien situé la question et donné à cette clause sa pleine signification dans l'arrêt *Oakes*⁵¹⁴ où elle a élaboré le test de la proportionnalité. Dès que le plaignant démontre qu'un droit ou une liberté a été enfreint, le législateur doit pouvoir établir que la restriction se conforme au "test de l'arrêt *Oakes*" savoir: (1) qu'il existe un objectif suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit ou d'une liberté; (2) que les préoccupations du législateur sont urgentes et réelles; (3) que les moyens employés pour atteindre cet objectif sont raisonnables (les mesures ne sont ni arbitraires, ni inéquitables, ni irrationnelles); (4) que les moyens employés portent le moins possible atteinte aux droits et libertés; (5) enfin qu'il y a une proportionnalité entre les effets des mesures employées et l'objectif reconnu comme suffisamment important.

Ce test, bien qu'il soit exigeant, n'est pas figé. L'article 1 confère aux juges un pouvoir d'appréciation et les autorise à poser des jugements de valeur⁵¹⁵.

La clause limitative prévue à l'article 1 de la Charte se justifie. Les droits et libertés ne peuvent être absolus. Si cette clause n'existait pas, il est à présumer que la Cour suprême l'aurait inventée. C'est d'ailleurs ce qu'elle fit pour la Déclaration canadienne. Vu le silence de la loi, elle créa le test de la raisonnable dans l'affaire *Drybones*⁵¹⁶.

La Cour suprême mentionna pour la première fois le test de la raisonnable dans *Big M Drug Mart*⁵¹⁷. Dans l'arrêt *Oakes*⁵¹⁸, elle énonça clairement l'existence de ce test et décrivit les critères d'application. Il est exigeant, basé qu'il est sur la proportionnalité. Ce n'est pas mauvais, comme point de départ. Cependant, comme on l'a vu par la suite dans l'affaire *Edwards Books*⁵¹⁹, on peut appliquer le test avec plus de relativité.

Dans cette affaire, le juge en chef écrit:

"En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits."⁵²⁰

⁵¹⁴ *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

⁵¹⁵ Voir l'arrêt *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697, p. 735-736 (juge en chef Dickson) et p. 845 (juge McLachlin, dissidente sur un autre point).

⁵¹⁶ *R. c. Drybones*, *supra*, note 41.

⁵¹⁷ *R. c. Big M Drug Mart*, [1985] 1 R.C.S. 295.

⁵¹⁸ *Supra*, note 76.

⁵¹⁹ *R. c. Edwards Books*, [1986] 2 R.C.S. 713.

⁵²⁰ *Ibid.*, p. 768.

Dans l'affaire *Chaussure Brown's (Ford)*⁵²¹, on déclare que l'exclusion de toute autre langue que le français sur les affiches commerciales, par l'article 58 de la Loi 101, ne peut se justifier sous l'article 1, compte tenu du critère énoncé dans l'affaire *Oakes*⁵²². Cependant, l'article 1 permet, pour assurer le "visage linguistique" du Québec, de donner une nette prédominance au français.

Contrairement aux instruments européens, le test de l'article 1 de la Charte est vague et général à dessein. Il ne prévoit pas expressément le cas d'urgence; il reviendra aux cours d'apprécier les restrictions aux libertés en cas d'urgence en temps de guerre et en temps de paix.

L'article 1 s'applique-t-il également à chaque article de la Charte? Dans l'affaire de la Loi 101⁵²³, la Cour laisse entendre la possibilité qu'il puisse s'appliquer différemment. Le libellé peut être important, tel celui, fort caractérisé, de l'article 23.

Dans l'affaire *Cotroni*⁵²⁴, la Cour fait remarquer que le critère de l'arrêt *Oakes*⁵²⁵ ne doit pas être appliqué de manière trop rigide et mécaniste. Il doit y avoir une certaine souplesse.

La restriction autorisée par l'article 1 pourrait-elle comprendre la négation? En obiter dictum, la Cour semble répondre par l'affirmative dans l'affaire de la Loi 101⁵²⁶.

En matière de preuve, on traite, dans plusieurs arrêts, de la preuve extrinsèque⁵²⁷.

Dans l'affaire *Metropolitan Stores*⁵²⁸, la Cour déclare qu'à cause du caractère innovateur de la Charte il n'y a pas de présomption de validité que la loi sous examen se conforme à la Charte.

D- La clause dérogatoire de l'article 33

Il en est autrement de l'application de l'article 33 de la Charte, aussi connu sous l'expression de "clause nonobstant". Son application est plus mécanique et laisse très peu de place à la discrétion ou à l'appréciation. Une disposition législative qui entend déroger à la Charte doit contenir une déclaration précisant l'article, le paragraphe ou l'alinéa de la Charte qui est en cause disent les arrêts *Ford*⁵²⁹ et *Devine*⁵³⁰. Il s'agit essentiellement d'une condition de forme et, dès qu'elle est

⁵²¹ *Ford c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 712.

⁵²² *Supra*, note 76.

⁵²³ *Québec Association of Protestant School Boards c. Québec*, *supra*, note 75.

⁵²⁴ *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469.

⁵²⁵ *Supra*, note 76.

⁵²⁶ *Supra*, note 75, p. 84 et suivantes.

⁵²⁷ *Preuve extrinsèque. Voir les affaires Skapinker*, *supra*, note 72 et *Re Section 94(2) of the B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486.

⁵²⁸ *Metropolitan Stores Ltd. c. Manitoba (P.G.)*, [1987] 1 R.C.S. 110, p. 122.

⁵²⁹ *Supra*, note 83.

⁵³⁰ *Devine c. Québec (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 792.

respectée, la suspension des droits et libertés est valide pour une période de cinq ans, période qui peut être renouvelée⁵³¹. Une telle suspension des droits et libertés ne peut viser (mais c'est déjà beaucoup) que les libertés fondamentales (article 2), les garanties juridiques (articles 7 à 14) et les droits à l'égalité (article 15). Les autres droits et libertés énumérés ne sont pas soumis à une application potentielle de la clause dérogatoire.

E- L'application de la Charte (article 32)

La Charte s'applique à la common law⁵³². Elle s'applique lorsqu'il y a un conflit entre l'État et un individu, ou lorsqu'il y a un élément d'action gouvernementale en cause. Ainsi, les relations particulières, ou rapports privés, entre deux individus n'impliquant pas un élément d'action gouvernementale ne sont pas couvertes par la Charte canadienne des droits et libertés⁵³³. La notion "d'acte gouvernemental" n'est pas claire. Nous savons toutefois avec certitude que la Charte s'applique aux gouvernements, aux législatures, aux décisions du Conseil des ministres⁵³⁴, au pouvoir judiciaire⁵³⁵ et aux collèges d'enseignement⁵³⁶. La Charte ne s'applique pas aux litiges privés⁵³⁷, non plus qu'aux gouvernements étrangers⁵³⁸, aux universités⁵³⁹ ou aux hôpitaux⁵⁴⁰.

Il ressort de l'arrêt *Dolphin*⁵⁴¹ que les pouvoirs législatif et exécutif sont liés par la Charte. Qu'en est-il du pouvoir judiciaire? Le juge McIntyre fait remarquer que même si en science politique on parle des trois grands pouvoirs:

"... je ne puis assimiler, aux fins de l'application de la Charte, l'ordonnance d'un tribunal à un élément d'action gouvernementale." ⁵⁴²

Il ajoute cependant:

⁵³¹ Conformément aux paragraphes 33(3) et 33(4) de la Charte.

⁵³² Voir l'arrêt *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, [1986] 2 R.C.S. 573.

⁵³³ *Id.*

⁵³⁴ Voir l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. R.*, [1985] 1 R.C.S. 441.

⁵³⁵ *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery*, *supra*, note 94.

⁵³⁶ Voir l'arrêt *Douglas/Kwantlen Faculty Association c. Douglas College*, [1990] 3 R.C.S. 570. Les collèges exercent une fonction gouvernementale.

⁵³⁷ *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery*, *supra*, note 94.

⁵³⁸ Voir l'arrêt *États-Unis d'Amérique c. Allard et Charette*, [1987] 1 R.C.S. 564.

⁵³⁹ Voir l'arrêt *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229. Dissidence du juge Wilson.

⁵⁴⁰ Voir l'arrêt *Stoffman c. Vancouver General Hospital*, [1990] 3 R.C.S. 483.

⁵⁴¹ *S.D.G.M.R. c. Dolphin Delivery Ltd.*, *supra*, note 94.

⁵⁴² *Ibid.*, p. 600.

"Ce n'est pas pour dire que les tribunaux ne sont pas liés par la Charte. Les tribunaux sont évidemment liés par la Charte comme ils le sont par toute autre règle de droit." ⁵⁴³

Certains articles ne peuvent pas ne pas lier les tribunaux, comme les articles 11 et 12 par exemple. Plusieurs auteurs l'ont souligné.

F- Principes d'interprétation de la Charte

Ce sont les tribunaux qui ont insufflé vie à la Charte et au premier chef la Cour suprême du Canada qui a rendu, déjà, plus de deux cent cinquante arrêts sur divers articles de la Charte. Elle a élaboré de nombreux principes d'interprétation. Ainsi, la Charte doit recevoir une interprétation large, libérale et généreuse ⁵⁴⁴. Les rubriques de la Charte peuvent servir à son interprétation ⁵⁴⁵. L'absence de fondement factuel à l'appui d'une contestation fondée sur la Charte est fatale ⁵⁴⁶. La Charte n'a pas d'effet rétroactif, mais elle s'applique pour l'avenir à la législation antérieure; elle peut s'appliquer de façon prospective ⁵⁴⁷. On peut aussi, en interprétant la Charte, avoir recours à l'interprétation croisée ⁵⁴⁸, les deux versions officielles faisant également foi. Mais le principe d'interprétation législative *expressio unius est exclusio alterius* n'est pas compatible avec les exigences de l'interprétation de la Charte ⁵⁴⁹. Les droits et libertés garantis par la Charte ne sont pas figés à tout jamais, ils évoluent ⁵⁵⁰. C'est donc dire que la souplesse est essentielle à l'interprétation de la Charte ⁵⁵¹. On ne peut renoncer à un droit ou à une liberté de la Charte que de façon claire et expresse, en toute connaissance de cause ⁵⁵². L'interprétation doit être faite en fonction de l'objet du droit ou de la liberté en cause ⁵⁵³. Nous devons aussi constater que la jurisprudence américaine, riche de plus de deux cents ans d'histoire, joue un certain rôle dans l'interprétation de la Charte ⁵⁵⁴, tout comme, de plus en plus, divers documents internationaux,

⁵⁴³ *Id.*

⁵⁴⁴ Voir l'arrêt *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, *supra*, note 72, et l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145.

⁵⁴⁵ *Ibid.*

⁵⁴⁶ Voir les arrêts *MacKay c. Manitoba (P.G.)*, [1989] 2 R.C.S. 357 et *Danson c. Manitoba (P.G.)*, [1990] 2 R.C.S. 1086.

⁵⁴⁷ *R. c. Gamble*, [1988] 2 R.C.S. 595.

⁵⁴⁸ *R. c. Turpin*, [1989] 1 R.C.S. 1296.

⁵⁴⁹ *Thomson Newspapers Ltd. c. Directeur des enquêtes et recherches*, [1990] 1 R.C.S. 425, p. 470.

⁵⁵⁰ *R. c. Hébert*, [1990] 2 R.C.S. 151, p. 163.

⁵⁵¹ *R. c. McKinlay Transport Ltd.*, [1990] 1 R.C.S. 627, p. 641.

⁵⁵² *R. c. Clarkson*, [1986] 1 R.C.S. 383.

⁵⁵³ *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, note 79.

⁵⁵⁴ Voir, notamment, les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, *supra*, note 106, et *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 R.C.S. 486.

tel le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ⁵⁵⁵. La Cour suprême a aussi élaboré la théorie de l'imprécision qui repose sur le principe de la primauté de droit. L'exigence d'un avertissement raisonnable aux citoyens, de même que la limitation du pouvoir discrétionnaire dans l'application de la loi constituent les fondements de cette théorie.

L'imprécision, qui fait partie des principes de justice fondamentale, s'applique dans tous les domaines du droit: civil, administratif, criminel, constitutionnel, etc. Les facteurs à considérer pour savoir si une disposition est imprécise sont les suivants: "a) la nécessité de la souplesse et le rôle des tribunaux en matière d'interprétation; b) l'impossibilité de la précision absolue, une norme d'intelligibilité étant préférable; c) la possibilité qu'une disposition donnée soit susceptible de nombreuses interprétations qui peuvent même coexister."⁵⁵⁶ Une disposition imprécise sera jugée inconstitutionnelle.

G- La Cour suprême, gardienne de la Constitution

Dans le Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba ⁵⁵⁷, la Cour suprême déclarait: "C'est au pouvoir judiciaire qu'il incombe d'assurer que le gouvernement observe la Constitution" ... "Une des hautes fonctions de cette Cour est de s'assurer que les législatures n'outrepassent pas les limites de leur mandat constitutionnel et n'exercent pas illégalement certains pouvoirs" ⁵⁵⁸. Dans l'affaire Société des Acadiens le plus haut tribunal du pays affirme son rôle de "gardien de la Constitution" ⁵⁵⁹.

H- Droits concrets, droits abstraits, droits classiques

La Cour suprême dans le Renvoi sur la Loi 101 de 1984⁵⁶⁰ a fait une distinction entre les droits garantis par la Charte. Les uns sont énoncés de façon concrète et d'autres d'une manière abstraite. Dans l'affaire de la Société des Acadiens ⁵⁶¹, le juge Jean Beetz distingue aussi entre les droits fondamentaux classiques et les droits linguistiques. Ces derniers viennent de compromis politiques.

I- La preuve

La preuve à apporter est celle de la prépondérance comme l'a affirmé le juge en chef Dickson dans l'affaire Edwards Books ⁵⁶².

⁵⁵⁵ Voir, notamment, les arrêts *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *ibid.*; *R. c. Oakes*, *supra*, note 76; *Jones c. R.*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Mills c. R.*, [1986] 1 R.C.S. 863; et *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

⁵⁵⁶ *R. c. Nova Scotia Pharmaceutical Society*, [1992] 2 R.C.S. 606, p. 627 (motifs du juge Gonthier).

⁵⁵⁷ *Renvoi sur les droits linguistiques au Manitoba*, [1985] 1 R.C.S. 721.

⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 745.

⁵⁵⁹ *Société des Acadiens du Nouveau-Brunswick c. Association of Parents*, [1986] 1 R.C.S. 549.

⁵⁶⁰ *P.G. Québec c. Québec Association of Protestant School Board*, *supra*, note 75.

⁵⁶¹ *Supra*, note 121.

⁵⁶² *R. c. Edwards Books*, *supra*, note 81.

J- Étude de la jurisprudence, article par article

(1) Article 2: les libertés fondamentales

a) liberté de conscience et de religion (alinéa 2a))

Dans l'affaire *Big M Drug Mart*⁵⁶³ qui porte sur la loi fédérale sur l'observance du dimanche, la Cour a su se démarquer de la solution américaine. On peut faire remonter la genèse du test de l'article 1 à cette affaire. La Cour affirme que la loi fédérale sur l'observance du dimanche, bien que respectueuse du partage des pouvoirs, en vertu du paragraphe 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867, viole cependant le principe de la liberté de religion énoncé à l'article 2 de la Charte et ne peut se justifier sous l'article 1 de la Charte. La Cour trouve aussi un point d'appui sur l'article 27 de la Charte.

La Cour suprême, dans l'affaire *Edward Books*⁵⁶⁴, se prononçait sur la fermeture des magasins le dimanche. Elle reconnut la validité d'une loi ontarienne, intitulée Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail, qui avait pour but d'accorder une journée uniforme de repos hebdomadaire. Cette loi relève des pouvoirs législatifs que possède l'Ontario en vertu de l'article 92 de la Loi constitutionnelle de 1867. La Cour ajoute que l'article 2 de la loi ontarienne porte atteinte à la liberté de religion des détaillants qui observent le samedi comme jour de repos; mais cette atteinte est justifiable en vertu de l'article 1 de la Charte.

Dans l'affaire *Morgentaler*⁵⁶⁵, le juge Wilson traite de la liberté de conscience, en regard de l'avortement.

Dans l'affaire *Young*⁵⁶⁶, la Cour suprême déclare que les parents n'ont pas le droit d'endoctriner leurs enfants. L'intérêt de l'enfant prime sur la liberté de religion des parents. En l'occurrence, il s'agissait de témoins de Jéhovah.

b) liberté d'expression (alinéa 2 b))

Dans l'affaire *Dolphin Delivery Ltd.*⁵⁶⁷, la Cour remarque que le piquetage est une forme de liberté d'expression. Cette liberté n'englobe pas les cas de violence et d'actes illégaux.

Dans l'affaire *B.C. Government Employees Union*⁵⁶⁸, il est question de piquetage devant un palais de justice. On traite aussi de l'accès à la justice et de la rule of law.

⁵⁶³ *R. c. Big M Drug Mart, supra, note 79.*

⁵⁶⁴ *Supra, note 81.*

⁵⁶⁵ *R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30.*

⁵⁶⁶ *Young c. Young, [1993] 4 R.C.S. 3.*

⁵⁶⁷ *Supra, note 94.*

⁵⁶⁸ *British Columbia Government Employees Union c. Colombie-Britannique (P.G.), [1988] 2 R.C.S. 214.*

Dans l'affaire *Chaussure Brown's (Ford)*⁵⁶⁹, la Cour suprême du Canada a déclaré que la liberté d'expression comprend le discours commercial et que cette liberté comprend le droit de choisir la langue dans laquelle on veut s'exprimer. La Cour conclut que les articles 58 et 69 de la Charte de la langue française, dans la mesure où ils imposent l'exclusivité de la langue française dans l'affichage commercial et les raisons sociales, sont incompatibles avec l'alinéa 2b) de la Charte canadienne des droits et libertés et avec l'article 3 de la Charte des droits et libertés de la personne du Québec. Ils ne peuvent se justifier sous l'article 1. On n'a pas démontré que l'usage exclusif du français est nécessaire pour préserver le visage linguistique français du Québec. Mais le français nettement prépondérant serait compatible.

Dans l'affaire *Irwin Toy Ltd.*⁵⁷⁰, la Cour suprême conclut que les articles 248 et 249 de la Loi sur la protection du consommateur, qui prohibent la publicité commerciale destinée aux enfants de moins de treize ans, sont valides. Lesdits articles violent la liberté d'expression, bien sûr, mais peuvent se justifier sous l'article 1 de la Charte canadienne des droits et libertés et l'article 9.1 de la Charte des droits de la personne du Québec. Il s'agit d'une décision partagée. La Cour ajoute que la liberté d'expression comprend le discours commercial. L'interdiction, dit la majorité, n'est pas absolue, la publicité éducative non commerciale étant permise.

L'affaire *Keegstra*⁵⁷¹ porte sur la liberté d'expression. La Cour suprême décide que la propagande haineuse fait partie de la liberté d'expression et que le paragraphe 319(2) du Code criminel, qui interdit la propagande haineuse, constitue une restriction de la liberté d'expression. Les juges sont divisés (4-3) sur la question de la justification. La majorité formée du juge en chef Dickson et des juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier conclut que l'interdiction de la propagande haineuse constitue un objectif urgent, réel et très important; en témoignent les documents internationaux (Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale; Pacte international relatif aux droits civils et politiques), ainsi que les articles 15 et 27 de la Charte. Il y a un lien rationnel évident entre l'interdiction de la propagande haineuse et la suppression de ses effets préjudiciables: empêcher la propagande du racisme. Enfin, il s'agit d'une atteinte minimale: l'interdiction ne s'applique pas aux conversations privées; il y a trois moyens de défense: la bonne foi, la croyance sincère, la défense de vérité; l'interdiction n'est pas excessive ni imprécise.

La minorité formée des juges McLachlin, La Forest et Sopinka conclut qu'il n'y a pas de lien rationnel ni d'atteinte minimale: la portée de la disposition est trop large; l'article est subjectif et imprécis; il n'y a pas d'intérêts impérieux de l'État.

L'arrêt *Keegstra*⁵⁷² porte aussi sur la présomption d'innocence. La Cour suprême déclare que le paragraphe 319(2) du Code criminel constitue un renversement du fardeau de la preuve parce que l'accusé, pour se disculper, doit démontrer que ses déclarations sont vraies. Une majorité formée du juge en chef Dickson et des juges Wilson, L'Heureux-Dubé et Gonthier conclut que le renversement de preuve se justifie: il serait trop facile de s'y soustraire; il ne joue que dans les cas où le ministère public a prouvé hors de tout doute raisonnable l'intention de fomenter une haine préjudiciable.

⁵⁶⁹ *Supra*, note 83.

⁵⁷⁰ *Irwin Toy Ltd. c. Québec (P.G.)*, [1989] 1 R.C.S. 927.

⁵⁷¹ *R. c. Keegstra*, [1990] 3 R.C.S. 697.

⁵⁷² *Id.*

Par contre, une minorité formée des juges McLachlin, La Forest et Sopinka conclut qu'il n'y a pas de lien rationnel entre l'interdiction de la propagande haineuse et l'exigence de prouver la véracité des déclarations en cause; le renversement n'est pas justifié par un intérêt étatique impérieux.

L'arrêt Zundel⁵⁷³ porte sur la liberté d'expression. Le litige portait sur la constitutionnalité de l'article 181 du Code criminel qui prohibe la publication volontaire de fausses nouvelles.

En l'espèce, Zundel avait publié une brochure intitulée *Did Six Million Really Die?* qualifiée de littérature faisant partie de "l'histoire révisionniste". Il prétendait, entre autres, que l'Holocauste est un mythe qui résulte d'un complot juif mondial.

Le juge McLachlin, au nom de la Cour sur ce point, est d'avis que la brochure de Zundel entre sous la protection de l'alinéa 2b) de la Charte car, conformément aux critères énoncés dans l'arrêt *Irwin Toy Ltd.*⁵⁷⁴, Zundel tente bel et bien de transmettre un message. Et, aux fins de savoir si le message est protégé par l'alinéa 2b) de la Charte, il n'est pas nécessaire d'en connaître le contenu, rappelle la Cour. Toutes les communications sont protégées sauf celles qui sont entachées de violence. C'est pourquoi le juge McLachlin affirme:

"Avant de mettre une personne au ban de la Constitution, avant de lui refuser la protection que la loi la plus fondamentale du pays accorde à première vue, il faudrait, à mon avis, être tout à fait sûr que rien ne justifie qu'on lui offre une protection. Le critère de la fausseté ne permet pas d'atteindre cette certitude, vu qu'une fausse déclaration peut parfois avoir une certaine valeur et vu la difficulté de déterminer de façon concluante sa fausseté totale."⁵⁷⁵

La Cour se partage cependant (4-3) sur la justification de l'article 181 du Code criminel en vertu de l'article 1 de la Charte.

Le juge McLachlin, au nom de la majorité⁵⁷⁶, estime que l'article 181 du Code criminel ne se justifie pas dans une société libre et démocratique. Elle avance les arguments suivants.

Selon le juge McLachlin, l'article 181 du Code criminel ne reflète pas la formulation d'un objectif législatif important; il ne constitue pas une préoccupation urgente et réelle. Son libellé, général et imprécis, n'est fondé sur aucune documentation. Le législateur n'a présenté aucune justification pour son maintien en vigueur. La Commission de réforme du droit du Canada a même recommandé son abrogation, le qualifiant "d'anachronique"⁵⁷⁷. Le juge McLachlin prend soin de préciser que l'article 181 n'est pas nécessaire pour que soient respectées les obligations internationales du Canada.

⁵⁷³ *R. c. Zundel*, [1992] 2 R.C.S. 731.

⁵⁷⁴ *Supra*, note 132.

⁵⁷⁵ *Supra*, note 135, p. 758.

⁵⁷⁶ *La majorité est composée des juges La Forest, L'Heureux-Dubé, Sopinka et McLachlin.*

⁵⁷⁷ *Supra*, note 135, p. 764.

c) liberté de presse (alinéa 2 b))

Dans l'arrêt *Moysa*⁵⁷⁸, la Cour décrète qu'un journaliste ne peut refuser de témoigner et ne peut refuser de révéler ses sources.

La liberté de presse n'englobe pas la liberté de diffuser tous les débats parlementaires, à la télévision, selon l'arrêt *New Brunswick Broadcasting Corp.*⁵⁷⁹.

Dans l'affaire *Canadian Newspapers*⁵⁸⁰, on jugea que l'interdiction impérative de publier l'identité du plaignant dans une affaire de nature sexuelle lorsque le plaignant en fait la demande porte atteinte à la liberté de presse mais se justifie sous l'article 1.

Dans l'arrêt *Lessard*⁵⁸¹, la Cour suprême a confirmé la validité d'un mandat de perquisition autorisant des policiers à saisir des bandes vidéo dans une entreprise d'information. La perquisition n'était pas abusive, affirme la Cour à la majorité, et n'a pas empêché la Société Radio-Canada de fonctionner normalement.

d) liberté d'association (alinéa 2 d))

Dans l'affaire *Public Service Employee Relations Act*⁵⁸², la Cour suprême (Dickson et Wilson étant dissidents) déclare que le droit de grève et le droit de négocier collectivement ne sont pas inclus dans la liberté d'association énoncée à l'article 2 de la Charte.

Les arrêts *Alliance de la fonction publique du Canada*⁵⁸³ et *S.D.G.M.R. c. Saskatchewan (P.G.)*⁵⁸⁴ sont au même effet.

Le constituant en 1981 n'a pas constitutionnalisé expressément le droit de grève et le droit de négocier collectivement et la Cour suprême déclare qu'il n'est pas implicite non plus. Il n'est pas fondamental à ce point.

(2) Article 3: les droits démocratiques

L'arrêt *Gould*⁵⁸⁵ porte sur les détenus et le droit de vote. L'injonction n'est pas le moyen approprié à deux jours d'une élection pour permettre à un détenu de voter à une élection fédérale.

⁵⁷⁸ *Moysa c. Alberta Labour Relations Board*, [1989] 1 R.C.S. 1572.

⁵⁷⁹ *New Brunswick Broadcasting Corp. c. Nouvelle-Écosse (Président de l'Assemblée législative)*, [1993] 1 R.C.S. 319.

⁵⁸⁰ *Canadian Newspapers Co. c. Canada (P.G.)*, [1988] 2 R.C.S. 122.

⁵⁸¹ *Société Radio-Canada c. Lessard*, [1991] 3 R.C.S. 421.

⁵⁸² *Re Public Service Employee Relations Act*, [1987] 1 R.C.S. 313.

⁵⁸³ *Alliance de la fonction publique du Canada c. Canada (P.G.)*, [1987] 1 R.C.S. 424.

⁵⁸⁴ *S.D.G.M.R. c. Saskatchewan (P.G.)*, [1987] 1 R.C.S. 460.

⁵⁸⁵ *Gould c. Canada (P.G.)*, [1984] 2 R.C.S. 124.

Dans l'affaire Sauvé⁵⁸⁶, la Cour suprême a confirmé que l'alinéa 51 e) de la Loi électorale du Canada, qui prive les détenus de l'exercice de leur droit de vote, enfreint l'article 3 de la Charte et ne se justifie pas sous l'article 1 parce qu'il a une portée trop large. Le critère de l'atteinte minimale n'est pas rencontré.

Quelques semaines après la publication de ce jugement, le Parlement du Canada adoptait le projet de loi C-114, Loi modifiant la Loi électorale du Canada, afin d'octroyer le droit de vote aux détenus qui purgent une peine de moins de deux ans d'emprisonnement⁵⁸⁷.

Dans le Renvoi sur les circonscriptions électorales de la Saskatchewan⁵⁸⁸, les juges McLachlin et Cory de la Cour suprême ont donné chacun leur opinion sur la portée du droit de vote. Celle du juge McLachlin a rallié une majorité de ses collègues:

"(...) l'histoire du droit de vote au Canada et le contexte dans lequel il existait lors de l'adoption de la Charte étayent la conclusion que la garantie de ce droit vise non pas à atteindre l'égalité absolue des électeurs, dans la mesure où cela est possible, mais de façon plus générale à assurer une représentation effective."⁵⁸⁹

Le juge Cory s'exprime ainsi:

"Le droit de vote est synonyme de démocratie. Il est la condition préalable la plus fondamentale de notre système de gouvernement. (...) [C]haque vote doit être relativement égal à tout autre vote. (...) [L]es personnes libres ont toujours recherché l'égalité relative du pouvoir électoral."⁵⁹⁰

La Cour suprême a statué, à la majorité, dans ce renvoi, que l'article 3 de la Charte ne consacre pas le principe "une personne, un vote". L'article 3 garantit plutôt le droit à une "représentation effective", concept plus large que celui de l'égalité du suffrage, selon le juge McLachlin.

Selon la Cour d'appel, la carte électorale résultant du rapport de la Commission qui, dans certains cas, autorise des écarts de représentation allant de 15% à 25%, porte atteinte à l'article 3 de la Charte parce qu'elle s'écarte trop du principe "une personne, un vote" et ne se justifie pas sous l'article 1.

C'est précisément sur le "processus" que la minorité de la Cour forme sa dissidence.

Le juge Cory écrit:

⁵⁸⁶ *Sauvé c. Canada (P.G.)*, [1993] 2 R.C.S. 438.

⁵⁸⁷ *Alinéa 51 e)*, modifié par la *Loi modifiant la Loi électorale du Canada*, L.C. 1993, ch. 19, art. 23.

⁵⁸⁸ *Renvoi sur les circonscriptions électorales (Saskatchewan)*, [1991] 2 R.C.S. 158.

⁵⁸⁹ *Ibid.*, p. 186.

⁵⁹⁰ *Ibid.*, p. 165.

"Le droit de vote est si fondamental qu'une telle ingérence suffit pour constituer une violation de l'art. 3 de la Charte. Une réduction du pouvoir électoral individuel est une violation du système démocratique." ⁵⁹¹

Dans l'affaire Haig ⁵⁹², il fut décidé par la Cour suprême que le droit de vote au référendum n'est pas protégé par la Charte.

(3) Article 6: liberté de circulation et d'établissement

Dans l'affaire Skapinker ⁵⁹³, le premier arrêt rendu sur la Charte, la Cour suprême décide que la liberté dont il est question à l'article 6 est la liberté de circulation interprovinciale. Les droits énoncés se rapportent au déplacement dans une autre province, soit pour y établir sa résidence soit pour y travailler sans établir sa résidence. Au nom de la Cour suprême, le juge Estey écrit:

"... l'al. 6(2)b) ne crée pas un droit distinct au travail qui n'a rien à voir avec les dispositions relatives à la liberté de circulation et d'établissement parmi lesquelles il se trouve. Les deux droits (à l'al. (a) et à l'al. (b)) se rapportent au déplacement dans une autre province, soit pour y établir sa résidence, soit pour y travailler sans y établir sa résidence. L'al. b) ne confère donc pas ... un droit constitutionnel distinct de pratiquer le droit dans sa province de résidence qui prévaudrait sur la disposition provinciale qu'est l'al. 28c) de la Law Society Act, par application de l'art. 52 de la Loi constitutionnelle de 1982" ⁵⁹⁴.

Dans l'affaire Black ⁵⁹⁵, on reconnaît le droit de gagner sa vie dans toute province. Un cabinet d'avocat peut s'établir dans plus d'une province. L'interdiction absolue d'association entre avocats résidents et non-résidents porte atteinte au droit de ces derniers de gagner leur vie en Alberta. Une personne peut gagner sa vie dans une province sans s'y trouver.

Dans l'affaire Cotroni ⁵⁹⁶, la Cour déclare que l'extradition est incompatible avec l'article 6 mais se justifie sous l'article 1.

(4) Article 7: les principes de justice fondamentale

L'article 7 de la Charte, dit la Cour, n'est pas restreint à la seule procédure mais il concerne la substance même des lois ⁵⁹⁷. Cette décision est fondamentale.

⁵⁹¹ *Ibid.*, p. 172.

⁵⁹² *Haig c. Canada (Directeur général des élections)*, [1993] 2 R.C.S. 995.

⁵⁹³ *Supra*, note 72.

⁵⁹⁴ *Ibid.*, p. 382-383.

⁵⁹⁵ *Black c. Law Society of Alberta*, [1989] 1 R.C.S. 591.

⁵⁹⁶ *États-Unis d'Amérique c. Cotroni*, [1989] 1 R.C.S. 1469.

⁵⁹⁷ *Re Section 94(2) of the B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, note 116. Une infraction de responsabilité absolue assortie d'un emprisonnement obligatoire viole l'article 7 et ne se justifie pas sous l'article 1.

Dans l'arrêt Stevens ⁵⁹⁸, la Cour déclare qu'il n'y a pas de rétroactivité.

Dans l'affaire Irwin Toy ⁵⁹⁹, la Cour affirme que l'article 7 ne s'applique pas aux sociétés. La Charte ne protège pas les droits sociaux et économiques.

a) avortement

L'affaire Morgentaler⁶⁰⁰ fit, on s'y attendait, beaucoup de bruit. Le mécanisme prévu à l'article 251 du Code criminel (avortement thérapeutique) viole l'article 7 de la Charte et ne peut se justifier sous l'article 1. Deux juges sont dissidents. Ce jugement, basé sur la Charte, diffère de celui qui fut rendu en 1976, sous la Déclaration des droits, que nous avons déjà analysé.

b) Aide suicide

La Cour suprême s'est prononcée sur l'aide au suicide dans l'affaire Sue Rodriguez ⁶⁰¹. Dans une décision partagée de 5 à 4, elle a déclaré valide l'alinéa 241 b) du Code criminel qui prohibe l'assistance au suicide. Cet alinéa ne viole pas, à son avis, la Charte canadienne des droits et libertés. Même si cet alinéa restreint le droit de Sue Rodriguez à la liberté et à la sécurité de sa personne, garanti par l'article 7 de la Charte, il ne le fait pas d'une manière contraire aux principes de justice fondamentale. Le juge Sopinka, au nom de la majorité, statue que même s'il y avait violation du droit à l'égalité garanti par la Charte, on pouvait démontrer que cette restriction se justifie dans le cadre d'une société libre et démocratique en vertu de l'article 1 de la Charte.

Quatre juges sont dissidents; le juge en chef Lamer se base sur l'article 15, deux autres, les juges McLaughlin et L'Heureux-Dubé, sur l'article 7 et un quatrième, le juge Cory, sur les deux articles à la fois ⁶⁰².

c) portée de l'article 7

L'affaire Singh⁶⁰³ est à l'effet que les personnes qui revendiquent le statut de réfugié ont droit à la protection de l'article 7. "Chacun" englobe toute personne qui se trouve au Canada. La procédure prévue ne respecte pas la justice fondamentale parce qu'elle n'offre aucune possibilité au réfugié de se faire entendre.

⁵⁹⁸ R. c. Stevens, [1988] 1 R.C.S. 1153.

⁵⁹⁹ Supra, note 132.

⁶⁰⁰ R. c. Morgentaler, [1988] 1 R.C.S. 30. Il y a eu un troisième arrêt Morgentaler en 1993 (R. c. Morgentaler, [1993] 3 R.C.S. 463) dans lequel la Cour suprême jugea inconstitutionnelle une loi de la Nouvelle-Écosse qui interdisait les avortements dans les cliniques privées. L'interdiction de l'avortement relève de la compétence exclusive du Parlement sur le droit criminel en vertu du paragraphe 91(27) de la Loi constitutionnelle de 1867.

⁶⁰¹ Rodriguez c. Colombie-Britannique (P.G.), [1993] 3 R.C.S. 519.

⁶⁰² Comité sénatorial spécial sur l'euthanasie et l'aide au suicide, De la vie et de la mort, Ottawa, 1995, p. 93.

⁶⁰³ Supra, note 74.

Dans l'arrêt *Opération Dismantle*⁶⁰⁴, la Cour suprême a statué que l'article 7 ne s'applique pas à l'essai des missiles de croisière américains. Au Canada, il n'y a pas de lien de causalité entre la décision d'autoriser ces essais et l'accroissement de la menace de conflits nucléaires: le danger ne repose pas sur des faits réels.

Dans l'affaire *Hebert*⁶⁰⁵, la Cour reconnaît le droit au silence comme un principe de justice fondamentale de sorte que toute personne arrêtée ou détenue a le droit de garder le silence.

L'affaire *Daviault*⁶⁰⁶ porte sur l'intoxication dangereuse. L'interdiction de soulever une défense fondée sur l'intoxication volontaire porte atteinte à l'article 7 et ne se justifie pas sous l'article 1, selon la Cour suprême. Le Parlement a remédié à la situation en adoptant le projet de loi C-72⁶⁰⁷.

L'affaire *Vaillancourt*⁶⁰⁸ est à l'effet que le meurtre par imputation est incompatible avec l'article 7. Il ne se justifie pas sous l'article 1.

Dans l'arrêt *Edwards Books*⁶⁰⁹, la Cour suprême décide que la Loi sur les jours fériés ne viole pas l'article 7. Le terme "liberté" n'équivaut pas à un droit illimité de faire des affaires toutes les fois que l'on veut.

(5) Article 8: fouilles, perquisitions et saisies abusives

L'arrêt clé est la cause *Hunter*⁶¹⁰. La Cour déclare que la personne qui autorise la fouille doit agir de façon judicieuse (neutralité et impartialité), avoir des motifs raisonnables et probables de croire qu'une infraction a été commise et que des éléments de preuve se trouvent à l'endroit de la perquisition (critère minimal).

Les paragraphes 10(1) et 10(3) de la Loi relative aux enquêtes sur les coalités sont incompatibles avec l'article 8.

L'arrêt *Pohoretsky*⁶¹¹ établit qu'une prise de sang par un médecin et autorisée par la Loi sur les analyses de sang du Manitoba mais non autorisée par le Code criminel et sans le consentement du prévenu constitue une fouille abusive.

(6) Article 9: détention et emprisonnement arbitraires

⁶⁰⁴ *Supra*, note 96.

⁶⁰⁵ *R. c. Hebert*, [1990] 2 R.C.S. 151.

⁶⁰⁶ *R. c. Daviault*, [1994] 3 R.C.S. 63.

⁶⁰⁷ *Projet de loi C-72, devenu L.C. 1995, ch. 32.*

⁶⁰⁸ *R. c. Vaillancourt*, [1987] 2 R.C.S. 636.

⁶⁰⁹ *Supra*, note 81.

⁶¹⁰ *Supra*, note 106.

⁶¹¹ *R. c. Pohoretsky*, [1987] 1 R.C.S. 945.

La Cour suprême jugea dans l'affaire Lyons ⁶¹², que l'imposition d'une peine d'une durée indéterminée à un délinquant dangereux ne constitue pas une détention arbitraire. Dans l'arrêt Hufsky ⁶¹³, le plus haut tribunal déclara que l'arrêt au hasard d'un véhicule automobile, afin de vérifier le permis de conduire, le certificat d'assurance du conducteur, l'état mécanique du véhicule et la sobriété du conducteur constitue une détention arbitraire, parce qu'il n'y a aucun critère de sélection; le policier a pleine discrétion. Cette restriction se justifie sous l'article 1.

(7) Article 10: le droit à l'assistance d'un avocat

L'arrêt Therens ⁶¹⁴ porte sur la détention physique et psychologique et aussi sur le droit à l'avocat. Le refus d'autoriser le prévenu à consulter un avocat avant l'alcooltest est contraire à l'alinéa 10 b).

L'arrêt Clarkson ⁶¹⁵ porte sur la renonciation au droit de consulter un avocat. Madame Clarkson, qui était en état d'ébriété avancé, n'a pas pu apprécier les conséquences de sa renonciation au droit de consulter un avocat. Sa renonciation est invalide et sa déclaration incriminante est écartée.

L'arrêt Bartle ⁶¹⁶ porte sur l'aide juridique et le service de garde, 24 heures par jour. Dès qu'un individu est arrêté ou détenu, les policiers doivent donner cette information.

(8) Article 11

a) le délai raisonnable (alinéa 11 b))

L'arrêt Askov ⁶¹⁷ porte sur le délai raisonnable. La Cour suprême a statué qu'un délai de deux ans entre le dépôt des accusations et le début du procès est manifestement déraisonnable et excessif. Le délai n'est pas imputable à l'accusé mais plutôt à la pénurie de ressources institutionnelles: cela ne peut servir à justifier le délai. Dans les facteurs à considérer dans la détermination du délai raisonnable la Cour énumère les suivants: la longueur du délai; l'explication du délai; la renonciation de l'accusé à ses droits; le préjudice subi par l'accusé. Ces facteurs furent quelque peu raffinés dans l'arrêt Morin ⁶¹⁸.

⁶¹² R. c. Lyons, [1987] 2 R.C.S. 309.

⁶¹³ R. c. Hufsky, [1988] 1 R.C.S. 621.

⁶¹⁴ R. c. Therens, [1985] 1 R.C.S. 613.

⁶¹⁵ Clarkson c. R., [1986] 1 R.C.S. 383.

⁶¹⁶ R. c. Bartle, [1994] 3 R.C.S. 173.

⁶¹⁷ R. c. Askov, [1990] 2 R.C.S. 1199.

⁶¹⁸ R. c. Morin, [1992] 1 R.C.S. 771.

Dans l'arrêt *Finta*⁶¹⁹, la Cour déclara qu'un délai de 45 ans avant le dépôt d'une accusation n'est pas un délai pertinent.

b) tribunal indépendant et impartial (alinéa 11 d))

(i) la justice militaire

Dans l'arrêt *MacKay*⁶²⁰, antérieur à la Charte, il fut jugé qu'une cour martiale permanente présidée par un officier des forces armées peut juger un militaire pour une infraction au Code criminel. Cette cour est un tribunal indépendant au sens de l'alinéa 2f) de la Déclaration canadienne des droits. Le Parlement fédéral poursuit ici un objectif fédéral régulier.

Dans l'arrêt *Généreux*⁶²¹, la Cour suprême déclare que le Parlement peut créer des cours martiales et un système parallèle de droit. La Cour s'appuie sur l'alinéa 11f) de la Charte. Cependant, la Cour à la majorité déclare incompatible avec l'alinéa 11d) de la Charte l'organisation de la Cour et infirme sur ce point l'arrêt *MacKay*. Cette cour martiale n'est pas un tribunal indépendant et impartial au sens que la Cour suprême a donné à cette garantie constitutionnelle depuis l'arrêt *Valente*⁶²² pour les motifs suivants:

- (1) le juge avocat-général, ne jouit pas de l'inamovibilité nécessaire, il remplit une charge ad hoc qui dépend du pouvoir discrétionnaire de l'exécutif;
- (2) il ne jouit pas d'une sécurité financière;
- (3) il ne jouit pas de l'indépendance institutionnelle.

A la suite de cet arrêt, le Parlement a corrigé la situation.

(ii) l'indépendance judiciaire

Dans l'affaire *Valente*⁶²³ se posait la question de l'indépendance judiciaire. Pour qu'il y ait indépendance judiciaire au sens de l'alinéa 11d) de la Charte, il faut, dit la Cour, trois conditions essentielles: 1) l'inamovibilité des juges; 2) la sécurité financière des juges; 3) l'indépendance institutionnelle des juges dans les matières qui portent directement sur la fonction de juge.

L'arrêt *Beauregard*⁶²⁴ a porté sur les différents types de pension des juges. La Cour jugea qu'il n'y avait pas accroc au principe de l'indépendance des juges et qu'il n'y avait pas inégalité. Ce jugement ne s'appuie pas sur la Charte mais sur la Déclaration de 1960.

c) La peine la moins sévère (alinéa 11 i))

⁶¹⁹ *R. c. Finta*, [1994] 1 R.C.S. 701.

⁶²⁰ *Mackay c. R.*, [1980] 2 R.C.S. 370.

⁶²¹ *R. c. Généreux*, [1992] 1 R.C.S. 259.

⁶²² *Valente c. r.*, [1985] 2 R.C.S. 673.

⁶²³ *Id.*

⁶²⁴ *R. c. Beauregard*, [1986] 2 R.C.S. 56.

La Cour dans l'affaire Milne ⁶²⁵ établit que la réduction de la peine ne peut avoir lieu qu'entre le moment de la perpétration de l'infraction et le moment de l'imposition de la sentence. Cependant, la Cour suprême a récemment décidé, dans l'arrêt Dunn ⁶²⁶, qu'un accusé a le droit de bénéficier de la peine la moins sévère même si cette dernière a été modifiée après l'imposition de la sentence, mais pendant les procédures d'appel. La majorité base son raisonnement sur l'alinéa 44 e) de la Loi d'interprétation. Le juge L'Heureux-Dubé est dissidente et fonde ses motifs sur l'alinéa 11 i) de la Charte.

(9) Article 12: protection contre des peines cruelles et inusitées

La Cour suprême, dans l'arrêt Smith ⁶²⁷, déclare que l'imposition d'une peine minimale de 7 années d'emprisonnement pour l'importation de stupéfiant, indépendamment de la gravité de l'infraction, porte atteinte à l'article 12 de la Charte et ne se justifie pas sous l'article 1. La protection accordée par l'article 12 "... régit la qualité de la peine et vise l'effet que la peine peut avoir sur la personne à qui elle est infligée." ⁶²⁸ La Cour établit le critère de la "disproportion exagérée".

Dans l'affaire Lyons ⁶²⁹, la Cour suprême a statué, à la majorité, que la partie XXI du Code criminel, qui prévoit l'imposition discrétionnaire d'une peine d'une durée indéterminée lorsqu'un individu a été déclaré "délinquant dangereux", n'est pas incompatible avec l'article 12 de la Charte.

Dans l'arrêt Kindler ⁶³⁰, la Cour suprême a déclaré que la remise d'un fugitif à un État étranger ne constitue pas une peine cruelle et inusitée, même si elle peut avoir comme résultat que la peine de mort pourra être infligée au fugitif. Le juge Cory est dissident. La majorité base son raisonnement sur le fait que la Charte ne saurait avoir une portée extra-territoriale.

(10) Article 13: protection contre l'auto-incrimination

L'arrêt Dubois ⁶³¹ pose le principe qu'un témoignage incriminant donné par un accusé sur une base volontaire ne peut être reçu comme preuve de la poursuite dans un second procès. La Cour suprême ajoute que la date du témoignage antérieur n'est pas pertinente. La protection contre l'auto-incrimination s'applique donc au moment où l'on veut utiliser un témoignage antérieur pour incriminer le prévenu.

⁶²⁵ *R. c. Milne*, [1987] 2 R.C.S. 512.

⁶²⁶ *R. c. Dunn*, [1995] 1 R.C.S. 226.

⁶²⁷ *R. c. Smith*, [1987] 1 R.C.S. 1045.

⁶²⁸ *Ibid.*, p. 1072.

⁶²⁹ *R. c. Lyons*, [1987] 2 R.C.S. 309.

⁶³⁰ *R. c. Kindler*, [1991] 2 R.C.S. 779.

⁶³¹ *Dubois c. R.*, [1985] 2 R.C.S. 350.

Dans l'arrêt *Kuldip*⁶³², le juge en chef Lamer, au nom de la majorité⁶³³, conclut qu'un contre-interrogatoire portant sur un témoignage antérieur à l'occasion d'un second procès ne contrevient pas à l'article 13 de la Charte dans la mesure où ce contre-interrogatoire a pour but d'attaquer la crédibilité de l'accusé et non de l'incriminer. Car ce que vise l'article 13, c'est l'incrimination.

(11) Article 14: droit à l'assistance d'un interprète

L'affaire *Tran*⁶³⁴ porte sur le droit à l'assistance d'un interprète. Le critère de base, qui est au coeur de cette garantie constitutionnelle, c'est la compréhension linguistique. Selon la Cour suprême, les tribunaux ont un rôle positif à jouer afin de déterminer si une personne a besoin d'un interprète, et une omission à cet égard peut constituer une erreur judiciaire entraînant par le fait même un nouveau procès. A moins d'une preuve contraire convaincante, le droit à l'interprète devrait être reconnu par le tribunal.

(12) Article 15: droits à l'égalité

Dans l'affaire *Eve*⁶³⁵, la Cour suprême conclut que le principe de l'égalité de l'article 15 n'a pas été violé. Le refus de la Cour d'exercer une compétence *parens patriae* dans le but d'autoriser la stérilisation non thérapeutique d'une handicapée mentale ne constitue pas une discrimination fondée sur la déficience mentale.

En regard de l'article 15, il faut lire l'article 28 qui prévoit qu'indépendamment des autres dispositions de la présente Charte, les droits et libertés qui y sont mentionnés sont garantis également aux personnes des deux sexes. La clause dérogatoire ne s'appliquerait donc pas à l'égalité entre hommes et femmes.

Dans l'affaire *Andrews*⁶³⁶, la première cause à être jugée par la Cour suprême en matière de droits à l'égalité, la Cour avait à répondre aux deux questions suivantes: (1) l'obligation d'être citoyen canadien pour être admis au barreau de la Colombie-Britannique porte-t-elle atteinte aux droits à l'égalité garantis par le paragraphe 15(1) de la Charte, et (2) dans l'affirmative, cette atteinte est-elle justifiée par l'article premier de la Charte?

Cinq juges décident que la Charte exige que l'examen fondé sur le paragraphe 15(1) se fasse en deux étapes; la première vise à établir s'il y a eu atteinte à un droit garanti; la seconde consiste à déterminer, le cas échéant, si cette atteinte peut être justifiée en vertu de l'article premier.

Les motifs de discrimination énumérés au paragraphe 15(1) de la Charte ne sont pas exhaustifs. Des motifs analogues à ceux énumérés pourront aussi être pris en considération.

⁶³² *R. c. Kuldip*, [1990] 3 R.C.S. 618.

⁶³³ *La majorité est composée du juge en chef Lamer (juge en chef à la date du jugement), du juge en chef Dickson (juge en chef à la date de l'audition du pourvoi) et des juges Gonthier et McLachlin. Les juges Wilson, La Forest et L'Heureux-Dubé sont dissidents.*

⁶³⁴ *R. c. Tran*, [1994] 2 R.C.S. 951.

⁶³⁵ *Re Eve*, [1986] 2 R.C.S. 388.

⁶³⁶ *Andrews c. Law Society of British Columbia*, [1989] 1 R.C.S. 143.

La Cour répond qu'une règle qui exclut toute une catégorie de personnes de certains types d'emplois pour le seul motif qu'elles n'ont pas la citoyenneté canadienne, sans égard à leurs diplômes et à leurs compétences professionnelles ou sans égard aux autres qualités ou mérites d'individus faisant partie du groupe, porte atteinte aux droits à l'égalité prévus à l'article 15. L'article 42 de la *Barristers and Solicitors Act* constitue une règle de ce genre.

Pour trois juges l'objectif de la loi de la Colombie-Britannique ne se rapporte pas à des préoccupations suffisamment urgentes et réelles pour justifier la suppression des droits protégés à l'article 15. De plus, le critère de proportionnalité n'est pas respecté.

Pour les juges McIntyre et Lamer, qui sont dissidents, l'obligation d'être citoyen canadien est raisonnable et défendable en vertu de l'article premier étant donné l'importance de la profession juridique dans le gouvernement du pays. Cette dissidence impressionne.

La Cour suprême confirme, dans l'arrêt *Andrews*⁶³⁷, que le paragraphe 15(1) de la Charte a pour objet la protection de quatre droits fondamentaux: (1) le droit à l'égalité devant la loi; (2) le droit à ce que la loi s'applique également à tous; (3) le droit à la même protection de la loi; et (4) le droit au même bénéfice de la loi. Ces droits signifient plus que l'élimination des distinctions, selon la Cour, mais ne constituent pas une garantie générale d'égalité.

La Cour suprême, dans son interprétation de l'article 15, rejette la théorie selon laquelle ceux qui sont dans une situation identique doivent recevoir un traitement identique.

a) la retraite obligatoire

L'arrêt *McKinney*⁶³⁸ porte sur la retraite obligatoire.

En l'espèce, huit professeurs et un bibliothécaire ont demandé un jugement déclaratoire au motif que la politique de la retraite obligatoire à soixante-cinq ans de l'Université de Guelph porte atteinte au paragraphe 15(1) de la Charte et ne se justifie pas sous l'article 1.

La majorité de la Cour, sous la plume du juge La Forest, est d'avis que la Charte canadienne des droits et libertés ne s'applique pas aux universités au motif qu'elles ne font pas partie de l'appareil gouvernemental. Cependant, si la Charte devait s'appliquer aux universités, le juge La Forest croit que la politique de la retraite obligatoire porte atteinte au paragraphe 15(1) de la Charte parce qu'elle constitue une forme de discrimination, soit la discrimination basée sur l'âge, qui est un motif énuméré au paragraphe 15(1) de la Charte. Le juge La Forest croit, par ailleurs, que la politique de la retraite obligatoire se justifie en vertu de l'article 1 de la Charte.

Le juge Wilson est dissidente. Elle croit que la Charte s'applique aux universités.

La politique de la retraite obligatoire est discriminatoire, selon le juge Wilson. Elle dit: "En effet, il serait difficile d'interpréter une règle interdisant l'emploi d'une personne au-delà d'un certain âge comme autre chose qu'un exemple clair de discrimination directe."⁶³⁹

⁶³⁷ *Id.*

⁶³⁸ *McKinney c. Université de Guelph*, [1990] 3 R.C.S. 229.

⁶³⁹ *Ibid.*, p. 389.

Cette discrimination n'est pas justifiée en vertu de l'article 1 de la Charte.

Les juges Wilson et L'Heureux-Dubé sont dissidentes. Le juge L'Heureux-Dubé est d'avis qu'il n'y a pas de justification raisonnable à l'établissement d'une politique de retraite obligatoire à soixante-cinq ans. Il s'agit d'une discrimination absolue et généralisée.

(13) Articles 16 à 22: les droits linguistiques

Dans les affaires *MacDonald*⁶⁴⁰ et *Société des Acadiens*⁶⁴¹ on a distingué entre droits classiques et droits linguistiques et la Cour n'a pas manqué de souligner le rôle du législateur dans l'arène politique. Sans doute, comme le prévoit le paragraphe 16(3) de la Charte, le bilinguisme peut s'établir par étapes. Certains juristes cependant sont restés ici sur leur appétit, attendu que les droits linguistiques échappent à la clause dérogatoire de l'article 33 à cause de leur grande importance dans le contexte canadien, alors que les droits fondamentaux, eux, y sont soumis.

(14) Article 23: droits scolaires de la minorité de langue officielle

Dans l'affaire *Québec Association of Protestant School Boards*⁶⁴², la Cour suprême conclut que l'article 73 de la Loi 101 qui redéfinit les personnes qui ont droit à l'enseignement dans la langue de la minorité est contraire à l'article 23.

La Cour suprême confirme, dans l'arrêt *Mahé*⁶⁴³, son jugement sur la Loi 101⁶⁴⁴. Elle réitère que l'article 23 de la Charte a un caractère remédiateur et que c'est dans cet esprit qu'on doit l'interpréter d'une façon large et libérale.

Le principe directeur, et majeur, qui se dégage de l'arrêt *Mahé*⁶⁴⁵ est que la Cour suprême reconnaît à la minorité linguistique de langue officielle un droit de gestion et de contrôle sur la langue d'instruction, le contenu des programmes d'enseignement et les établissements de la minorité. Le degré de gestion et de contrôle pourra varier en fonction du nombre d'élèves effectivement inscrits. La gestion et le contrôle seront absolus lorsque le "nombre le justifie"; ils seront relatifs, i.e. qu'il n'y aurait pas nécessairement de conseil scolaire homogène ou d'établissement scolaire homogène, si le nombre d'élèves inscrits est trop minime.

Le juge en chef Dickson, au nom de la Cour, définit ainsi le seuil minimal de l'article 23 de la Charte:

⁶⁴⁰ *MacDonald c. Ville de Montréal*, [1986] 1 R.C.S. 460.

⁶⁴¹ *Supra*, note 121.

⁶⁴² *Supra*, note 75.

⁶⁴³ *Mahé c. Alberta*, [1990] 1 R.C.S. 342.

⁶⁴⁴ *Supra*, note 75.

⁶⁴⁵ *Supra*, note 205.

"L'article 23 requiert au minimum que "l'instruction" se fasse dans la langue de la minorité: si les élèves sont trop peu nombreux pour justifier un programme pouvant être qualifié "d'instruction dans la langue de la minorité", l'art. 23 n'exige pas la création d'un programme de ce genre." ⁶⁴⁶

Le niveau supérieur est le suivant:

"... l'ensemble de l'expression "établissements d'enseignement de la minorité linguistique" fixe un niveau supérieur de gestion et de contrôle." ⁶⁴⁷

Chaque cas est, nécessairement, un cas d'espèce, car la Cour suprême n'identifie pas un nombre fixe ou un chiffre magique pour rencontrer le critère "là où le nombre de justifie".

L'article 23 de la Charte constitue donc un droit général à l'instruction dans la langue de la minorité, dont l'objet, affirme la Cour suprême: "... est de préserver et promouvoir la langue et la culture de la minorité partout au Canada." ⁶⁴⁸

Le Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques du Manitoba ⁶⁴⁹ s'inscrit dans la suite logique de l'arrêt Mahé ⁶⁵⁰. Le juge en chef Lamer, au nom de la Cour, reprend d'ailleurs les grands principes alors énoncés après l'ancien juge en chef Dickson.

En l'espèce, la Cour confirme que le nombre d'élèves, au Manitoba, est assez élevé pour justifier la création d'un conseil scolaire autonome géré et contrôlé par la minorité linguistique francophone. Et la Cour affirme que le Manitoba doit implanter sans retard un régime efficace qui permettra aux francophones d'exercer pleinement leurs droits.

La Cour suprême s'abstient, par contre, de décrire le contenu de la loi que devra adopter le Manitoba afin de répondre à ses obligations constitutionnelles en raison du pouvoir discrétionnaire dont dispose les gouvernements dans le choix des moyens institutionnels visant à mettre en oeuvre lesdites obligations.

(15) Article 24: les recours

a) paragraphe 24(1)

Dans l'affaire *Cuddy Chicks Ltd.* ⁶⁵¹, la Cour suprême statue que les tribunaux administratifs ont compétence pour déclarer une loi inconstitutionnelle. Il s'agit d'un tribunal compétent.

⁶⁴⁶ *Ibid.*, p. 367.

⁶⁴⁷ *Ibid.*, p. 370.

⁶⁴⁸ *Ibid.*, p. 371.

⁶⁴⁹ *Renvoi relatif à la Loi sur les écoles publiques (Manitoba)*, [1993] 1 R.C.S. 839.

⁶⁵⁰ *Supra*, note 205.

⁶⁵¹ *Cuddy Chicks Ltd. c. Ontario (Commission des relations de travail)*, [1991] 2 R.C.S. 5.

Dans l'arrêt Schachter⁶⁵², la Cour suprême a élaboré la théorie de l'interprétation large (reading in). Cette théorie permet à un tribunal d'étendre la portée d'une loi par interprétation. L'interprétation large est utile pour assurer le respect des objets de la Charte. Elle sert à réduire l'ingérence judiciaire dans les parties d'une loi qui ne sont pas incompatibles avec la Charte.

Certains facteurs doivent être pris en considération afin de déterminer si l'interprétation large est appropriée dans un cas donné. Ces facteurs sont les suivants: la mesure corrective; l'ingérence dans l'objectif législatif; le changement de sens du reste du texte; le sens de la portion restante.

b) paragraphe 24(2)

Le paragraphe 24(2) de la Charte autorise un tribunal à écarter une preuve dans la mesure où son utilisation déconsidérerait l'administration de la justice. L'arrêt Collins⁶⁵³ est l'arrêt-clé sur la portée du paragraphe 24(2) de la Charte. La Cour suprême y énumère les critères d'application qui font toujours autorité aujourd'hui.

La déconsidération de l'administration de la justice comprend trois groupes de facteurs, selon la Cour suprême. Ce sont: (1) l'équité du procès (comparaison entre la nature de la preuve obtenue et la nature du droit violé); (2) la gravité de la violation de la Charte (la violation a-t-elle été commise de bonne foi?; s'agissait-il d'une simple irrégularité ou d'une violation flagrante et intentionnelle?; la violation a-t-elle été motivée par une situation d'urgence ou par crainte que des éléments de preuve ne soient détruits?; aurait-il été possible d'obtenir la preuve autrement, d'une manière compatible avec la Charte?); (3) l'éventualité que l'exclusion de la preuve obtenue d'une manière contraire à la Charte déconsidère l'administration de la justice (l'intérêt à découvrir la vérité est-il plus grand que l'intégrité du système judiciaire?).

(16) Les dispositions interprétatives

a) l'article 25

Les peuples autochtones ont bien pris soin, lors du rapatriement, de faire inscrire expressément dans la Charte que cette dernière n'a pas pour effet de porter atteinte à leurs droits et libertés. Cet article porte sur des droits collectifs.

b) l'article 26

La Charte canadienne des droits et libertés n'a pas pour effet d'écarter les chartes quasi-constitutionnelles dans la mesure où ces dernières ne sont pas incompatibles avec elle: tel est le but de l'article 26.

Dans l'arrêt Singh⁶⁵⁴, le juge Beetz écrit au sujet de l'article 26 de la Charte:

"Ainsi, la Déclaration canadienne des droits conserve toute sa force et son effet, de même que les diverses chartes des droits provinciales. Comme ces

⁶⁵² *Schachter c. Canada*, [1992] 2 R.C.S. 679.

⁶⁵³ *R. c. Collins*, [1987] 1 R.C.S. 265.

⁶⁵⁴ *Supra*, note 74.

instruments constitutionnels et quasi-constitutionnels ont été rédigés de diverses façons, ils sont susceptibles de produire des effets cumulatifs assurant une meilleure protection des droits et libertés. Ce résultat bénéfique sera perdu si ces instruments tombent en désuétude. Cela est particulièrement vrai dans le cas où ils contiennent des dispositions qu'on ne trouve pas dans la Charte canadienne des droits et libertés et qui paraissent avoir été spécialement conçues pour répondre à certaines situations de fait comme de celles en cause en l'espèce."⁶⁵⁵

c) l'article 27

Le but de l'article 27 est évidemment d'illustrer que, si le Canada est un pays bilingue dans l'ordre fédéral et dans certaines provinces, il a hérité cependant d'un patrimoine multiculturel. Ainsi, dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*⁶⁵⁶, la Cour suprême a déclaré que la Loi sur le dimanche viole la liberté de religion et ne concorde pas avec le maintien et la valorisation du patrimoine des Canadiens prévus à l'article 27.

d) l'article 28

Cet article consacre l'égalité entre les hommes et les femmes. La clause dérogatoire énoncée à l'article 33, qui s'applique à l'article 15, ne peut, selon nous, s'appliquer à l'égalité des deux sexes: aucun législateur ne peut édicter une mesure violant l'égalité des sexes. A notre avis, même l'article 1 de la Charte se trouve écarté par le libellé non équivoque de l'article 28 qui débute par ces mots: "Indépendamment des autres dispositions de la présente charte ...".

e) l'article 29

Dans le renvoi sur la Loi 30 de l'Ontario⁶⁵⁷, la Cour affirma que les garanties constitutionnelles enchâssées à l'article 93 de la Loi constitutionnelle de 1867 constituent une "petite déclaration des droits" et que cette dernière échappe à l'application de la Charte canadienne des droits et libertés. L'article 93 fait partie du compromis de 1867. Il en est également ainsi des droits confessionnels conférés par la suite par les provinces en vertu de l'article 93.

L'article 29 de la Charte prévoit que cette Charte ne porte pas atteinte aux droits et privilèges garantis par l'article 93 aux écoles séparées et autres écoles confessionnelles.

f) l'article 30

L'interprétation de l'article 30 de la Charte ne pose pas de problème sérieux. Tel est du moins l'avis des auteurs Swinton⁶⁵⁸ et Tassé⁶⁵⁹. Me Roger Tassé précise que:

⁶⁵⁵ *Ibid.*, p. 224.

⁶⁵⁶ *Supra*, note 79.

⁶⁵⁷ *Renvoi: An Act to Amend the Education Act, [1987] 1 R.C.S. 1148.*

⁶⁵⁸ K.E. SWINTON, "Application de la Charte canadienne des droits et libertés", dans G.-A. BEAUDOIN et W.S. TARNOPOLSKY, (éd.), *Charte canadienne des droits et libertés*, Montréal, Wilson-Lafleur, 1982, p. 51 et suivantes.

"Cet article (...) se situe en quelque sorte en dehors du corps provincial de la Charte en stipulant que les droits et libertés garantis par les articles qui précèdent l'article 32 s'appliquent à l'État canadien dans son entier, dans son ordre fédéral et provincial." ⁶⁶⁰

g) l'article 31

Il est intéressant de noter que contrairement aux États-Unis, où le Congrès est habilité de temps en temps par un texte constitutionnel à légiférer pour mettre en oeuvre un amendement constitutionnel, il n'en est pas ainsi au Canada, aux termes de notre Charte. C'est pourquoi Me Roger Tassé écrit:

"Le Parlement canadien ne saurait en s'appuyant sur la Charte s'arroger des compétences législatives qui ne lui appartiennent pas pour assurer le respect de la Charte par les provinces." ⁶⁶¹

CONCLUSION

Le Canada est passé par plusieurs phases. Au début de la fédération, en 1867, il n'a pas choisi d'inscrire dans sa Constitution une Charte des droits; mais les droits et libertés n'en étaient pas moins protégés, toutefois. En 1960, il a adopté une protection quasi-constitutionnelle. En 1982, une Charte des droits et libertés était enchâssée dans la Constitution du Canada. Cette Charte connaît un destin exceptionnel. Je crois que nous sommes sur la bonne voie.

Enfin, disons que la Cour suprême a raison de souligner que, bien qu'elle soit gardienne de la Constitution, il ne lui revient pas, en exclusivité, de faire progresser les droits et libertés. Le législateur doit aussi faire sa part.

A N N E X E

ARTICLES ET OUVRAGES DE GÉRALD-A. BEAUDOIN SUR LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX

- 1) La Cour suprême et la protection des droits fondamentaux, *Revue du Barreau canadien*, 1975, p. 675-714. Reproduit dans *Essai sur la Constitution*, par G.-A. BEAUDOIN, Presses de l'Université d'Ottawa, 1979, p. 279-316.
- 2) La protection de l'enfant en droit constitutionnel au Canada et au Québec: une vue générale, *Revue de Droit de Sherbrooke*, 1978. Reproduit dans *Essai sur la Constitution*, par G.-A. BEAUDOIN, 1979, p. 317-330.

⁶⁵⁹ R. TASSÉ, "Application de la Charte canadienne des droits et libertés", dans G.-A. BEAUDOIN et E. RATUSHNY, (éd.), *Charte canadienne des droits et libertés*, 2e éd., Montréal, Wilson-Lafleur, 1989, p. 77.

⁶⁶⁰ *Ibid.*, p. 79.

⁶⁶¹ *Ibid.*, p. 80.

- 3) La Cour suprême du Canada, Introduction, Ouvrage collectif sous la direction de G.-A. BEAUDOIN, Éd. Yvon Blais, 1986, p. 9 à 15.
- 4) Vues canadiennes et européennes des droits et libertés, Ouvrage collectif, sous la direction de G.-A. BEAUDOIN. Chapitre 2: De la suprématie de la Charte canadienne des droits et libertés et des autres chartes sur le droit canadien, fédéral ou provincial, Journées strasbourgeoises, Éd. Yvon Blais Inc., 1989, p. 23 à 41.
- 5) G.-A. BEAUDOIN, La Constitution du Canada, Wilson & Lafleur, 1990, p. 671 à 809. (Chapitre XXIII).
- 6) La Charte dix ans après, Ouvrage collectif sous la direction de G.-A. BEAUDOIN, Éd. Yvon Blais, 1992, p. 203-213.
- 7) Introduction, 1992 Ottawa Law Review - Revue de droit d'Ottawa, p. 1 et suiv.
- 8) La protection constitutionnelle des minorités au Canada: un aperçu, Mélanges Germain Brière, Ouvrage collectif, sous la direction d'Ernest Caparros, Collection bleue, Wilson & Lafleur, 1993, p. 779-805.

La Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie et la protection des droits (constitutionnels) fondamentaux et de la liberté des citoyens - Rapport de M. Nicolas VITROUK
Russie

Le respect et la protection des droits de l'homme et du citoyen est un des indices très importants de l'état de la légalité constitutionnelle et de l'ordre juridique dans la société et l'Etat.

On sait que le totalitarisme a nié le pluralisme politique et idéologique, a limité et lésé les droits des citoyens en les soumettant aux intérêts étatiques, sociaux et collectifs. C'est pourquoi la destruction du système totalitaire dans les Etats post-socialistes est avant tout liée à la consécration juridique constitutionnelle de la priorité des droits et libertés de l'homme parmi les autres valeurs universelles humaines, à la réforme radicale des mécanismes juridiques étatiques assurant leur garantie et protection et à la création de nouvelles institutions visant à contrôler le respect des droits de l'homme et à les protéger (le mandataire pour les droits de l'homme, et autres). Les Cours constitutionnelles sont appelées à jouer un rôle particulier dans la protection des droits et libertés fondamentaux de l'homme et du citoyen dans les Etats post-totalitaires.

En Russie, la Cour constitutionnelle a été fondée, sur la base de l'article 119 de la Constitution (Loi fondamentale) de la RSFSR dans la version des Lois de la RSFSR du 15 décembre 1990 et du 24 mai 1991⁶⁶², en 1991.⁶⁶³

Elle a fonctionné sur la base de la Loi de la RSFSR "Sur la Cour constitutionnelle de la RSFSR"⁶⁶⁴ jusqu'au 7 octobre 1993.⁶⁶⁵

⁶⁶² *Vedomosti du Congrès des députés du peuple de la RSFSR et du Soviet Suprême de la RSFSR. 1990. n ° 29. Art. 395; n ° 22, Art. 776.*

⁶⁶³ *Vedomosti du Congrès des députés du peuple et du Soviet Suprême de la RSFSR. 1991 n ° 44. Art. 1450.*

La nouvelle Constitution de la Fédération de Russie, adoptée par référendum le 12 décembre 1993, a précisé la composition et la compétence de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, qui fonctionne sur la base de la Loi constitutionnelle fédérale "Sur la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie", entrée en vigueur le 23 août 1994.⁶⁶⁶

Elle a précisé également le droit sur la protection des droits et libertés constitutionnels des citoyens de Russie et des autres personnes physiques sur recours de ces personnes. Cependant, les motifs et la procédure de l'examen de cette catégorie d'affaires, en vertu des dispositions de la Constitution de la RSFSR et de la Constitution de la Fédération de Russie de 1993, et conformément aux prescriptions des Lois correspondantes sur la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie sont différents.

En vertu de la précédente Loi, la Cour constitutionnelle avait le droit de statuer sur les affaires concernant la constitutionnalité de l'application du droit sur recours individuels des citoyens et demandes des personnes morales lorsque la décision, objet du recours par son auteur, avait dans la pratique du droit le caractère d'usage. La Cour constitutionnelle avait en même temps le droit de cumuler les affaires identiques en une seule procédure et d'étendre les décisions de la Cour constitutionnelle aux affaires identiques postérieures, ce qui permettait de bloquer une pratique non constitutionnelle du droit, y compris celle fondée sur la loi en vigueur (jusqu'à son abrogation).

L'avantage d'une telle procédure d'examen des recours individuels des citoyens a consisté dans la possibilité de présenter un recours contre l'application du droit par la Cour et les autres organes d'Etat, fondé non seulement sur la loi en vigueur, et existant dans l'absence de régulation normative sectorielle de tel ou tel domaine du statut constitutionnel du citoyen.

La Cour constitutionnelle a examiné en 1992-1993 huit affaires sur les recours individuels des citoyens et a reconnu comme non conforme à la Constitution de la Fédération de Russie l'application du droit sur⁶⁶⁷: le licenciement des travailleurs à l'âge de la retraite en le qualifiant de discrimination (l'arrêt du 4 février 1992)⁶⁶⁸; la fixation de restrictions en matière de recours contre les licenciements illégaux, l'application de sanctions disciplinaires aux agents du ministère public, l'expulsion administrative de citoyens occupant spontanément des locaux d'habitation avalisées par le procureur, sans faculté de recours judiciaire pour les expulsés en les considérant comme une limitation du droit des citoyens à une protection judiciaire (les arrêts du

⁶⁶⁴ *Vedomosti du Congrès des députés du peuple et du Soviet Suprême de la RSFSR. 1991, n ° 19, article 621; n ° 222, article 776.*

⁶⁶⁵ *Voir le Décret du Président de la Fédération de Russie du 7 octobre 1993, n ° 1612 "Sur la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie" (Recueil des actes du Président et du Gouvernement de la Fédération de Russie, 1993, n ° 41, article 3921).*

⁶⁶⁶ *Recueil de la législation de la Fédération de Russie. 1994, n ° 13 article 1447.*

⁶⁶⁷ *Voir les brèves notices des arrêts de la Cour constitutionnelle dans le Bulletin de jurisprudence constitutionnelle. Conseil de l'Europe. Strasbourg. 1994, n ° 1. P. 54-57.*

⁶⁶⁸ *Vedomosti du Congrès des députés du peuple de la Fédération de Russie et du Soviet Suprême de la Fédération de Russie. 1992, n ° 13 article 669.*

23 juin 1992, du 5 février et du 16 février 1993)⁶⁶⁹; les limitations de la réparation du préjudice causé par une période déterminée de réparation, en cas de réintégration des personnes illégalement licenciées (l'arrêt du 27 janvier 1993).⁶⁷⁰

La Cour constitutionnelle a confirmé le principe de l'égalité entre l'Etat et le citoyen dans les rapports contractuels, en reconnaissant la constitutionnalité des exigences des citoyens relatives à l'accomplissement par l'Etat des engagements spéciaux pour les chèques permettant d'acheter des automobiles, à l'indexation en espèces des revenus et des épargnes des citoyens (arrêts du 9 juin 1992 et du 31 mai 1993).⁶⁷¹

Ces décisions de la Cour constitutionnelle ont valeur de principes. Elles témoignent de la non-constitutionnalité de la pratique du paiement tardif des salaires, pensions et autres sommes, du non-accomplissement par l'Etat de ses engagements face aux citoyens concernant les chèques spéciaux, les obligations et autres valeurs, de l'indexation des dépôts monétaires de la population, des sommes assurées, de la réparation du préjudice matériel causé.

La Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie entière, en conformité avec les dispositions du Pacte international sur les droits civils et politiques et de la Constitution de la Russie, a défendu activement les droits et libertés politiques des citoyens de Russie s'agissant du rassemblement en partis et mouvements politiques, de la liberté de parole et de la presse, du droit au référendum (arrêts du 30 novembre 1992, du 12 février 1993, du 20 et 21 avril 1993, du 9 et 27 mai 1993).⁶⁷²

Parmi les défauts de la procédure antérieure de l'examen des affaires sur les recours individuels, il faut mentionner le fait qu'en reconnaissant la non-constitutionnalité de la pratique du droit qui est fondée sur un strict respect des dispositions de la loi en vigueur (ce qui a également signifié en fait la reconnaissance de la non-constitutionnalité de ces dispositions de la loi), elle n'a pu abroger directement l'effet de ces dispositions de la loi ou d'un autre acte normatif, ce qui est resté la prérogative des organes qui les avaient adoptées. Une telle procédure a retardé l'abrogation des dispositions non-constitutionnelles de la législation (les organes compétents pouvaient aussi passer outre la décision de la Cour constitutionnelle en se trouvant en conflit avec l'autorité judiciaire.

La procédure sus-mentionnée a également rendu, dans une certaine mesure, difficile l'interprétation de la notion de pratique ayant le "caractère d'usage", et a abouti à des heurts, à une incertitude juridique: les décisions de la Cour constitutionnelle ont reconnu comme non-constitutionnelle l'application de la loi, alors que les tribunaux de juridiction de droit commun ont été obligés d'appliquer la loi avant son abrogation bien que tout le monde ait compris que les normes de la Constitution ont une valeur juridique supérieure à celles de la loi.

⁶⁶⁹ *Ibidem.* 1992, n° 30 article 1809; 1993, n° 12 article 445.

⁶⁷⁰ *Ibidem.* 1993, n° 14 article 508.

⁶⁷¹ *Vedomosti du Congrès des députés du peuple de la Fédération de Russie et du Soviet Suprême de la Fédération de Russie*, 1992, n° 28 article 1634; 1993, n° 29 article 1142.

⁶⁷² *Vedomosti du Congrès des députés du peuple de la Fédération de Russie et du Soviet Suprême de la Fédération de Russie*, 1993, n° 11 article 400; 1993, n° 9 article 344; 1993, n° 18 article 653; 1993, n° 30 article 1182.

La nouvelle Constitution de la Fédération de Russie et la Loi constitutionnelle fédérale "Sur la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie" ont apporté des modifications relatives aux motifs et à la procédure de la protection des droits et libertés fondamentaux des citoyens.

En vertu du paragraphe 4 de l'article 125 de la Constitution de la Fédération de Russie, la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, en ce qui concerne les recours relatifs à la violation des droits et libertés constitutionnels des citoyens, vérifie la constitutionnalité de la loi appliquée ou applicable dans un cas concret selon la procédure fixée par la loi fédérale. La Loi constitutionnelle fédérale "Sur la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie" (chapitre XII, articles 96-100) précise que les plaintes contre la violation par une loi des droits et libertés constitutionnels peuvent être "individuelles et collectives"; la plainte peut avoir pour sujets non seulement les citoyens dont les droits et libertés sont violés par une loi, mais aussi leurs associations ainsi que les autres organes et personnes mentionnés dans la loi fédérale.

En cas de saisine de la Cour constitutionnelle concernant un recours pour violation par une loi des droits et libertés constitutionnels des citoyens, le tribunal ou un autre organe qui examine l'affaire où la loi contestée a été appliquée ou est à appliquer, est en droit de suspendre la procédure jusqu'à l'adoption de la décision de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie (paragraphe 2 de l'article 98 de la Loi constitutionnelle fédérale "Sur la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie").

Au cas où la Cour constitutionnelle reconnaît la loi, ou certaines de ses dispositions, comme n'étant pas conformes à la Constitution de la Fédération de Russie, elles cessent d'avoir effet immédiatement après le prononcé de la décision de la Cour constitutionnelle, et l'affaire à propos de laquelle la constitutionnalité de la loi a été contrôlée, est sujette à révision par le juge ou par un autre organe compétent selon les modalités générales (paragraphe 6 de l'article 125 de la Constitution de la Fédération de Russie, paragraphe 3 de l'article 79, paragraphe 2 de l'article 100 de la Loi constitutionnelle fédérale "Sur la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie").

Le tribunal de juridiction de droit commun peut lui aussi déceler à n'importe quel stade la violation par une loi des droits et libertés constitutionnels des citoyens lors de l'examen de l'affaire. Dans ce cas, le tribunal dépose à la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie une demande de vérification de la constitutionnalité de cette loi (paragraphe 4 de l'article 125 de la Constitution de la Fédération de Russie, article 101 de la Loi constitutionnelle fédérale "Sur la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie"). Dès qu'un tribunal a décidé de saisir la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, et jusqu'à l'adoption de l'arrêt de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, la procédure relative à l'affaire considérée ou à l'exécution de la décision de justice rendue par le tribunal en cette affaire est suspendue (article 103 de la Loi constitutionnelle fédérale "Sur la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie"). Les conséquences juridiques de la décision de justice adoptée par la Cour constitutionnelle sont identiques dans ce cas à celles qui surgissent lors de l'examen des recours des citoyens pour violation par la loi de leurs droits et libertés constitutionnels.

Sur la base de la Loi constitutionnelle fédérale "Sur la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie", la Cour constitutionnelle a examiné en 1995 sept affaires relatives à la violation par une loi des droits et libertés constitutionnels des citoyens, dont cinq à la suite de plaintes individuelles, l'une à la suite de la plainte d'un des syndicats, l'une à la demande d'un tribunal de ville. Les décisions de justice de la Cour constitutionnelle sur les affaires sus-mentionnées ont eu pour objectif l'élimination de la discrimination des droits civils, locatifs, professionnels et

procéduraux des citoyens et la garantie à chacun du droit des citoyens à une protection judiciaire de ses droits et libertés conformément aux dispositions de l'article 46 de la Constitution de la Fédération de Russie.

Une série de problèmes surgissent en matière de la protection par la Cour constitutionnelle des droits et libertés fondamentaux des citoyens.

1. En plus de la Cour constitutionnelle, la protection des droits et libertés constitutionnels des citoyens est assurée par tous les autres tribunaux: tribunaux de juridiction de droit commun, tribunaux d'arbitrage et autres, qui, comme la Cour constitutionnelle, sont indépendants et ne sont soumis qu'à la Constitution et à la loi fédérale (premier paragraphe de l'article 120 de la Constitution de la Fédération de Russie). On sait que la Constitution de la Fédération de Russie a force juridique supérieure, effet direct et s'applique sur l'ensemble du territoire de la Fédération de Russie (paragraphe 1 de l'article 15 de la Constitution). Compte tenu de ce fait, le problème de la concurrence de la Cour constitutionnelle et des autres tribunaux demande, une profonde réflexion sur la base de la législation en vigueur et, l'élaboration de mécanismes d'élimination des contradictions éventuelles de l'application, dans la pratique, des normes de la Constitution. Il importe de créer, dans le cadre d'un système unique, une atmosphère de compréhension mutuelle et de coopération au nom des objectifs de la protection des droits de l'homme.

La Cour constitutionnelle n'est pas une instance de cassation, d'appel ou de contrôle judiciaire par rapport aux autres tribunaux. La Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie statue uniquement en matière de droit. Dans l'exercice de la justice constitutionnelle, elle s'abstient d'établir et d'étudier les circonstances de fait dans tous les cas où cela relève de la compétence d'autres tribunaux ou d'autres institutions (paragraphe 2 et 3 de l'article 3 de la Loi constitutionnelle fédérale "Sur la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie"). La Cour constitutionnelle a une compétence exclusive: elle contrôle la constitutionnalité des lois. Tous les autres actes normatifs (Décrets du Président de la Fédération de Russie, arrêtés du Gouvernement, etc.) sont évalués, du point de vue de leur conformité aux normes de la Constitution relatives aux droits et libertés des citoyens, par tout tribunal en toute indépendance de même que l'on résout en toute indépendance la question de l'application directe des normes de la Constitution et de la loi fédérale.

2. La protection des droits et libertés fondamentaux par la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie a des traits spécifiques, compte tenu du caractère fédéral de l'Etat de Russie. On sait que "la réglementation et la protection des droits et libertés de l'homme et du citoyen; la citoyenneté dans la Fédération de Russie; la réglementation et la protection des droits des minorités nationales" relèvent de la compétence de la Fédération de Russie, conformément à l'alinéa "c" de l'article 71 de la Constitution de la Fédération de Russie. En vertu de l'alinéa "b" du premier paragraphe de l'article 72 de la Constitution de la Fédération de Russie, "la protection des droits et libertés de l'homme et du citoyen, la protection des droits des minorités nationales; la garantie de la légalité, de l'ordre juridique et de la sécurité publique" relèvent de la compétence conjointe de la Fédération de Russie et des sujets de la Fédération de Russie. Une certaine ressemblance des textes cités demande une plus nette délimitation des objets de la compétence et des pouvoirs des organes du pouvoir d'Etat de la Fédération et des sujets de la Fédération dans le domaine de la réglementation et de la protection des droits et des libertés du citoyen de Russie, et également une nette définition de la juridiction judiciaire, y compris des constitutions, au niveau de la Fédération et de ses sujets.

L'affaire examinée par la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie et relative au contrôle de la constitutionnalité du deuxième paragraphe de l'article 42 de la Loi de la République de Tchouvachie sur les élections des députés du Conseil d'Etat (Parlement) de la République de Tchouvachie dans la version du 26 août 1994 à la demande du Président de la République de Tchouvachie, représente un grand intérêt à cet égard. On a reconnu comme non conforme à la Constitution de la Fédération de Russie une disposition de la Loi, modifiée au cours des élections déjà commencées, ce qui a abouti à la violation du principe d'égalité du droit électoral.⁶⁷³ Comme l'adoption de cette loi relève exclusivement de la compétence de la République en tant que sujet de la Fédération de Russie, le contrôle de sa conformité à la Constitution de la République de Tchouvachie relève, à notre avis, de la compétence de la Cour Suprême de la République de Tchouvachie (avant la création de la Cour constitutionnelle) dans la République. Et l'épuisement de toutes les possibilités au niveau de la République ouvre au Président de la République de Tchouvachie seule la voie pour s'adresser à la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie et pour l'examen des faits de l'affaire par la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie. C'est là la manifestation d'une certaine "anticipation".⁶⁷⁴

3. Le rétablissement des droits et libertés violés des citoyens représente un problème grave: actuellement cela est dû parfois à l'absence, au niveau de l'Etat, des moyens matériels, financiers nécessaires et aux lenteurs dans les travaux du parlement pour apporter des modifications et adjonctions correspondantes dans la législation. L'ordonnance de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie du 15 juin 1995 sur la plainte des citoyens G.I. Chouljenko et S.A. Mazanov est caractéristique à cet égard⁶⁷⁵: elle a confirmé l'arrêt de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie du 27 janvier 1993 reconnaissant comme non conforme à la Constitution de Russie, l'application du droit visant à limiter la période de compensation pour une absence forcée au travail en cas de licenciement illégal, qui s'est établie sur la base des dispositions du paragraphe 2 de l'article 213 du Code du travail de la Fédération de Russie. Comme l'a constaté la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 27 janvier 1993 n'a pratiquement pas été exécuté. Les tribunaux se limitent comme autrefois au recouvrement de la compensation pour une année conformément à la prescription du paragraphe 2 de l'article 213 du Code du travail de la Fédération de Russie, bien qu'en réalité la durée de l'absence forcée au travail de G.I. Chouljenko a été de près de quatre ans et celle de S.A. Mazanov de 12 ans. Le parlement de la Fédération de Russie n'a pas apporté la modification correspondante dans la législation du travail.

Le point 3 du jugement de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie stipule: "L'Assemblée fédérale de la Fédération de Russie, se fondant sur les articles 46 et 53 de la Constitution de la Fédération de Russie, devra définir les conditions d'une réintégration efficace en droits et de la réparation du préjudice aux personnes illégalement licenciées, en éliminant les lacunes existant dans la législation en vigueur que la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie n'est pas en droit de combler". Cependant, il n'y a aucune garantie à ce que cette question soit examinée dans un proche avenir. Il est évident qu'il serait opportun d'établir, dans la Loi constitutionnelle fédérale sur la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie (ou bien dans

⁶⁷³ *Rossiyskaïa gazeta (Journal de Russie), 1995, 13 juillet.*

⁶⁷⁴ *Voir notre opinion particulière sur cette affaire (Rossiyskaïa gazeta, 1995, 14 juillet).*

⁶⁷⁵ *Vestnik (Messenger) de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, 1995, n° 2-3, pp. 66-70.*

une autre loi fédérale), des garanties supplémentaires de réalisation des décisions de justice de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie adressées au législateur.

La protection par la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie des droits et libertés constitutionnels peut être réalisée indirectement (avec un degré d'efficacité différent) lors de l'examen d'autres catégories d'affaires: lors du contrôle de la constitutionnalité des actes normatifs et des traités mentionnés dans les alinéas a, b, c, d, e du paragraphe 2 de l'article 125 de la Constitution de la Fédération de Russie; lors du règlement des conflits de compétence entre les organes du pouvoir d'Etat mentionnés dans les alinéas a, b, c du troisième paragraphe du même article de la Constitution; lors de l'interprétation de la Constitution (paragraphe 5 de l'article 125 de la Constitution de la Fédération de Russie).

Presque toutes les affaires jugées par la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie touchent d'une façon ou d'une autre les questions de la protection des droits et libertés constitutionnels des citoyens. En examinant toutes les catégories d'affaires, la Cour constitutionnelle se fonde sur les dispositions des documents de droit international sur les droits de l'homme, ce qui lui permet de respecter, lors du jugement des affaires sur la base de la Constitution, les normes et standards démocratiques reconnus par la communauté mondiale.

Ainsi, l'arrêt de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie du 31 juillet 1995 sur ladite "affaire tchéchène" sur le contrôle de la constitutionnalité des trois Décrets du Président de la Fédération de Russie et de l'arrêté du Gouvernement de la Fédération de Russie a constaté qu'en 1991-1994 sur le territoire de la République tchéchène, sujet de la Fédération de Russie, il y a eu une violation massive des droits de l'homme; les mesures prises par le Président et le Gouvernement de la Fédération de Russie, y compris l'emploi des Forces armées, ont eu pour objectif le maintien de l'intégrité étatique de la Russie, la garantie des droits et libertés des citoyens; lors de la réalisation des mesures sus-mentionnées, il y a eu des faits du non-respect du Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, relatif à la protection des victimes des conflits armés de caractère non international (Protocole II).

Le jugement de la Cour constitutionnelle a reconnu que l'arrêt du Gouvernement a violé une série de droits et libertés constitutionnels, et a spécialement souligné que "conformément aux articles 52 et 53 de la Constitution de la Fédération de Russie et au Pacte international sur les droits civils et politiques (paragraphe 3 de l'article 2) on doit assurer des moyens efficaces de la protection juridique et de la compensation du préjudice causé aux victimes de toutes les violations, de tous les crimes et abus de pouvoir".⁶⁷⁶

Des évaluations constitutionnelles juridiques plus dures des faits établis et des actes correspondants du Président et du Gouvernement de la Fédération de Russie en liaison avec l'utilisation des Forces armées (de l'armée) dans le règlement du problème intérieur tchéchène (ce qui a abouti aux violations substantielles des droits de l'homme) ont été faits dans les opinions particulières de plusieurs juges de la Cour constitutionnelle (y compris de l'auteur de ces lignes).⁶⁷⁷

Il faut citer également un aspect des travaux de la Cour constitutionnelle, ou plutôt de son Secrétariat.

⁶⁷⁶ Voir: *Rossiyskaïa gazeta*, 1995, 11 août.

⁶⁷⁷ *Ibidem*.

Dans la société de Russie, il n'y a pas encore de compréhension claire de ce qu'est la Cour constitutionnelle, de sa place dans le système judiciaire, de son pouvoir et de ce qui ne relève pas de sa compétence, et ce à cause de sa nature. Une telle basse culture juridique des fonctionnaires et de la population est un lourd héritage du régime totalitaire. Les citoyens considèrent souvent la Cour constitutionnelle comme une instance supérieure de surveillance, d'appel ou de contrôle (cela a provoqué un grand nombre de leurs recours ce qui détourne la Cour de son travail principal). Dans leurs plaintes adressées à la Cour constitutionnelle contre les jugements des tribunaux, les citoyens exigent de vérifier la constatation des circonstances factuelles de l'affaire ou de s'occuper à nouveau de leur établissement, ce qui est en principe interdit à la Cour constitutionnelle.

Des dizaines de milliers de recours de ce genre adressés par les citoyens à la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie sont étudiés par des spécialistes de l'appareil de la Cour qui y donnent des réponses détaillées; les recours sont envoyés dans de nombreux cas aux organes compétents en vue de leur examen au fond.

Cette pratique révèle encore un problème: un grand besoin en enseignement juridique de la population et des fonctionnaires en matière de la protection des principaux droits et libertés par la Cour constitutionnelle.

La Russie a plus que jamais besoin d'une justice constitutionnelle indépendante et efficace. Un respect strict et consécutif de la Constitution de la Fédération de Russie et de la Loi constitutionnelle fédérale "Sur la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie" sert de garantie à ce que la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie continue à protéger les principes du respect des droits et libertés de l'homme, de la prééminence du droit, de la Constitution, reconnus par la communauté mondiale.

Protection des libertés et droits fondamentaux devant la cour constitutionnelle en temps de guerre - Rapport de M. Nedjo MILIĆEVIĆ, Juge à la Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine

I

Outre qu'il a pour fonction d'inscrire dans un cadre juridique, les activités politiques, économiques et sociales, le droit est l'un des principaux moyens d'instaurer l'égalité et de protéger les droits de l'individu. L'existence du droit ne garantit cependant pas nécessairement la démocratie, le droit pouvant en soi être antidémocratique, mais, d'un autre côté, il est certain qu'il ne peut y avoir de démocratie sans droit ni Etat de droit.

Consciente de cette importance du droit, et partant de la conviction que les droits de l'homme et les libertés fondamentales sont des valeurs universelles, la communauté internationale s'est attachée à normaliser davantage l'ensemble des relations sociales, par le biais d'instruments de droit international obligatoires pour tous ses membres et, visant à l'harmonisation des relations entre les peuples, les collectivités et les Etats.

La communauté internationale a exprimé l'importance croissante que revêt le droit, ainsi que son rôle social, notamment à travers les deux principes fondamentaux posés par le préambule de la "Déclaration universelle des droits de l'homme", un document international essentiel, à savoir

qu'il est primordial, d'une part, que les droits de l'homme soient protégés par un régime de droit et, d'autre part, que l'homme ne soit pas contraint, en surprime à la révolte contre la tyrannie et l'oppression. Ces principes expliquent que, dans le système global du droit international, l'on accorde une place à part aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales, et que l'on souligne leur caractère de priorité absolue.

Dans le passé comme dans le présent, il n'est pas d'exemple de démocratie qui n'ait adopté, respecté et mis en oeuvre les principes de constitutionnalité et de légalité comme attributs de l'Etat de droit. Ces principes représentent le résultat historique de la transformation du pouvoir en droit et de la soumission en devoir. Sans ces principes, il est impossible de poser, et encore moins de réaliser, l'exigence traditionnelle de la démocratie, qui consiste à transformer un conflit politique en un différend juridique, et d'établir que l'on ne doit pas chercher à résoudre un conflit par la force, mais par l'application de règles de conduite préalablement fixées.

Les êtres humains sont nés libres et égaux en dignité et en droits. Les principes fondamentaux sur lesquels reposent toutes les demandes de respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans les instruments de droit international sont la dignité humaine, l'égalité, la parité des droits et des chances pour tous, ainsi que la prévention et l'élimination de toutes les formes de discrimination. Toute personne, toute communauté a le droit de se considérer comme différente et de demander que les autres reconnaissent sa différence, mais, en même temps, elle doit agir de façon que cette différence de mode de vie, ainsi que le droit à la différence ne puissent servir de prétexte à une discrimination en droit ou dans les faits.

Il n'existe pas de légitimité du droit lorsqu'une société est indifférente à la justice et aux droits et libertés de l'homme. La constitutionnalité et la légalité sont, avant tout, des mécanismes de sauvegarde des libertés et des droits de l'homme définis par une constitution et, par conséquent, l'on pourrait affirmer à juste titre que leur sauvegarde est la principale raison d'être d'un pouvoir judiciaire constitutionnel. Considérés sous l'angle du principe, tous les aspects des compétences d'une instance constitutionnelle sont liés à la fonction de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, en particulier dans les nombreux pays, où les citoyens peuvent invoquer directement devant les tribunaux une protection constitutionnelle. Des institutions et des instruments juridiques nombreux et divers offriront donc de meilleures garanties contre les atteintes au droit et à la constitution, qui seront progressivement éliminées. L'inclusion dans ce système d'une instance constitutionnelle, en raison de sa compétence et de son autorité, témoigne de la conviction à la fois juridique et politique des rédacteurs de la constitution, que la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrés par une constitution est d'une importance primordiale au plan social.

II

Alors que les Etats démocratiques et industrialisés du monde entier font des efforts constants pour promouvoir et préserver les acquis de la civilisation et les normes élevées du droit international contemporain dans le domaine de la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Bosnie-Herzégovine a dû faire face, à une dure réalité: pratiquement en même temps qu'elle obtenait son indépendance et sa reconnaissance juridique internationale, la guerre éclatait sur son territoire. Cette guerre brutale fait rage depuis bientôt quatre ans, provoquant de terribles ravages, dont le génocide et la purification ethnique.

La structure juridique de la Bosnie-Herzégovine au moment de son indépendance n'était pas adaptée au changement de sa situation, et la guerre a empêché de mettre en place une nouvelle

structure tenant compte de ce changement ou de l'inscrire dans la constitution. C'est pourquoi la majeure partie du territoire de la République de Bosnie-Herzégovine échappe actuellement au contrôle des autorités judiciaires de l'Etat. Dans les secteurs où s'exerce ce contrôle, non seulement les règles constitutionnelles édictées après l'accession à l'indépendance, mais encore nombre de solutions constitutionnelles datant de la période précédente restent valides. Il en va de même dans le secteur de la République croate "Herceg-Bosna" pour les "arrangements administratifs existants" qui étaient en vigueur au moment de la promulgation de la constitution de la Fédération de Bosnie-Herzégovine.

Actuellement il existe à la fois une constitution de la République de Bosnie-Herzégovine et une constitution de la Fédération de Bosnie-Herzégovine (laquelle a été définie par la constitution comme une "entité restructurée composée des territoires à population majoritairement bosniaque et croate en République de Bosnie-Herzégovine"). En temps de guerre et dans un système juridique éclaté et paralysé, il est difficile de satisfaire aux critères internationaux élevés en matière de démocratie, de droits de l'homme et de libertés fondamentales. Toutefois, l'engagement le plus total en ce sens n'est pas uniquement une nécessité impérieuse, mais également une condition sine qua non pour que la Bosnie-Herzégovine conserve son statut d'Etat. Les actions menées, sur le plan du droit, par les autorités de l'Etat en Bosnie-Herzégovine, ainsi que la conviction de nos citoyens et de la communauté internationale selon laquelle la constitutionnalité et la légalité y sont protégées, constituent l'une des armes les plus efficaces dans la lutte de ce pays pour préserver son indépendance et son intégrité. Dans notre situation, ces actions doivent avant tout signifier que tous ceux qui ont commis des crimes dans cette guerre brutale doivent assumer la responsabilité de leurs actes. Accepter qu'il en soit autrement reviendrait à dire que le crime et les pires exemples de discrimination peuvent échapper à toute sanction. Par ailleurs, nous devons continuer à proclamer que si les criminels ne sont pas traités comme ils le méritent, la paix et toute perspective de prospérité sont fortement compromises.

C'est avant tout aux autorités de l'Etat qu'il incombe de respecter et de faire respecter les principes de légalité et de légitimité, ce qui signifie qu'il importe à la fois de sauvegarder et de garantir les droits et, tout particulièrement, d'éviter qu'ils ne donnent lieu à des abus. Car les violations du droit les plus dangereuses sont celles qui sont commises par ceux-là mêmes qui ont pour mission essentielle de faire appliquer et de protéger les droits, à savoir les autorités de l'Etat. Plus le niveau auquel ces violations interviennent est élevé (qu'il s'agisse de la hiérarchie des textes juridiques ou de celle des autorités de l'Etat), plus leurs conséquences pour la constitutionnalité et la légalité sont lourdes, car à l'illégalité qui en découle s'ajoute l'encouragement ainsi donné à autrui à suivre cet exemple. Il s'ensuit que les atteintes au droit sont particulièrement dangereuses lorsqu'elles sont le fait d'un organe législatif qui édicte des lois anticonstitutionnelles, car, tout en méconnaissant la Constitution et les instruments du droit international, ces lois ont l'apparence de la légalité.

III

En vertu de la constitution de la République de Bosnie-Herzégovine, il existe une Cour constitutionnelle de Bosnie-Herzégovine, alors qu'en vertu de la constitution de la Fédération de Bosnie-Herzégovine, il existe une Cour constitutionnelle de la Fédération. Ces instances ne sont pas compétentes pour sauvegarder les libertés et droits fondamentaux sur la base d'un recours constitutionnel. Cependant, du fait que la guerre et ses ravages ont gravement désorganisé et compromis les libertés et droits fondamentaux, la constitution de la Fédération de

Bosnie-Herzégovine confie à un organe juridictionnel spécial - la Cour des Droits de l'Homme - la mission de les sauvegarder.

La compétence de la Cour des Droits de l'Homme englobe toute question ayant trait à des dispositions juridiques constitutionnelles ou autres, concernant les droits de l'homme et les libertés fondamentales, ou à l'un des instruments énumérés dans l'annexe de la constitution de la Fédération (les instruments dont l'objet est la sauvegarde des droits de l'homme ont valeur de dispositions constitutionnelles). Cette compétence soulève plusieurs questions auxquelles il convient de répondre, en ayant à l'esprit la compétence des Cours constitutionnelles en matière de recours constitutionnels. La Cour n'a pas encore commencé de fonctionner et, en application de la constitution, il lui incombe d'arrêter son règlement intérieur et de fixer ses modalités d'organisation.

Dans beaucoup de pays, la sauvegarde des droits et libertés est assurée par les juridictions administratives et de droit commun, et, en outre, directement par la Cour constitutionnelle, encore que l'étendue de cette sauvegarde varie. Dans certains pays, la protection judiciaire constitutionnelle s'étend à toutes les libertés et droits garantis par la constitution, alors que dans d'autres, elle se limite à certaines libertés et droits fondamentaux énumérés dans la constitution ou dans une loi distincte. La compétence de la Cour des Droits de l'Homme de la Fédération de Bosnie-Herzégovine s'étend à "toute question" ayant trait au respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi qu'à "toute question" relative à "l'un des instruments pour la sauvegarde des droits de l'homme mentionnés dans l'annexe de la Constitution", qui énumère 21 déclarations, conventions, recommandations et autres instruments des Nations Unies et d'autres organisations internationales.

Une autre compétence de la Cour des Droits de l'Homme de la Fédération de Bosnie-Herzégovine mérite de retenir notre attention. En vertu de la constitution de la Fédération, la Cour constitutionnelle, la Cour suprême ou un tribunal cantonal peut, à la demande de toute partie à une procédure de recours pendante devant l'une de ces instances, ou de sa propre initiative, soumettre à la Cour des Droits de l'Homme une question liée à ce recours, si ladite question porte sur un domaine relevant de la compétence de cette juridiction. La réponse de la Cour des Droits de l'Homme lie la juridiction qui s'est adressée à elle.

Pour ce qui est de l'autorisation de saisir la Cour des Droits de l'Homme, la Constitution stipule que toute partie à une affaire dans laquelle une juridiction de la Fédération ou un tribunal cantonal a prononcé un jugement insusceptible d'appel pourra attaquer ce jugement devant la Cour des Droits de l'Homme, sur la base de toute question relevant de la compétence de cette instance, en invoquant un autre motif que l'expiration d'un délai dont l'inobservation est imputable à la partie appelante. Le droit ou la faculté de saisir la Cour des Droits de l'Homme sont également prévus en cas de durée excessive de la procédure devant une juridiction de la Fédération ou un tribunal cantonal, sous réserve que la Cour estime que cette durée ne se justifiait pas et que l'objet du recours est de son ressort.

IV

L'efficacité d'un système juridique dépendant principalement, notamment dans le domaine de la protection des droits de l'homme, de la stabilité des relations sociales, la possibilité de sauvegarder efficacement ces droits en temps de guerre est très restreinte. Les territoires qui échappent à la juridiction des autorités publiques posent un problème particulier. En temps de guerre, le droit fait l'objet de violations très graves - meurtres, actes de torture, peines ou

traitements brutaux et dégradants. Les institutions et instruments juridiques pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales dont disposent les organes de l'Etat sont alors pour la plupart, paralysés et incapables de remplir efficacement leur rôle.

Les atrocités qui accompagnent une guerre constituent une violation non seulement des lois nationales, mais aussi, fréquemment, des principes juridiques internationaux les plus élevés. Comment les associations regroupant les institutions judiciaires de différents pays doivent-elles traiter ces affaires? A cet égard, la Conférence des Cours constitutionnelles d'Europe aurait maintes raisons d'étudier les possibilités qui s'offrent de condamner et de prévenir de tels actes.

Comme, en principe, la gamme des questions constitutionnelles et juridiques peut, en fin de compte, se réduire à la sauvegarde des libertés et droits fondamentaux, car c'est là que réside l'un des buts primordiaux de la société - l'émancipation de la personne dans toutes les sphères de la vie et de l'organisation sociale, il est difficile d'accepter que des instances internationales, dont la fonction première est la sauvegarde des droits de l'individu, n'interviennent pas pour les pires violations de ces droits et libertés, en particulier lorsque ces instances ont été créées par des instruments de droit international.

Il n'est pas d'Etat, dans le monde d'aujourd'hui, qui n'ait signé et ratifié de nombreux accords internationaux ayant trait aux libertés et droits de l'homme, accords qui sont ainsi devenus partie intégrante du système juridique national, en acquérant souvent une force supérieure à celle des lois ordinaires. La liste des libertés fondamentales et des droits de l'homme est ainsi non seulement dressée, mais également sanctionnée par des garanties juridiques internationales. C'est sur cette base légale que s'appuient les tentatives actuelles visant à instaurer une responsabilité internationale devant le Tribunal international des crimes de guerre. Il pourrait donc y avoir une base légale même pour les actions de l'association internationale des Cours constitutionnelles. Il s'ensuit qu'une certaine institutionnalisation des actions de cette association pourrait se justifier au regard des instruments du droit international, en cas de violations extrêmement graves des droits de l'homme et des libertés fondamentales dans un pays donné, et ces actions pourraient sans nul doute avoir des effets considérables. Elles pourraient se concrétiser sous la forme de textes, axés divers auxquels la force de leur argumentation, ainsi que les qualifications et l'autorité de leurs auteurs, conféreraient un grand poids.

V

Les questions suivantes sont également d'importance pour l'exécution des fonctions de l'appareil constitutionnel dans le domaine des libertés et des droits fondamentaux, en temps de guerre ou en cas de menace imminente d'une guerre:

1. Modifications de la Constitution en temps de guerre

Les systèmes constitutionnels apportent à ce problème des solutions qui varient selon les pays. Tandis que certains n'abordent pas expressément la question, ce qui signifie qu'il est possible, même en temps de guerre, de modifier la constitution, d'autres comportent une disposition constitutionnelle explicite selon laquelle de telles modifications ne peuvent intervenir en temps de guerre. De plus, certaines constitutions interdisent non seulement leur révision, mais également toute initiative de révision en temps de guerre (Constitutions française, espagnole, belge, portugaise). Nombre de raisons justifient ce point de vue, dont la principale est probablement celle qui considère que même une simple initiative peut affaiblir le front des forces patriotiques engagées dans la défense d'un pays et que les impératifs de la défense

priment et l'emportent sur les conceptions politiques des partis politiques et leur lutte pour le pouvoir, qui sous inévitablement toute modification de la Constitution.

2. Suspension de certaines dispositions de la constitution

En temps de guerre, ou en cas de menace imminente de guerre, l'application du principe *Salus rei publicae suprema lex esto* - que la loi suprême soit le salut de la patrie! - peut entraîner la suspension de certaines dispositions de la constitution. Il est important à cet égard de garder à l'esprit le fait qu'une telle suspension a le plus souvent, et essentiellement, trait à certains droits, libertés et devoirs inscrits dans la Constitution.

Quelle que soit la mesure dans laquelle la situation de guerre impose et justifie une suspension, l'importance essentielle que revêtent sur les plans de la société et de la civilisation les dispositions constitutionnelles prévoyant cette suspension fait que les textes doivent être parfaitement clairs et imposer les plus strictes restrictions. C'est la raison pour laquelle nombre des restrictions à la suspension de dispositions constitutionnelles sont prévues par la constitution elle-même, encore qu'il puisse y avoir de grandes différences d'un pays à l'autre.

Alors que dans certaines constitutions, aucune disposition portant sur les libertés et droits n'échappe à une éventuelle suspension (amendement LI à la constitution de la République de Bosnie-Herzégovine), d'autres constitutions imposent des restrictions. Ainsi, outre qu'elle stipule que les restrictions doivent être adaptées à la nature du danger et ne peuvent avoir pour conséquence une inégalité entre citoyens basée sur des motifs de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d'origine nationale ou sociale, la constitution de la République de Croatie spécifie qu'"il ne peut y avoir de restrictions dans l'application des dispositions constitutionnelles portant sur le droit à la vie, l'interdiction de la torture, les peines ou traitements cruels ou dégradants, l'exigence d'une définition claire des infractions et des peines, et la liberté de pensée, de conscience et de religion, même en cas de menace imminente de guerre mettant en péril la survie de l'Etat" (article 17).

Si certaines dispositions constitutionnelles sont suspendues, la question primordiale est de savoir combien de temps cette suspension durera. Les constitutions lient généralement cette durée à celle des circonstances qui ont motivé la suspension ("tant que persistera cette situation"). Mais un état de guerre peut se prolonger sans que les raisons et la situation qui ont motivé la suspension de libertés et droits constitutionnels demeurent nécessairement inchangées. Par conséquent, lorsqu'une possibilité de suspension est prévue, une garantie dictée par le simple bon sens consisterait à prévoir parallèlement l'obligation pour le corps législatif d'apprécier à intervalles réguliers (au moins une fois par an), si les raisons qui ont motivé la suspension persistent.

3. Adoption de dispositions ayant force de loi

Les régimes constitutionnels démocratiques considèrent qu'eu égard au fait que les libertés et droits fondamentaux sont inscrits dans la Constitution et que des responsabilités et devoirs en découlant procèdent de la constitution, les modalités d'exercice de ces libertés et droits ne peuvent être régies que par une loi et non par des textes ayant une force juridique inférieure à celle d'une loi, c'est-à-dire des textes édictés par les autorités administratives et exécutives, car la sécurité juridique qu'impliquent la réalisation et la protection de ces droits et libertés en souffrirait alors. Il faut bien voir aussi que le pouvoir de voter les lois est explicitement réservé au corps législatif. Or celui-ci réunit les représentants de tous ceux à qui les lois ainsi votées

s'appliqueront. Le nombre des membres de ce corps, qui sont responsables devant leurs mandants, et la procédure fiable mise en oeuvre pour voter les lois, garantissent dans une large mesure que dans le choix des solutions, le législateur cherchera à adapter les possibilités et besoins sociaux et politiques aux relations et situations sociales concrètes.

Il est des systèmes constitutionnels dans lesquels le législateur peut déléguer à l'exécutif le pouvoir de réglementer certaines matières relevant de son domaine de compétence (par ex., en France, les ordonnances). Sans étudier la question plus avant, on peut dire qu'il existe de nombreux arguments en faveur d'une telle solution, dont il faut cependant bien mesurer aussi les dangers. C'est pourquoi les constitutions prévoient en l'occurrence certaines restrictions, qui ont essentiellement trait à la durée, (la délégation de pouvoir est consentie pour un laps de temps déterminé) ainsi que des exclusions concernant les questions relevant de la constitution: il s'agit essentiellement des libertés et droits consacrés par la Constitution, comme dans la constitution de la République de Croatie).

Cependant, vu le sujet de ma communication, il est nécessaire de prêter également attention aux dispositions ayant force de loi adoptées en temps de guerre ou en cas de menace imminente de guerre. Le chef de l'Etat est généralement habilité à promulguer de telles dispositions, qui peuvent s'imposer pour diverses raisons: lorsque l'indépendance et l'intégrité mêmes de l'Etat sont directement menacées, ou lorsque les autorités de l'Etat sont objectivement incapables d'assumer leurs responsabilités constitutionnelles. De plus, il convient de ne pas oublier que de telles dispositions d'urgence régissent toutes les matières relevant normalement de la loi, y compris les droits de l'homme et les libertés fondamentales, et sont édictées par une seule personne (ou par les membres d'un organe donné), le plus souvent en l'absence de garanties procéduraires préalables.

Si l'on admet qu'il est réellement justifié d'édicter des dispositions d'urgence en temps de guerre, la question qui, du point de vue de la sauvegarde des libertés et droits constitutionnels, mérite une attention toute spéciale, est celle de la durée de la faculté d'en édicter. En effet, bien que la guerre ou la menace directe de guerre puisse durer, il faut se demander si les dispositions d'urgence continuent de se justifier une fois que les conditions permettant au législateur d'accomplir normalement sa tâche sont à nouveau réunies. Dans ce cas, il arrive que l'organe législatif vote des lois ressortissant à sa compétence, alors qu'en même temps, des dispositions d'urgence portant sur certaines matières qui, normalement, relèvent du pouvoir législatif, continuent à avoir force de loi. Le problème qui se pose à cet égard concerne non seulement l'empiétement éventuel sur la compétence du pouvoir législatif, définie par la constitution, mais également le reproche que peut encourir l'Etat de déborder le cadre des motifs constitutionnels qui justifient les mesures d'urgence. En conséquence, le bon sens voudrait qu'après que le pouvoir législatif a commencé de s'acquitter normalement de ses fonctions, l'adoption de dispositions d'urgence soit exclue, du moins jusqu'à ce que se représentent des circonstances qui les requièrent.

L'on peut aussi se demander si l'absence totale d'obligation pour l'auteur des dispositions d'urgence de les faire ratifier par le législateur est compatible avec le principe fondamental selon lequel les relations sociales régies par la loi relèvent exclusivement du domaine de compétence du pouvoir législatif. En d'autres termes, il existe une différence qualitative entre la procédure d'urgence, à suivre normalement pour édicter des lois et la procédure de ratification des dispositions, qui devrait être respectée chaque fois que cela est possible. Enfin, il convient également de préciser que les dispositions d'urgence sont le fruit de la nécessité et qu'elles impliquent une dérogation par rapport au principe constitutionnel fondamental selon lequel les

pouvoirs doivent être clairement définis et séparés: cette dérogation doit donc se limiter strictement à la période où elle demeure indispensable.

SEANCE DE CLÔTURE

Discours de clôture par :

M. Jadranko CRNIĆ, Président de la Cour constitutionnelle
de Croatie

Allocations de clôture - M. Jadranko CRNIĆ
Président de la Cour constitutionnelle de Croatie

Au cours de ces deux journées nous avons tous eu, je l'espère, le plaisir de partager nos connaissances et notre expérience professionnelles et scientifiques sur la question d'importance qui nous préoccupe. Celle-ci vise à tout mettre en oeuvre pour éviter que les juristes ne considèrent un groupe ou une association de personnes de quelque ordre ou de quelque taille qu'il soit comme une masse humaine amorphe et sans identité; il s'agit au contraire de promouvoir une vision de l'individu doté de toutes les propriétés qui parlent en sa faveur ou en sa défaveur et qui, dans sa réalité et sa conception, laisse la place à la liberté, aux droits de l'homme et du citoyen et à leur protection, si possible complète et effective, notamment sur le plan constitutionnel.

Les rapports et les débats ont été l'occasion de découvrir des sujets passionnants, de nouvelles idées, des critiques et des encouragements, des affirmations et des controverses, bref, nous avons assisté à un foisonnement d'idées qui – pour le dire en termes quelque peu égoïstes – est le propre des juristes et de ceux pour qui la démocratie par le droit est un crédo et un rêve devenu réalité, un rêve sans cesse renouvelé. Seule une telle foi peut permettre au navire de la primauté du droit d'éviter les Charybde et Scylla qui le guettent peut-être et d'éviter de succomber aux chants des sirènes qui cherchent des prétextes pour suspendre le droit et engloutir le navire. Comme les débats de ce séminaire l'ont à mon avis montré, la Cour constitutionnelle est entre les mains de véritables loups de mer, de fins connaisseurs du droit constitutionnel qui savent reconnaître les dérives et garder le cap, naviguer en eaux troubles, ce qu'elles sont le plus souvent dans le domaine du droit constitutionnel, et mener à bon port leur navire vers un havre de paix, de bonheur et de bien-être en faisant de la Constitution une réalité concrète.

A notre grand regret, le Professeur Antonio La Pergola qui est, pour ainsi dire, l'âme de la Commission de Venise et de ce séminaire UniDem, a dû partir avant la fin de nos travaux. Il ne m'est donc pas possible de le remercier aujourd'hui au nom de tous les participants ici présents et de la Cour constitutionnelle de la République de Croatie. Toutefois, je souhaiterais demander à M. Buquicchio et à ses collaborateurs de lui transmettre toute notre gratitude et nos bons vœux.

Il nous a été donné d'entendre des rapports de grande qualité, comme ceux de Mme Lorenza Carlassare, professeur à l'Université de Ferrare, de Mme Helga Seibert, juge à la Cour constitutionnelle allemande, de Mme Britta Wagner, secrétaire général de la Cour constitutionnelle autrichienne, de M. Cascajo Castro, professeur à l'Université de Salamanque, de M. Hrvoje Momčinić, vice-président de la Cour constitutionnelle de la République de Croatie, de M. Donald Kommers, professeur à la Notre Dame Law School aux Etats-Unis, de M. Velimir Belajec, juge à la Cour constitutionnelle de la République de Croatie et de M. Zdravko Bartovak, juge à la Cour constitutionnelle de la République de Croatie. Les débats qui ont suivi ont montré à quel point les rapports étaient intéressants et motivants. A ce propos, je tiens à

remercier tous les rapporteurs ici présents et tous ceux qui ont pris part au débat ainsi que ceux qui n'ont tout simplement pas eu l'occasion de s'exprimer mais qui ont prêté leur concours à cette rencontre.

En Croatie, nous avons été ravis que la Commission de Venise, présidée par le Professeur Antonio La Pergola, accepte notre proposition d'accueillir et de contribuer à organiser le séminaire UniDem portant sur la protection des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle.

Aujourd'hui, notre tâche accomplie, nous sommes heureux et reconnaissants que vous ayez pu venir en dépit de vos nombreux engagements, de vos lourdes et délicates responsabilités et de vos emplois du temps chargés. Je suis, quant à moi, très heureux de pouvoir dire qu'un grand nombre de pays européens, américains et asiatiques ont participé à ce séminaire, aux côtés des représentants du Bureau des institutions démocratiques et des droits de l'homme de l'OSCE. Parmi les participants figuraient les présidents de 11 Cours constitutionnelles, de nombreux vice-présidents et juges, un grand nombre de scientifiques appartenant à des universités ou à d'autres instituts, toutes personnes hautement qualifiées pour débattre de ce sujet universel axé sur l'homme.

Nous avons, j'en suis convaincu, progressé dans notre examen de la nécessité et de l'importance des recours constitutionnels ou de leur développement et du contenu des droits constitutionnels fondamentaux de l'homme et du citoyen. Je suis persuadé que les rapports que nous avons entendu et les débats que nous avons eus seront le point de départ d'une réflexion plus approfondie et que certains d'entre eux se reflèteront dans vos conférences, articles ou livres et dans votre pratique professionnelle.

Lorsque vous quitterez les îles Brioni et mon pays, la Croatie, n'oubliez pas d'emporter avec vous cette atmosphère, cette beauté, cette sérénité, cette paix, la douceur de ces îles, le souvenir de notre réunion, et recevez nos vœux de bon voyage, de succès dans vos activités futures et de bonheur pour vous et votre famille. Je souhaite aux timoniers du droit constitutionnel que vous êtes de poursuivre sans encombre votre route, et j'espère vous revoir bientôt en ces lieux.

Liste des participants

CROATIA/CROATIE:

INVITES SPECIAUX

M. Nikica VALENTIĆ, Premier Ministre
M. Miroslav ŠEPAROVIĆ, Ministre de la Justice
M. Luciano DELBIANCO, Préfet du Département
M. Zlatko PAVELIĆ, Préfet municipal

PARTICIPANTS

M. Jadranko CRNIĆ, Président, Cour constitutionnelle (**Rapporteur**)
M. Hrvoje MOMČINOVIĆ, Vice Président, Cour constitutionnelle (**Rapporteur**)
M. Ivan Marijan SEVERINAC, Vice Président, Cour constitutionnelle
M. Zdravko BARTOVIĆ, Juge, Cour constitutionnelle (**Rapporteur**)
M. Velimir BELAJEC, Juge, Cour constitutionnelle (**Rapporteur**)
M. Nikola FILIPOVIĆ, Juge, Cour constitutionnelle
M. Ante JELAVIĆ, Juge, Cour constitutionnelle
M. Vojislav KUČEKOVIĆ, Juge, Cour constitutionnelle
M. Jurica MALČIĆ, Juge, Cour constitutionnelle
M. Milan VUKOVIĆ, Juge, Cour constitutionnelle
M. Mladen ŽUVELA, Juge, Cour constitutionnelle
Mme Marija SALEČIĆ, Conseillère juridique principale, Cour constitutionnelle

M. Ivan MRKONJIĆ, Président, Cour administrative
M. Arsen BAČIĆ, Faculté de droit, Split
M. Zvonimir LAUC, Faculté de droit, Osijek
M. Tomislav PENIĆ, Adjoint au Ministre de la Justice
Mme Marina STANCL, Bureau du Président de la République
Mme Vesna ŠKARE OŽBOLT, Bureau du Président de la République

ALBANIA/ALBANIE:

M. Rustem GJATA, Président, Cour constitutionnelle
M. Zija VUCI, Juge, Cour constitutionnelle

ARMENIA/ARMENIE:

Cour suprême (Apologised/Excusé)

AZERBAIJAN/AZERBAIDJAN:

M. Khanlar GADJIEV, Président, Cour suprême

AUSTRIA/AUTRICHE:

Mme Britta WAGNER, Secrétaire général, Cour constitutionnelle (**Rapporteur**)

M. Meinrad HANDSTANGER, Chancellerie Fédérale

M. Joseph MARKO, Université de Graz

BELARUS:

M. Rygor VASILEVICH, Juge, Cour constitutionnelle

BOSNIA-HERZEGOVINA/BOSNIE-HERZEGOVINE:

M. Ismet DAUTBAŠIĆ, Président, Cour constitutionnelle

M. Nedjo MILIČEVIĆ, Juge, Cour constitutionnelle

M. Želimir JUKA, Juge, Cour constitutionnelle

Mme Milica DALAGIJA, Secrétaire de la Cour constitutionnelle

BULGARIA/BULGARIE:

M. Todor TODOROV, Juge, Cour constitutionnelle

M. Alexandre DJEROV, Vice Président du Comité parlementaire des affaires juridiques, Professeur, Doyen à la Faculté de droit, Nouvelle Université bulgare, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

Mme Anna MILENKOVA, Membre du Parlement, Membre suppléante de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Apologised/Excusée)

CZECH REPUBLIC/REPUBLIQUE TCHEQUE:

M. Zdenek KESSLER, Président, Cour constitutionnelle

ESTONIA/ESTONIE:

M. Rait MARUSTE, Président, Cour nationale

FINLAND/FINLANDE:

M. Antti KORKEAKIVI, "Lawyers Committee for Human Rights", New York

FRANCE:

M. Dominique ROUSSEAU, Professeur, Faculté de droit, Université de Montpellier

Mme Dominique REMY-GRANGER, Chargée de Mission du Président du Conseil constitutionnel

GEORGIA/GEORGIE:

M. Jimi KIPIANI, Vice Président, Cour suprême (Apologised/Excusé)

GERMANY/ALLEMAGNE:

Mme Helga SEIBERT, Juge, Cour constitutionnelle (**Rapporteur**)

HUNGARY/HONGRIE:

M. Laszlo SOLYOM, Président, Cour constitutionnelle

IRELAND/IRLANDE:

M. Matthew RUSSELL, Ancien conseiller juridique principal du Attorney General d'Irlande, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

ITALY/ITALIE:

M. Antonio LA PERGOLA, Avocat général, Cour de Justice des Communautés européennes, Président de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

Mme Lorenza CARLASSARE, Professeur, Université de Ferrara (**Rapporteur**)

M. Sergio BARTOLE, Professeur, Université de Trieste, Membre suppléant de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

KAZAKHSTAN:

Cour constitutionnelle (Apologised/Excusé)

KYRGYZSTAN/KIRGHYSTAN:

Cour constitutionnelle (Apologised/Excusé)

LITHUANIA/LITUANIE:

M. Kestutis LAPINSKAS, Juge, Cour constitutionnelle, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

MOLDOVA:

M. Eugeni SOFRONI, Vice Président, Cour constitutionnelle

POLAND/POLOGNE:

M. Janusz TRZCINSKI, Vice Président, Tribunal constitutionnel

PORTUGAL:

M. Armando MARQUES GUEDES, Ancien Président du Tribunal constitutionnel, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

M. Luis NUNES de ALMEIDA, Juge, Tribunal constitutionnel

ROMANIA/ROUMANIE:

M. Victor Dan ZLATESCU, Juge, Cour constitutionnelle (Apologised/Excusé)

RUSSIA/RUSSIE:

M. Vladimir A. TOUMANOV, Président, Cour constitutionnelle

M. Nicolay VITRUK, Juge, Cour constitutionnelle, Membre associé de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

SLOVAK REPUBLIC/REPUBLIQUE SLOVAQUE:

M. Milan ČIČ, Président, Cour constitutionnelle

M. Stefan OGURČAK, Vice Président, Cour constitutionnelle

SLOVENIA/SLOVENIE:

M. Peter JAMBREK, Juge, Cour constitutionnelle, Juge à la Cour européenne des droits de l'homme, Membre de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

M. Lovro STURM, Juge, Cour constitutionnelle

M. Bostjan M. ZUPANČIČ, Juge, Cour constitutionnelle

M. Arne MAVČIČ, Conseiller juridique, Cour constitutionnelle (Apologised/Excusé)

SOUTH AFRICA/AFRIQUE DU SUD:

Justice DIDCOTT, Cour constitutionnelle (Apologised/Excusé)

SPAIN/ESPAGNE:

M. José Luis CASCAJO CASTRO, Professeur, Faculté de droit, Université de Salamanca
(Rapporteur)

**"THE FORMER YUGOSLAV REPUBLIC OF MACEDONIA"/"L'EX-REPUBLIQUE
YOUGOSLAVE DE MACEDOINE":**

M. Jovan PROEVSKI, Président, Cour constitutionnelle

UNITED STATES OF AMERICA/ETATS UNIS D'AMERIQUE:

M. Donald P. KOMMERS, Professeur, Ecole de droit de Notre Dame **(Rapporteur)**

EUROPEAN COMMISSION/COMMISSION EUROPEENNE:

M. Armando TOLEDANO LOREDO, Directeur honoraire général, Commission européenne

**OSCE - OFFICE FOR DEMOCRATIC INSTITUTIONS AND HUMAN RIGHTS/OSCE
- BUREAU POUR LES INSTITUTIONS DEMOCRATIQUES ET LES DROITS DE
L'HOMME:**

M. Anatoly KOBZEV

OSCE - US DELEGATION/OSCE - DELEGATION EU

M. Casey CHRISTENSEN

CENTRAL AND EAST EUROPEAN LAW INITIATIVE (ABA/CEELI)

M. Frederick YEAGER

SECRETARIAT

M. Gianni BUQUICCHIO, Secrétaire de la Commission européenne pour la démocratie par le droit

M. Thomas MARKERT, Administrateur

M. Pierre GARRONE, Administrateur

Mme Helen MONKS, Assistante Administrative

M. Antoine MEISCH, Assistant Administrative

INTERPRETES

M. Derrick WORSDALE

Mme Maria FITZGIBBON

M. Nikita KRIVOCHEINE

M. Stanislav BELIAEV

Des représentants de la plupart des cours constitutionnelles européennes, ainsi que des constitutionnalistes européens et nord-américains, ont participé au séminaire UniDem sur «La protection des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle», organisé du 23 au 25 septembre 1995 à Brioni (Croatie) par la Commission européenne pour la démocratie par le droit et la Cour constitutionnelle de Croatie.

Les participants à cette conférence ont examiné en particulier les problèmes de droit matériel et de procédure posés par les recours constitutionnels formés par les particuliers devant la Cour constitutionnelle. En outre, des mécanismes alternatifs de protection des droits fondamentaux, en particulier le contrôle incident des normes et le contrôle judiciaire diffus, ont été présentés et discutés.

Ce volume comprend les rapports préparés en vue du séminaire, de même que différents textes présentés lors de celui-ci. Il contient une mine de renseignements de caractère comparatif sur les dispositions constitutionnelles et la pratique de la protection des droits de l'homme en Europe et en Amérique du Nord, ainsi qu'un panorama des procédures de recours constitutionnel dans le monde.

La Commission européenne pour la démocratie par le droit (la Commission de Venise) est un organisme consultatif en matière de droit constitutionnel, créé au sein du Conseil de l'Europe.

Elle est composée d'experts indépendants d'Etats membres du Conseil de l'Europe, ainsi que d'Etats non membres. Actuellement, plus de quarante-cinq Etats participent aux travaux de la commission.