

REVUE UNIVERSELLE DES DROITS DE L'HOMME

RUDH

29 décembre 2017

Vol. 23 (2017) N° 1-12

ISSN 0937-714X

Pages 1-480

1. DOCTRINE

Guy-Fleury NTWARI, Lyon

Entre cercle vicieux et faux semblant. Remarques sur le premier avis consultatif de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples 1

Ledi BIANKU, Strasbourg

Le non-refoulement comme principe du droit international et le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme dans sa mise en œuvre 11



Andrew Drzemczewski, Strasbourg

Le Conseil de l'Europe et l'État de droit : à propos de la liste des critères de l'État de droit élaborée par la Commission de Venise 14-18

2. JURISPRUDENCE

Comité des droits de l'homme des Nations Unies (CDH-ONU), Genève

- 1.VII.16 - Évaluation d'un risque réel pour un demandeur d'asile en cas de renvoi en Afghanistan / L'expulsion d'un ancien interprète pour les forces armées américaines en Afghanistan constituerait une violation de l'article 7 du Pacte (interdiction de la torture) / *E.U.R. c. Danemark* 19

Comité des droits économiques, sociaux et culturels des Nations Unies (CDESC-ONU), Genève

- 20.VI.17 - Devoir de l'État de protéger les locataires aussi en cas de conflit entre particuliers / Expulsion d'un logement privé d'une famille avec enfants mineurs suite au non-paiement du loyer / Violation du droit à un logement (article 11 § 1 du Pacte) / Obligations de l'État en période de grave crise économique / *Ben Djazia et Bellili c. Espagne* 28

Cour africaine des droits de l'homme et des peuples (CourAfrDHP), Arusha

• *Ingabire Victoire Umuhoza c. Rwanda*, affaire n° 003/2014

- 3.VI/5.IX.16 - Arrêt (questions procédurales) : sur les effets du retrait de la déclaration du Rwanda concernant la compétence de la Cour / Absence de clause de dénonciation dans la Charte africaine / Délai de préavis de 12 mois approprié (comme prévu dans la Convention américaine, au contraire de la Convention européenne, qui prévoit un délai de 6 mois) 37

- 24.XI.17 - Arrêt (au fond) : Arrestation, détention et procédures judiciaires d'une personnalité politique / Application des lois criminalisant la négation et la minimisation du génocide de 1994 contre les Tutsi / Large marge d'appréciation de l'État confirmée / Restrictions à la liberté d'expression imposées à la requérante non justifiées 46

Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH), Strasbourg

- 2.III.17 - Manquements des autorités italiennes à leur devoir de protection contre les violences domestiques ayant conduit à la tentative de meurtre de la requérante et à la mort de son fils / Violations des articles 2 et 3 (droit à la vie et interdiction des traitements inhumains) et de l'article 14 (discrimination) combiné avec les articles 2 et 3 CEDH / *Talpis c. Italie* 60

- 30.III.17 - Migrants (42 ressortissants bangladais), sans permis de travail, recrutés pour cueillir des fraises sous le contrôle de gardes armés (7 jours sur 7) / Refus des employeurs de payer les salaires promis / Violation de l'article 4 § 2 CEDH (interdiction du travail forcé) / *Chowdury et al. c. Grèce* 79

- 20.X.16 - Détention durant 27 jours consécutifs dans un espace personnel de moins de 3 m² / Traitement inhumain (violation de l'article 3 CEDH) / *Muršić c. Croatie (GC)* 95

- 10.I.17 - Obligation de participer aux cours de natation (mixtes avant la puberté) dans les écoles du canton de Bâle-Ville conforme à la CEDH / Non-violation du droit à la religion des parents (fervents pratiquants de la religion musulmane, de double nationalité suisse et turque) qui s'opposaient à cette forme d'éducation pour leurs deux filles / *Osmanoğlu et Kocabaş c. Suisse* 124

(Suite, voir 3^e et 4^e de couverture)



Editions N. P. Engel

e-mail : N.P.Engel@RUDH.info

Le Conseil de l'Europe et l'État de droit : à propos de la liste des critères de l'État de droit élaborée par la Commission de Venise par Andrew DRZEMCZEWSKI, Strasbourg

I. Les exigences pour devenir membre du Conseil de l'Europe et l'État de droit	14
1. Les exigences pour devenir membre : démocratie pluraliste, État de droit et protection des droits de l'homme ; procédure de suivi	14
2. L'État de droit comme principe essentiel : jurisprudence de la Cour de Strasbourg et liste des critères de la Commission de Venise	15
II. État de droit et démocratie constitutionnelle menacés ...	16
1. Problèmes spécifiques : <i>court packing</i> , restrictions budgétaires, pas d'exécution d'arrêts, pas de nomination de juges	16
2. Les garanties pour consolider les acquis	17

I. Les exigences pour devenir membre du Conseil de l'Europe et l'État de droit

1. Les exigences pour devenir membre : démocratie pluraliste, État de droit et protection des droits de l'homme ; procédure de suivi

L'article 3 du Statut du Conseil de l'Europe spécifie que chaque membre de l'Organisation doit accepter les principes de l'État de droit et de la jouissance par tous les individus placés sous sa juridiction des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Lu conjointement avec l'article 1 du Statut, il dispose encore que les membres doivent collaborer sincèrement et effectivement, par l'examen des questions d'intérêt commun, par la conclusion et l'adoption d'une action commune, pour la réalisation des buts du Conseil de l'Europe tels qu'énoncés à l'article 1 lit. a, à savoir « *de réaliser une union plus étroite entre ses membres afin de sauvegarder et de promouvoir les idéaux et les principes qui sont leur patrimoine commun et de favoriser leur progrès économique et social* ». Par conséquent, tous les États membres doivent respecter leurs obligations en vertu du Statut du Conseil de l'Europe, de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) et des autres conventions auxquelles ils sont parties, tout comme ils doivent respecter une série de principes, règles, normes et valeurs élaborés au sein de l'Organisation relatifs au pluralisme démocratique, aux droits de l'homme et à l'État de droit.

En outre, les autorités de certains États ayant adhéré après 1989 (principalement des États d'Europe centrale et orientale) ont accepté pendant les processus d'examen de leur candidature de se soumettre à des engagements additionnels et spécifiques. Ces engagements, souscrits à l'occasion de contacts avec le Comité des Ministres, et en particulier avec l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe (PACE), étaient ceux auxquels il était explicitement fait référence dans les Avis pertinents adoptés par l'Assemblée ; y figurait notamment l'engagement de signer la CEDH au moment de l'adhésion et de la ratifier à brève échéance. En y adhérant, ces « nouvelles démocraties » ont accepté de se conformer aux principes du Conseil de l'Europe et, à remédier, plus particulièrement, aux défauts de leurs ordres constitutionnels, politiques et juridiques ; cela faisait partie des « conditions » liées à leur adhésion.¹

Cependant, que se passera-t-il s'il apparaît que la règle de l'État de droit est violée postérieurement à l'adhésion d'un État au Conseil de l'Europe ? Quels outils ou mécanismes sont disponibles lorsqu'une érosion de la séparation des pouvoirs est imminente ou menace de miner

la démocratie constitutionnelle ? Au sein du Conseil de l'Europe existe une pléthore de mécanismes plus ou moins efficaces, incluant notamment : des procédures de contrôle ou de rapport qui peuvent être initiées par l'Assemblée parlementaire mais aussi par le Comité des Ministres ; la saisine de la Commission de Venise, soit par un organe étatique, soit par l'Assemblée parlementaire ou le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe ; des actions, initiatives et/

* Andrew DRZEMCZEWSKI, Visiting Professor, School of Law, Middlesex University London ; ancien Chef de Service des questions juridiques et des droits de l'homme de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Strasbourg. Le texte suivant est basé sur "The Council of Europe and the Rule of Law – Introductory remarks regarding the Rule of Law Checklist established by the Venice Commission", un article publié dans Human Rights Law Journal vol. 37 (2017) pp. 179-184. La présente version, en langue française omet nombre de références à des ouvrages et articles en anglais qui accompagnaient la version anglaise.

Pour la liste des critères de l'État de droit, établie par la Commission de Venise en 2016, voir le texte lui-même ci-dessous pp. 448-464.

¹ En 1989 le Conseil de l'Europe comptait 23 États membres. Entre 1990 et 2007 ce chiffre a plus que doublé en arrivant à 47 États membres, dont 22 États d'Europe centrale et orientale : la Hongrie (1990) ; la Pologne (1991) ; la Bulgarie (1992) ; en 1993 : l'Estonie, la Lituanie, la Slovaquie, la République tchèque, la Roumanie ; en 1995 : la Lettonie, l'Albanie, la Moldavie, l'Ex-République yougoslave de Macédoine, l'Ukraine ; en 1996 : la Russie et la Croatie ; puis la Géorgie (1999) ; en 2001 : l'Arménie et l'Azerbaïdjan ; la Bosnie-Herzégovine (2002), la Serbie (2003) et le Monténégro (2007).

L'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a très tôt pris position en ce qui concerne les conditions à remplir pour qu'un État puisse devenir membre du Conseil de l'Europe. Voir p. ex. les Conclusions du Bureau de l'Assemblée approuvées le 22 avril 1992, « L'extension géographique du Conseil de l'Europe », RUDH 1992, 181 ss. ; voir aussi Andrew DRZEMCZEWSKI, « Programmes de coopération et d'assistance du Conseil de l'Europe aux pays d'Europe centrale et orientale dans le domaine des droits de l'homme : de 1990 à septembre 1993 », RUDH 1993, 193 (213). Afin de mieux préparer sa prise de position, l'Assemblée avait demandé à des juristes éminents, c'est-à-dire, chaque fois – en principe – un juge de la Cour et un membre de la Commission européenne des droits de l'homme, d'étudier la situation des droits de l'homme dans les pays susceptibles de devenir membres du Conseil de l'Europe. La RUDH a publié 16 de ces rapports, mentionnés ci-dessous par ordre alphabétique (noms des rapporteurs et source entre parenthèses) : Albanie (Loukis G. LOUCAIDES et Jerzy MAKARCZYK, RUDH 1994, 310) ; Arménie (Jerzy MAKARCZYK et Daniel ŠVÁBY, RUDH 2001, 438) ; Azerbaïdjan (Rudolf BERNHARDT et Marek A. NOWICKI, RUDH 2001, 450) ; Croatie (Franz MATSCHER et Gro Hillestad THUNE, RUDH 1995, 335) ; Estonie (Raimo PEKKANEN et Hans DANIELIUS, RUDH 1992, 187) ; Géorgie (Stefan TRECHSEL et Isi FOIGHEL, RUDH 1998, 444) ; Lettonie (Jan DE MEYER et Christos ROZAKIS, RUDH 1992, 203) ; Lituanie (Rudolf BERNHARDT et Henri SCHERMERS, RUDH 1992, 195) ; Macédoine (Sir John FREELAND et Gaukur JÖRUNDSSON, RUDH 1996, 333) ; Moldavie (Karel JUNGWIERT et Marek A. NOWICKI, RUDH 1994, 376) ; République tchèque (Franz MATSCHER et Jane LIDDY, RUDH 1994, 61) ; Roumanie (Alphonse SPIELMANN et Jochen Abraham FROWEIN, RUDH 1994, 247) ; Russie (Rudolf BERNHARDT, Stefan TRECHSEL, Albert WEITZEL et Felix ERMACORA, RUDH 1994, 325) ; Slovaquie (Franz MATSCHER et Sir Basil HALL, RUDH 1994, 242) ; Slovaquie (Sir Basil HALL et Louis-Édmond PETTITI, RUDH 1994, 65) ; Ukraine (José Maria MORENILLA RODRIGUEZ et Jean-Claude SOYER, RUDH 1996, 237).

ou rapports du Commissaire aux droits de l'homme ou du Conseil consultatif des juges européens, etc.² L'allégation d'une application discriminatoire ou inappropriée, en particulier, d'arrangements constitutionnels peut aussi être portée, avec succès, devant la Cour européenne des droits de l'Homme (CourEDH) : ceci a par exemple été le cas pour la Bosnie-Herzégovine, la République tchèque, la Hongrie, la Lituanie et la Turquie.³

Mais la *Realpolitik* a dessiné les limites de ce qui peut être et a été accompli à Strasbourg. En témoigne par exemple le peu qui a été fait en ce qui concerne deux États membres de l'Union européenne, la Hongrie et la Pologne, lorsque de sérieuses difficultés ont exigé un examen immédiat. L'Assemblée parlementaire n'a même pas initié une procédure de suivi lorsque des normes relatives à l'État de droit ont été sérieusement transgressées en Hongrie ;⁴ même chose en ce qui concerne le délai (inacceptable) dont a eu besoin l'Assemblée parlementaire pour se saisir de la crise constitutionnelle polonaise.⁵

2. L'État de droit comme principe essentiel : jurisprudence de la Cour de Strasbourg et liste des critères de la Commission de Venise

Bien que le respect de l'État de droit, en tant que l'un des trois principes essentiels spécifiés dans le Statut du Conseil de l'Europe, soit un prérequis, un axiome sur lequel l'adhésion au Conseil de l'Europe repose, aucun des instruments juridiques de l'Organisation ne donne une définition qui fasse autorité de ce qu'il faut entendre par État de droit. Ceci dit, dans nombre de ses arrêts, la Cour européenne des droits de l'homme a dit et a souvent répété que l'État de droit était un principe fondamental pour l'application et l'interprétation de la Convention. Pour la Cour, le concept d'État de droit – auquel le préambule de la Convention se réfère expressément – est un concept inhérent à toutes les dispositions de ce texte.⁶

Dans sa Résolution 1594 (2007) intitulée « La notion de "Rule of Law" »⁷, l'Assemblée parlementaire a invité la Commission de Venise à mener « une réflexion approfondie » sur les concepts de *rule of law* et de « prééminence du droit » ; cette réflexion a conduit, en mars 2016, à l'adoption de la « Liste des critères de l'État de droit », dont de larges extraits sont publiés ci-dessous pages 448-464.

Avant même que la Commission de Venise n'élabore sa « Liste des critères », le Comité des Ministres avait, en 2008 déjà, produit une analyse sur la manière dont est conçu l'État de droit au sein du Conseil de l'Europe. Se fondant sur la jurisprudence de la Cour, il avait identifié, sous trois mots clés, des exigences spécifiques liées à l'État de droit – (1) composantes, (2) éléments constitutifs et (3) sous-principes – qui font partie du droit de la CEDH : a) le cadre institutionnel et l'organisation de l'État ; b) le principe de légalité : principes de régularité, de sécurité juridique, et d'égalité devant la loi ; et c) les garanties procédurales : contrôle juridictionnel, accès aux tribunaux et aux voies de recours, procès équitable.⁸ Ceci a conduit le Comité des Ministres à mettre l'accent sur le « large consensus concernant les expériences fondamentales découlant du principe de prééminence du droit » qui existe au sein des États membres.⁹

Sans analyser plus en profondeur la définition de ce qu'implique la notion de prééminence du droit pour le Conseil de l'Europe, il suffit, pour notre propos, de citer le *document de réflexion* élaboré à l'occasion du 4^e Congrès de la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle, consacré à « L'État de droit et la justice constitutionnelle dans le monde moderne », qui s'est tenu du 11 au 14 septembre 2017 à Vilnius, en Lituanie.¹⁰

Les organisateurs de ce Congrès ont résumé le concept moderne de l'État de droit en se référant

– à une citation de M. Kofi ANNAN, énoncée dans son rapport de 2004 au Conseil de Sécurité de l'ONU :

L'État de droit se réfère à « un principe de gouvernance en vertu duquel l'ensemble des individus, des institutions et des entités publiques et privées, y compris l'État lui-même, ont à répondre de l'observation de lois promulguées publiquement, appliquées de façon identique pour tous et administrées de manière indépendante, et compatibles

² Voir « 'Liste des critères de l'État de droit' de la Commission de Venise », Résolution 2187 (2017), adoptée par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 11 octobre 2017, basée sur le rapport de la Commission des questions juridiques et des droits de l'homme, document 14387 <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-FR.asp?fileid=24213&lang=FR&search=MjE4N3x0eXBIX3N0cl9lbjpsZXNvbHV0aW9u>

Voir aussi le « Plan d'action pour renforcer l'indépendance et l'impartialité du pouvoir judiciaire », document CM(2016)36 final, adopté lors de la 1253^e réunion des Délégués des Ministres le 13 avril 2016. Le plan d'action devrait être mis en œuvre dans un délai de cinq ans et le Comité des Ministres devrait procéder à un examen régulier de l'avancée de sa mise en œuvre jusqu'en avril 2021.

³ Voir les affaires *Sejdić et Finci c. Bosnie-Herzégovine* (22 décembre 2009), *Adamiček c. Rép. tchèque* (12 octobre 2010), *Baka c. Hongrie* (23 juin 2016), *Paksas c. Lituanie* (6 janvier 2011), *Parti communiste unifié de Turquie et autres c. Turquie* (30 janvier 1998 = RUDH 1998, 118), tous disponibles sur le site internet de la CourEDH : <http://www.echr.coe.int>

⁴ Voir la Résolution de l'Assemblée parlementaire 2064 (2015) du 24 juin 2015, intitulée « Situation en Hongrie à la suite de l'adoption de la Résolution 1941 (2013) de l'Assemblée », se fondant sur le document 13806 du 8 juin 2015, tous deux disponibles sur le portail de l'Assemblée parlementaire, <http://www.assembly.coe.int/nw/Home-FR.asp>

⁵ Voir, par exemple, Commission des questions politiques et de la démocratie, document AS/Pol/Inf (2016)10 relatif à un échange de vues à Paris le 8 mars 2016 sur « The State of Democracy and the rule of law in Poland », disponible uniquement en anglais http://www.assembly.coe.int/CommitteeDocs/2016/Aspdocinf10_16%20EN.pdf ainsi que la note d'information de la Commission pour le respect des obligations et engagements des États membres du Conseil de l'Europe (commission de suivi) sur « Le fonctionnement des institutions démocratiques en Pologne », doc.AS/Mon (2017) 14 du 9 mai 2017, disponible à l'adresse <http://website-pace.net/documents/19887/3136217/AS-MON-2017-14-FR.pdf/ff23f859-7e9c-4f2d-b2b1-42fe36565984>

⁶ Voir l'affaire *Stafford c. Royaume-Uni* (Grande Chambre, 28 mai 2002) : « En matière de "régularité" d'une détention, la Convention renvoie pour l'essentiel à la législation nationale et consacre l'obligation d'en observer les normes de fond comme de procédure. Ce terme impose, en premier lieu, que toute arrestation ou détention ait une base légale en droit interne, mais concerne aussi la qualité de la loi ; il la veut compatible avec la prééminence du droit, notion inhérente à l'ensemble des articles de la Convention » (para. 63, c'est nous qui soulignons), formule que l'on retrouve dans l'affaire *Baka c. Hongrie* (Grande Chambre, 23 juin 2016, para. 117). Voir aussi *Centro Europa 7 S.R.L. et di Stefano c. Italie* (Grande Chambre, 7 juin 2012), et son exigence de « prééminence du droit dans une société démocratique » (para. 156), *Sylvester c. Autriche* (24 avril 2003), para. 63, et *P.P. c. Pologne* (8 janvier 2008), para. 88.

⁷ <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-DocDetails-FR.asp?fileid=17613&lang=FR>

⁸ Pour plus de détails, et des références à une jurisprudence spécifique, consulter « Le Conseil de l'Europe et la prééminence du droit – Un aperçu », Délégués des Ministres, 1042bis réunion, 27 novembre 2008, doc. CM (2008) 170, paragraphes 34 à 59, <https://rm.coe.int/1680696036>

⁹ CM (2008) 170 (note 8 ci-dessus), para. 29.

¹⁰ Voir *Document de réflexion*, 4^e Congrès de la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle « L'État de droit et la justice constitutionnelle dans le monde moderne », 11-14 septembre 2017, Vilnius, Lituanie, décrivant la conception du 4^e Congrès, disponible sur <http://www.wccj2017.lt/fr/>

avec les règles et normes internationales en matière de droits de l'homme ».¹¹

– et à la position de la Commission de Venise :

« La Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) a identifié des éléments fondamentaux de l'État de droit : la légalité, y compris un processus législatif transparent, responsable et démocratique ; la sécurité juridique, l'interdiction de l'arbitraire ; l'accès aux tribunaux indépendants et impartiaux, y compris le contrôle judiciaire des actes administratifs ; le respect des droits de l'homme ainsi que la non-discrimination et l'égalité devant la loi ».¹²

Le document de réflexion explique encore que les cours constitutionnelles – ou leurs équivalents – sont les premiers gardiens d'un ordre juridique fondé sur la suprématie du droit et sur la constitution entendue comme loi suprême, et qu'elles ont une forte influence sur ce qu'il faut entendre par État de droit ou prééminence du droit. De là découle l'absolue nécessité de garantir leur indépendance, qui est l'un des piliers de cette même prééminence du droit.

II. État de droit et démocratie constitutionnelle menacés

1. Problèmes spécifiques : court packing, restrictions budgétaires, pas d'exécution d'arrêts, pas de nomination de juges

L'indépendance des cours constitutionnelles – dans les États où elles existent – repose sur la prémisses de l'existence de la séparation des pouvoirs dans un État fondé sur l'État de droit. C'est cette indépendance qui permet véritablement aux cours constitutionnelles de contrôler le respect de la séparation des pouvoirs.¹³ Il en découle logiquement que les cours constitutionnelles doivent s'assurer de la supériorité normative de la Constitution sur les lois et la législation déléguée au sein de l'ordre juridique, ce qui inclut le respect par l'État de ses obligations juridiques internationales mais aussi, dans le cas des États parties à la Convention européenne des droits de l'homme, les sauvegardes supplémentaires ancrées dans les valeurs européennes communes issues de l'État de droit, protégées et renforcées par la Cour européenne des droits de l'homme et sa jurisprudence.

Ceci dit, il n'y a rien de surprenant à constater l'existence d'une forme d'antagonisme, ou de friction, entre une cour constitutionnelle et, mettons, une majorité politique, dans la mesure où la cour constitutionnelle est souvent amenée à annuler des textes en conflit avec la Constitution. Malheureusement, il n'est pas rare de constater comment les autorités exécutives et législatives d'un État ont tenté d'influencer, de discipliner, pour ne pas dire de bloquer, voire d'asservir, le travail de certaines cours constitutionnelles. Ceci est un phénomène, une réalité politique face à laquelle on doit tous rester constamment attentifs.

Dans cet ordre d'idée, des problèmes majeurs ont émergé dans un certain nombre d'États, notamment dans les « nouvelles démocraties » d'Europe centrale et orientale. Afin de (essayer de) s'assurer que les décisions des cours constitutionnelles soient « favorables » à la majorité politique, des gouvernements et des parlements ont eu recours, entre autres, à :¹⁴

- **Packing the court** – pour cela, l'exemple le plus couramment cité est celui de l'idée du Président F.D. Roosevelt d'« emballer » la Cour suprême des États-Unis¹⁵ qui avait rejeté d'importants éléments des réformes économiques de son *New Deal*. De telles initiatives peuvent, au moins en partie, être parfois tempérées en s'assurant que la nomination – ou l'élection – se fait à une majorité qualifiée. L'amendement à la Constitution hongroise de 2012 – augmentation du nombre de membres de la Cour constitutionnelle de 11 à 15 – en donne un (mauvais) exemple ;¹⁶

- La « tactique » des **restrictions budgétaires** – la Commission de Venise a ainsi dû tendre une main charitable aux cours constitutionnelles d'Ukraine et de Bosnie-Herzégovine respectivement en 1998 et en 2004 ;¹⁷

- **L'absence d'exécution des arrêts** – citons un exemple polonais récent de non-publication (ou dans certains cas de publication indûment tardive) d'arrêts du Tribunal constitutionnel au Journal Officiel, par les services du Premier Ministre ;¹⁸

- **Les tentatives d'abolition de la Cour constitutionnelle** – par exemple en organisant la fusion entre une cour constitutionnelle et une cour suprême, comme cela a été tenté en Géorgie en 2002 ;¹⁹

- **La non-nomination de juges** – mentionnons l'exemple fameux du refus du parlement ukrainien d'accepter le serment prononcé par onze juges élus ou nommés par le pouvoir judiciaire et le Président en 2005, ce qui a généré

¹¹ Voir Document de réflexion (note 10 ci-dessus) § 3. La citation se trouve au para. 6 du Rapport du Secrétaire général, de l'ONU, doc. S/2004/616, 23 août 2004, <https://undocs.org/fr/S/2004/616>

¹² Voir Document de réflexion (note 10 ci-dessus) également au § 3.

¹³ 2^e Congrès de la Conférence mondiale sur la justice constitutionnelle, Rio de Janeiro, 16-18 janvier 2011 : http://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/WCCJ_papers_E.asp. Voir, en particulier, l'intervention de Christoph Grabenwarter, membre de la Cour constitutionnelle d'Autriche et Vice-président de la Commission de Venise, en anglais uniquement : http://www.venice.coe.int/WCCJ/Rio/Papers/AUT_Grabenwarter_keynotespeech.pdf

¹⁴ Les exemples cités sont partiellement repris d'un document non publié de S.R. DÜRR, « Constitutional Courts – an endangered species? » qui devrait être publié, prochainement, par la Cour constitutionnelle d'Andorre. Tous les documents de la Commission de Venise auxquels il est fait référence dans ces remarques introductives peuvent être retrouvés sur le site de la Commission : <http://www.venice.coe.int/webforms/events/>

¹⁵ Voir B. CUSHMAN, « Court-packing and compromise » in 29 *Constitutional Commentary* (University of Minnesota Law School), (2013) pp. 1-30, disponible en anglais https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2327892

¹⁶ Voir, par exemple, un document du Comité Helsinki de Hongrie, intitulé « Hungary's Government has taken control of the Constitutional Court », 25 mai 2015, disponible en anglais sur <https://www.helsinki.hu/en/hungarys-government-has-taken-control-of-the-constitutional-court/>

¹⁷ Voir S.R. DÜRR (note 14 ci-dessus) et le communiqué de presse de la Commission de Venise « Le budget de la Cour constitutionnelle [Bosnie-Herzégovine] – un facteur important de son indépendance », 29 septembre 2004, disponible sur <https://www.venice.coe.int/webforms/events/default.aspx?id=17>

¹⁸ Voir l'Avis de la Commission de Venise n° 833/2015, doc. CDL-AD(2016)001, du 11 mars 2016, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)001-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)001-f), « Sur les amendements à la loi du 25 juin 2015 relative au Tribunal constitutionnel de Pologne », adopté par la Commission de Venise lors de sa 106^e session plénière (Venise, 11-12 mars 2016) [publié en anglais dans 36 HRLJ (2016), pp. 216-227], para. 43. Voir « Pologne – Avis sur la loi relative au Tribunal constitutionnel », n° 860/2016, adopté par la Commission de Venise à sa 108^e session plénière (Venise, 14-15 octobre 2016) doc. CDL-AD(2016)026-f, du 14 octobre 2016, notamment les paras. 19, 74-101, 126 et 130, [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2016\)026-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2016)026-f) relative à la non-publication de deux importantes décisions et à la publication tardive de 21 décisions le 16 août 2016. La manière précipitée et inacceptable avec laquelle des propositions législatives importantes ont été poussées fin décembre 2015 doit aussi être notée. Voir encore E. ŁĘTOWSKA et A. WIEWIÓROWSKA DOMAGALSKA, « A 'good' change in the Polish Constitutional Tribunal? » dans 62 *Osteuropa Recht* (2016), pp. 79-93.

¹⁹ Voir S.R. DÜRR (note 14 ci-dessus) qui explique comment le Secrétaire de la Commission de Venise, G. Buquicchio (désormais Président de la Commission), est parvenu à convaincre le Président du Conseil d'État de Géorgie, M. Edouard Chevardnadzé, de stopper une fusion programmée des cours constitutionnelle et suprême.

une crise constitutionnelle durant laquelle la Cour n'a pas pu siéger pendant dix-huit mois faute de quorum.²⁰ Comme exemples plus récents citons le refus du Président de Pologne de faire prêter serment à des juges régulièrement élus ou encore le refus par le Président slovaque de nommer des juges dont les noms lui étaient proposés par le Parlement ;

- Parmi les autres « techniques » dont il est fait usage, citons les **poursuites criminelles à l'égard de juges** – évidemment si la corruption est avérée, le recours à de telles poursuites peut être envisagé – mais toute action de ce type peut être considérée comme une interférence avec le travail de la Cour constitutionnelle ;²¹ ceci englobe également l'utilisation (potentiellement abusive) de **procédures disciplinaires** à l'encontre de juges ;

- **Le renvoi de juges** – il existe un intéressant précédent lorsque, en 2013, il fut demandé au Parlement de la Moldavie par une majorité gouvernementale « fâchée » d'adopter une loi, à la majorité simple, disposant que l'on pouvait renvoyer un juge qui n'avait plus la « confiance » du Parlement. Deux lectures du texte furent imposées durant la même journée ; heureusement, le président de la Commission de Venise et Madame Ashton, chef de la diplomatie européenne [Haute Représentante de l'Union européenne pour les affaires étrangères et la politique de sécurité], intervinrent pour mettre fin à cette procédure ; le Président de la Moldavie ne promulgua pas la loi et la Cour constitutionnelle elle-même, un peu plus tard, la déclara inconstitutionnelle.²²

Ce qui précède, et d'autres développements plus récents, sont inquiétants. En plus de la crise constitutionnelle en Pologne, qui concerne les deux problèmes intimement liés que sont la nomination de juges et des amendements à la législation sur la procédure du Tribunal constitutionnel,²³ on pourrait citer ce qui s'est passé en Hongrie (amendements constitutionnels entre 2011 et 2013 qui ont négativement affecté la Cour constitutionnelle),²⁴ en Roumanie (en 2012 une loi sur la Cour constitutionnelle amendée par ordonnance du gouvernement, selon une procédure d'urgence, a retiré à la Cour la compétence de contrôler la constitutionnalité des résolutions du Parlement),²⁵ en Turquie (en 2014 la Cour constitutionnelle a été accusée de rendre des arrêts « anti-patriotiques » lorsqu'elle a commencé à juger des affaires sensibles, notamment l'accès à des sites internet bloqués,²⁶ et en 2016 lorsque deux juges ont été renvoyés dans le cadre des purges après la tentative de coup d'État de juillet, sur la base de décrets relatifs à l'État d'urgence), ou encore en Géorgie (en 2016, à propos de questions de quorum et de majorité au sein de la Cour constitutionnelle).²⁷ Tous ces exemples confirment la nécessité d'une vigilance constante et renforcée.

2. Les garanties pour consolider les acquis

Comme décrit ci-dessus, il existe au sein du Conseil de l'Europe des mécanismes qui permettent de réagir aux violations de normes européennes communes de l'État de droit de manière à limiter l'exercice (abusif) du pouvoir démocratique. Mais comment faire pour que ces mécanismes soient appliqués au sein des États membres ? Au moyen d'une sorte d'ancrage constitutionnel ? Ici, le problème est que cet ancrage constitutionnel est un sujet qu'il peut être, à ce moment-ci, inapproprié, voire dangereux, d'aborder, particulièrement dans des États où des discussions sérieuses, équilibrées et non partisans ne peuvent pas être garanties. Par exemple, en Pologne, le Tribunal constitutionnel, à cette époque-là correctement constitué, se fonda avec raison sur la Constitution de 1997 pour invalider des tentatives d'affaiblissement de l'ordre constitutionnel établi par l'usage abusif de dispositions législatives, insistant sur le besoin de maintenir la suprématie des normes constitutionnelles qui ne peuvent être modifiées par des lois.²⁸ Mais que se passerait-il si, comme en Hongrie, une majorité parlementaire autorisait

des amendements sectaires (motivés par des considérations politiques) à la Constitution ?

En 2015, la « *différence qualitative* » principale entre la Hongrie et les dérives constitutionnelles dans certaines autres « nouvelles démocraties » fut considérée comme un processus qui « *consistait en un changement profond, et malheureux, des règles constitutionnelles elles-mêmes, conduisant à un démantèlement profond des contrôles et des standards de protection des droits, tandis que, de l'autre côté, en Europe centrale, le problème semblait se limiter à un simple manque de respect des règles, sans que l'on s'éloignât des bonnes pratiques constitutionnelles d'un constitutionnalisme libéral* ». ²⁹ Mais ce n'est plus le cas aujourd'hui.

²⁰ Il est intéressant de noter, dans cet esprit, que, dans de telles situations et en se fondant sur l'expérience de l'Ukraine, la Commission de Venise recommande habituellement un mécanisme « par défaut » pour prêter serment, mécanisme grâce auquel les juges sur le départ restent en fonction jusqu'à la prise de fonction de leurs successeurs.

²¹ Voir Commission de Venise, doc. CDL-AD (2010)044, Opinion on the Constitutional Situation in Ukraine, adoptée à sa 85^e session plénière (17-18 décembre 2010) (disponible uniquement en anglais). Il faut mentionner également à ce sujet l'ouverture d'une enquête criminelle à l'encontre de l'ancien président du Tribunal constitutionnel polonais, Andrzej Rzepliński, et les conséquences paralysantes que cette tentative, finalement avortée, aurait pu avoir sur l'indépendance des membres de ce Tribunal.

²² Selon la Constitution de la République de Moldavie, le Président a le droit, s'il a des objections concernant une loi, de la transmettre, dans un délai maximum de deux semaines, pour réexamen au Parlement. Dans le cas où le Parlement maintient la décision adoptée antérieurement, le Président promulgue la loi (article 93 par. 2). Avant le second vote au Parlement, la loi a été transmise à la Cour constitutionnelle (*a priori* examen de constitutionnalité), qui a jugé le texte inconstitutionnel : arrêt n° 18 du 2 juin 2014 (voir le communiqué de presse de la Cour sur <http://www.constcourt.md/libview.php?l=en&idc=7&id=551&t=/Media/News/Dismissal-of-the-Constitutional-Court-judges-by-the-Parliament-is-unconstitutional/>).

²³ Voir le doc. CDL-AD (2016)001 (note 18 ci-dessus), en particulier le para. 138, qui se réfère à la paralysie de l'efficacité du Tribunal constitutionnel, et le doc. CDL-AD (2016)026, para. 128, dans lequel il est dit que « en prolongeant cette crise constitutionnelle, ils [le Parlement et le Gouvernement] font entrave au Tribunal constitutionnel, qui ne peut pas jouer son rôle constitutionnel de gardien de la démocratie, de l'État de droit et des droits de l'homme ». Voir aussi les références supplémentaires d'articles en anglais in : HRLJ 2017 (n° 1-6), p. 182, note 27.

²⁴ Voir, en particulier, un certain nombre d'avis de la Commission de Venise analysés par la commission de suivi de l'Assemblée parlementaire dans son rapport du 8 juin 2015 (document 13806, ci-dessus note 4).

²⁵ Voir, en ce sens, l'avis très critique de la Commission de Venise sur ce sujet et les événements liés, doc. CDL-AD (2012)026.

²⁶ Voir l'évaluation positive qu'a faite la Commission de Venise à propos de l'introduction de requêtes individuelles devant une cour constitutionnelle, doc. CDL-AD (2011)040 (uniquement en anglais).

²⁷ Voir Commission de Venise, doc. CDL-AD (2016)017. Dans cet exemple, le Président oppose son veto aux amendements à la loi sur la Cour constitutionnelle, prenant en compte l'avis de la Commission de Venise à propos de la diminution du quorum et de la majorité nécessaire au vote d'une décision. Le Parlement accepta les modifications introduites par ce veto.

²⁸ Voir à ce sujet les notes 18 et 23 ci-dessus, notamment les remarques à propos de la non-publication de deux arrêts importants.

²⁹ Traduction du texte anglais. L'original se trouve en vol. 13 *International Journal of Constitutional Law* (2015), pp. 119-123, spéc. p. 121, "Central and Eastern European constitutionalism a quarter of a century after the fall of the Berlin Wall" par M. ROSENFELD, W. SADURSKI et R. TONIATTI, disponible sur <https://academic.oup.com/icon/article-lookup/doi/10.1093/icon/mov014>. Pour d'autres études sur le droit constitutionnel comparé, voir par exemple E. CARPANO, *État de droit et droits européens*, (L'Harmattan, 2005).

Ainsi, si et quand surgit la proposition de radicalement ou subrepticement modifier ou affaiblir les structures démocratiques de l'État, ou si surgit le besoin de se préserver contre une irrationalité généralisée mais temporaire (fondée, par exemple, sur la perception d'une menace terroriste), comment faire pour préserver la qualité d'un ordre légal fondé sur l'État de droit ? Doit-on trouver une majorité parlementaire solide (par exemple en exigeant une majorité des trois cinquièmes pour toute modification de la Constitution) ? Ou alors peut-être devrait-on imaginer que tout amendement constitutionnel soit confirmé par un référendum ?³⁰ Les procédures de sauvegarde constitutionnelle de l'Autriche, de la Bulgarie, de l'Allemagne et du Portugal (dispositions constitutionnelles inaltérables) pourraient-elles être prises comme modèle ?³¹ Voir le système suédois, où tout amendement de Lois fondamentales exige l'adoption à deux reprises du texte, à la majorité simple, mais avec de nouvelles élections législatives entre les deux votes.³² De la même façon le modèle néerlandais mérite d'être étudié : toute révision de la Constitution implique deux lectures du texte au Parlement, avec des élections législatives entre-temps, et une majorité qualifiée des deux tiers dans chaque Chambre lors de la seconde lecture.³³

Sans entrer dans des discussions détaillées sur la distinction à faire entre constitution rigide et constitution flexible, ou sur la mesure selon laquelle les principes de l'État de droit – que sont par exemple la certitude juridique et la séparation des pouvoirs – transcendent le texte d'une Constitution (et notamment ses règles de révision), on devrait pouvoir, en principe, se fonder sur la prémisse que dans tous les États membres du Conseil de l'Europe « la prééminence du droit constitue (...) une norme européenne fondamentale et commune, capable d'orienter et d'encadrer l'exercice du pouvoir démocratique ».³⁴

Encore deux commentaires complémentaires concernant la Pologne.

Bien qu'il puisse être inapproprié d'aller aussi loin que le fait Bojan Bugarić dans son article « A crisis of constitutional democracy in post-Communist Europe: "Lands in-between" democracy and authoritarianism », et d'inclure la Pologne dans la catégorie des États dans lesquels il a perçu une « institutionnalisation superficielle des institutions de l'État de droit » et une « harmonisation à la Potemkine » avec de telles institutions,³⁵ il est certainement correct d'affirmer, comme le fait le Commissaire aux droits de l'homme du Conseil de l'Europe, que la récente érosion de l'État de droit en Pologne menace sérieusement les droits fondamentaux.³⁶ La situation du pays est extrêmement préoccupante, ainsi que cela a été souligné en des termes fermes par une vaste majorité des membres de la communauté juridique informée du pays, entre autres par les anciens présidents du Tribunal constitutionnel³⁷ et par le médiateur de l'État (*Ombudsman*), Adam Bodnar.³⁸

Mentionnons dans ce contexte la procédure lancée en janvier 2016 par la Commission de l'Union européenne contre la Pologne au titre du « cadre de l'État de droit ».³⁹ Il est intéressant de souligner ici – notamment au vu de l'action *ultra vires* des organes exécutif et législatif polonais, qui a conduit à la marginalisation du Tribunal constitutionnel du pays – que l'évaluation de la Commission européenne se fonde partiellement sur l'avis que la Commission de Venise du Conseil de l'Europe a adressé au gouvernement polonais le 1^{er} juin 2016. Par la suite, le 27 juillet, puis le 21 décembre 2016, la Commission européenne a déclenché

pour la toute première fois son mécanisme du « cadre de l'État de droit » car elle a estimé qu'il existait en Pologne des menaces systématiques à l'encontre de l'État de droit.⁴⁰ L'interaction entre la Commission européenne – et son « cadre de l'État de droit » – et le travail de la Commission de Venise a été renforcée grâce à l'adoption ultérieure par cette dernière de sa « Liste des critères de l'État de droit ».

³⁰ Pour une vue d'ensemble, voir Commission de Venise, « Rapport sur l'amendement constitutionnel », doc.CDL-AD (2010)001, disponible sur [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad\(2010\)001-f](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=cdl-ad(2010)001-f). Les référendums (paras. 46-50) ne semblent pas une option idéale dans des États comme la Pologne, dans la mesure où leur objet semble être « pris en otage » par des considérations politiques de court terme.

³¹ Voir, à ce sujet, par exemple, K. GÖZLER, *Judicial Review of Constitutional Amendments. A Comparative Study* (Ekin Press, 2008) et *Engineering Constitutional Change* (X. CONTIADES, ed. Routledge, 2012).

³² Constitution de la Suède : Instrument de gouvernement (2015), Chapitre 8, Article 14, disponible (traduction anglaise) sur http://www.servat.unibe.ch/icl/sw00000_.html. Voir aussi Commission de Venise, « Rapport sur l'amendement constitutionnel » (note 30 ci-dessus), para. 42.

³³ Pour plus de détails voir W.J.M. VOERMANS, « The constitutional revision process in the Netherlands, » dans le livre édité par X. CONTIADES (note 31 ci-dessus), pp. 257-272, spéc. p. 261. Les Pays-Bas n'ont pas de cour constitutionnelle.

³⁴ Rapport sur la prééminence du droit, adopté par la Commission de Venise lors de sa 86^e session plénière (Venise, 25-26 mars 2011), doc. CDL-AD (2011)003rev, disponible sur [https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD\(2011\)003rev-f](https://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2011)003rev-f), p. 14, para. 69.

³⁵ In vol. 13 *International Journal of Constitutional Law* (2015), pp. 219-245, spéc. pages 233 et 234, respectivement. Voir aussi son article « The Rule of Law Derailed: Lessons from the Post-Communist World », in vol. 7 *Hague Journal on the Rule of Law* (2015), pp. 177-197.

³⁶ Voir le communiqué de presse (en français) relatif à la présentation du Rapport de N. MUIŻNIEKS du 15 juin 2016 à Varsovie, rédigé suite à sa visite en Pologne (9-12 février 2016), doc. CommDH(2016)23, disponible sur https://www.coe.int/en/web/commissioner/view/-/asset_publisher/ugj3i6qSEkhZ/content/erosion-of-rule-of-law-threatens-human-rights-protection-in-poland?_101_INSTANCE_ugj3i6qSEkhZ_languageId=fr_FR : le Rapport lui-même est disponible uniquement en anglais : <https://rm.coe.int/16806db712>

³⁷ Voir M. STEINBEIS, *Verfassungsblog.de, Statement by the former presidents of the Constitutional Tribunal: Andrzej Rzepliński, Marek Saffjan, Jerzy Stepien, Bohdan Zdziennicki and Andrzej Zoll, VerfBlog*, 2017/7/13, <https://dx.doi.org/10.17176/20170713-175409>

³⁸ « No one has done anything like this in Poland since the transformation in 1989 » – personne n'avait jamais fait quelque chose de tel en Pologne depuis la transformation de 1989 –, disponible sur <https://www.rpo.gov.pl/en/content/interview-dr-adam-bodnar-onet-0>, interview mené le 22 janvier 2016 par M. ZIMMERMAN.

³⁹ Voir les informations fournies par la Commission européenne sur « une justice efficace » : https://ec.europa.eu/info/policies/justice-and-fundamental-rights/effective-justice_fr. Voir aussi les commentaires régulièrement mis à jour sur le *Verfassungsblog*, note 37 ci-dessus.

⁴⁰ Para. 72 de la Recommandation de la Commission du 27 juillet 2017 concernant l'État de droit en Pologne, doc. C(2016) 5703 final, disponible sur : http://ec.europa.eu/justice/effective-justice/files/recommendation-rule-of-law-poland-20160727_en.pdf, et para. 6 de la Recommandation de la Commission (EU) 2017/146 du 21 décembre 2016 « concernant l'État de droit en Pologne complétant la Recommandation (EU) 2016/1374 », disponible sur <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/FR/TXT/?uri=CELEX:32017H0146>

