Globethics Repository



L’essentiel sur les droits humains et les libertés publiques en droit comparé

This page was generated automatically upon download from the Globethics Repository. More information on Globethics see https://www.globethics.net. Data and content policy of Globethics Repository see https://repository.globethics.net/pages/policy.

Item Type	Book
Authors	Sankieme Lusanga, Ange
DOI	10.58863/20.500.12424/4319583
Publisher	Globethics Publications
Rights	2025 Globethics Publications;Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International
Download date	2026-11-26 09:28:42
Item License	http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/
Link to Item	http://hdl.handle.net/20.500.12424/4319583

EFEAC 6



L'essentiel sur les droits humains et les libertés publiques en droit comparé

Ange Sankieme Lusanga

ÉCOLE DE FORMATION ÉLECTORALE EN AFRIQUE CENTRALE

Globethics

L’essentiel sur les droits humains et les libertés publiques en droit comparé

L’essentiel sur les droits humains et les libertés publiques en droit comparé

Ange Sankieme Lusanga

Globethics Co-Publications Series - EFEAC No. 6

Globethics Co-Publications Series - EFEAC

Director: Prof. Dr Fadi Daou, Executive Director of Globethics
EFEAC books Editor: Prof. Dr. Christoph Stückelberger, Globethics Founder and Honorary President, Director of EFEAC

Globethics Co-Publications Series – EFEAC 6
Ange Sankieme Lusanga, *L'essentiel sur les droits humains et les libertés publiques en droit comparé*
Geneva: Globethics Publications, 2025
DOI: 10.58863/20.500.12424/4319583
ISBN 978-2-88931-613-7 (online version)
ISBN 978-2-88931-614-4 (print version)
© 2025 Globethics Publications

Managing Editor: Ignace Haaz
Assistant Editor: Jakob W. Bühlmann

Globethics International Secretariat
Chemin du Pavillon 2
CH 1218 Le Grand-Saconnex,
Geneva, Switzerland
Website: *www.globethics.net/publications*
Email: *publications@globethics.net*

All web links in this text have been verified as of Jan. 2025

The electronic version of this book can be downloaded for free from the Globethics website: www.globethics.net.

The electronic version of this book is licensed under the Creative Commons Attribution-NonCommercial-NoDerivatives 4.0 International License (CC BY-NC-ND 4.0). See: https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/. This means that Globethics Publications grants the right to download and print the electronic version, to distribute and to transmit the work for free, under the following conditions: Attribution: The user must attribute the bibliographical data as mentioned above and must make clear the license terms of this work; Non-commercial. The user may not use this work for commercial purposes or sell it; No derivative works: The user may not alter, transform, or build upon this work. Nothing in this license impairs or restricts the author's moral rights. 

Globethics Publications retains the right to waive any of the above conditions, especially for reprint and sale in other continents and languages.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction générale 9

Préliminaires : notion de libertés publiques 15

Les libertés publiques sont transversales : un droit carrefour 16

Évolution constitutionnelle de la notion de libertés publiques 16

Avantage et limite de la définition : principaux traits de la constitution en vigueur 17

Rapports entre droits humains et libertés publiques 18

Les droits économiques, sociaux et culturels 19

Les droits collectifs (droits de solidarité ou communautaires) 20

Première partie : De la protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne

Introduction à la première partie 23

1. Le contrôle de la conformité des actes de l'Union vis-à-vis des droits fondamentaux 35

Section 1. L'application de la Convention aux actes de l'Union 35

§1. L'influence de la Convention sur le contrôle de la Cour de Luxembourg 36

§2. La Convention comme source privilégiée de la Cour de Luxembourg pour la protection des droits de l'homme 40

Section 2. L'application indirecte de la Convention aux actes de l'Union par la Cour de Strasbourg 47

§1. Le rejet par la Cour de Strasbourg de la doctrine de la succession 47

§2. Le contrôle des actes de mise en œuvre du droit de l'Union par les Etats membres : l'adhésion forcée de l'Union 54

2. L'entrée en vigueur de la Charte comme instrument communautaire de protection des droits de l'homme 67

Section 1. Instrument unique mais peu innovant quant aux droits protégés..... 67
§1. La Charte : un pas décisif de l'Union sur le chemin de la protection des droits de l'homme..... 68
§2. Une Charte cependant peu innovante sur le fond 72

Section 2. Une Charte limitant fortement son impact sur la protection des droits de l'homme 78
§1. Le respect des principes du droit de l'Union limitant les effets de la Charte 78
§2. Des limites tenant à certaines dispositions de la Charte 89

3. La conclusion de l'accord d'adhésion : la difficulté de prendre en compte les particularités relatives à l'Union..... 99

Section 1. Une révision nécessaire de la Convention 99
§1. La signature de l'accord d'adhésion par tous les Etats concernés..... 100
§2. La nécessaire prise en compte des spécificités communautaires par le système conventionnel 108

Section 2. La gestion de la dualité de normes au sein des deux organisations européennes..... 123
§1. La compatibilité de la Convention et de la Charte prévue par les dispositions de l'instrument communautaire 124
§2. Le maintien de l'autonomie du droit de l'Union 132

Section 3. Une dualité de systèmes juridiques européens préjudicielle aux citoyens ? 139
§1. Deux juridictions supranationales reconnues compétentes pour protéger les droits de l'homme..... 139
§2. La reconnaissance de l'accès des particuliers aux Cours européennes : base de l'effectivité de la protection des droits de l'homme 148

Deuxième partie :
Droit des libertés publiques congolais

1. Le cadre d'expression des libertés publiques..... 159

Section 1. Les notions des libertés publiques 159
§1 La définition des libertés publiques..... 159
§2. Les libertés publiques et les notions voisines..... 161

Section 2. La classification des droits et libertés publiques..... 164
§1. Les droits civils et politiques..... 166
§2. Les Droits économiques, sociaux et culturels..... 195

Section 3. Les sources des libertés publiques..... 201
§1. Les sources nationales..... 201
§2. Les sources internationales..... 207

2. Les garanties d'exercice des libertés publiques 211

Section 1. Les garanties politiques 211
§1. Les garanties politiques générales 213
§2. Les garanties politiques spécifiques 214

Section 2. Les garanties normatives 217
§1. Les garanties juridiques..... 217
§2. Les garanties administratives..... 220

3. Le contentieux des libertés publiques 223

Section 1. La promotion des libertés publiques..... 223
§1. Le bien-fondé de la promotion 224
§2. Les techniques de promotion..... 225
§3. Les limites de la promotion 226

Section 2. La protection des libertés publiques 227
§1. La raison d'être de la protection..... 227
§2. Les modalités de protection..... 229
§3. Les limites de la protection..... 241

Conclusion..... 249

Bibliographie..... 257

I. Instruments juridiques internationaux..... 257

II. Instruments juridiques nationaux..... 258

III. Ouvrages..... 258

IV. Articles des revues 261

INTRODUCTION GÉNÉRALE

Les libertés sont fondamentales, individuelles et publiques en droit interne. Par ailleurs, on utilise aussi les termes droits fondamentaux ou droits humains au niveau national. Ainsi, la Constitution de la République démocratique du Congo (RDC) parle des droits humains et des libertés fondamentales, contrairement à la doctrine majoritaire.

En droit français, la notion de liberté fondamentale fait écho à une décision du Conseil constitutionnel, celle du 16 juillet 1971. Le Conseil s'est ainsi doté de plus de moyens de contrôle que le constituant l'en avait doté (bloc de constitutionnalité). Cette décision est fondamentale car, à partir de cette date, le juge constitutionnel aura une vraie fonction. La loi sera contrôlée à partir de certains documents qui contiennent un certain nombre de droits et libertés.

Avant 1971, le Conseil d'État avait commencé à construire une telle jurisprudence via le dégagement de principes généraux du droit. Ces principes, le Conseil d'État les découvre en allant puiser à la source libérale de la République française. Le Conseil d'État sous la III° République a créé ces principes pour pallier aux lois constitutionnelles de 1875 en allant notamment puiser dans la déclaration des Droits de l'homme et du citoyen de 1789 (DDHC). La III° République est aussi l'époque des grandes lois libérales. La IV° République a ensuite permis l'édification des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République (PFRLR).

Tous ces droits étaient organisés par la loi, il n'y avait pas de garantie supérieure fondamentale. C'est ce qu'apporte le Conseil en 1971.

On parlait à l'époque de libertés publiques (expression utilisée par la Constitution de 1958). Avec ce changement de situation, on a cherché à trouver une nouvelle expression, celle de libertés fondamentales, qui traduit ce changement de système juridique avec l'intervention du juge constitutionnel.

Les années 1980 sont la marque de l'internationalisation des sources du droit avec notamment la reconnaissance par le gouvernement français de ce qu'on appelle le recours individuel devant la Cour européenne de droit de l'homme (Cour-EDH) pour faire constater par cette juridiction internationale que les autorités dont il relève ont violé les droits qui lui sont garantis. La protection des droits fondamentaux échappe même aux autorités nationales.

En 1999, la Cour-EDH dans un arrêt « Zielynski » dit qu'une loi française que le Conseil constitutionnel avait jugée conforme était contraire aux stipulations de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH). Le Conseil ne pouvait plus ignorer la jurisprudence de la cour européenne. Il faut aussi se référer à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) qui a construit une jurisprudence basée entre autres sur la protection des droits fondamentaux.

On parle assez peu de droits de l'homme. Cette notion renvoie à une conception philosophique de l'objet d'étude. On parle plutôt aujourd'hui de droit humain, comme c'est le cas de la Suisse qui emploie aussi l'expression des droits fondamentaux, même lorsqu'il s'agit des libertés. Liberté fondamentale est l'expression qui reçoit l'assentiment de la majorité des auteurs. Les libertés publiques renvoient à une version un peu datée (conception législative). Toutefois, le terme de liberté fondamentale n'est pas pour autant le meilleur.

Cette notion repose sur une approche partielle des libertés car la notion de droit de l'homme reçoit en droit deux types de reconnaissances : les libertés et les droits à ou droits créance (revendications comme le droit à la santé, à l'éducation…). L'État doit ici être acteur. Il faudrait dire

droits et libertés fondamentaux. Il réside aussi une difficulté de savoir à partir de quel moment une norme devient fondamentale. Le législateur français a recouru à cette notion comme dans la loi du 30 juin 2000 qui révise la procédure d'urgence devant le juge administratif. Cette loi institue le référé liberté. Ce référé est ouvert en cas de violation d'une liberté fondamentale. Cette idée aux droits et libertés défendus par le juge.

Mais la mise en œuvre des libertés au quotidien ne va pas dépendre d'eux. En effet, cette incertitude du vocabulaire dans la mesure où libertés publiques, libertés fondamentales ou droits fondamentaux, droits de l'homme ou droits humains sont autant de formules utilisées à peu près sans distinction, en France, en RDC et en Suisse notamment.

- Sur l'absence d'une définition universelle et tentative d'explications des dites notions par la doctrine, on peut retenir que les notions susmentionnées peuvent être définies en se référant à celle de droits de l'homme. Cependant, aucun texte juridique n'en donne une définition qui soit unanime et universelle tant sur le plan international, régional, que national. Liberté (au singulier) est un terme polysémique.

1) Elle peut vouloir dire une absence de domination (allemand Herrschaft), comme violence ou domination injuste et illégitime (All. : Gewalt), ou comme domination selon des règles légitimes ou lois « autorité » (cf. la typologie ci-dessous : HAAZ, I. 2019 : 60-62).

2) Liberté dénote la possibilité d'action ou de mouvement, possibilité d'agir selon ses propres choix, pouvoir d'agir sans contrainte, pouvoir de faire le bien et le mal (infraction). La liberté comme absence de contrainte (en allemand : Zwang), liberté essentiellement négative donc, en anglais « freedom from ».

3) La liberté de mouvement est déjà *une liberté* spécifique pas seulement « de » mais aussi liberté « de faire qqch. » Le libéralisme classique parle de libertés au pluriel et de liberté « positive », comme

développement de soi, au sens de capacité de maîtrise de soi, pour de bonnes raisons, selon un mode de gouvernement de soi vertueux[1].

- La liberté est la faculté reconnue à l'homme d'agir de manière autonome, c'est un pouvoir d'autodétermination en vertu duquel l'homme choisit son comportement personnel.

- En droit : La liberté consiste à pouvoir faire tout ce qui ne nuit pas à autrui (c'est une liberté relative, et non absolue). C'est aussi le pouvoir de ne pas faire tout ce qui nuit à autrui. Voir le concept de liberté négative comme absence de contrainte ou de domination.

- Une liberté publique est un aspect particulier de la liberté en général érigé en droit par des textes constitutionnels, législatifs ou internationaux, et soumis à un régime juridique de protection renforcée. Ce sont les libertés spécifiques de mouvements, de pensée, de culte, etc.

- Les libertés publiques correspondent à des droits de l'homme que leur reconnaissance et leur aménagement par l'État ont été insérés dans le droit positif. Elles sont, donc des droits de l'homme d'une nature bien définie : elles constituent, des pouvoirs de choix.

- Les libertés publiques sont ainsi des libertés protégées de manière spécifique. Le qualificatif « public » exprime sinon l'antinomie, du moins la distinction entre cette liberté et la puissance elle-même publique ou autorité. Il traduit, en effet la protection d'intérêts publics.

- Le mot liberté conviendrait ainsi aux hypothèses où le spectre des possibles serait large, contrairement au droit n'offrant qu'une possibilité d'agir. Dans la tradition anglaise on fonde les libertés avec Locke sur un consentement à un contrat avec le souverain et un droit naturel. Le positivisme juridique au XXe siècle avec H.L.A. Hart fonde les libertés

[1] Voir BERLIN, I. 2002. Liberty. 2nd ed. by Hardy. Oxford: UP ; aussi : HAAZ, I. 2019. The Value of Critical Knowledge, Ethics and Education, Geneva: Globethics Publications. 61-62.

sur des règles fondamentales qui ont valeur de principes (primary rules). Cette vue est contredite par la notion de droits (Taking rights seriously) car si on se place du point de vue du juge (R. Dworkin), force est de constater que « les libertés » dépendent du travail des juges.

PRÉLIMINAIRES :
NOTION DE LIBERTÉS PUBLIQUES

Si toutes les sociétés démocratiques sont fondées sur le respect et la garantie des droits de l'homme et des libertés publiques, contrairement à de nombreux pays, le droit positif de la plupart des pays, ne comporte aucune définition, ni aucune énumération de ces droits et libertés.

Le vocabulaire lui-même est très incertain : libertés publiques, libertés fondamentales ou droits fondamentaux, droits de l'homme ou droits humains sont autant de formules utilisées comme nous l'avons sur l'introduction.

Libertés publiques et libertés fondamentales n'étant pas tout à fait synonymes, il convient de les distinguer.

La liberté est la faculté reconnue à l'homme d'agir de manière autonome, c'est un pouvoir d'autodétermination en vertu duquel l'homme choisit son comportement personnel. Néanmoins, parce que l'homme vit en société, la liberté de chacun doit être conciliée avec celle des autres. La liberté est une prise de conscience par l'individu à la fois des nécessités sociales et également de sa propre responsabilité.

Le qualificatif public exprime l'opposabilité de cette liberté à la puissance publique. Il traduit donc l'intervention des pouvoirs publics. Mais l'expression n'est que très rarement employée au singulier. Les libertés publiques sont reconnues France par la Constitution de 1958 et enseignées à partir de la réforme des programmes universitaires en 1954 et 1962. Ce sont des libertés reconnues aux individus, protégées par la loi, et garanties par l'État.

Les libertés publiques sont transversales : un droit carrefour

En raison de leur imbrication dans divers secteurs de la vie sociale, les libertés publiques finissent par devenir un domaine carrefour et transversal, s'ouvrant ainsi à d'autres disciplines juridiques, tels que le droit administratif, le droit constitutionnel, le droit pénal, etc.

Évolution constitutionnelle de la notion de libertés publiques

Au désordre sémantique concernant le terme « Constitution », correspond celui relatif à la notion de « libertés publiques ». La constitution congolaise utilise, depuis 1960, différentes expressions désignant la même réalité : « libertés publiques » (Loi fondamentale du 17 juin 1960 relative aux libertés publiques), « droits fondamentaux » (Constitution du 1er août 1964, et 24 juin 1967), « droits fondamentaux de la personne » (Acte constitutionnel de la transition de 1994), « libertés publiques et droits fondamentaux du citoyen » (Constitution du 4 avril 2003), et « droits humains et libertés fondamentales » (Constitution du 18 février 2006, révisée en 2011). Aucun de ces textes ne définit les libertés publiques.

À retenir, Loi organique n° 13/011 du 21 mars 2013 portant institution, organisation et fonctionnement de la Commission nationale des droits de l'homme (CNDH), définit les droits de l'homme comme « les droits inaliénables et inhérents aux êtres humains tels que définis par les dispositions du Titre II de la Constitution et par les instruments juridiques internationaux y relatifs, dûment ratifiés et dont le respect et l'exercice, garantis par l'État, permettent l'épanouissement intégral de l'homme. »

Avantage et limite de la définition : Principaux traits de la constitution en vigueur

Les principaux traits ci-après caractérisent la constitution en vigueur en matière de libertés publiques :

- Un désordre sémantique à outrance : « droits humains, libertés fondamentales », « droits de l'homme », « libertés publiques », « droits et libertés de la personne », « droits de la personne humaine », « droits fondamentaux », « libertés individuelles », et « droits fondamentaux des citoyens » (lire la Constitution).
- Respect des libertés fondamentales par les pouvoirs publics et les individus.
- Devoir des pouvoirs publics de promouvoir le respect des libertés fondamentales
- Interdiction d'exécuter un ordre manifestement illégal dont l'exécution porte atteinte aux libertés publiques
- Double protection (protection renforcée) de la liberté de pensée, de conscience et de religion
- Interdiction de réviser la Constitution dans le but de réduire les libertés de la personne
- Fixation par la loi des règles concernant les garanties fondamentales pour l'exercice des libertés publiques
- Compétence concurrente du pouvoir central et des provinces sur la mise en œuvre des mécanismes de promotion et de sauvegarde des libertés fondamentales consacrés dans la constitution
- Unicité de protection juridictionnelle : le pouvoir judiciaire est le garant des libertés individuelles et des droits fondamentaux des citoyens.

Rapports entre droits humains et libertés publiques

Pour Rivero, les deux notions « droits de l'homme » et « libertés publiques » sont voisines, mais pourtant distinctes : elles ne se situent pas sur le même plan, d'une part, elles n'ont pas le même contenu, d'autre part[2].

Divergence quant au plan

Les notions de « droits de l'homme » et de « libertés publiques » ne se situent pas au même plan. En effet, la première relève de la conception du droit naturel, c'est-à-dire que ce sont des droits inhérents à la nature humaine, tandis que la seconde notion, c'est-à-dire celle de « libertés publiques », relève du droit positif, car prenant naissance dès leur reconnaissance et leur aménagement par le pouvoir.

Différence quant au contenu

Le contenu des droits humains et des libertés publiques ne coïncide pas forcément. En effet, ce ne sont pas toutes les prérogatives reconnues à l'homme par les droits de l'homme que les États consacrent et aménagent à titre de libertés publiques. Ainsi, « si les libertés publiques sont bien des droits de l'homme, tous les droits de l'homme ne sont pas des libertés publiques »[3].

Il en résulte que les libertés publiques sont des droits de l'homme que les États consacrent dans leurs législations.

Les citoyens doivent en jouir sans entrave. Toutefois, cela doit se faire dans le respect de la loi, de l'ordre public et des bonnes mœurs qui en

---

[2] RIVERO, J., cité par MASHINI MWATHA, C., *La consécration du droit à un environnement sain et sa défense en justice en droit congolais*, in Populos, accessible sur : http://cleomashini.populus.org/rub/2, 2004, pp 28-29.

[3] RIVERO, J., op. cit., p. 21.

constituent des limitations afin d'assurer les intérêts vitaux de la nation. Mais en toute hypothèse, cela ne justifie nullement certaines limitations qui ne devraient excéder ce que Rivero a appelé « l'humainement inacceptable[4]. » Car, « il est certains droits dont la jouissance ne peut jamais être ni suspendue ni limitée, même en cas de situation d'urgence. Il en est ainsi, par exemple, du droit à la vie... »[5].

Cela étant, analysons à présent le régime juridique des libertés publiques dans la Constitution du 18 février 2006.

Les droits économiques, sociaux et culturels

Les droits économiques, sociaux et culturels ont acquis dans le monde actuel une place de choix. « Ce positionnement tient essentiellement du fait que l'homme n'est vraiment libre que s'il se trouve dans des conditions matérielles satisfaisantes. Notons que l'exercice de ces droits suppose que l'État puisse honorer son obligation de pourvoir . »[6]

On en distingue deux sortes, d'après J.-J. Israël[7], à savoir :

- Les droits sociaux de défense ou « droits de résistance », que sont, entre autres, la liberté syndicale ou le droit de grève.
- Les droits de créances ou « droits d'exigences ». Il convient que la société à travers sa personnification qu'est l'État assure aux

---

[4] RIVERO, J., op. cit., pp. 22-23.

[5] RIVERO, J., cité par NTIRUMENYERWA MUCHOKO, G., *Le système onusien de protection des droits de l'homme : les mécanismes de protection fondés par la charte des nations Unies* : Ecosoc, CDH, HCNUDH, in séminaire cinquantenaire de la D.U.D.H., op.cit., p. 80.

[6] SHABANI, N. *Étude comparée des droits humains et des libertés publiques dans la constitution*. Memoireonline.com [url] https://www.memoireonline.com/11/13/7825/m_Etude-comparee-des-droits-humains-et-des-libertes-publiques-dans-la-constitution7.html

[7] ISRAËL, J.-J., Droits des libertés fondamentales, L.G.D.J., Paris, 1998, p. 22.

individus les conditions économiques et matérielles de sa liberté, c'est-à-dire la satisfaction des besoins essentiels de l'individu.

Parmi ces droits, on peut évoquer :

- Le droit à la propriété (art. 34) ;
- le droit au travail (art. 36) ;
- la liberté d'association (art. 37) ;
- la liberté syndicale (art. 38) ;
- le droit au mariage avec la personne de son choix (art. 40) ;
- le droit à la protection de la famille (art. 40) ;
- le droit à l'éducation (art. 43).

Tels sont les droits économiques, sociaux et culturels, abordons à présent les droits collectifs.

Les droits collectifs (droits de solidarité ou communautaires)

Quant aux droits que couvrent les droits appelés aussi « droits de solidarité »[8] ou « droits communautaires »[9], l'on peut notamment citer :

- le droit à la paix et à la sécurité (art. 52);
- le droit à un environnement sain (art. 53);
- le droit au développement (art. 58);
- le droit au patrimoine commun de l'humanité (art. 59)[10].

Après avoir inventorié les différentes libertés publiques proclamées par la Constitution du 18 février 2006, il convient d'en déterminer le régime juridique.

---

[8] ISRAËL, J.-J., op. cit., p. 22.

[9] MAMPUYA KANUNK'a-TSHIABO, op. cit., p. 33.

[10] RIVERO, J., cité in tunisieinfo, accessible sur : http : //www.tunisieinfo.com/documents/environnement/introduction.html ; et aussi ISRAËL, J.-J., op. cit., p. 23.

PREMIÈRE PARTIE :
DE LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX AU SEIN DE L'UNION EUROPÉENNE

INTRODUCTION
À LA PREMIÈRE PARTIE

La place dévolue aux droits fondamentaux n'a cessé au long du siècle de s'affirmer[11]. Après la Seconde Guerre mondiale, de nombreux États européens ont intégré au sein même de leur Constitution une déclaration des droits fondamentaux ayant pour but de protéger les individus de toute violation de leurs droits. « La Communauté puis l'Union connaissent le même mouvement : les traités originaires ne contenaient pas de dispositions générales relatives aux droits de la personne mais la Cour de justice a dû rapidement pallier cette lacune »[12], l'Union européenne (ci-après « l'Union ») adoptant finalement une Déclaration des droits de l'homme par la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (ci-après « Charte »).

La distinction qui voudrait que le terme de « droits de l'homme » renvoie à la Convention et celui de « liberté fondamentale » à l'Union[13] ne sera pas suivie ici. En effet, il existe un flou en la matière, la doctrine ne semblant plus faire de différence entre les droits de l'homme et les droits fondamentaux[14]. « La protection des droits de l'homme ou des droits

---

[11] *Actes du colloque de Caen,* 23 février 1996 publiés sous la direction de Constance GREWE, Questions sur le droit européen, Presses Universitaires de Caen, Centre de recherche sur les droits fondamentaux, 1996, 273p, p.161.

[12] DOLLAT, Patrick, *Droit européen et droit de l'Union européenne*, 2ème édition, 2007, Sirey, édition Dalloz, 475p, point 165.

[13] BERGE, Jean-Sylvestre et ROBIN-OLIVIER, Sophie, *Introduction au droit européen*, Thémis droit, PUF, 2008, 1ère édition, 551p, p.209.

[14] PELISSIER, Catherine, *La protection des droits économiques et sociaux fondamentaux dans la Communauté européenne,* thèse sous la direction de SUDRE, Frédéric, ANRT, Lille, collection thèse à la carte, 2004, 469p, p.18.

fondamentaux, comme on voudra les appeler, les deux expressions étant synonymes »[15], bien que des distinctions puissent encore exister entre les deux termes. Les droits de l'homme excluraient, en principe, les droits reconnus aux personnes morales. De même, le terme de droit fondamental permettrait d'inclure les droits économiques, attachés à la matière communautaire[16].

L'Union, et avant elle la Communauté européenne, n'avait pas pour premier objectif la protection des droits de l'homme. « Il n'est pas exagéré de penser que la protection des droits de l'homme n'était pas la préoccupation prioritaire des négociateurs du traité instituant la Communauté européenne »[17]. En effet, les droits reconnus aux personnes au sein des traités initiaux n'étaient liés qu'à la nécessité de créer un marché commun entre les États membres.

L'étude de Hans von der Groeben, l'un des négociateurs des Traités de Rome, met « en lumière le fait que les traités européens, ont consacré d'une manière positive, dans un ensemble de dispositions d'allure tantôt plus générale, tantôt plus concrète, certains principes qui sont, pour le moins, proches d'une garantie des droits fondamentaux »[18]. Ainsi, la reconnaissance de la liberté de circulation des travailleurs et de la non-discrimination entre les citoyens des États membres a permis une

---

[15] BRUN, *Alain, Les droits fondamentaux et le citoyen européen, in Actes du colloque international organisé par le Centre de Recherches Hannah Arendt les 16 et 17 mars 2006, Les droits fondamentaux à l'épreuve de la mondialisation, édition Cujas, institut catholique d'études supérieures*, 2006, 166p, p.45-46.

[16] Op.cit. BERGE et ROBIN-OLIVIER, p.209.

[17] SIMON, Denys, Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus », Revue Pouvoirs, 2001/1, n°96, p31-49, p32.

[18] PESCATORE, Pierre, *Les droits de l'homme et l'intégration européenne, Cahiers de droit européen*, Bruyant, 1968, p.629-673, in PESCATORE, Pierre, *Etudes de droit communautaire européen 1962-2007,* avec une liste bibliographique complémentaire, Grands écrits, collection : droit de l'Union européenne dirigée par Fabrice Picod, Bruyant 2008, 1005p, p.127, p.146.

première approche de la protection des droits de l'homme au sein de la Communauté.

L'objectif premier de la construction communautaire était la création d'un lien solide entre les États membres. Pour se faire, une approche basée uniquement sur l'aspect économique des relations étatiques était préférable. En effet, les États européens avaient montré des réticences à mettre en place une coopération politique d'intégration, ce qui s'est traduit par l'échec de la mise en place de la Communauté européenne de défense et de la Communauté politique européenne. Les rédacteurs des traités de Rome ont donc choisi de ne consacrer que les droits fondamentaux pouvant contribuer à la création du marché commun. En outre, l'Europe possédait déjà une organisation qui avait fait de la protection des droits de l'homme sa priorité, le Conseil de l'Europe.

Créé en 1949, le Conseil de l'Europe adopte un an plus tard un instrument particulier de protection des droits de l'homme, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales[19] (ci-après « la Convention »). La particularité de cette Convention est l'instauration d'un juge spécifique chargé du contrôle du respect des droits de l'homme énoncés. La Cour européenne des droits de l'homme[20] (ci-après « la Cour de Strasbourg ») a ainsi été instituée dans le but de s'assurer que les États signataires (ci-après « Hautes Parties ») de la Convention respectaient leurs engagements. La jurisprudence que la Cour de Strasbourg adopta, et les divers protocoles additionnels à la Convention, permirent à la Convention de développer la protection des droits de l'homme au sein des différentes Hautes Parties en permettant la prise en compte de l'évolution sociale.

---

[19] *Convention de Sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome,* 4.XI.1950, telle qu'amendée par les protocoles n°11 et 14.

[20] À noter que la Cour européenne des droits de l'homme n'a été instituée qu'en 1998, précédemment c'est la Commission européenne des droits de l'homme qui procédait au contrôle du respect de la Convention.

Mais les deux organisations européennes ne restent pas étrangères l'une à l'autre et les relations se développent. Dès 1959, une coopération s'installe de manière informelle par l'échange de lettres, de rapports mais également d'experts[21]. Cette première relation a eu pour mérite de permettre un premier rapprochement entre les deux organisations européennes, même si elle n'a pas permis la mise en place d'une réelle coopération au sens strict. En 1987, les deux organisations décident de mettre en place un rapport annuel étudiant leurs relations. Deux ans plus tard, l'on prévoit un dialogue politique entre la Communauté européenne et le Conseil de l'Europe par l'instauration de réunions annuelles. Depuis 1996, la Commission est autorisée à participer aux réunions du Comité des Ministres. En outre, en 2001, les deux organisations ont adopté un programme commun pour permettre le développement de la démocratie dans les États de l'Est de l'Europe.

« À priori, la concurrence entre systèmes, et partant entre juridictions ne devrait pas exister »[22]. Mais les organisations se chevauchant territorialement et évoluant vers plus de compétence. Les relations entre les deux organisations sont complexes depuis que l'Union étend ses compétences dans le domaine des droits de l'homme.

En effet, assez rapidement, les États membres de la future Union (ci-après « les États membres ») ont désiré de renforcer les liens qui les unissaient, notamment à travers le domaine des droits fondamentaux[23]. Dès 1973 au sein de la déclaration de Copenhague,

> « le chef d'État et de gouvernement des Neuf énoncent dans la déclaration sur l'identité européenne [...] qu'ils entendent

---

[21] Fascicule 6100 : *Conseil de l'Europe - objectifs et structures politiques*, Juris Classeur Europe Traité, mise à jour 1er novembre 2009.

[22] Ibid., point 42.

[23] BURGORGUE-LARSEN, Laurence*, Le fait régional dans la juridictionnalisation du droit international,* colloque de Lille La juridictionnalisation du droit international, SFDI, Paris, Pedone, 2003, 552p, p.203-264.

> « sauvegarder les principes de la démocratie représentative, du règne de la loi, de la justice sociale - finalité du progrès économique - et du respect des droits de l'homme, qui constituent des éléments fondamentaux de l'identité européenne... » »[24].

Cet attachement est renouvelé au sein même du préambule de l'Acte unique en 1986. « On assiste à un phénomène d'accrétion qui tôt ou tard finit par produire ses effets dans l'ordre communautaire, soit en constituant un bain qui imprègne de façon diffuse l'activité communautaire, soit en se traduisant par un amendement au traité »[25]. L'activité de l'Union et les révisions successives des traités démontrent clairement ce cheminement. Les déclarations du passé ont conduit à une évolution des objectifs de l'Union, passant progressivement d'une Union uniquement économique à une Union également politique.

En 1992, le Traité de Maastricht marque un tournant de la conception du rôle de l'Union dans le domaine de la protection des droits fondamentaux. En effet, il énonce que « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, [...], et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, en tant que principes généraux du droit communautaire »[26].

Le Traité de Maastricht a également créé la citoyenneté de l'Union à l'égard des nationaux des États membres[27], permettant notamment l'obtention de droits politiques spécifiques. « L'institution de la citoyenneté européenne et la proclamation des droits y afférents constitue sans

---

[24] C'est le cas du projet de traité pour une union politique de 1953, de la déclaration des chefs d'État lors du sommet de Paris de 1972, du projet dit Spinelli de 1984 ou de la déclaration des droits et des libertés fondamentaux de 1989.

[25] Op. cit. DOLLAT, *Droit européen et droit de l'Union européenne…* point 159.

[26] Article 2 du traité de Maastricht.

[27] Article 8 du traité de Maastricht.

doute la première tentative d'envergure en vue de dépasser la logique essentiellement économique des origines »[28].

Cinq ans plus tard, le Traité d'Amsterdam indique à son article 6 §1 que l'Union « est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, de l'État de droit, ainsi que de respect des droits de l'homme ». Cet article rejoint les critères politiques, élaborés lors du Conseil européen de Copenhague de 1993, que les États candidats à l'adhésion de l'Union doivent respecter. Mais c'est surtout un symbole du changement de perspective de la politique de l'Union et de son ouverture vers la rédaction d'un texte de protection des droits fondamentaux propres à l'Union[29].

De plus, le droit de l'Union[30] ne se contente pas uniquement d'énoncer des droits et libertés, il prévoit les moyens de les faire respecter par les États membres. En effet, le Traité d'Amsterdam prévoit à son article 7 des sanctions à l'encontre des États membres qui violeraient gravement et avec persistance les principes énoncés à l'article 6.

En outre, la valeur de principes directeurs est conférée aux droits fondamentaux. Ainsi, les droits fondamentaux ne sont plus uniquement des droits subjectifs mais doivent permettre de guider les activités de l'Union et de créer une Communauté de droit, aujourd'hui devenue Union de droit.

L'Union de droit et l'État de droit reposent sur des critères identiques. « D'une part la soumission de l'ensemble des autorités publiques, y compris le législateur, à des normes supérieures préalablement édictées ; d'autre part, l'organisation de procédures de contrôle garantissant le

---

[28]AKANDJI-KOMBE, Jean-François, Le développement des droits fondamentaux dans les traités*,* in LECLERC, Stéphane, AKANDJI-KOMBE, Jean François et REDOR, Marie-Joëlle*, L'Union européenne et les droits fondamentaux,* CRDF Université de Caen, Bruyant, 1999, 235p, p.31, p.42.

[29] Ibid., p.48 et 56.

[30] Anciennement droit communautaire. À noter que nous n'utiliserons que le terme de « droit de l'Union » permettant de faire référence tant aux droits anciens qu'actuels.

respect des normes et de leur hiérarchie afin d'éviter l'arbitraire »[31]. L'Union de droit a ainsi pour objectif de protéger les droits et les libertés des citoyens. Il est à noter que la Cour de Luxembourg avait, dès 1986, jugé que « la Communauté économique européenne est une communauté de droit en ce que ni ses États membres ni ses institutions n'échappent au contrôle de la conformité de leurs actes à la charte constitutionnel de base qu'est le traité »[32].

L'entrée en vigueur, le 1er décembre 2009, du Traité de Lisbonne renforce l'Union de droit, l'article 19 du Traité sur l'Union européenne (ci-après « TUE ») disposant que la Cour de Luxembourg « assure le respect du droit dans l'interprétation et l'application des traités », et la protection des droits de l'homme au sein de l'Union. En effet, le Traité de Lisbonne fait dans un premier temps référence, à son article 2 TUE, aux « valeurs » de l'Union. Il consacre également, comme l'un des objectifs de l'Union, la protection des droits de l'homme. Mais l'apport principal se trouve à l'article 6 TUE, le paragraphe 1 accordant à la Charte la valeur juridique d'un traité, tandis que le paragraphe 2 prévoit l'adhésion de l'Union à la Convention.

Jusqu'à l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, la protection des droits de l'homme au sein de l'Union était basée, essentiellement, sur la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes[33] (ci-après « Cour de Luxembourg ») et non sur le droit originaire ou dérivé, même si ce dernier a permis la reconnaissance de droits fondamentaux. La jurisprudence de la Cour de Luxembourg a ainsi permis d'instaurer au sein de l'Union une protection des droits de l'homme basée sur la création prétorienne des principes généraux du droit de l'Union européenne.

---

[31] Op. cit. DOLLAT, *Droit européen et droit de l'Union européenne…* point 163.
[32] CJCE, 23 avril 1986, Les Verts c/ Parlement européen, aff. 294/83. Rec.1986 p01339.
[33] Dignité humaine, liberté, démocratie, égalité, État de droit et droits de l'homme.

Mais, « l'Union européenne ne constitue pas une organisation internationale de défense des droits de l'homme en tant que telle. La protection des droits de l'homme constitue une mission essentielle, mais non exclusive, pour cette organisation »[34]. Le fait que les États membres de l'Union soient également Hautes Parties à la Convention devait permettre une protection des droits fondamentaux au sein de l'Union[35]. Pourtant, très rapidement des limites se sont posées, notamment par le fait que le droit de l'Union prime sur le droit interne des États membres et soit d'effet direct. L'idée d'une adhésion de l'Union à la Convention est donc rapidement née.

La proposition de l'adhésion de l'Union à la Convention a été lancée pour la première fois en 1979. À la suite de divers appels à l'adhésion de la part des Communautés[36] mais également du Conseil de l'Europe[37].

En 1996, c'est le refus de la Cour de Luxembourg qui avait arrêté le processus en indiquant qu'une révision des traités était nécessaire pour permettre l'adhésion de l'Union à la Convention. Elle relevait ainsi que

---

[34] Devenue Cour de justice de l'Union européenne après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne en 2009.

[35] *Directive 2000/43/CE du Conseil, du 29 juin 2000, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (JO L 180 du 19 juillet 2000, p.22) ; Directive 97(80(CE du Conseil, du 15 décembre 1997, relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe (JO L 14 du 20 janvier 1998, p.6) ; Directive 95/46/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995, relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel à la libre circulation de ces données* (JO L 281 du 23 novembre 1995, p.31).

[36] LE BOT, Olivier, Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde de l'Homme : la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux, *Revue trimestrielle de droits de l'homme,* n°55/2003, p.781-811, p.810.

[37] BERTONCINI, Yves, CHOPIN, Thierry, DULPHY, Anne, KAHN, Sylvain et MANIGAND, Christine, *Dictionnaire critique de l'Union européenne*, Armand Colin, Paris, 2008, 489p, p.127.

« si le respect des droits de l'homme constitue (...) une condition de la légalité des actes communautaires, force est toutefois de constater que l'adhésion à la convention entraînerait un changement substantiel du régime communautaire actuel de la protection des droits de l'homme, en ce qu'elle comporterait l'insertion de la Communauté dans un système institutionnel international distinct ainsi que l'intégration de l'ensemble des dispositions de la convention dans l'ordre juridique communautaire »[38].

Par la suite, la place réservée aux droits de l'homme dans le Traité d'Amsterdam a conduit à considérer ce Traité comme étant « un coup fatal à l'adhésion de l'Union à la Convention »[39], voir même à « une disparition du système de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'Union »[40]. Les dispositions du Traité de Lisbonne montre qu'il n'en est rien, l'adhésion de l'Union à la Convention n'ayant jamais été aussi vraisemblable, l'Union en ayant fait une de ses priorités pour les prochains mois[41].

Le Traité de Lisbonne, issu de l'échec du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, a permis de remettre à l'ordre du jour la question de l'adhésion de l'Union à la Convention. C'est notamment « sous l'influence de l'élaboration de la Charte des droits fondamentaux

---

[38] *Commission Memorandum, Accession of the Communities to the European Convention on Human Rights, Bulletin of the European communities, Supplement 2/79, adopted by the Commission on* 4 April 1979, COM(79)210 final, 21p.

[39] *Entre autres : communication de la Commission du 19 novembre 1990*, SEC(90)2987 final ; communication de la Commission du 9 octobre 1995, SEC(90)2087 final - C3 - 0022/93 ; proposition de résolution du Parlement européen, P.E. Doc. 80/79 ; document de travail du Parlement européen du 6 mars 1986, Doc. B 2-1692/85.

[40] Entre autres : APCE, Résolution 745 (1981) sur l'adhésion des Communautés européennes à la Convention des droits de l'homme ; APCE, Résolution 1068 (1995) relative à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme.

[41] CJCE, avis 2/94, 28 avr. 1996, Adhésion à la CEDH : Rec. CJCE 1996, I, p. 1759

que la question de l'adhésion est revenue à l'ordre du jour européen »[42]. L'idée de l'adhésion de l'Union à la Convention a été relancée par la Finlande en 2000.[43] Dès 2001, le Comité directeur pour les droits de l'homme était chargé d'étudier les implications juridiques d'une telle adhésion[44]. En 2005, la Commission indiquait que « l'adhésion à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales renforcera l'engagement européen de protéger les droits de l'homme, en introduisant un contrôle juridictionnel externe du respect des droits fondamentaux par l'Union européenne »[45].

Pourtant, la distinction était que « deux voies s'ouvraient pour assujettir la Communauté au respect des droits fondamentaux »[46]. La première voie était l'ajout d'un catalogue des droits fondamentaux aux traités communautaires, la seconde l'adhésion à la Convention. Le Traité de Lisbonne ne tranche pas entre ces deux possibilités mais les cumuls. Ainsi, il intègre la Charte et prévoit l'adhésion de l'Union à la Convention au sein d'un seul et même article, l'article 6 TUE.

L'adhésion de l'Union à la Convention est restée d'actualité car son absence en tant que Haute Partie à la Convention projette une image négative de la protection des droits de l'homme par l'Union, d'autant plus

---

[42] IMBERT, Pierre-Henri, De l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH - symposium des Juges au Château de Bourglinster - 16 septembre 2002, Droits fondamentaux, n°2, janvier-décembre 2002, p.11-19, p.11.

[43] *Conférence des représentants des gouvernements des Etats membres, CIG 2000 : Compétence pour adhérer à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, Délégation finlandaise, CONFER4775/00, LIMITE,* Bruxelles, 22 septembre 2000 (28.09).

[44] Op. cit. IMBERT.

[45] *Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen établissant pour 2007-2013 un programme-cadre « droits fondamentaux et justice* », 6 avril 2005, COM(2005)122 final, p.4.

[46] GAUTRON Jean-Claude, *Droit européen, mementos* Dalloz, Dalloz, 13ème édition, 2009, 337p, p.47.

que les États candidats à l'adhésion de l'Union doivent au préalable faire partie de la Convention et que l'Union intègre dans ses accords multilatéraux avec les États tiers des clauses sur le respect des droits de l'homme.

En outre, cette non-adhésion provoque des distorsions de droit entre les deux organisations européennes et entre l'Union et ses États membres. La protection même des droits de l'homme est remise en cause puisque les deux Cours européennes pourraient avoir des discordances jurisprudentielles sur certains points des droits fondamentaux. Enfin, les violations des droits de l'homme par le droit de l'Union ne peuvent être pleinement contrôlées et les (OR. En) modifications du droit de l'Union restent difficilement réalisables par la condamnation d'un État membre et non de l'Union.

> « Ainsi que le fait remarquer l'Assemblée, « les lacunes les plus graves sont constatées dans les institutions de l'Union européenne elle-même : il s'agit des seules autorités publiques actives dans les États membres du Conseil de l'Europe qui échappent à la juridiction de la Cour européenne des droits de l'homme [...] » ».

Mais cette double approche de la protection des droits de l'homme dans l'Union, avec la Charte et l'adhésion à la Convention, n'est pas sans posée des difficultés. « De ce foisonnement ressortent des relations complexes entre les deux droits européens en présence »[47].

Comment les deux ordres européens vont-ils pouvoir coexister ? Le Conseil de l'Europe doit faire face à la concurrence de l'Union, d'autant plus que le territoire de celle-ci tant à s'élargir au fur et à mesure des nouvelles adhésions[48]. L'adhésion de l'Union à la Convention permettrait de renforcer les liens entre les deux organisations et de permettre une coopération entre les différentes institutions.

---

[47] Ibid, p.26.

[48] *Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Adhésion de l'Union européenne/Communauté européenne à la Convention européenne des droits de l'homme*, doc.11533, 18 mars 2008, 38p, p.7.

Comment l'Union pourra-t-elle concilier l'application de deux normes de protection des droits de l'homme ? « La multiplication des textes, au même titre que l'inflation législative, peut nuire à la qualité et à l'applicabilité de l'ensemble »[49], d'autant plus lorsque ce domaine d'action est déjà couvert par une organisation qui a prouvé sa capacité de protection. « Les risques résultant d'une protection à géométrie variable et de la coexistence de deux mécanismes parallèles de protection des droits et libertés ne doivent pas être sous-estimés »[50].

Face également aux difficultés qu'engendrerait une telle adhésion, l'on peut se demander « si le jeu en vaut la chandelle »[51] ? En effet, l'adhésion de l'Union à la Convention permettra-t-elle un renforcement de la protection des droits fondamentaux des citoyens de l'Union ?

Des incertitudes quant à l'utilité d'une telle adhésion, au moment où l'Union se dote d'un instrument de protection des droits de l'homme, ont été soulevées. D'autant plus que les modalités de l'adhésion et les répercussions sur les deux organisations européennes, l'Union et le Conseil de l'Europe, risquent de déstabiliser le système de protection mis patiemment en place en Europe depuis soixante ans.

---

[49] Fascicule 6100, point 46

[50] BLUMANN, Claude, Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l'Union européenne : entre concurrence et complémentarité, in « Mélange en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN - Libertés, justice, tolérance », volume I et II, Bruyant, 2004, 1784p, p.265, p.274.

[51] Op. cit., BERTONCINI et al., p.127.

1

LE CONTRÔLE DE LA CONFORMITÉ DES ACTES DE L'UNION VIS-À-VIS DES DROITS FONDAMENTAUX

En 2000, l'Union s'est dotée d'un instrument de protection des droits de l'homme, la Charte. Cette dernière est entrée en vigueur le 1er décembre 2009 et est opposable aux institutions de l'Union et aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. La Charte devrait donc permettre une valorisation des droits fondamentaux au sein de l'Union et une protection des droits des citoyens de l'Union.

Mais la mise en œuvre de cette Charte a été précédée de la volonté des deux Cours européennes de protéger les droits de l'homme. Ainsi, une véritable appropriation de la Convention par la Cour de Luxembourg avait eu lieu, tandis que la Cour de Strasbourg s'efforçait, par des moyens détournés, d'appliquer la Convention aux actes de l'Union section 1.

Section 1. L'application de la Convention aux actes de l'Union

Bien que l'Union ne soit pas partie à la Convention, cette dernière a une influence très forte sur la jurisprudence de la Cour de Luxembourg. Très rapidement, elle a fait de la Convention l'un de ses éléments principaux pour la protection des droits fondamentaux paragraphe 1.

Cependant, la Cour de Strasbourg a également cherché, via l'application aux États membres, à appliquer la Convention aux actes de l'Union paragraphe 2.

§1. L'influence de la Convention sur le contrôle de la Cour de Luxembourg

L'influence de la Convention s'est effectuée à travers la création des principes généraux du droit. Ces principes ont permis à la Cour de Luxembourg de dégager des règles applicables à l'Union, notamment dans le domaine de la protection des droits de l'homme.

Poussée par les juridictions suprêmes nationales, la Cour de Luxembourg a progressivement créé un corpus de règles de protection des droits de l'homme au sein de l'Union.

La protection des droits de l'homme au sein de l'Union : volonté des juridictions suprêmes nationales

Bien que la Cour de Luxembourg ait affirmé dans l'arrêt Flaminio Costa c/ E.N.E.L.[52] que « la primauté du droit communautaire constituait une « exigence existentielle » à l'uniformité, et partant, à la pérennité de l'ordre juridique nouvellement créé »[53], les Cours constitutionnelles, souveraines dans leurs États respectifs, rejetteront la primauté du droit de l'Union sur les Constitutions nationales[54].

Le contentieux qui naîtra sur la question de savoir si le droit dérivé communautaire était constitutionnel n'avait pour fin que de créer un « contentieux dissuasif[55] ». Les Cours constitutionnelles souhaitaient

---

[52] CJCE, 15 juillet 1964, Flaminio Costa c/ E.N.E.L., aff. 6/64, Rec. p.1154, points 1158 à 1160.

[53] COUTRON Laurent, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Thèses, collection droit de l'Union européenne dirigée par Fabrice Picod, Bruyant 2008, 872p, p.278.

[54] À l'exception du Luxembourg et des Pays-Bas ; op.cit. COUTRON, p.278.

[55] Op.cit. COUTRON, p.279.

s'assurer que les institutions communautaires, puis de l'Union, « respectent les droits fondamentaux protégés par les constitutions nationales et, d'autre part, qu'elles n'empiètent pas sur les compétences des États membres »[56].

Il est à noter qu'à l'origine seules les Cours constitutionnelles allemandes et italiennes exerçaient un contrôle de constitutionnalité du droit dérivé communautaire visant à vérifier le respect des droits fondamentaux reconnus par leurs Constitutions nationales respectives. « La Cour constitutionnelle allemande entendait inciter ou « stimuler » ces institutions communautaires à progresser dans la voie de la protection des droits fondamentaux »[57].

Ainsi, les réserves de constitutionnalité ont pour objectif de faire en sorte que les institutions de l'Union « garantissent toujours mieux les droits fondamentaux et, d'autre part, de leur interdire tout relâchement en ce domaine si sensible. C'est la raison pour laquelle les réserves de constitutionnalité nous paraissent politiquement nécessaires, même si elles sont indiscutablement contraires au droit de l'Union européenne »[58].

Par l'arrêt Frontini et Pozzani[59], la Cour constitutionnelle italienne a relevé une réserve de constitutionnalité, qui demeure cependant improbable.

Selon cet arrêt, la constitutionnalité du droit dérivé ne pourrait, en effet, être contrôlée que dans l'hypothèse où les institutions communautaires retiendraient une interprétation « aberrante de l'article [249 CE (devenu 288 TFUE)] » de nature à « violer les principes fondamentaux de l'ordre juridique constitutionnel ou les droits inaliénables de la personne humaine ».

---

[56] Ibid.

[57] Ibid, p.279-280.

[58] Ibid., p.281.

[59] *Cour constitutionnelle italienne, 27 décembre 1973*, n°183, Frontini et Pozzani, RTDE, 1974, p.148.

Mais c'est surtout l'arrêt Solange[60], de 1974, de la Cour constitutionnelle allemande qui a eu un impact sur la conception de la protection des droits de l'homme par la Cour de Luxembourg. Par cet arrêt, la Cour constitutionnelle allemande « réserve son contrôle ultime sur les actes du droit communautaire aussi longtemps que la Communauté ne se serait pas dotée d'une déclaration de droits équivalente au niveau de protection garanti par la loi fondamentale allemande[61]. »

Suite à l'évolution jurisprudentielle de la Cour de Luxembourg en matière de protection des droits de l'homme, La Cour constitutionnelle allemande précisera en 1986[62] « qu'au fond, il n'existait aucun problème relatif aux droits fondamentaux »[63]. En 2000[64], elle évoquera le fait que la protection des droits de l'homme n'est pas identique entre l'Allemagne et l'Union mais que cette dernière permet la protection d'un standard européen de droits fondamentaux[65].

Les Cours constitutionnelles des autres États membres ont imité les Cours constitutionnelles allemande et italienne en posant des réserves de constitutionnalité. Mais aujourd'hui, le but n'est plus de faire en sorte que les institutions communautaires respectent les droits fondamentaux.

---

[60] Op. cit., COUTRON, p.284

[61] *Cour constitutionnelle de Karlsruhe*, 29 mars 1974, dit Solange I, B. Verf. GE, 37, p.271, RTDE 1974, p.316

[62] PESCATORE, Pierre, *La coopération entre la Cour communautaire, les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme dans la protection des droits fondamentaux : enquête sur un problème virtuel, Revue du marché commun de l'Union européenne*, n°466, mars 2003, p.151-159, in PESCATORE, Pierre, Etudes de droit communautaire européen 1962-2007, avec une liste bibliographique complémentaire, Grands écrits, collection droit de l'Union européenne dirigée par Fabrice Picod, Bruyant 2008, 1005p, p.865, p.871

[63] *Cour constitutionnelle de Karlsruhe,* 22 oct. 1986, BverfGE 73, Solange II : RTDE 1987, p. 537

[64] Op.cit. PESCATORE, p.871

[65] *Cour constitutionnelle de Karlsruhe (2ème chambre*), 7 juin 2000, 2 BvL 1/97.

Par sa déclaration du 13 décembre 2004[66], le Tribunal constitutionnel espagnol entend « se prémunir contre une éventuelle déviance dans le comportement des institutions de l'Union »[67].

Relevons que, en Allemagne, Italie et Espagne, « la mise en œuvre de la réserve ne repose donc pas sur la spécificité du droit fondamental prétendument méconnu par l'acte de droit dérivé »[68] mais sur la capacité de l'Union à protéger les droits fondamentaux. « Il s'ensuit que la cour constitutionnelle peut, théoriquement, s'assurer que la Cour de justice garantit effectivement le respect d'un droit consacré à la fois par le droit de l'Union européenne et par le droit constitutionnel »[69]. La Cour constitutionnelle allemande se réserve ainsi le droit d'effectuer un second contrôle après celui réalisé par la Cour de Luxembourg, alors même que cette dernière « se considère seule compétence pour contrôler la validité des actes européens »[70].

Les Cours constitutionnelles continuent ainsi de faire « planer une sorte d'épée de Damoclès sur la production normative de l'Union européenne, et incitent fortement les institutions européennes à garantir toujours mieux les droits fondamentaux »[71].

Cette pression des juridictions nationales a permis à la Cour de Luxembourg de prendre toute la mesure des compétences qui lui étaient conférées pour la protection des droits de l'homme dans l'Union.

---

[66] CHALTIEL, Florence, *Le Traité de Lisbonne devant la Cour constitutionnelle allemande : conformité et démocratie européenne (À propos de la décision du 30 juin 2009), Les Petites Affiches*, 23 juillet 2009, n°146, p.4.

[67] *Déclaration du Tribunal constitutionnel*, 13 décembre 2004, DTC n°1/2004.

[68] Op.cit. COUTRON, p.285.

[69] Ibid., p.289.

[70] VAN DER JEUGHT, Stefaan, Le Traité de Lisbonne et la Cour de justice de l'Union européenne, *Journal de droit européen*, 1 décembre 2009, n°164, p.297-303, p.300.

[71] Op.cit. COUTRON, p.296.

§2. La Convention comme source privilégiée de la Cour de Luxembourg pour la protection des droits de l'homme

« Les principes généraux du droit sont des règles de droit non écrites, d'origine jurisprudentielle, dont l'autorité se rapproche de celle du droit primaire »[72]. En effet, les principes généraux sont hiérarchiquement supérieurs au droit dérivé de l'Union. De plus, ils s'appliquent aux États membres lorsque ces derniers exercent une action dans le champ du droit de l'Union, notamment lorsqu'ils le mettent en œuvre[73].

La Cour de Luxembourg a développé spécifiquement les principes généraux du droit de l'Union dont le but de pallier le déficit des normes de protection des droits de l'homme existant au sein du droit primaire. Elle s'est alors inspirée des traités constitutifs de l'Union, du droit international et des principes communs aux États membres. « Pour autant, la Cour n'est pas l'auteur de ces principes : elle les constate, elle les formule et elle en sanctionne le respect »[74].

Dans un premier temps, la Cour de Luxembourg a refusé, au nom du principe de l'autonomie du droit de l'Union, de contrôler la légalité des actes communautaires au regard des droits fondamentaux garantis par les Constitutions nationales.

Cependant, « cette solution risquait d'associer l'intégration communautaire à un affaiblissement des droits de la personne et à une remise en cause de la protection offerte par la Convention européenne des droits de l'homme »[75].

Dès 196975, la Cour de Luxembourg revient donc sur sa jurisprudence de 1959 et « reconnaît que les droits fondamentaux font partie du droit

---

[72] DOLLAT Patrick, *Droit européen et droit de l'Union européenne*, 2ème édition, 2007, Sirey, édition Dalloz, 475p, point 615.

[73] COSTA, Jean-Paul, *La Cour européenne des droits de l'homme : vers un ordre juridique européen ?, in « Mélange en l'hommage à Louis Edmond Pettiti* », Bruyant, Bruxelles, 1998, 791p, p.197, p.215.

[74] Op. cit., DOLLAT, point 615.

[75] CJCE, 4 février 1959, Stork c/ Haute Autorité de la CECA, aff. 1/58, Rec. 1948.

communautaire en tant que principes généraux du droit ». L'année suivante, elle précise dans l'affaire Internationale Handelsgesellschaft « qu'en effet, le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect ; que la sauvegarde de ces droits, tout en s'inspirant des traditions constitutionnelles communes aux États membres, doit être assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de la Communauté ».

Mais la Cour de Luxembourg ne se contente pas de se référer aux traditions constitutionnelles communes aux États membres pour revendiquer les principes généraux du droit de l'Union.

Ainsi, en 1974, elle considère « que les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré peuvent également fournir des indications dont il convient de tenir compte dans le cadre du droit communautaire »[76].

L'année suivante, la Cour de Luxembourg se réfère explicitement à la Convention[77]. La mention expresse de la Convention s'explique par la ratification de la Convention par la France le 3 mai 1975. Tous les États membres étant enfin soumis à la Convention, cette dernière pouvait être invoquée par la Cour de Luxembourg.

La Cour de justice a par la suite préféré recourir à la Convention plutôt qu'aux traditions constitutionnelles communes aux États membres, vu la difficulté d'apprécier la généralité et le caractère commun de ces dernières. Mais l'on peut également considérer que tous les États membres étant soumis à la Convention, cette dernière entre dans le champ des traditions communes aux États membres. Ainsi, la Cour n'a jamais justifié juridiquement son utilisation de la Convention européenne des droits de l'homme.

---

[76] Op. cit., DOLLAT, point 166.

[77] CJCE, 12 novembre 1969, Stauder c/ Ville d'Ulm, aff. 26/69, Rec. p.419.

L'importance que prendra la Convention au sein de la jurisprudence de protection des droits de l'homme de la Cour de Luxembourg conduira le professeur Cohen-Jonathan à indiquer qu'elle constitue « l'épine dorsale de l'ordre normatif européen »[78]. En effet, la Cour de Luxembourg a reconnu de nombreux droits, au travers de l'application de la Convention. Les principes généraux du droit qui ont été relevés ne se limitent pas aux traditionnels droits tels que le droit de propriété[79] ou le droit au respect de la vie privée, mais sont également liés aux droits procéduraux tels que le droit à un procès équitable dans un délai raisonnable[80] et le droit à la présomption d'innocence.

Avec l'arrêt Krombach[81], la Cour de Luxembourg instaure une protection des droits de l'homme en matière d'exécution réciproque des décisions judiciaires qui va au-delà de celle élaborée par la Cour de Strasbourg. En premier lieu, « il résulte [...] de la jurisprudence communautaire que le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte contre une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief constitue un principe fondamental du droit communautaire »[82]. Les États ont le droit de ne pas appliquer une décision de justice étrangère si les droits de la défense, telles qu'interprétés par l'article 6 de la Convention, ont été violés de façon flagrante ou manifeste.

La Cour de Luxembourg a jugé dans l'affaire Krombach que la prise en compte de la violation des principes fondamentaux du procès équitable ne devait pas être atténuée par le fait que l'affaire portée sur une action

---

[78] GAUTRON Jean-Claude, *Droit européen*, mémentos Dalloz, Dalloz, 13ème édition, 2009, 337p, p.46.

[79] RIDEAU, Joël, *La coexistence des systèmes de protection des droits fondamentaux dans la Communauté européenne et ses Etats membres, Annuaire international de justice constitutionnelle*, 1991, p.11, p.28.

[80] COHEN-JONATHAN (G.), Aspects européens des droits fondamentaux, Paris, Montchrestien, coll. Préparation au CRFPA, 3ème édition, 2002, p. 204.

[81] CJCE, 13 décembre 1979, Hauer, aff. 44/79, Rec.CJCE 1979, p. 3727.

[82] CJCE, 26 juin 1980, National Panasonic, aff. 136/79, Rec. 2033.

indemnitaire[83]. La position de la Cour de Luxembourg a été confortée par la suite par la Cour de Strasbourg[84]. Ainsi, l'avocat général Jacobs assure même que « la convention peut être considérée à des fins pratiques, comme faisant partie du droit communautaire[85]. »

Le Traité de Lisbonne confirme l'importance donnée à la Convention, indiquant à l'article 63 TUE que « l'ensemble des droits de le CEDH est garanti dans l'Union en tant que principes généraux »[86]. Notons que le TUE indique désormais la formulation « principes généraux » et non plus « principes généraux du droit communautaire » ce qui « pourrait indiquer un ancrage encore plus solide des droits fondamentaux non écrits dans le droit de l'Union »[87].

Cependant, la Cour de Luxembourg se doit de rester dans la limite de ses compétences. Ainsi, « le contrôle du respect des droits de la personne dans les domaines qui ne relèvent pas du droit communautaire »[88] reste à la charge des juges nationaux et de la Cour de Strasbourg.

Cette autolimitation s'expliquerait également par la vocation principalement économique de l'Union[89]. L'application des principes généraux du droit et la protection des droits fondamentaux par la Cour de Luxembourg sont limitées par les intérêts communautaires, et donc économique pour la plupart.

---

[83] CJCE, 17 décembre 1998, Baustahhlgewebe GmbH c/ Commission, aff. C-185/95 P.

[84] CJCE, 8 juillet 1999, Montecatini SpA c/ Commission, C-235/92 P.

[85] CJCE, 28 mars 2000, Krombach, aff. C-7/98.

[86] Juris Classeur Europe Traité, Fascicule 452 : Ordre public et droit communautaire, mise à jour 27 juin 2002, point 33.

[87] Ibid., point 36.

[88] Cour EDH, 13 févr. 2001 : RTDH 2001, p. 802, chron. F. Sudre.

[89] GERKRATH, Jorg, Les principes généraux du droit ont-ils encore un avenir en tant qu'instruments de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne ?, Revue des affaires européennes, 1 janvier 2006, n°1, p.31-43, p.35.

La Cour de Luxembourg a ainsi toujours admis que des restrictions aux droits fondamentaux pouvaient être apportées pour permettre la réalisation des objectifs de l'Union, notamment la création d'un marché commun[90]. « Les fondements de la construction européenne ne sont donc pas toujours compatibles avec une protection optimale des droits fondamentaux »[91]. En outre, l'extension des compétences de l'Union dans des domaines non économique conduirait à une restriction de la protection de certains droits[92]. De plus, l'Union n'étant pas liée à la Convention, la Cour de Luxembourg peut sélectionner les droits reconnus par la Convention[93].

Mais quel sera l'avenir des principes généraux du droit élaborés par la Cour de Luxembourg après la consécration de la Charte ?

Certains auteurs, tel que Frédéric Sudre et Jean-François Flauss, considèrent que les principes généraux du droit de l'Union ont déjà été abandonnés par la Cour de Luxembourg au profit de nouveaux instruments de protection[94]. Dès 2002, l'on indiquait que les « principes généraux du droit communautaire serait la marque d'une époque aujourd'hui dépassée »[95].

Pourtant, le TUE, à son article 63, consacre toujours ces principes comme faisant « partie du droit de l'Union ». La Charte n'a donc pas eu pour résultat de faire « disparaître la nécessité de protéger les droits

---

[90] ANGEL, Benjamin, CHALTIEL-TERRAL, Florence, Quelle Europe après le traité de Lisbonne ? Bruyant, LGDJ, Montchrestien, Lextenso éditions, 2008, 195p, p.138.

[91] Op.cit. GERKRATH, p.38.

[92] Op. cit., DOLLAT, point 168.

[93] REDOR, Marie-Joëlle, La vocation de l'Union européenne à protéger les droits fondamentaux, in LECLERC, Stéphane, AKANDJI-KOMBE, Jean François et REDOR, Marie-Joëlle, *L'Union européenne et les droits fondamentaux*, CRDF Université de Caen, Bruyant, 1999, 235p, p.13, p.23.

[94] Op. cit., GERKRATH, p.34.

[95] DUBOUIS, Louis, Les principes généraux du droit communautaire, un instrument périmé de protection des droits fondamentaux ?, in *Les mutations contemporaines du droit public - mélanges en l'honneur de Benoit Jeanneau*, Dalloz, 2002, 720p, pp.77-78.

fondamentaux par le jeu des principes généraux »[96]. En effet, la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, tout comme celle de la Cour de Strasbourg relative à la Convention, permettra de faire évoluer la Charte, et ainsi les droits fondamentaux, en fonction de la société. La « cristallisation[97] » des droits fondamentaux dans la Charte sera ainsi évitée.

En outre, l'approche de la cour de Luxembourg vis-à-vis du droit de l'Union et des droits fondamentaux laisse prévoir que le juge « ne renoncera pas à son rôle créateur en matière de droits fondamentaux[98]. » Le juge pourra ainsi reconnaître de nouveaux droits sur la base de l'évolution des traditions constitutionnelles nationales et de l'interprétation constructive de la Convention[99]. Les principes généraux ont ainsi l'avantage d'être plus flexibles dans leur création. Les droits sont ainsi plus rapidement consacrés par le juge que par les États[100].

Il découle de ce qui précède selon Gerkrath que « Compte tenu du fait que la Charte codifie, entre autres, des droits qui résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que de la CEDH » mais que ces deux sources inspirent encore « les principes généraux du droit dont la Cour assure le respect », on peut vraisemblablement découvrir la création de nouvelles normes à partir d'une interaction des différentes sources matérielles[101]. Mais, « le juge communautaire pourrait se sentir « lié » par un texte dévolu aux droits et libertés et perdre une part de sa légitimité à faire œuvre prétorienne en la matière[102]. » Dans ce cas,

---

[96] KAUFF-GAZIN, Fabienne, *Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne : un bilan contrasté, Europe*, n°7, juillet 2008, dossier 5.

[97] Ibid.

[98] Ibid.

[99] JACQUE, Jean-Paul, *Le Traité de Lisbonne - une vue cavalière, Revue trimestrielle de droit européen*, 2008, p.439.

[100] Op. cit. DUBOUIS, p.90.

[101] Op. cit. GERKRATH, p.32.

[102] Ibid., p.43.

les droits fondamentaux auraient été figés par la Charte. « L'espace subsistant pour une protection juridictionnelle des droits fondamentaux sera limité. Il ne sera pas inexistant pour autant. La protection des droits fondamentaux bénéficiera ainsi d'un précieux filet de sécurité ».

Pour autant, c'est la Charte qui est consacrée comme base de protection des droits fondamentaux au sein de l'Union, les principes généraux du droit n'étant qu'une « source subsidiaire et complémentaire ».

En outre, la Convention elle-même est reconnue par le Traité et l'adhésion prochaine de l'Union à la Convention permettra une application directe de cette dernière par le juge de la Cour de Luxembourg, sans la nécessité de passer par la création de principes généraux.

Par sa jurisprudence des principes généraux du droit, la Cour de Luxembourg se contentait de suivre les préceptes d'autres juridictions et d'appliquer les normes d'autres institutions ou de ses États membres. Cette conception des droits fondamentaux conduisait l'Union à être condamnée « à un suivisme permanent, par rapport à [ses] mentors » ce qui ne pouvait être suffisant pour une organisation ayant pour inspiration de se développer sur la scène internationale et politique.

En outre, la Cour de Luxembourg ne pouvait dégager ces principes généraux qu'en se basant sur des affaires qui lui étaient soumises au préalable.

Enfin, bien que les principes généraux permettent de s'adapter à la société et de revendiquer des droits plus rapidement, ils ne vont pas forcément renforcer la sécurité juridique des individus. Comme le précise la professeur Marie-Joëlle Redor, la Cour de Luxembourg a développé les principes généraux du droit dans le but de renforcer le droit de l'Union et son applicabilité par les États membres, l'objectif de renforcement de la protection des droits fondamentaux n'étant certainement que secondaire[103].

---

[103] Op. cit., REDOR, p.21.

La jurisprudence de la Cour de Luxembourg a ainsi permis d'instaurer au sein de l'Union une protection des droits de l'homme basée sur la création prétorienne des principes généraux du droit de l'Union. On peut donc dire en résumé que même si l'Union européenne ne constitue pas une organisation internationale de défense des droits de l'homme, celle-ci pourrait éventuellement constituer une manière d'unifier, autour d'une mission essentielle non exclusive, l'organisation.

Mais la Cour de Luxembourg n'est pas la seule à se demander la place de la Convention dans l'ordre juridique communautaire. En effet, la Cour de Strasbourg s'interroge également de connaître l'application de la Convention à l'Union.

Section 2. L'application indirecte de la Convention aux actes de l'Union par la Cour de Strasbourg

Bien que la Cour de Strasbourg ait cherché à appliquer la Convention aux actes de l'Union, elle a toujours refusé de considérer que l'Union était partie à la Convention et a contrôlé le respect de cette dernière sur les actes des États membres.

§1. Le rejet par la Cour de Strasbourg de la doctrine de la succession

Lorsque nous mettons en exergue la doctrine de la succession développée dans un premier temps dans le cadre territorial, dont Le Bot montre les limites, nous voyons ressortir un élément caractéristique. Celle-ci « s'étend, par l'identité de motifs, à une situation caractérisée par le fait que plusieurs États fusionnent certaines de leurs compétences en vue de les exercer désormais en commun[104]. » Pierre Pescatore, ancien juge à la Cour de justice des Communautés européennes, s'est posé alors

[104] LE BOT, Olivier, Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme : la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux, *Revue trimestrielle de droits de l'homme*, n°55/2003, p.781-811, p.810.

la question de savoir « si, en vertu de la doctrine de succession d'États, la Communauté n'avait pas été subrogée de plein droit dans les obligations des États membres découlant de la Convention européenne des droits de l'homme, dans toute la mesure des compétences transférées à la Communauté ».[105]

La question se posait d'autant plus que la Cour de Luxembourg avait accepté une telle approche concernant l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce[106]. « Ainsi, toutes les compétences concédées aux Communautés européennes restent justiciables de la Convention CJCE, 12 décembre 1972, international fruit cy., aff. Jointes 21 à 24/72 européenne des droits de l'homme dans les termes mêmes qui leur étaient précédemment applicables »[107].

Durant un temps, la Commission elle-même avait soutenu cette approche. Elle s'est cependant rattachée au point de vue du Parlement européen concernant l'adhésion de l'Union à la Convention dans son mémorandum du 4 avril 1979.[108]

L'Union a été fondée par des États ayant des principes communs, et notamment le respect de la Convention, la France ayant ratifiée la Convention en 1975 rappelons-le. Le transfert de compétences et de pouvoirs à l'Union n'a cependant pas eu pour objet de « libérer ces pouvoirs, ni à l'égard d'États tiers, ni à l'égard de leurs propres sujets, des

---

[105] Op. cit., PESCATORE, p.881.

[106] Ibid., p.731.

[107] Ibid., p.881.

[108] PESCATORE, Pierre, La Cour de justice des Communautés européennes et la Convention européenne des droits de l'homme, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne, Mélanges. Gérard J. WIARDA, Heymanns Verlag, Koln, 1988, p.441-455, in PESCATORE, Pierre, *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, Grands écrits, collection : droit de l'Union européenne dirigée par Fabrice Picod, Bruyant 2008, 1005p., p.731, p.744.

contraintes et contrôles résultant de la Convention européenne des droits de l'homme[109]. »

Ainsi, « la Communauté européenne, comme institution commune à plusieurs États parties à la Convention, se situe nécessairement dans la même mouvance politique et juridique. Elle est liée à l'observation de la Convention au même titre que les États qui l'ont instituée »[110]. La Cour de Luxembourg est alors une juridiction de droit interne qui a obligation d'appliquer la Convention.

« Il s'agit là, en réalité, d'une manifestation de l'effet de succession reconnu en droit international, sauf que nous avons affaire ici à une succession ni territoriale, ni générale, mais à une succession fonctionnelle et limitée ; [...] ; à l'instar des États membres qui sont à l'origine de ce transfert, elle doit exercer ses prérogatives dans le respect des contraintes résultant de la Convention des droits de l'homme, tout comme elle doit aussi respecter les valeurs inhérentes aux traditions constitutionnelles communes aux États membres »[111].

« On n'adhère pas à ce qui est déjà en vigueur »[112], l'Union étant liée directement à la Convention par les compétences qui lui avaient été transférées.

En outre, le Traité de Maastricht lui-même a permis aux États membres de reconnaître « sans le savoir cet état de choses »[113] en indiquant à son article F.2 que « l'Union respecte les droits fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention », ce qui renvoie à la Convention et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

« La Cour de Strasbourg, par une déférence mal placée ou par son ignorance des règles du droit international en matière de succession

---

[109] Ibid., p.742.
[110] Ibid.
[111] Ibid., p.742-743.
[112] Ibid., p.733.
[113] Ibid., p.881.

d'États, n'a pas tiré jusqu'ici la même conséquence »[114], certains auteurs indiquant que la Cour de Strasbourg ne serait pas familière du droit international[115]. Pourtant, dans l'arrêt Matthews, la Cour de Strasbourg indique que la « Convention n'exclut pas le transfert de compétences à des organisations internationales, pourvu que les droits garantis par la Convention continuent d'être reconnus. Pareil transfert ne fait donc pas disparaître la responsabilité des États membres[116]. » En outre, la Cour de Strasbourg a déjà appliqué les règles de droit international général, notamment pour déterminer la règle de l'épuisement des voies de recours internes[117]. Mais la Cour de Strasbourg ne reconnaît pas l'applicabilité directe de la Convention à l'Union. Sans cette reconnaissance de compétence, la doctrine de succession ne peut s'appliquer. En effet, c'est la Cour de Strasbourg « qui, à l'égal de toute juridiction internationale, est souveraine dans la détermination de sa propre compétence, ce que dit explicitement l'article 32 de la Convention. » Dans son commentaire Pescatore ajoute : c'est donc à Strasbourg que se trouve « la clé de la solution »[118].

Ainsi, bien que la doctrine de la succession d'État soit applicable à la relation de l'Union avec la Convention, « personne ne veut explorer la piste », comme l'affaire CFDT le démontre. Les lacunes de la protection des droits de l'homme, et d'un système de protection à multiples niveaux, ont alors été mises à jour. En effet, les trois juridictions qui ont été saisies ; nationale, communautaire et européenne ; se déclarent

---

[114] Ibid., p.882.

[115] FLAUSS, Jean-François, *Le droit international général dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, in COHEN-JONATHAN, Gérard et FLAUSS, Jean-François*, Droit international, droits de l'homme et juridictions internationales,* collection droit et justice 55, Bruyant et Nemesis, 2004, 152p., p.73, p.75.

[116] CEDH, 18 février 1999, Matthews c/ Royaume-Uni, req. N°24833/94, Rec. 1999-I, §32.

[117] Op. cit. FLAUSS, p.93.

[118] Op. cit. PESCATORE, p.882.

incompétentes pour connaître de cette affaire. « Le Conseil d'État français n'y est pour rien, sa décision est irréprochable. Quant à la Cour communautaire, elle n'aurait pu éviter l'irrecevabilité qu'au prix d'une jurisprudence hardie, que d'aucun, à coup sûr, lui auraient reproché comme « gouvernement des juges » »[119].

C'est donc l'appréciation que la Commission des droits de l'homme du Conseil de l'Europe qui est remise en cause, celle-ci refusant de reconnaître l'effet de succession. Selon Pescatore, la Cour de Strasbourg « n'a pas aperçu cet effet de succession ; elle a méconnu le fait que la Communauté est liée par la Convention en tant qu'institution commune, créée par des États parties à celle-ci ; elle a failli à son devoir de protection en ignorant que le transfert de juridiction, des États parties à un autre sujet de droit, n'a pas pu détériorer la position des personnes protégées par la Convention ».

La question de l'adhésion de l'Union à la Convention est alors « ce que l'on appelle, par une expression bien française : un « faux problème » » qui ne serait qu'un « exercice superflu » et qui n'aboutirait « qu'à semer la confusion ».

En effet, bien que la Cour de Luxembourg n'ait pas indiqué la base juridique de sa reconnaissance, il est évident, comme sa jurisprudence le démontre, qu'elle considère que la Convention s'applique à l'Union.

En outre, l'application de la Convention par l'Union aurait pu être accentuée par le passé, sans passer par une adhésion. Le Conseil aurait pu, comme l'indique M. Pescatore dès 1988, reconnaître « le droit de recours individuel, en vertu de l'article 25, et la juridiction de la Cour des droits de l'homme en vertu de l'article 46 : il suffirait de vouloir »[120]. Si la Convention pouvait être appliquée, de droit, à l'Union, dans ce cas pourquoi se poser la question d'une adhésion qui, comme nous allons le voir, posera de multiples difficultés ?

---

[119] Ibid., p.731.

[120] Ibid., p.746.

En outre, l'Union démontre déjà son intérêt pour la protection des droits de l'homme, tant dans sa politique interne qu'externe. « Il n'existe pas, dans la Communauté européenne, de problème réel concernant les droits de l'homme et, qu'en tout cas, les principes du système permettraient d'y faire face, ce que la jurisprudence a amplement démontré[121]. »

L'adhésion de l'Union à la Convention semble n'être alors basée que sur un motif politique, permettant de donner une image forte de protection des droits de l'homme au sein de l'Union, notamment par le fait que la légitimité de cette protection sera assurée par un organe externe à l'Union qui a déjà prouvé sa capacité à renforcer les droits de l'homme sur le continent européen. L'adhésion de l'Union permettra donc d'améliorer l'image de la Communauté et « d'imposer à ses organes, comme aux États membres, le respect des libertés fondamentales comme critère des démocraties européennes[122]. » À l'heure où l'Union cherche à se doter d'une force politique sur la scène internationale, cette adhésion ne pourra que renforcer sa parole concernant la protection des droits de l'homme.

En effet, l'Union « devrait pouvoir accepter que sa propre politique des droits de l'homme fasse l'objet de critiques dans les organisations multilatérales. » L'absence de vérification systématique du respect des droits de l'homme au sein des États membres a mené à une situation de « double standard » où l'UE promet une politique plus rigoureuse à l'extérieur qu'à l'intérieur de ses frontières[123].

---

[121] PESCATORE, Pierre, Les droits de l'homme et l'intégration européenne, Cahiers de droit européen, Bruyant, 1968, p.629-673, in PESCATORE, Pierre, *Études de droit communautaire européen 1962-2007*, avec une liste bibliographique complémentaire, Grands écrits, collection : droit de l'Union européenne dirigée par Fabrice Picod, Bruyant 2008, 1005p, p.127.

[122] Op. cit., GAUTRON, p.48.

[123] BERTONCINI, Yves ; CHOPIN, Thierry ; DULPHY, Anne ; KAHN, Sylvain et MANIGAND, Christine, *Dictionnaire critique de l'Union européenne*, Armand Colin, Paris, 2008, 489p, p.131.

Bien que des auteurs, et des juges de la Cour de Luxembourg, soutiennent la théorie que l'Union, par les compétences qui lui ont été dévolues, serait liée à la Convention, Denys Simon rappelle que « en termes de rapports de systèmes, comme aurait dit Kelsen, il est clair que la Communauté européenne, n'étant pas partie à la Convention européenne des droits de l'homme, n'est pas tenue en vertu du droit international des traités de se soumettre aux obligations inscrites dans la Convention et dans ses protocoles »[124].

L'Union doit donc adhérer à la Convention pour que cette dernière lui soit appliquée en son entier et non au bon désir des juges. Il ne faut pas oublier que « lorsque certains parmi les États parties à une convention multilatérale (telle la Convention) mettent sur pied ultérieurement un système distinct de celui créé par le premier accord, ils demeurent responsables, vis-à-vis des autres États parties à la première convention, du respect des obligations assumées en vertu de celle-ci[125]. »

Nonobstant cette règle de droit international, « la question de savoir si un traité ayant pour objet la protection des droits fondamentaux prévaut de toute manière, en cas d'incompatibilité, sur un traité postérieur conclu entre certaines ou l'ensemble des mêmes parties contractantes »[126] s'était également posée.

La Cour de Strasbourg, depuis l'arrêt Tête contre France[127], a toujours insisté sur la chronologie des traités signés par les États, indiquant qu' « on ne saurait [...] admettre que, par le biais de transferts de compétences,

---

[124] SIMON, Denys, Des influences réciproques entre CJCE et CEDH : « Je t'aime, moi non plus », *Revue Pouvoirs*, 2001/1, n°96, p31-49, p34.

[125] BULTRINI, Antonio, La responsabilité des Etats membres de l'Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire, *Revue trimestrielle de droit de l'homme*, 2002, p.5-43, p.11.

[126] Ibid, p.11.

[127] Commission EDH, 9 décembre 1987, Tête c/ France, req. N°11123/84, DR 54, p.53.

les Hautes Parties contractantes puissent soustraire, du même coup, des matières normalement visées par la Convention aux garanties qui y sont édictées ». Pourtant, il est bien évident que si un État est lié par deux traités et qu'une obligation de l'un va à l'encontre de l'autre, l'État sera dans l'obligation d'effectuer un choix. La responsabilité de l'État pour violation d'un des deux traités sera alors engagée[128].

Cette situation est d'autant plus difficile à soutenir que désormais la Cour de Strasbourg contrôle les actes des États membres pris sur application du droit de l'Union.

§2. Le contrôle des actes de mise en œuvre du droit de l'Union par les États membres : l'adhésion forcée de l'Union

La certitude sur cette question est que, malgré une jurisprudence ouvrant la saisine de la Cour de Strasbourg au plus grand nombre, une requête introduite à l'encontre de l'Union ne peut pas être recevable devant la Cour de Strasbourg. En effet, l'Union n'étant pas signataire de la Convention, la Cour de Strasbourg a toujours refusé de se reconnaître une compétence *rationne personae* en la matière[129]. Cette approche est conforme à la lettre de la Convention qui dispose à son article 19 que la Cour de Strasbourg est instituée pour faire respecter la Convention aux Hautes Parties contractantes.

Pourtant dans le cadre de l'Union, la question était également de savoir, alors même que des normes naissent de l'Union et non plus des États, si ces derniers devaient rester responsables devant la Convention de ces normes[130]. La question se pose d'autant plus dans le cadre de l'Union car

---

[128] Op. cit., BULTRINI, p.11-12.

[129] Commission EDH, 10 juillet 1978, CFDT c/ Communautés européennes, DR 13, p.231.

[130] BENOIT-ROHMER, Florence, À propos de l'arrêt Bosphorus Air Lines du 30 juin 2005 : l'adhésion contrainte de l'Union à la Convention, Revue Trimestrielle de droits de l'homme, 2005, n°64, 64/2005, p.827-853, p.832.

les normes sont désormais votées à la majorité qualifiée. Dans ce cas, peut-on rendre un État responsable d'un acte communautaire auquel il se serait peut-être opposé ?[131]

Le droit de l'Union étant appliqué et transféré au sein même des États membres, la Cour de Strasbourg s'est reconnue compétente pour connaître de l'application du droit de l'Union en droit interne. Sur ce point, les requêtes introduites contre les États membres sont donc susceptibles d'être examinées. Cette position est conforme aux règles de droit international public sur les traités successifs[132].

Conformément à ces règles, un État doit respecter les obligations nées de la signature de différents traités. La signature d'un traité ne le libère en aucun cas de ses obligations liées à un traité antérieur, d'autant plus lorsque ce traité est relatif à la protection des droits de l'homme[133].

Ainsi, dans la décision Tête[134], la Commission européenne des droits de l'homme indiquait que « on ne saurait [...] admettre que par le biais de transferts de compétence, les Hautes Parties contractantes puissent soustraire, du même coup, des matières normalement visées par la Convention aux garanties qui y sont édictées »[135]. Le système conventionnel admet donc la responsabilité des États membres pour les actes enduits par des organisations internationales auxquelles ils sont partis. Cependant, dans le cas d'espèce, bien que la France possédât une marge d'appréciation pour la transposition et qu'elle pouvait donc être déclarée responsable, elle n'avait pas été condamnée car il n'y avait pas eu violation de la Convention.

---

[131] Ibid.

[132] Article 30 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969.

[133] Op. cit., BENOIT-ROHMER, p.831.

[134] Commission EDH, 9 décembre 1987, Tête c/ France, req. N°11123/84, DR 54.

[135] Ibid., p. 52.

De même, dans l'arrêt Cantoni[136], la Cour de Strasbourg a également jugé que la France pouvait être responsable, même si la loi en cause était une transposition mot pour mot d'une directive communautaire, mais qu'il n'y avait pas de violation de la Convention dans le cas d'espèce. Si la Cour de Strasbourg avait condamné la France, elle aurait alors indirectement contrôlé un acte de l'Union.

La Cour de Strasbourg a semblé ainsi beaucoup plus prudente sur la question du contrôle du droit de l'Union au vu de la Convention.

Dans l'affaire M & Co.154, la Cour de Strasbourg a reconnu en « s'appuyant notamment sur certaines déclarations de principe des institutions communautaires et sur la jurisprudence de la Cour de justice, [...] que le système communautaire reconnaissait les droits fondamentaux et assurait aussi le contrôle de leur respect »[137].

La Cour de Strasbourg précise que la règle du respect des engagements antérieurs s'applique également sur les traités constitutifs et que ces derniers doivent respecter la Convention. En outre, bien que les États aient transmis des compétences à une organisation supranationale, ils restent responsables des actes pris dans le cadre de ces compétences devant la Cour de Strasbourg.

L'État a le droit de transmettre des compétences à des organisations, mais il demeure responsable des violations de la Convention engendrées par l'application de règle issue de cette organisation. En effet, si l'État pouvait appliquer en droit interne des dispositions contraires à la Convention sans risque d'être condamné pour violation, il serait facile pour les États de contourner leur obligation.

De plus, ce sont les États qui choisissent de devenir partie à une organisation et qui définissent les compétences de cette dernière, il est donc logique qu'ils demeurent responsables devant la Convention. Le but est

---

[136] CEDH, 15 novembre 1996, Cantoni c. France, req n° 17862/91, Rec 1996, p. 1614.

[137] CEDH, 9 février 1990, M & Co., Req. no 13258/87, D.R. 64, p. 138.

d'éviter qu'une « catégorie d'actes imputables à un système mis sur pied par un groupe d'États parties à la Convention et susceptible de toucher au respect des droits garantis par celle-ci échappe au contrôle du mécanisme qu'elle a justement instauré afin de garantir un respect uniforme de ses dispositions. Situation peu satisfaisante à bien des égards, surtout si l'on tient compte de la nature des droits en cause[138]. »

Il est à noter que cette décision a été vivement critiquée. En effet, il semblerait que dans le cas d'espèce, la Cour de Strasbourg se soit inspirée de la Cour constitutionnelle allemande et de son arrêt Solange. Cependant, contrairement à la Cour constitutionnelle, la Cour de Strasbourg ne met pas de limite à la confiance qu'elle accorde à la capacité de l'Union de protéger les droits de l'homme puisque l'utilisation du terme « aussi longtemps » n'est pas effectuée[139]. Il semblerait que dans le cadre de la Communauté, et non de l'Union, la Cour de Strasbourg ait mis en place une présomption irréfragable de protection équivalente alors même que « les organes de la Convention » sont institués pour examiner des cas individuels d'atteinte aux droits fondamentaux et non pas pour établir des équivalences de protection théoriques et de principe.

Comme le montre Bultrini, tous les États ayant ratifié la Convention et accepté l'obligation de la respecter et faire respecter les droits qui y sont énoncés, leur pratique, dans la plupart des cas, devraient normalement être conforme à l'engagement. Cela n'empêche pas que les organes de la Convention chargés de vérifier que tel est bien le cas, sont habilités pour ainsi dire comme niveau secondaire du principe normatif, à vérifier l'application des normes[140].

De plus, la Cour de Strasbourg se doit de contrôler le respect de la Convention par les États membres et non de supposer que tel est bien le cas. En effet, « si les organes de la Convention devaient se fier

---

[138] Op. cit., BULTRINI, p.14.

[139] Ibid., p.24.

[140] Ibid., p.16.

uniquement aux engagements de principe des États parties et aux conclusions des tribunaux internes dans des cas concrets, ils ne constateraient pas souvent des violations de la Convention ».

Cette présomption de conformité des actes aux droits de l'homme n'a pas lieu envers les États, alors même que ces derniers ont également mis en place des procédures de protection des droits de l'homme[141].

En effet, quelle aurait été la position de la Cour de Strasbourg si l'Union n'avait jamais pris en compte les droits de l'homme dans son système ? Les États seraient-ils tenus responsable des actes de l'Union ?[142] À moins que la Cour de Strasbourg n'ait accordé cette équivalence de protection que dans le cas d'espèce, c'est-à-dire dans le cadre du respect par l'Union d'une procédure de protection des droits de l'homme, conforme à l'article 6 de la Convention, concernant le domaine de la concurrence, permettant aux États d'appliquer directement un arrêt de la Cour de Luxembourg sans passer par la procédure de l'*exequatur*[143].

La Cour de Strasbourg s'est prononcée dans un premier temps sur le seul droit primaire de l'Union avec l'affaire Matthews[144]. Par cet arrêt, la Cour de Strasbourg accepte de contrôler la conformité d'un acte communautaire avec la Convention. « Par la même, elle s'érige en ultime contrôleur du droit communautaire »[145], place qui était jusqu'alors occupée par la Cour de Luxembourg. En effet, la Cour de Strasbourg rappelle ainsi son rôle de « Juge Suprême des droits de l'homme pour l'ensemble de l'Europe »[146].

La Cour de Strasbourg ne s'oppose pas au contrôle du droit primaire de l'Union car ce dernier est issu de l'accord entre États et entre dans le champ classique du droit international des traités et non dans celui du droit

---

[141] Op. cit., BENOIT-ROHMER, p.841.
[145] Ibid.
[143] Ibid.
[144] Ibid.
[145] Op. cit., GAUTRON, p.5.
[146] Ibid, p.4.

de l'Union, l'Union n'étant pas à la base de la signature des traités mais le résultat. Dans le cas d'espèce le vote de la norme communautaire avait été effectué à l'unanimité. En outre, par cet arrêt, la Cour de Strasbourg se procure une compétence quasi illimitée mais « mine simultanément l'uniformité et la spécificité de l'ordre juridique communautaire »[147].

La Cour de Strasbourg a donc affirmé sa *compétence rationne personae* à l'égard des États membres de l'Union lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union, conformément aux dispositions de l'article 1 de la Convention. Ainsi,

> « on peut dire avant tout que les États sont responsables par rapport aux actes normatifs dont ils ont la maîtrise directe : les actes transposant en droit interne une réglementation communautaire, indépendamment de la marge de manœuvre que la réglementation dont il s'agit laisse aux États (affaires Tête, Procola et Cantoni), et ceux par lesquels l'État participe à l'élaboration du droit communautaire primaire (affaire Matthews) ».

La Cour de Strasbourg a longtemps tardé à prendre position concernant le statut du droit de l'Union dans les cas où les États n'ont aucune marge de manœuvre. Ceci nous amène à nous demander, à partir de ce point, si la Cour avait vraiment l'intention de statuer sur cette question ou si elle s'efforcerait de laisser la situation dans l'incertitude dans l'attente d'une éventuelle adhésion de l'Union à la Convention. En 2005, avec l'affaire Bosphorus, la Cour de Strasbourg amène un peu de lumière à l'impasse dans laquelle elle semblait s'être trouvée.

L'affaire de la mise en œuvre, par un règlement communautaire d'une décision du Conseil de sécurité de l'ONU, amène la Cour de Luxembourg, par un recours préjudiciel, a l'application du règlement dans une affaire considérée comme « politiquement sensible ».

---

[147] Op. cit., COHEN-JONATHAN et FLAUSS, p.257.

Dans le cas d'espèce, l'État applique une norme communautaire de droit dérivé, sans bénéficier d'une marge d'appréciation. « La question est épineuse car la violation alléguée aboutit à mettre en cause un acte communautaire à travers une mesure d'application nationale et, en conséquence, de façon indirecte la responsabilité de la Communauté, alors que celle-ci n'est pas partie à la Convention ».

L'arrêt Bosphorus distingue les situations où l'État membre dispose d'une marge d'appréciation pour mettre en œuvre le droit de l'Union et les situations où les États n'ont pas un tel pouvoir. Mais il n'en demeure pas moins que la Cour de Strasbourg effectue un contrôle indirect du droit de l'Union vis-à-vis de la Convention. Ainsi, « si l'acte national à l'origine de la violation des droits de l'homme n'est qu'une transcription pure et simple du droit communautaire ou plutôt, ne traduit aucune marge de manœuvre de l'État, celui-ci n'est pas jugé responsable au regard de la Convention à condition que le droit communautaire offre une protection équivalente des droits fondamentaux. En revanche, si l'État a fait usage d'un pouvoir, d'appréciation en mettant en œuvre le droit communautaire, il reste entièrement responsable de ses actes au regard de la Convention ».

Bien que la Cour se soit reconnue compétente, elle a également considéré que l'Union possédait un niveau de protection des droits de l'homme équivalent à celui de la Convention. En effet, la Cour de Strasbourg est « conduite à évaluer à l'aune de la Convention EDH le système communautaire de protection des droits fondamentaux », et considère que celui-ci protège ces droits d'une « manière équivalente au système européen de protection des droits de l'homme », décernant ainsi un « label général de conformité à la Convention[148]».

Par protection « équivalente », la Cour entend une garantie matérielle et procédurale des droits de l'homme. L'Union ayant une jurisprudence,

[148] Note de l'éditeur : pour les citations des textes officiels de la Cour de Strasbourg ou CEDH, sa jurisprudence et ses statistiques, voir aussi : https://www.echr.coe.int/fr/home

et désormais un instrument, de protection des droits de l'homme, la Cour de Strasbourg en a déduit qu'elle protégeait de façon équivalente les droits de l'homme. La notion de « protection « équivalente » permet à la Cour de ne pas se prononcer sur une vaste catégorie d'actes communautaires et d'actes nationaux qui les exécutent, tout en sauvegardant la possibilité d'intervenir dans des circonstances exceptionnelles.

Le recours à la notion de protection équivalente permet de prendre en compte le fait que des Hautes Parties à la Convention soient également États membres de l'Union. Cette doctrine devrait donc naturellement disparaître en cas d'adhésion de l'Union à la Convention.

Cependant, l'on peut également envisager l'option inverse qui viserait à appliquer cette doctrine de la protection équivalente à toutes les Hautes Parties. Ceci permettrait entre autres de désengorger la Cour de Strasbourg. Mais les critiques de cette doctrine envers l'Union sont également applicables aux États membres. En effet, le but de la Convention n'est pas de supposer qu'un État respecte les droits de l'homme mais de contrôler que tel est bien le cas. L'on peut également envisager le maintien de la situation actuelle où la protection équivalente ne s'applique qu'envers les dispositions de l'Union.

Pourtant l'équivalence de protection a été conçue pour permettre une protection des droits de l'homme par rapport à des normes communautaires. Si l'Union adhère, cette doctrine ne devrait plus avoir d'effet car l'obstacle juridique serait levé et la Cour de Strasbourg pourrait appliquer directement la Convention à l'Union et contrôler son droit par rapport à la Convention.

Une dérogation de cette envergure pour l'Union ne serait pas profitable dans un système qui se veut égalitaire pour tous ses membres. En outre, l'Union désire avoir la même place que les autres Hautes Parties. Dans ce cas, elle doit également avoir les mêmes obligations et devoirs et ne pas se baser sur des présomptions qui n'existent pas pour les États.

Cette présomption d'équivalence ne pourrait être levée que si une détérioration du système de protection des droits de l'homme au sein de l'Union avait lieu. « Il est [donc] difficile d'imaginer des circonstances dans lesquelles la présomption de compatibilité avec la Convention pourrait être renversée ». Mais cette possibilité permet cependant de revenir en parti sur la présomption irréfragable que l'arrêt M. & Co. avait mise en place. De plus, une protection équivalente étant effectuée et l'État se limitant, sans marge d'appréciation, à l'application de l'acte communautaire, la Cour de Strasbourg en déduit une présomption de conformité. « La Cour explique cette présomption de conformité par l'exigence de ne pas paralyser le fonctionnement de l'intégration européenne ».

La Cour de Strasbourg prend ainsi en compte la particularité de l'ordre juridique communautaire en évitant que les États effectuent un contrôle de conventionalité sur les actes de l'Union et ne les écartent d'une application interne. Ceci remettrait en cause le fondement de l'Union. La présomption permet à la Cour de reprendre l'exercice de son contrôle dès qu'elle jugera dans une affaire donnée que la protection accordée par le droit communautaire n'est pas satisfaisante.

Apprécier si la présomption peut ou non jouer est affaire délicate, puisque le critère dépend d'une appréciation si l'État membre dispose ou non d'une marge de liberté dans l'application de la norme communautaire. Ceci conduit la CEDH (Cour de Strasbourg) à porter atteinte au monopole de la Cour de Luxembourg. La coopération entre les cours est donc appelée à se développer pour éviter des solutions contradictoires, qui mineraient, si elles se multipliaient, le caractère opératoire du contrôle des actes.

L'État est ainsi entièrement responsable devant la Cour de Strasbourg quand il a mis en œuvre le droit primaire de l'Union. Il n'en demeure pas moins que le caractère particulier de l'Union doit être pris en compte. Mais ceci peut être réalisé par le mécanisme de la marge nationale d'appréciation, que l'on pourrait appliquer également à l'Union. L'État est donc

responsable également lorsqu'il met en œuvre, avec une marge de manœuvre, le droit dérivé de l'Union. Si l'État ne possède pas de marge de manœuvre, sa responsabilité est alors limitée, la Cour de Strasbourg se contentant de contrôler si la protection des droits de l'homme au sein de l'Union est équivalente à celle de la Convention.

« Si c'est le cas, la Cour en déduit une présomption de conventionalité des mesures nationales de pure exécution des obligations mises à la charge des États parties par l'organisation ». Ainsi, l'arrêt Bosphorus ne laisse subsister que « la question de la recevabilité des requêtes formées à l'encontre d'actes communautaires de droit dérivé qui ne font pas l'objet de mesures nationales d'exécution notamment parce qu'ils ne produisent pas d'effets hors de l'ordre interne des Communautés ».

Aujourd'hui, l'on se trouve dans une situation paradoxale où le particulier qui a attaqué un acte communautaire pour annulation devant la Cour de Luxembourg ne peut pas, par la suite, saisir la Cour de Strasbourg pour in conventionalité de la procédure de la Cour de Luxembourg alors qu'un particulier qui est irrecevable à demander l'annulation d'un acte devant la Cour de Luxembourg pourra saisir la Cour de Strasbourg. Le « critère de l'intervention étatique apparaît donc exagérément formaliste car, dans le domaine du contentieux communautaire de la légalité, il conduit en réalité à moduler le degré de protection apportée par la Convention en fonction de la recevabilité du recours en annulation ».

La Cour de Strasbourg semble donc, dans l'affaire Bosphorus considérer « que l'accès direct pour le moins limité à la juridiction communautaire constituait le point faible du mécanisme communautaire de protection des droits fondamentaux ».

Mais cet arrêt est également un signe de confiance envers le système de protection des droits de l'homme de l'Union. C'est également une incitation pour la Cour de Luxembourg à ne pas diminuer son niveau de protection des droits fondamentaux.

Cependant le contrôle que la Cour de Strasbourg exerce désormais sur les actes étatiques exécutant le droit de l'Union a conduit certains auteurs à se demander si « la Cour n'a-t-elle pas voulu par cet arrêt établir un régime transitoire dans l'attente de l'adhésion tout en exerçant une pression discrète sur l'Union dans la mesure où la solution retenue produit, certes d'une manière nuancée, des conséquences similaires à l'adhésion sans que l'Union puisse bénéficier des avantages de celle-ci ? ».

En effet, l'Union « deviendrait responsable au travers des États membres. Dans ce cas, l'adhésion de l'Union à la Convention, sans être formelle, serait de facto réalisée ». La Cour de Strasbourg avait tenté d'attendre une adhésion officielle de l'Union à la Convention par son arrêt M & Co. Cependant, après l'échec du Traité établissant une Constitution pour l'Europe, la Cour de Strasbourg a été plus exigeante dans son arrêt Bosphorus.

L'inégalité de traitement entre les Communautés et ses États membres en matière de responsabilités du fait des conséquences dommageables d'actes communautaires, ainsi que les risques croissants de divergences jurisprudentielles entre la Cour EDH et la CJCE, sont à l'origine de l'article 6-2 TUE modifié qui prévoit l'adhésion de l'Union à la CEDH. Pourtant, « en étendant sa compétence aux actes de droit primaire, la Cour suggère une responsabilité collective des États membres ». La responsabilité collective des États membres pourrait être mise en place, il suffit pour cela d'interpréter au sens large l'obligation de garantir les droits de la Convention « à toute personne relevant de leur juridiction, souscrite par les Parties en vertu de l'article premier de la CEDH, c'est-à-dire sans la limiter à l'exercice direct des pouvoirs de souveraineté dans le territoire national, mais en englobant l'exercice de compétences transférées à des organisations internationales ou supranationales. »

Antonio Bultrini, référendaire à la Cour de Strasbourg, soutient que le fonctionnement de l'Union, notamment par la place omniprésente des États lors de l'élaboration du droit de l'Union et dans le fonctionnement

de l'Union, ainsi que l'imbrication des États membres et de l'Union conduit indubitablement à se demander pourquoi les États ne pourraient pas être responsables collectivement devant la Cour de Strasbourg des actions de l'Union.

En outre, la responsabilité collective des États permettrait de simplifier l'exécution des arrêts de violation de la Convention pris sur un acte communautaire. En effet, les États devraient tous modifier les actes pris sur cet acte communautaire et par conséquent l'État condamné ne sera pas contraint de violer l'un des traités, la Convention ou le droit de l'Union. L'arrêt Matthews de la Cour de Strasbourg aborde « l'éventualité d'une responsabilité collective des États membres dans l'adoption d'un acte communautaire de droit originaire. Cette idée de responsabilité collective des États membres est à l'évidence de nature à étendre le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme dans le champ du droit communautaire, et de susciter de nouvelles interférences avec le contrôle opéré par la Cour de justice des Communautés européennes »[149].

Il est cependant à noter que la Cour de Strasbourg a soigneusement laissé la question de l'acceptation d'une requête dirigée contre l'ensemble des États membres de l'Union au débat[150].

De même, qu'en est-il des actes communautaires qui ne créent des effets qu'au sein de l'Union et non au sein des États ? La Cour de Strasbourg n'a jamais répondu à cette question. En effet, dans le cadre de l'affaire Christiane Dufay[151], la Commission avait considéré qu'elle ne pouvait examiner la requête faute d'avoir épuisé les voies de recours interne. Durant longtemps, le paradoxe était que les États membres étaient adhérents à la Convention et que la Cour de Luxembourg se référait

---

[149] Supra SIMON, op. cit., p.40.

[150] CEDH, 4 juillet 2000, Société Guérin automobiles c/ les quinze Etats de l'Union européenne, req. N°5171/99.

[151] Commission EDH, décision du 19 janvier 1989, Dufay c/ Communautés européennes, req. N°13539/88.

expressément à la Convention pour protéger les droits de l'homme au sein de l'Union mais, la Convention ne pouvait examiner le droit de l'Union. La Cour de Strasbourg a donc, par le biais des États membres, effectué un contrôle du droit de l'Union. L'on se retrouve donc dans une situation inverse où l'Union se voit appliquer un texte auquel elle n'a pas, encore, adhéré, mais où elle ne peut se prévaloir de la protection de ce dernier, notamment pour participer au jugement.

Nous pouvons citer en entier Bultrini : « Dans la situation actuelle, où les systèmes juridiques des États membres de l'Union continuent d'être soumis au contrôle du mécanisme conventionnel, on ne voit aucune raison pour que le système institutionnel communautaire, et notamment son appareil judiciaire, jouisse, lui, d'une telle exemption. D'autant moins que le système juridictionnel communautaire, nonobstant ses remarquables progrès, présente toujours des lacunes d'une certaine gravité ; par exemple, l'accès de l'individu à la justice reste fort limité et clairement en retrait par rapport à celui offert à la fois par le mécanisme conventionnel et par les mécanismes de protection judiciaire nationaux »[152].

Bien que l'Union ne soit pas soumise à un contrôle externe de son action, elle a tenté par son droit interne de protéger les droits de l'homme en instaurant la Charte. Cette instauration d'un instrument interne de protection ne remet cependant pas en cause l'utilité de l'adhésion à un instrument externe de contrôle, qui a déjà prouvé par le passé qu'il était fiable.

[152] Op. cit., BULTRINI, p.26-27.

2

L'ENTRÉE EN VIGUEUR DE LA CHARTE COMME INSTRUMENT COMMUNAUTAIRE DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME

La Charte permet de prendre en considération les droits de l'homme au sein même de l'Union et d'appliquer leur respect aux institutions.

Bien que l'instauration d'un tel outil représente une action importante pour l'Union, de fortes limites sont relevées ce qui conforte l'idée de l'adhésion à l'Union.

Section 1. Instrument unique mais peu innovant quant aux droits protégés

La Charte est une avancée dans la conception que l'Union peut donner d'elle. Ainsi, elle passe d'une conception uniquement économique à celle plus politique et d'organisme respectant les droits fondamentaux §1. Cependant, des limites importantes peuvent être relevées puisque la Charte ne permet pas une innovation importante des droits de l'homme §2.

§1. La Charte : un pas décisif de l'Union sur le chemin de la protection des droits de l'homme

La Charte fait suite à une longue tradition occidentale de déclarations des droits de l'homme. Dès la fin des années quatre-vingt, des recommandations au sein de l'Union sont effectuées pour adopter une charte des droits[153].

Mais pourquoi élaborer un nouveau texte alors même que la Convention a démontré son effectivité et sa capacité à protéger les droits de l'homme au sein du continent européen ?[154] L'évolution de l'Union et sa volonté de ne plus être uniquement une union économique semble être une des explications. De plus, la Convention, bien qu'appliquée à l'ensemble des États membres, ne peut être opposée à l'Union, et n'est appliquée que par la volonté de la Cour de Luxembourg.

Ainsi, en 1999, le sommet européen de Cologne[155], suivi de celui de Tampere[156], lance le projet de l'élaboration d'une Charte des droits fondamentaux pour l'Union. L'objectif de la rédaction d'un tel instrument est de permettre « de rendre visible les droits des citoyens de l'Union »[157] et de rassurer les Cours constitutionnelles nationales quant à la protection des droits de l'homme au sein de l'Union.

---

[153] Livre blanc de la Commission européenne de 1988, Doc. PE 115.274/déf

[154] BRAIBANT, Guy, De la Convention européenne des droits de l'homme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, in « Mélange en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN - Libertés, justice, tolérance », volume I et II, Bruyant, 2004, 1784p, p.327.

[155] 3 et 4 juin 1999.

[156] 15 et 16 octobre 1999.

[157] Direction d'ouvrage AVGERI Parthenia et MAGNILLAT Marie-Pierre, Enjeux et rouages de l'Europe actuelle, Culture et citoyenneté européennes, Sup'Foucher, édition 2009-2010, 2009, 383p, p192.

La Charte a été élaborée au sein d'une « Convention » représentant l'Union et les États membres, le pouvoir exécutif et législatif[158]. « Pour la première fois, toutes ces institutions siégeaient sur un pied d'égalité. Aucune hiérarchie n'était établie, personne n'avait le droit de veto, il n'existait pas de délégations nationales » [159]. De plus, des consultations des autres institutions communautaires et de la société civile ont été organisées et les futurs membres de l'Union ont également pris part aux débats. Ceci a permis de prendre en compte le point de vue de tous les acteurs de la construction communautaire.

Il est à souligner que l'élaboration entière de la Charte fut réalisée par consensus et compromis, aucun vote n'ayant eu lieu, les différents articles ayant fait l'objet de négociations permettant de prendre en compte les différentes sensibilités des États membres.

Le 7 décembre 2000, à l'occasion du Conseil de Nice, la Charte a été proclamée solennellement. Elle fut par la suite intégrée au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, lui donnant valeur juridique. Cependant, la ratification de ce traité ayant échoué, la Charte n'a vu son applicabilité reconnue qu'avec l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne.

Selon l'expression consacrée par Denys Simon, la Charte a subi à l'occasion une « *capitis diminutio* »[160]. La Charte ne se trouve plus à l'intérieur du Traité, même si sa valeur juridique reste inchangée. Cependant, le fait de devoir se référer à un autre texte que le Traité nuit à la lisibilité des droits reconnus au sein de la Charte. Cette transformation de la Charte

---

[158] Elle était ainsi composée des représentants des chefs d'État et de gouvernement, des représentants de la Commission, du Commissaire à la Justice et aux Affaires étrangères, de 16 membres du Parlement européen et de 30 membres des Parlements nationaux.

[159] Op. cit., AVGERI et MAGNILLAT, p.193.

[160] SIMON, Denys, Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne, Europe, n°2, février 2008, repère 2.

« en droit primaire par ricochet »[161] s'explique par la volonté d'effacer tout signe de constitutionnalisation après l'échec du Traité établissant une Constitution pour l'Europe en 2005.

De plus, bien que la Charte ait désormais valeur de traité, elle « n'oblige pas les États membres à modifier leurs constitutions respectives »[162]. Cependant, bien que la Charte n'ait acquis force contraignante qu'en 2009, elle s'est vue invoquée devant les juridictions communautaires, conventionnelles et nationales, dès 2002. Ainsi, les avocats généraux de la Cour de Luxembourg ont multiplié les références à la Charte lors de l'élaboration de leurs conclusions[163]. Pour sa part, le Tribunal de Première Instance s'est référé à la Charte dans un jugement du 3 mai 2002. [164] De plus, après une longue période de refus, la Cour elle-même s'est basée sur la Charte pour rendre son arrêt du 27 juin 2006.[165]

Montrant une fois de plus l'interaction entre les deux systèmes juridiques, la Cour de Strasbourg s'est appuyée sur l'article 9 de la Charte pour reconnaître le mariage des transsexuels lors de son arrêt du 12 juillet 2002.

Enfin, la Charte a également été invoquée au sein des États membres. Ainsi, le Commissaire du Gouvernement dans l'affaire Casanovas a évoqué la Charte même si, en absence de force juridique, elle n'a pas été appliquée par le juge.

Tout comme la Convention, la Charte s'applique à un territoire et non à des citoyens. Ainsi, la Charte protège les droits de toutes personnes se

---

[161] RIDEAU, Joël, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne - perspectives ouvertes par le traité de Lisbonne, Revue des affaires européennes, 2007/2008, n°2, p185-207, p.195.

[162] Op. cit., AVGERI et MAGNILLAT, p.192.

[163] Conclusion de l'avocat général Tizzano du 8 février 2001 concernant l'affaire BECTU, aff. C-173/99, Rec. II-313.

[164] TPI, 3 mai 2002, Jégo-Quéré, aff. T-177/01, Rec. p.II-2365.

[165] CJCE, 27 juin 2006, Parlement européen c/ Conseil, aff. C-540/03, Rec. p.I-5769.

trouvant sur le territoire des États membres, qu'elles soient présentes de façon régulière ou irrégulière, et sans distinction de nationalité.

Cependant, une partie des droits relatifs à la citoyenneté de l'Union ne sont opposables qu'aux citoyens des États membres. Il en va ainsi du droit de vote aux élections du Parlement européen. Mais, la reconnaissance d'un droit d'accès aux documents administratifs. Est étendue à toute personne, tout comme le droit à une bonne administration. La Charte s'applique également aux organes et institutions de l'Union, ce qui permet de prendre en compte les organes indépendants qui sont de plus en plus nombreux au sein de l'Union.

Elle s'applique notamment aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, conformément à une jurisprudence de la Cour de Luxembourg[166]. Ceci implique tous les niveaux de gouvernance des États membres. Sur le fond, l'on distingue traditionnellement plusieurs générations de droits de l'homme. La première génération correspond aux droits civils et politiques tandis que la seconde génération regroupe les « droits sociaux, culturels et économiques que les États doivent garantir matériellement »[167]. Ces droits ont été regroupés au sein de la Convention.

Cependant, de nouveaux droits, dit de troisième génération, ont peu à peu vu le jour. Ils rassemblent des droits fondés notamment sur la dignité de la personne humaine, tel que le droit au développement, à la paix, à la protection de l'environnement. Ces différents droits ont été protégés au sein du Conseil de l'Europe, mais par la signature de Conventions distinctes de la Convention.

De plus, chaque article de la Charte a fait l'objet d'une explication au sein d'un document annexe, n'ayant cependant pas de valeur juridique car élaboré par le présidium. Ce document permet de donner une

---

[166] CJCE, 13 avr. 2000, Kjell Karlsson : aff. C-292/97, Rec. CJCE 2000, I, p. 2737.
[167] Op. cit., AVGERI et MAGNILLAT, p188.

interprétation aux différents droits exposés et devra être pris en compte par la Cour de Luxembourg lors de l'application de la Charte.

Formellement, la Charte se compose de sept titres. Les six premiers titres constituent l'énumération et la définition des différents droits protégés par la Charte ; dignité, libertés, égalité, solidarité, citoyenneté et justice. « Ce plan renouvelle l'approche des Droits de l'homme et constitue l'un des apports importants de la Charte »[168]. Le dernier titre correspond aux « dispositions générales régissant l'interprétation et l'application de la Charte ».

La Charte est ainsi devenue « le premier instrument international à donner corps au principe d'indivisibilité des droits de l'homme et à rassembler dans un seul texte les droits civils et politiques et les droits sociaux, qui se voient ainsi reconnaître la même qualité de « valeurs communes » que les premiers »[169]Mais, bien que la Charte soit une avancée significative pour l'Union, qu'en est-il de son apport aux droits des citoyens de l'Union ?

§2. Une Charte cependant peu innovante sur le fond

L'apport de la Charte aux droits de l'homme a été plus ou moins bien accueilli et prête à confusion. En effet, certains auteurs considèrent que la Charte n'est que le regroupement de textes déjà existants, qualifiant même la Charte de « plagiat de la Convention européenne » et « qu'aucune de ses dispositions ne constitue une création originale ».

---

[168] ibid., p.195.

[169] SUDRE, Frédéric, Droit européen et international des droits de l'homme, collection droits fondamentaux, PUF, 2008, 9ème édition revue et augmentée, 843p, p.156.

En effet, « la Charte présente une nature foncièrement résiduelle »[170], reprenant des droits garantis au sein d'autres instruments et étant ainsi liée à l'interprétation qui en a été faite. La Charte reprend également des droits qui se trouvent au sein même des Traités de l'Union, tel que la liberté de circulation. « Les doublons qui en résultent nuisent sans aucun doute à la clarté des textes et des règles »[171].

La Charte s'est également fortement inspirée de la Convention. Cette dernière a une place toute particulière au sein de l'Union depuis son invocation par la Cour de Luxembourg et représente un modèle pour la protection des droits de l'homme. En outre, la Convention entre autres la Charte regrouperait les droits reconnus au sein de la Convention relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe signée en 1979, de la Convention européenne du paysage signée en 2000, de la Déclaration des Droits de l'Enfant des Nations Unis signé en 1959, du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et du Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels représente un regroupement des différents droits fondamentaux. La liste de ces droits n'étant pas « extensible à l'infini »[172], la Charte se devait de les reprendre.

Cependant, cette limitation de l'apport de la Charte s'explique par le fait que la « Convention » « n'avait pas la légitimité démocratique pour aller plus loin »[173], conformément au mandat qui lui avait été dévolu. Mais pour certains auteurs, la Charte demeure une réelle valeur ajoutée à

---

[170] FALLON, Marc et SIMON, Anne-Claire, Le renouvellement des politiques de l'Union européenne dans le traité de Lisbonne, Revue des affaires européennes, 2007/2008, n°2,, p.248.

[171] Ibid., p.249.

[172] HAGUENAU-MOIZARD, Catherine, Les droits de l'homme : une ou plusieurs Europe ?, La Gazette du Palais, 19 juin 2008, n°171, p.31.

[173] CANDELA SORIANO, Mercedes, Les droits de l'homme dans les politiques de l'Union européenne, Larcier, 2006, 283p, p.52.

la protection des droits fondamentaux en Europe[174] en permettant un élargissement du « champ d'application de plusieurs droits déjà reconnus par la CEDH »[175], ce qui représente un apport en soi.

La Charte a également permis de prendre acte des évolutions techniques et de la société, comme la prise en compte de la bioéthique ou de l'accès aux services d'intérêt économique général.

La nouveauté principale de la Charte par rapport à la Convention est l'insertion des droits sociaux au sein d'un instrument de protection des droits de l'homme pouvant être appliqué par un juge. Ces droits étaient déjà évoqués auparavant par le droit de l'Union, notamment par l'adoption de directives. Ils sont ainsi « inscrits en qualité de droits invocables ou de principes susceptibles d'entraîner une législation communautaire ou nationale ».

Cependant, ces droits sont fortement limités par les « clauses horizontales » de l'article 51. « Sans doute, ces clauses horizontales ne concernent-elles pas les seuls droits sociaux. Mais, force est bien de constater qu'elles sont de nature à limiter la portée des droits sociaux plus qu'elles ne limitent la portée des autres garanties apportées par la Charte ». Ceci est d'autant plus visible que l'Union n'a pas de compétence revendiquée en matière de droits sociaux.

---

[174] Commission des Communautés européennes, Communication de la Commission sur la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, COM(2000)559 final, Bruxelles, 13 septembre 2000, 10p ; BLUMANN, Claude, Citoyenneté européenne et droits fondamentaux en droit de l'Union européenne : entre concurrence et complémentarité, in « Mélange en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN - Libertés, justice, tolérance », volume I et II, Bruyant, 2004, 1784p, p.265 ; CORREARD, Valérie, Constitution européenne et protection des droits fondamentaux : vers une complexité annoncée ?, Revue trimestrielle de droits de l'homme, 2006, n°2, p501 ; PECHEUL, Armel, Le traité de Lisbonne - La Constitution malgré nous ?, édition Cujas, 2008, 155p.

[175] DOLLAT Patrick, Droit européen et droit de l'Union européenne, 2ème édition, 2007, Sirey, édition Dalloz, 475p point 174.

Dans le cadre spécifique des droits de la défense, la Charte s'est inspirée du célèbre article 6 de la Convention relatif au droit à un procès équitable qui a fait l'objet d'une jurisprudence abondante. La Charte a retenu à son article 47 une application plus générale de la notion. « Il n'y a là, a priori, aucune restriction comparable à celle de la Convention européenne et tenant aux notions de « contestations sur des droits et obligations de caractère civil » ou bien encore sur la notion de « bien-fondé de toute accusation en matière pénale » ».

La Charte reconnaît cependant des droits que les traités ne permettent pas de respecter. Ainsi, le droit à l'accès au juge, comme dans le cadre de la Convention, se trouve limité par les traités de l'Union. La Charte et les traités ayant la même valeur juridique, « c'est un principe l'adage *prior tempore potior jure* qui s'applique. La Charte bénéficierait ainsi d'une prévalence, mais qui se révèlerait difficilement applicable compte tenu de la clause de non-extension des compétences de l'article 51 ».

Ainsi, « le droit de se marier et le droit de fonder une famille sont garantis selon les lois nationales qui en régissent l'exercice » selon l'article 9 de la Charte. Cette édiction permet de prendre toutes les formes de mariage reconnues par les États membres, sans imposer une évolution en la matière. C'est une avancée par rapport à l'article 12 de la Convention qui ne protège que le droit au mariage hétérosexuel. Concernant le droit à l'éducation, la Charte prévoit à son article 14 la gratuité de l'enseignement obligatoire. En outre, il indique que « la liberté de créer des établissements d'enseignement dans le respect des principes démocratiques, ainsi que le droit des parents d'assurer l'éducation et l'enseignement de leurs enfants conformément à leurs convictions religieuses, philosophiques et pédagogiques, sont respectés selon les lois nationales qui en régissent l'exercice ».

Cette formule est cependant moins protectrice que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg dans ce domaine qui dispose que la référence est la Convention et non les normes nationales de chaque État[176].

Concernant le droit des minorités indiqué à l'article 21 de la Charte, mais également à l'article 2 TUE, il pourrait conduire la France à modifier sa position sur la question, notamment par une révision de la Constitution. Il semblerait que « le Conseil constitutionnel n'a pas anticipé ici la force du droit des minorités »[177]. Pour le Conseil constitutionnel, le refus de la France de reconnaître des groupes spécifiques serait une tradition constitutionnelle particulière, telle que la laïcité. Cette spécificité française devrait donc être respectée, le droit de l'Union se rattachant uniquement au respect des traditions constitutionnelles communes. Il est à douter que la Cour de Luxembourg puisse avoir la même approche, notamment car son interprétation se base sur les traditions communes des États membres[178]. Il reste à considérer sous quel angle la Cour de Luxembourg prendra en compte ces traditions communes, au plus petit dénominateur commun ou de façon plus large. Dans le second cas, la spécificité française dans ce domaine, tout comme dans le domaine de la laïcité, risque d'être difficilement retenue.

Tout comme la Convention, la Charte a prévu des exceptions à l'application des droits protégés. Cependant, pour tenter d'éclaircir la portée des droits, les restrictions n'ont pas été inscrites au sein de chaque article.

La Charte a ainsi opté pour l'inscription d'une restriction générale au sein de l'article 52. Cet article stipule que des restrictions aux droits sont possibles mais uniquement si elles ont été prévues par la loi, dans le respect des droits et si « elles sont nécessaires et répondent effectivement à

---

[176] BLUMANN, Claude, Les compétences de l'Union européenne en matière de droits de l'homme, Revue des affaires européennes, 1 janvier 2006, n°1, p.11-30, p.26.

[177] PECHEUL, Armel, Le traité de Lisbonne - La Constitution malgré nous ?, édition Cujas, 2008, 155p, p.105.

[178] Ibid., p.108.

des objectifs d'intérêt général reconnus par l'Union ou au besoin de protection des droits et libertés d'autrui ».

Cette réserve générale porte sur tous les articles de la Charte. Pourtant, certains droits fondamentaux sont considérés comme intangibles, tel que le droit à la vie ou l'interdiction de la torture. Doit-on alors considérer que l'article 52 s'applique à ces articles ? Les explications du proesidium rappellent que ces droits sont intangibles. Mais, « sur le plan juridique, elles [ces explications] ont [donc] tout au plus valeur d'aide à l'interprétation »[179]. Cependant, l'article 52 de la Charte précise que l'interprétation des droits correspondant à la Convention doit se faire à la lumière de cette dernière. Les restrictions à ces droits devraient donc être exclues en application de la vision conventionnelle[180].

En outre, l'article 52 prévoit les règles d'interprétation de la Charte. Mais comment interpréter les termes de cet article ? En effet, le paragraphe 4 de cet article se réfère à une interprétation en « harmonie » avec les traditions constitutionnelles des États membres et le paragraphe 6 renvoie aux législations et pratiques nationales en indiquant qu'elles doivent être « pleinement prises en compte ». Le juge de la Cour de Luxembourg aura la lourde tâche d'interpréter la Charte et ses différentes dispositions.

La Charte éloigne notamment la conception d'une identité communautaire, qui est pourtant revendiquée dans le TUE. Le fait que la Charte reprenne des éléments de la Convention, qui n'a pas été rédigée au sein de l'Union, montre la difficulté de voir en elle une conception d'une identité. En outre, l'adhésion de l'Union à la Convention serait également un coup d'arrêt à l'idée que la Charte serait la base de l'identité communautaire

---

[179] KRUGER, Hans Christian et POLAKIEWICZ, Jorg, Proposition pour la création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe, Revue universelle des droits de l'homme, 30 octobre 2001, n°1-4, p1-14, p.8.

[180] CARLIER, Jean-Yves, La condition des personnes dans l'Union européenne, Bruxelles, Larcier, précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2007, 485p, point 137.

puisque l'Union serait partie à une autre norme de protection des droits fondamentaux, extérieure à l'Union.

De plus, le fait que la Charte fasse référence à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg pour l'interprétation de certain de ses droits « atténue sans contexte sa force novatrice. Du coup, elle apparaît comme une simple consolidation de l'acquis jurisprudentiel en matière de droits fondamentaux, ce que les juges constitutionnels français (Cons. const., 19 nov.2004, n°004-505 DC) et espagnols (DTC, 13 décembre.2004, n°1/2004) n'ont pas manqué de relever ».

Et pourtant, la Charte représente un symbole pour la construction communautaire. C'est un changement d'optique de l'Union qui passe d'une finalité économique à une finalité humaniste en mettant ses citoyens au cœur de son action[181]. Cependant, les limites à son application conduisent à se demander si elle sera réellement un instrument fiable de protection des droits de l'homme.

Section 2. Une Charte limitant fortement son impact sur la protection des droits de l'homme

L'Union a cherché à se doter d'un texte de protection des droits de l'homme permettant de prendre en compte les diverses volontés des États membres et le caractère juridique des droits. Cependant, la portée limitée de la Charte [§1] et certaines dispositions de la Charte [§2] ternissent la réalisation.

§1. Le respect des principes du droit de l'Union limitant les effets de la Charte

Bien que la Charte ait acquis valeur juridique, l'application directe de ses dispositions pourrait être remise en cause, et il est fortement précisé

[181] ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël et al., Dictionnaire des droits de l'homme, Quadrige Dicos Poche, PUF, 1ère édition, 2008, 1074p, p.133.

que la Charte ne permet en aucun cas d'étendre le domaine de compétences de l'Union.

1. Un effet direct de la Charte plus ou moins étendu

En droit de l'Union, une charte n'a pas de valeur juridique. En l'espèce, la Charte est considérée comme un protocole additionnel aux traités. Ainsi, conformément à l'article 6 du TUE ;

« L'Union reconnaît les droits, les libertés et les principes énoncés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne du 7 décembre 2000, telle qu'adaptée le 12 décembre 2007 à Strasbourg, laquelle a la même valeur juridique que les traités ».

Les protocoles ont la même valeur juridique que les traités. Cependant, leur but est lié à un désir des institutions et des États membres de ne pas alourdir les traités, permettant notamment de faire adopter les traités sous réserve des exceptions. En effet, il est plus simple de modifier un protocole qu'un traité. En droit de l'Union, et conformément à la Convention de Vienne de 1969, il n'existe pas de réserve d'interprétation ayant valeur juridique. Les protocoles permettent ainsi de contourner cette règle en permettant des dérogations à certains droits communautaires pour les États membres.

Mais quelle est la valeur exacte d'un traité en droit de l'Union ? Les traités correspondent au droit primaire de l'Union. Un acte de droit dérivé ne peut donc déroger au droit primaire et la Cour est compétente, conformément à l'article 263 TFUE, pour annuler les actes de l'Union qui ne seraient pas conforme à ce droit. Cette interdiction de déroger au droit primaire s'étend tant aux actes des institutions de l'Union qu'à ces engagements internationaux « conclu[s] par la Communauté ou par les États membres », conformément à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg. Les actes de l'Union devront donc respecter les dispositions de la Charte, sous peine d'être annulés par la Cour de Luxembourg.

Mais, bien que la Charte ait obtenue valeur juridique, elle « ne se voit pas nécessairement reconnaître un effet direct ».

L'effet direct du droit de l'Union a été reconnu par la Cour de Luxembourg en 1963. Il « est généralement défini comme la capacité du droit communautaire à créer des droits et des obligations dans le patrimoine juridique des particuliers et de permettre à ceux-ci de les invoquer devant le juge en cas de violation supposée ».

Pour qu'une norme communautaire soit d'effet direct, elle doit regrouper trois critères ; la clarté et la précision des mesures, l'inconditionnalité des dispositions et être immédiatement applicable. Cependant, cet effet direct est diversement appliqué selon la norme de base.

Ainsi, toutes les dispositions des traités ne sont pas d'effet direct à l'égard des États membres, et l'effet horizontal entre particuliers n'est qu'exceptionnel. L'effet vertical, envers les États, est limité aux dispositions instituant une obligation inconditionnelle d'abstention, de faire ou une obligation devenue inconditionnelle après une période transitoire. Concernant l'effet horizontal de la Charte, « une influence pourrait également s'exercer quant à l'invocabilité de ces droits dans les rapports entre particuliers : l'importance fondamentale d'un droit, reflétée par son insertion dans la charte, pourrait être jugée déterminante afin de fonder son applicabilité horizontale dans les relations entre personnes physiques ou morales ».

La Cour de Strasbourg considère que, par la combinaison de l'article 13 et 1 de la Convention, les dispositions de la Convention sont invocables en justice et d'effet direct « dès lors qu'elles sont suffisamment claires et précises, ce qu'elles sont de plus en plus du fait de l'interprétation qu'en donne la Cour ». Cependant, « la primauté de la Convention sur les normes législatives internes relève de chaque État. »

La Cour de Luxembourg pourrait considérer que la Charte a un effet direct horizontal pour certaines de ses dispositions. En outre, le préambule de la Charte se réfère à la personne et à ses obligations envers autrui. De plus, la Cour de Luxembourg a déjà accepté d'appliquer le droit de l'Union dans les relations entre particuliers, « même lorsque ces

règlementations étaient le fait de personnes morales privées, considérant simplement que « les droits fondamentaux...sont protégés dans l'ordre juridique communautaire » (Bosman, 1995, point 79) ».

La Cour de Luxembourg appliquera la Charte en contrôlant le respect de cette dernière par les institutions de l'Union lors de l'élaboration du droit de l'Union, et par les États membres au moment de l'application du droit de l'Union. « Ainsi, la protection des droits fondamentaux sera étendue aux actes de l'Union européenne, y renforçant la protection des droits et libertés ».

En outre, la Charte est fortement limitée dans sa portée puisque l'article 51 indique que « les dispositions de la présente Charte s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. En conséquence, ils respectent les droits, observent les principes et en promeuvent l'application, conformément à leurs compétences respectives et dans le respect des limites des compétences de l'Union telles qu'elles lui sont conférées dans les traités. »

« En effet, la Charte ne doit pas créer de dettes supplémentaires pour les États ». Cette disposition ne fait cependant que reprendre la jurisprudence de la Cour de Luxembourg qui indiquait que « en ce qui concerne les États membres, il résulte sans ambiguïté de la jurisprudence de la Cour que l'obligation de respecter les droits fondamentaux définis dans le cadre de l'Union ne s'impose aux États membres que lorsqu'ils agissent dans le cadre du droit communautaire ».

En outre, l'article 51 permet de rassurer les États qui craignaient une extension des compétences de l'Union par l'entrée en vigueur de la Charte. Mais le fait que la Charte soit applicable pour les États que dans les cas d'application du droit de l'Union « exprime une conception minimaliste et restrictive du rôle des droits fondamentaux dans l'ordre juridique interne, conception qui ne s'accorde pas avec la répartition actuelle des

compétences entre l'Union et ses États membres et l'acquis de l'Union relatif aux droits fondamentaux ».

Mais cette disposition ne s'applique qu'à la Charte. Ainsi, « il y aura ce paradoxe que le champ d'application des droits de la Charte sera plus restreint que celui des droits fondamentaux déjà garantis par le droit de l'Union, y compris le droit jurisprudentiel de celle-ci. Il y aura ainsi deux catégories de droits fondamentaux de portée différente ».

2. Une Charte n'étendant pas les compétences de l'Union en matière de droits de l'homme

Les compétences de l'Union demeurent des compétences d'attribution et sont divisées en trois catégories ; compétences exclusives, compétences partagées et compétences d'appui.

Dès les années quatre-vingt-dix, l'on indiquait qu'une adhésion de l'Union à la Convention serait superflue, l'Union respectant les droits de l'homme. Pourtant, dans le domaine des droits de l'homme, aucune compétence générale attribuée à la Communauté n'était prévue au sein des Traités, bien que certains droits inhérents à la personne soient reconnus. La rédaction de l'avis 2/94 relatif à l'adhésion de l'Union à la Convention affirme cette vision de l'absence de pouvoir des institutions dans ce domaine[182]. La Cour de Luxembourg indiquait ainsi que « l'adhésion de la Communauté à la Convention conduirait à un véritable changement de nature de l'objet de la Communauté européenne en intégrant les dispositions de la CEDH »[183].

---

[182] REDOR, Marie-Joëlle, La vocation de l'Union européenne à protéger les droits fondamentaux, in LECLERC, Stéphane, AKANDJI-KOMBE, Jean François et REDOR, Marie-Joëlle, L'Union européenne et les droits fondamentaux, CRDF Université de Caen, Bruyant, 1999, 235p, p.13, p.22.

[183] DRAGO, Guillaume, La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne : présentation générale, enjeux et perspectives, Les Petites Affiches, 13 décembre 2000, n°248, p.5.

L'article 352 TUE (ex-article 308 TCE) a durant longtemps permis une extension des compétences de la Communauté et formé la base juridique pour des actions de la Communauté en matière de protection des droits de l'homme. L'action de l'Union serait donc possible si son but était de réaliser un objectif de l'Union.

Rappelons que la référence expresse à la protection des droits de l'homme comme objectif n'a lieu que dans le cadre d'une action extérieure de l'Union[184], notamment par l'insertion de clauses dites « droits de l'homme » dans les accords conclus par l'Union avec des États tiers. Dès 1995, l'on indiquait que l'Union avait compétence en matière de promotion et de protection des droits de l'homme[185]. Dans son arrêt de 1996,[186] la Cour de Luxembourg a indiqué que la Communauté « dispose de la compétence d'adopter des mesures dans le domaine des droits de l'homme, mais celle-ci ne saurait toutefois être considéré comme générale »[187] lorsque la Communauté exerce ses compétences dans le domaine de la politique extérieure et de sécurité commune.

De plus, l'article 83 TFUE prévoit que l'Union peut intervenir en matière pénale, matière hautement liée aux droits de l'homme, pour définir des règles minimales communes.

Ainsi, pour la Commission, la protection des droits fondamentaux est un « objectif horizontal de la Communauté que l'on retrouverait dans

---

[184] Article 3§5 TUE.

[185] RACHET, Jean-Michel, De la compétence de l'Union européenne en matière de défense et de promotion des droits de l'homme, Revue du Marché Commun et de l'Union européenne, 1 avril 1995, n°387, p.256-260.

[186] CJCE, 3 décembre 1996, République portugaise c/ Conseil, aff. C 268/94, Rec. 1996-12, p. 6177.

[187] BOSSE-PLATIERE Isabelle, L'article 3 du traité UE : Recherche sur une exigence de cohérence de l'action extérieure de l'Union européenne, thèse, collection droit de l'Union européenne dirigée par Fabrice Picod, Bruyant 2009, 859p, p.176

toutes les politiques »[188]. Il est indéniable que « la protection des droits fondamentaux est au cœur même de l'ordre juridique communautaire, depuis des décennies : sans protection des droits fondamentaux, la primauté du droit européen serait elle-même mise en péril »[189].

Le préambule du TUE se réfère à l'attachement de l'Union pour les droits fondamentaux, l'article 2 TUE précisant les fondements. « Cette disposition n'est pas seulement déclaratoire ; elle revêt un caractère concret »[190] puisque les États doivent respecter certains critères avant l'adhésion et peuvent être exclu en cas de violation[191]

L'utilisation de l'article 7 TUE est dissuasive. Premièrement, les termes employés sont peu précis et il serait complexe de mettre en pratique les notions de « gravité », de « risque clair ». Le déclenchement de cette procédure semblerait donc assez arbitraire de la part de la Commission. En outre, « l'impact politique que pourrait avoir une telle procédure, voire même son simple déclenchement »[192] a un effet dissuasif sur les États.

---

[188] JACQUE, Jean-Paul, Droits fondamentaux et compétences internes de la Communauté européenne, in « Mélange en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN - Libertés, justice, tolérance », volume I et II, Bruyant, 2004, 1784p, p.1007, p.1013.

[189] BRUN, Alain, Les droits fondamentaux et le citoyen européen, in Actes du colloque international organisé par le Centre de Recherches Hannah Arendt les 16 et 17 mars 2006, Les droits fondamentaux à l'épreuve de la mondialisation, édition Cujas, institut catholique d'études supérieures, 2006, 166p, p.45, p.51.

[190] PRIOLLAUD, François-Xavier et SIRITZKY, David, Le traité de Lisbonne - texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE - TFUE), la documentation française, 2008, 523p, p.33.

[191] Article 7 TUE.

[192] GORI, Gisella et KAUFF-GAZIN, Fabienne, L'arrêt Matthews : Une protection globale des droits de l'homme par une vision réductrice de l'ordre juridique communautaire ?, Revue Europe, 1 janvier 2000, n°1, p.4-8, p.62.

> « Les droits fondamentaux doivent être un terrain privilégié du principe de coopération loyale qui est au cœur du système communautaire »[193].

De plus, les objectifs de l'Union sont énumérés à l'article 3 TUE qui indique à plusieurs reprises des droits fondamentaux, tel que l'égalité entre les hommes et les femmes.

Ainsi, « si le respect de ces droits est sans doute une condition indispensable à la légalité de l'action communautaire, il ne suffit pas à donner naissance à un titre de compétence même implicite et l'article [194] (actuel 352 TUE) ne peut être utilisé »[195].

Pourtant, « en se limitant à une définition de la compétence qui est celle d'une seule compétence d'attribution, la Cour s'interdit et interdit par là même aux institutions communautaires de se saisir des droits fondamentaux en tant que compétence communautaire sans une modification explicite des traités qui, soit présenterait une liste de droits fondamentaux protégés par l'ordre juridique communautaire, en une déclaration solennelle, soit rattacherait cet ordre juridique à un autre comprenant des droits fondamentaux, et il est logique de penser d'abord à celui mis en œuvre par la C.E.D.H. »[196].

L'évolution récente de l'Union montre que la protection des droits fondamentaux est de plus en plus au centre des préoccupations des États membres et de l'Union.

---

[193] BRUN, Alain et CRABIT, Emmanuel, Faire respecter les droits fondamentaux à l'intérieur de l'Union européenne - Pistes de réflexion sur le rôle de la Commission européenne, Revue des affaires européennes, 1 janvier 2006, n°1, p.45-63, p.63.

[194] Op. cit., JACQUE, p.1014.

[195] Op. cit., DRAGO.

[196] Op. cit., BLUMANN, p.12.

En effet, le Traité de Lisbonne a permis la mise en place d'un outil de protection des droits de l'homme et prévoit expressément l'adhésion à la Convention.

Par ailleurs, les compétences de la Cour de Luxembourg, et également de sa saisie par les particuliers, ont été étendues à pratiquement tous les domaines d'action de l'Union. L'Union a-t-elle aujourd'hui compétence dans le domaine des droits de l'homme ?

Mais, « la question des droits de l'homme se prête mal à la théorie des compétences. Car les droits fondamentaux existent en soi », du moins selon leur fondement dans les principales théories du droit naturel[197]. Selon cette optique, « les droits de l'homme ne constituent pas un domaine de compétences[198]. »

La compétence est définie traditionnellement comme « un pouvoir d'agir dans un domaine déterminé »[199] et de créer des normes. Cependant, certains auteurs ont eu une vision beaucoup plus large des compétences de l'Union, indiquant notamment que les droits fondamentaux « devraient constituer non seulement une compétence mais l'objet de la Communauté », ou autrement dit un principe de répartition des compétences communautaires, à caractère « transversal » [200].

Au sein du Traité de Lisbonne, les droits fondamentaux sont « confirmés en tant que valeurs de l'Union, ils sont aussi érigés en objectifs à part entière tant au niveau interne à l'Union qu'externe, et justifient, à ce titre, la mise en place d'une politique autonome menée en faveur de leur promotion ».

---

[197] IMBERT, Pierre-Henri, *De l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH - symposium des Juges au Château de Bourglinster - 16 septembre 2002, Droits fondamentaux, n°2*, janvier-décembre 2002, p.11-19, p. 17.

[198] Op.Cit. BLUMANN, p.12.

[199] Op. cit., DRAGO.

[200] KAUFF-GAZIN, Fabienne, Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne : un bilan contrasté, Europe, n°7, juillet 2008, dossier 5.

La Charte insiste également sur le fait que son adoption n'étant pas les compétences de l'Union. En effet, le TUE précise à l'article 6 alinéa 2 que « les dispositions de la Charte n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union telles que définies dans les traités ». La Déclaration sur la Charte précise que

> « La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, juridiquement contraignante, confirme les droits fondamentaux garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres.
>
> La Charte n'étant pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union, ni ne crée aucune compétence ni aucune tâche nouvelle pour l'Union et ne modifie pas les compétences et tâches définies par les traités ».

Cette prescription semble difficilement applicable. La Charte ayant force de traité, elle « ouvre des compétences normatives à l'Union pour légiférer dans le champ des principes »[201]. De plus, les principes reconnus dans la Charte « sont aussi des compétences nouvelles de l'Union européenne, y compris lorsque ces compétences ne sont que des objectifs européens ». En outre, « lorsqu'on établit une telle Charte des droits fondamentaux, à vocation particulièrement générale et en globante, on tend par là même vers une compétence générale donnée aux institutions communautaires ».

Pourtant, la Charte précise, et même répète, qu'elle n'étant pas les compétences de l'Union et ne vise pas à mettre en place une compétence générale en matière de droits de l'homme. « En réalité, on peut même avancer que l'incorporation de la Charte dans la Constitution [aujourd'hui le Traité de Lisbonne] conduira à limiter, à tout le moins encadrer,

---

[201] Op. cit., BLUMANN p.30.

les compétences de l'Union, par un respect scrupuleux des droits fondamentaux, sous le contrôle de la CJCE ».

Il n'en demeure pas moins que, même si une compétence en matière de protection des droits fondamentaux n'est pas inscrite directement dans les Traités, leur place au sein de l'ordre juridique communautaire n'a cessé de s'étendre. Ils ont « atteint un degré de sédimentation tel [...] que nier une compétence normative parait complètement obsolète »[202] et qu'il faut admettre, comme le professeur Claude Blumann, « que les droits de l'homme sont un « objet » de la Communauté et de reconnaître à l'Union une compétence générale en la matière ».

> « Que ce soit négativement ou positivement, la Communauté semble [donc] pouvoir légiférer dans le champ des droits fondamentaux dès lors que son intervention constitue l'accessoire d'une compétence qui lui appartient en propre »[203]. Ainsi, comme le montre l'adoption de la Charte, « rien n'interdit aux États membres d'adopter des normes de droit primaire dans le champ des droits fondamentaux »[204].

L'Union possèderait donc une compétence générale dans le domaine des droits de l'homme. Elle aurait ainsi l'obligation d'assurer le respect des droits fondamentaux, conformément aux Traités, par le biais du contrôle de la Cour de Luxembourg sur les actes des institutions. Or, cette protection a longtemps été absente des traités, ce qui était d'autant plus préjudiciable à l'Union, et à ses citoyens, que les États avaient transféré une partie de leurs compétences à l'Union, organisation supranationale. Cette dernière ayant un impact incontestable sur le droit interne des États membres, l'incertitude quant au respect des droits de l'homme par l'Union devait être levée.

---

[202] Op. cit., PECHEUL, p.104.
[203] Op. cit., DRAGO.
[204] Op. cit., BADINTER, p.153.

L'on a pu ainsi reprocher à l'Union de mener une politique en matière d'asile et d'immigration, mais également dans le domaine des affaires extérieures, alors même que le Parlement européen ne pouvait être que consulté dans ces domaines et que la Cour de Luxembourg avait une compétence limitée. L'extension progressive des pouvoirs du Parlement européen et des compétences de la Cour de Luxembourg par le Traité de Lisbonne devraient permettre de revenir sur cette limite.

En effet, « le souci de construire un espace de sécurité très nettement affirmé dans le traité d'Amsterdam, ajouté aux préoccupations économiques libérales affirmées par les premiers traités laisse donc quelque peu sceptique quant à la vocation de l'Union européenne à protéger les droits fondamentaux ».[205]

La Charte insiste sur le fait qu'elle n'étant pas les compétences de l'Union. « Pourtant, si un jour la Charte devait acquérir un caractère contraignant et être interprétée par le juge comme source directe de droit communautaire, les barrières que l'article 51 tente d'opposer à toute extension des compétences de la Communauté pourraient se révéler fragiles ».

§2. Des limites tenant à certaines dispositions de la Charte

Certaines dispositions de la Charte limitent fortement son application et sa protection envers les citoyens de l'Union. Ainsi, certains droits ne relèvent que des principes et une clause de « opting-out » accordée au Royaume-Uni et à la Pologne devrait exclure l'application de la Charte pour une partie du territoire de l'Union .

1. La distinction entre droits et principes

Contrairement à la Convention qui revendique un droit qui est justiciable par lui-même, la Charte effectue une distinction entre les droits, inconditionnels ou non, et les principes, conformément à l'article 52 de

[205] DUCRET; S., *La protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne*. Université Lumière Lyon 2 - Droits de l'homme, 2010.

la Charte. Il est à noter que les principes « concernent principalement le chapitre relatif à la solidarité ». Ainsi,

> « les droits subjectifs supposent une action positive de la part des institutions de l'Union et des États membres, ils sont directement invocables en justice. En revanche, les principes qui n'ont pas d'effet directs : ils doivent être observés au cours de l'adoption des actes législatifs ou exécutifs nécessaires à la mise en œuvre des politiques de l'Union, leur évocation devant le juge n'étant admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité de ces actes ».[206]

Rappelons que « les droits subjectifs sont définis comme des prérogatives ou les « facultés d'agir » que le droit objectif consacre et sauvegarde au profit des sujets de droit ». La majorité des États européens « considèrent en effet les droits fondamentaux comme des droits subjectifs et comme des normes de droit objectif », capables de produire par eux-mêmes « des droits au profit des particuliers ; ce sont donc des droits qui sont directement applicables, dont toute personne peut invoquer la violation même en l'absence de concrétisation législative ».

« La fonction première des droits fondamentaux est de protéger la sphère privée des personnes de la toute-puissance de l'État », et dans le cadre de la Charte, des institutions de l'Union et des États membres lorsqu'ils appliquent le droit de l'Union. Pour la Convention, l'édiction de l'article 1 a permis d'appliquer directement ces dispositions. Mais quand est-il pour la Charte ? En effet, à aucun moment la « Convention » n'a indiqué un tel souhait de voir les dispositions de la Charte avoir la force de droits subjectifs. Peut-on considérer que la Charte est invocable devant le juge par les particuliers ? Pourtant, « la question de la reconnaissance des droits subjectifs est théoriquement indépendante de

---

[206] Op. cit.; DOLLAT.

l'existence ou non d'un recours juridictionnel »[207], mais dans la pratique c'est lors du recours juridictionnel que le particulier pourra faire valoir ses droits. « À l'inverse, la reconnaissance de droits subjectifs serait illusoire si leurs titulaires ne pouvaient les invoquer utilement »[208].

Les droits fondamentaux sont également des normes objectives qui « s'imposent à tous les pouvoirs publics. Ils dominent l'ensemble de l'ordre juridique et valent pour toutes les branches du droit, y compris du droit privé »[209]. « Que les droits fondamentaux soient considérés comme des normes de droit objectif n'a rien d'étonnant : les droits subjectifs reposent sur des normes objectives »[210].

Mais la Charte énonce essentiellement des principes, qui ne permettent pas de « obtenir d'un juge une prestation positive. Ils ne constituent que des objectifs politiques. Au mieux, ils interdisent seulement aux pouvoirs publics de prendre des mesures qui pourraient contrarier les objectifs poursuivis par ces « principes ». En clair, les principes ne sont justiciables que si le législateur ne les respecte pas dans le cadre de son action »[211].

Le particulier ne pourra donc se prévaloir de ces principes que si le législateur national ou l'Union décide de les mettre en œuvre.

« Tout déprendra donc de la signification que l'on accorde à cette notion de mise en œuvre. Cette dernière n'intervient-elle que dans les seuls cas où l'objet d'un acte est explicitement de fixer les conditions d'application du principe ? Une telle vision ne paraît-elle pas trop restrictive ? S'il est vrai qu'un particulier ne peut invoquer un principe à l'encontre d'une mesure individuelle le concernant, ce principe ne permet-il pas de demander au juge d'apprécier la conformité d'une quelconque législation dont

---

[207] Op. cit., *Acte du colloque de Caen 1996*, p.166
[208] ibid.
[209] ibid, p.179.
[210] ibid, p.181.
[211] Op. cit., PECHEUL.

l'effet serait de remettre en cause ledit principe ? » [212] Si ces principes ne sont pas mis en œuvre, le juge pourra cependant avoir le pouvoir de censurer les mesures qui iraient à leur encontre.

Les nouveaux droits qui ont été inscrits dans la Charte relèvent plus de principes et donc ne pourront pas être invoqués directement en tant que tel devant le juge. Il faudra donc effectuer dans un premier temps « une distinction claire entre les droits et les principes contenus dans la Charte », d'autant plus qu'il existe des articles mixtes.

Cependant, il est difficile de considérer que l'Union soit fondée sur une communauté de valeurs alors même que la Charte ne s'applique pas à tous les États membres. En effet, le Royaume-Uni et la Pologne, ont obtenu un protocole excluant l'application de la Charte à leur pays. « Il faut souligner ici un nouvel instrument de protection des droits, mais regretter les clauses dérogatoires ».

2. Une clause de « opting-out » efficace ?

Le protocole n°30 exclu l'application de la Charte au Royaume-Uni et à la Pologne. « C'est une clause dite « opting-out » assez contestable sur le plan juridique », la Charte étant censée avoir valeur de traité.

Le Royaume-Uni a souhaité l'insertion de ce protocole dans le but de protéger son modèle social et de « rassurer la City londonienne ».

« L'acharnement du Royaume-Uni à l'égard des droits sociaux est particulièrement vif et se traduit en amont par un noyautage du texte, en aval par un corsetage de son interprétation et au total, par un abandon final et une totale disgrâce ».[213] Dès l'élaboration de la Charte, le Royaume-Uni avait en effet insisté pour que les droits sociaux adoptés ne soient que de faible portée et que ces droits soient clairement expliqués pour éviter toute dérive jurisprudentielle. Ces précautions auront été

---

[212] Op. cit., JACQUE.

[213] DUCRET, S., *La protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne*. Université Lumière Lyon 2 - Droits de l'homme, 2010.

vaines puisque le Royaume-Uni demandera, et obtiendra, un statut spécifique pour l'application de la Charte.

Si le Royaume-Uni avait la volonté de limiter la portée des droits sociaux en adoptant ce protocole, l'objectif pour la Pologne est tout autre. En effet, la Pologne voulait s'assurer que « la Charte ne porte atteinte en aucune manière au droit des États membres de légiférer dans le domaine de la moralité publique, du droit de la famille ainsi que de la protection de la dignité humaine et du respect de l'intégrité humaine physique et morale ». La Pologne désirait ainsi protéger sa conception de la famille. « À vrai dire, on voit mal comment le protocole pouvait répondre aux préoccupations polonaises puisque celles-ci portent sur des aspects du droit de la famille qui sont déjà largement couvertes par la Convention européenne des droits de l'homme à laquelle la Pologne est partie ».

Les déclarations de la Pologne et du Royaume-Uni conduisent à ce que la Charte ne leurs soit pas appliquée.

> « En réalité elle doit s'imposer aux institutions européennes. « C'est plus symbolique qu'autre chose », affirme un diplomate. Ce qui est loin d'être certain. En effet, dès lors que la charte a une valeur juridique contraignante pour les institutions, la Cour de justice devient officiellement compétente pour en garantir l'application ».

Ainsi, pour le Royaume-Uni et la Pologne, « ni la Cour de justice ni une juridiction de l'un de ces États ne peut constater l'incompatibilité d'une règle de l'un de ces États avec la Charte, laquelle, par ailleurs, ne crée aucun « droit justiciable » applicable à l'un de ces États ».

Les critiques sur ce protocole sont nombreuses. En effet, « il suffit de lire le protocole (avec soin et sans rire) pour voir qu'il n'a guère de sens ». En effet, l'applicabilité d'une telle immunité semble difficilement envisageable.

La Charte sera cependant applicable à ces deux pays si elle protège les mêmes droits que la législation nationale. En outre, l'apport de ce

protocole est d'autant plus incertain que les deux États reconnaissent que la Charte ne fait que reprendre des droits déjà reconnus et protégés. Bien que la Charte ne puisse s'appliquer à ces deux États, la Convention et les principes généraux du droit eux sont applicables. La référence aux principes généraux affaiblit donc la portée du protocole. « Comment justifier un opting out sur une partie de l'acquis alors que le même préambule confirme par ailleurs le respect de cet acquis par le Royaume-Uni et la Pologne ? ».

Les États sont donc déjà liés à ces droits par d'autres instruments de protection des droits de l'homme que la Charte, tels la Convention ou les principes généraux du droit. Le juge aura alors la délicate mission de définir si oui ou non ces droits sont similaires.

> « En ce qui concerne le contrôle juridictionnel, le protocole prévoit certes que la Charte n'en étend pas le champ de ce contrôle, mais elle ne le restreint pas non plus. Il en résulte que le contrôle de la cour et des juridictions nationales continuera à s'exercer de la même manière qu'auparavant ».

Premièrement, les juridictions des autres États membres, qui appliquent la Charte, pourraient être « amenées à connaître de l'application d'une disposition émanant de l'un de ces États » et leurs appliquer alors la Charte.

En outre, dans le cas de la transposition en droit interne des directives, ces dernières devant respecter la Charte, l'on peut être amené à en déduire « qu'il doit en aller de même pour leur mise en œuvre » et que la Cour de Luxembourg appliquera alors la Charte à tous les États membres si un contrôle devait avoir lieu.

De plus, ces États ayant obtenu des dérogations, « leurs citoyens ne pourront pas bénéficier des mêmes droits que ceux des autres États membres ». Ceci va à l'encontre même de l'égalité qui doit exister entre tous les citoyens mais respecte le principe que les États membres

demeurent souverains et qu'ils peuvent refuser de participer à certains domaines en négociant des dérogations lors des traités.

L'utilité de ce protocole a donc été remise en cause. En effet, le protocole « n'empêche pas les avocats de demander l'application des droits codifiés par la Charte, étant donné qu'ils s'imposent de toute façon au Royaume-Uni sur la base des dispositions ou décisions de jurisprudence dont ils proviennent « tout au plus l'article 2 pourrait avoir pour effet de rendre inopérante sur le territoire de la Pologne et celui du Royaume-Uni une interprétation d'un droit consacré par la Charte qui aurait sa source dans les traditions constitutionnelles communes aux États membres de l'Union, mais qui n'existerait justement pas dans l'un de ces pays ». De plus, l'article 182du protocole n°30 stipule que « rien dans le titre IV de la Charte ne crée des droits justiciables à la Pologne ou au Royaume-Uni, sauf dans la mesure où la Pologne ou le Royaume-Uni a prévu de tels droits dans sa législation nationale ». Cette disposition semble aller à l'encontre de l'article 52§5 de la Charte qui précise que « les dispositions de la présente Charte qui contiennent des principes peuvent être mises en œuvre par des actes législatifs et exécutifs pris par les institutions, organes et organismes de l'Union, et par des actes des États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union, dans l'exercice de leurs compétences respectives ».

Il est également à noter que le protocole ne reprend pas la distinction entre les droits et les principes énoncés dans la Charte. Il semblerait donc qu'aucune des dispositions du titre IV de la Charte ne soient applicable. Pourtant, ces droits peuvent être protégés par d'autres instruments, « il est vraisemblable que le pouvoir de nuisance de ce Protocole soit plus insidieux, rendant la saisine de la CJCE par voie préjudicielle par les juridictions nationales britanniques et polonaises, plus incertaine si celles-ci rencontrent un problème de compatibilité au regard des droits sociaux

fondamentaux d'une mesure nationale de mise en œuvre du droit communautaire »[214].

Ce refus du titre IV par la Pologne est d'autant plus étrange qu'elle avait déclaré « que, compte tenu de la tradition liée au mouvement social « Solidarité » et de sa contribution importante à la lutte en faveur des droits sociaux et du travail, elle respecte intégralement les droits sociaux et du travail établis par le droit de l'Union, et en particulier ceux qui sont réaffirmés au titre IV de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »[215].

Bien que les déclarations n'aient pas de valeur juridique, elle va à l'encontre de l'objectif du protocole. Le Titre IV de la Charte serait-il alors applicable également à la Pologne, ou au contraire, la Pologne soulignerait-elle que son droit national protège suffisamment les droits sociaux ? Les juges auront de nouveau la délicate mission d'interpréter ces intentions. [216]« Il est évident que ce protocole risque de créer une situation d'insécurité juridique »[217]. Certains auteurs indiquent que le protocole priverait la Commission de pouvoir saisir la Cour de Luxembourg pour manquement de ces États aux dispositions de la Charte. En outre, les juges nationaux de ces États ne pourraient saisir la Cour de Luxembourg d'une question préjudicielle sur l'interprétation d'une disposition de la Charte, cette dernière n'étant pas applicable dans les États, la réponse de la Cour de Luxembourg ne pourrait avoir d'effet en droit interne[218].

---

[214] ZILLER, J., Les nouveaux traités européens - Lisbonne et après, CLEFS Politique, Lextenso Editions, Montchrestien, 2008, 159p, p.123.

[215] Déclaration n°62 aux traités « Déclaration de la République de Pologne relative au protocole sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne à la Pologne et au Royaume-Uni ».

[216] Ibid.

[217] Op. cit., KAUFF-GAZIN.

[218] Op. cit., VAN DER JEUGHT.

Pourtant, des auteurs indiquent également que ce protocole n'a aucune portée juridique, les États étant liés à la protection des droits fondamentaux et à la Charte par l'article 63 TUE.

> « Ainsi, sur un sujet aussi essentiel que la protection des droits fondamentaux, le traité de Lisbonne consacre une Europe à géométrie variable, où l'étendue de la protection des droits n'est pas partout identique »[219].

La volonté de l'Union de créer véritablement espace de liberté, de sécurité et de justice serait rendue plus vraisemblable par l'adhésion de l'Union à la Convention qui permettrait de combler les lacunes communautaires de protection des droits de l'homme, notamment vis-à-vis de la procédure juridictionnelle. « Dans une optique de clarté et de sécurité juridique, l'adhésion de l'UE à la CEDH complèterait logiquement et utilement les dispositions contenues dans la Charte »[220]. En outre, le fait que la Cour de Strasbourg voit se multiplier les plaintes contre le droit de l'Union montre qu'il y a une véritable attente des citoyens.

Il faut assurer la sécurité juridique au sein du continent européen. « L'Europe doit se doter d'une juridiction homogène en matière de droits de l'homme »[221]. L'adhésion de l'Union à la Convention semble alors être le meilleur moyen d'y parvenir.

---

[219] Op. cit., BERTONCINI et al, p.128.

[220] Op. cit., KRUGER et POLAKIEWICZ, p.4.

[221] Ibid., p.6.

3

LA CONCLUSION DE L'ACCORD D'ADHÉSION

LA DIFFICULTÉ DE PRENDRE EN COMPTE LES PARTICULARITÉS RELATIVES À L'UNION

La Convention devra être adaptée pour permettre l'adhésion d'une organisation sui generis et non d'un État [section 1]. L'accord d'adhésion qui sera conclu devra notamment stipuler les modalités de la prise en compte de l'Union dans le système conventionnel [section 2].

Section 1. Une révision nécessaire de la Convention

L'adhésion de l'Union à la Convention ne se fera pas automatiquement et les États membres, tant de la Convention que de l'Union, devront au préalable donner leur accord [§1]. Mais cet accord devra également modifier certains termes ne pouvant s'adapter à l'adhésion d'une organisation sui generis [§2].

§1. La signature de l'accord d'adhésion par tous les États concernés

Conformément à la Convention de Vienne de 1969, l'adhésion s'entend comme le consentement d'un État à être lié par un traité[222]. Selon la définition donnée par le Conseil de l'Europe, « l'adhésion est le moyen habituel par lequel un État qui n'a pas participé à la négociation d'un traité et ne l'a pas signé peut ultérieurement consentir à être lié par ses dispositions »[223].

L'adhésion de l'Union à la Convention a été prévue au sein du protocole n°143de 2004, qui est entré en vigueur le 1er juin 2010. L'article 59 de la Convention ne précise pas les modalités de l'adhésion, laissant libre le choix de l'instrument, entre un protocole d'amendement ou un traité d'adhésion. Quel que soit le choix qui sera effectué, une procédure de ratification des modifications nécessaires devra de nouveau être réalisée. Bien que ces modifications n'affectent pas les obligations des États parties mais ne visent qu'à permettre une application de la Convention à l'Union, organisation sui generis, des obstacles à cette nouvelle ratification pourraient surgir et ralentir le processus d'adhésion.

L'Union ayant également obtenu la personnalité juridique et l'article 62 TUE prévoyant expressément que l'Union adhère à la Convention, cette adhésion peut définitivement être scellée.

Le Comité directeur pour les droits de l'homme propose d'effectuer un amendement global à la Convention par la voie d'un protocole, pour prendre en compte les différentes modifications nécessaires à l'adhésion de l'Union. Cependant, dans le domaine de la participation de l'Union au budget de la Cour de Strasbourg, le Comité propose un accord séparé qui ne lierait que l'Union et le Conseil de l'Europe.

Mais ce protocole devra être signé par tous les États parties à la Convention avant de ne pouvoir entrer en vigueur. L'on a constaté, avec le

---

[222] Article 2 §1 b) de la Convention de Vienne de 1969.

[223] Site Internet du Conseil de l'Europe.

protocole n°14, que la signature d'un protocole peut prendre plusieurs années et être bloquée par un État partie.

« En théorie »[224], une « clause d'acceptation tacite » pourrait être envisagée dans le cas d'espèce pour permettre une adhésion plus rapide de l'Union. Cette clause permet une entrée en vigueur automatique, après un certain délai, si aucune Haute Partie ne pose d'objection. Mais cette pratique de l'acceptation tacite d'une réforme s'utilise traditionnellement pour des domaines techniques. Ainsi, elle a été utilisée en 1998 concernant la télévision transfrontière. Elle a cependant créé des problèmes au niveau national[225].

L'adhésion de l'Union à la Convention est loin de ne poser des interrogations qu'au sein de l'Union. En effet, la Russie, qui a tardé à signer le protocole n°14, émettait des réserves quant à la possibilité pour l'Union d'adhérer, notamment dû au fait qu'un juge, de la nationalité d'un des États membres, devrait être élu. « L'entrée en vigueur d'un tel instrument sans le consentement exprès de toutes les Parties à être liées serait sans précédent, et par conséquent insusceptible d'être considérée comme adéquate ou acceptable par les Hautes Parties Contractantes à la Convention »[226].

Mais, à la conclusion d'un protocole d'amendement pourrait être substituée la conclusion d'un traité d'adhésion entre l'Union et tous les États parties à la Convention. Cette démarche suivrait celle de l'Union lors de l'adhésion d'un nouvel État. Le traité pourrait également contenir les amendements à la Convention nécessaires à son bon fonctionnement après l'adhésion de l'Union, ce qui permettrait de n'effectuer qu'une seule démarche pour réaliser l'adhésion, au lieu de l'élaboration du protocole d'amendement suivi d'un accord d'adhésion.

Un protocole d'amendement devra être pris pour que la Convention puisse être appliquée à l'Union. Ce dernier s'appliquera après la signature

---

[224] DG-II(2002)006, p.5.

[225] Ibid, p.13.

[226] Ibid, p.5.

de toutes les Hautes Parties. Nous pouvons supposer que la signature des vingt-sept États membres sera acquise. Mais qu'en est-il des États tiers à l'Union ? En effet, le protocole n°14 de la Convention n'a été ratifié que tardivement, la Russie ayant eu quelques réticences.

Le traité de Lisbonne prévoit expressément l'adhésion de l'Union à la Convention. « Cette obligation de résultat atteste de l'importance que les États membres de l'UE accordent à l'adhésion. Toutefois, cette considération peut être tempérée par l'analyse des modalités procédurales et des conditions posées à l'adhésion, qui la rendent complexe »[227]. Ainsi, des obstacles à l'adhésion demeurent.

Conformément à l'article 216 TFUE ; « L'Union peut conclure un accord avec un ou plusieurs pays tiers ou organisations internationales lorsque les traités le prévoient ou lorsque la conclusion d'un accord, soit est nécessaire pour réaliser, dans le cadre des politiques de l'Union, l'un des objectifs visés par les traités, soit est prévue dans un acte juridique contraignant de l'Union, soit encore est susceptible d'affecter des règles communes ou d'en altérer la portée. »

C'est le choix du traité d'adhésion qui a été effectué, au détriment d'un protocole d'amendement à la Convention. Cette procédure a plusieurs avantages, « l'Union sera liée directement par toutes les dispositions du traité d'adhésion ; elle repose sur une seule procédure alors que la ratification ou l'approbation initiale d'un protocole d'amendement suppose ensuite l'adhésion de l'Union ; un traité d'adhésion permettra de présenter plus clairement les dispositions inhérentes à l'adhésion de l'Union »[228].

En effet, la lettre même du traité de Lisbonne rend cette adhésion soumise à une procédure difficile, même si classique, de tout accord international.

---

[227] KAUFF-GAZIN, Fabienne, Les droits fondamentaux dans le traité de Lisbonne : un bilan contrasté, Europe, n°7, juillet 2008, dossier 5.

[228] DOLLAT Patrick, Droit européen et droit de l'Union européenne, 2ème édition, 2007, Sirey, édition Dalloz, 475p, point 1125.

Contrairement au Traité établissant une Constitution pour l'Europe, la procédure de ratification de l'accord d'adhésion à la Convention a été durci, suivant les dispositions de l'article 218 al 2 TUE correspondant à la procédure ordinaire de ratification qui est cependant plus périlleuse.

La procédure simplifiée aurait permis de ne pas passer par la ratification de tous les États membres. L'on peut s'étonner que ce choix n'ait pas été retenu puisque l'adhésion de l'Union à la Convention est un renforcement des droits de l'homme au sein de l'Union et que la Charte et la jurisprudence de la Cour de Luxembourg reconnaissent déjà ces droits. « Mais il s'agit de réformes plus techniques que politiques »[229] et une ratification par chacun des États est préférable.

L'article 218 TUE dispose spécifiquement que le Parlement européen doit donner son approbation à la conclusion d'un accord d'adhésion à la Convention[230]. Il est à noter que « dès l'origine [début des années 90] cette perspective a bénéficié du soutien du Parlement européen et de la Commission mais elle suscitait l'opposition du Conseil de l'Union »[231].

De plus, le Conseil devra se prononcer à l'unanimité[232]. « S'agit-il d'un verrou procédural réel ? »[233]. Comme lors de chaque accord, il est certain que des États chercheront à disposer de dérogations ou à faire valoir leur point de vue. Rappelons que la Charte, qui avait été pourtant acceptée par tous les États membres en 2000, a fait l'objet d'un nouveau protocole après l'échec du Traité établissant une Constitution pour l'Union. Il n'est donc pas exclu que, malgré la ratification du Traité de Lisbonne, des États fassent part de réticences. « Toutefois, cette situation reste théoriquement improbable, l'unanimité ne change a priori pas grand-chose puisque les États membres de l'Union seront appelés de toute façon à approuver cet

---

[229] Ibid., point 613.
[230] Article 218 §6 a) ii) TFUE.
[231] Op. cit., DOLLAT, point 1123.
[232] Article 218 TFUE.
[233] Op. cit., KAUFF-GAZIN.

accord en aval, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives comme le prévoit l'article 218 alinéa 2 du TFUE »[234]. Ce point de vue est partagé par le professeur Florence Benoit-Rohmer[235].

En effet, il est précisé que « la décision portant conclusion de cet accord entre en vigueur après son approbation par les États membres, conformément à leurs règles constitutionnelles respectives »[236]. Ce point risque donc d'être le plus délicat. Les ratifications antérieures ont montré les difficultés pour les États de signer des accords qui avaient déjà l'appui communautaire. La signature des deux derniers traités le démontre. Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe a dû être abandonné après le rejet des populations françaises et néerlandaises en 2005. Le traité de Lisbonne est également entré difficilement en vigueur après le refus irlandais et n'a pu aboutir qu'après un second référendum. Bien que l'adhésion de l'Union à la Convention semble beaucoup moins problématique qu'un traité modificatif des compétences de l'Union, un échec peut être envisageable. En effet, l'accord devra passer par des procédures diverses, conformément aux droits nationaux. Il devra ainsi obtenir la faveur des citoyens irlandais par un référendum, mais majoritairement, ce sera aux Parlements nationaux de voter.

L'on peut noter cependant que les États semblent prêts à une adhésion puisque le traité de Lisbonne est entré en vigueur. Pourtant des réticences avaient eu lieu, et sont toujours présentes.

Ainsi, « certains États membres de l'Union font la sourde oreille aux appels réitérés, y compris au sein de l'Union, en faveur d'une adhésion rapide de la Communauté, voire de l'Union elle-même, à la Convention ». « On sait très bien que certains États membres sont fermement opposés à

---

[234] Op. cit., KAUFF-GAZIN.

[235] Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, Adhésion de l'Union européenne/Communauté européenne à la Convention européenne des Droits de l'homme, doc.11533, 18 mars 2008, 38p, p.21.

[236] Article 218 TFUE.

cette possibilité » et la mise en place de cette procédure « leur ouvre un droit de veto ». Ces nouvelles modalités pour la signature de l'accord d'adhésion ont conduit à remettre en cause la volonté des États membres de soumettre l'Union à un contrôle externe.

> « Si, pour une fois, le traité accorde tant d'importance aux États c'est tout simplement - tout en faisant semblant de respecter les apparences - pour retarder le moment où le système juridique de l'Union devra subir le contrôle d'un système juridique extérieur : celui du droit européen des droit de l'homme ».

En outre, la Cour de Luxembourg pourra toujours être saisie pour avis par « un État membre, le Parlement européen, le Conseil ou la Commission ». « De plus, si l'avis de la Cour n'était pas sollicité, celle-ci aurait encore le pouvoir d'annuler la décision de conclusion de l'accord ».

Le contrôle de l'accord par la Cour de Luxembourg « tend à éviter les inconvénients d'une contradiction entre l'accord et le traité constitutif par un examen préalable ». Cependant, l'adhésion de l'Union à la Convention étant prévue par le Traité, il est difficile d'imaginer un refus de la Cour de Luxembourg.

Notons que dans le cadre de l'avis 2/94, la Cour de Luxembourg avait examiné la compatibilité de l'accord avec les traités communautaires, notamment par rapport aux compétences de l'Union, avant même l'ouverture des négociations car l'objet et les effets institutionnels de cet accord d'adhésion de l'Union à la Convention étaient connus. La Cour de Luxembourg avait alors relevé une inadéquation de l'adhésion de l'Union avec la Convention par rapport à la lettre des traités.

En cas de saisine de la Cour de Luxembourg dans notre cas d'espèce, la Cour ne pourrait se retrancher, comme en 1996, derrière l'incompétence de l'Union pour signer un tel accord. Premièrement, l'Union a aujourd'hui la personnalité juridique. Deuxièmement, le fait que l'adhésion de l'Union soit prévue au sein même du Traité démontre la volonté des États membres de faire adhérer l'Union à la Convention. Cependant, il est à

souligner que la Cour de Luxembourg, lors de son contrôle, s'attache à préserver l'autonomie de l'ordre juridique communautaire. Les questions sur ce point pourraient poser des difficultés. En cas d'avis négatif de la Cour de Luxembourg, la procédure normale est une révision des Traités. Mais si le refus est lié à l'autonomie juridique communautaire, la modification des Traités risque de n'être qu'une procédure vaine puisque les Traités ont déjà pris des précautions en vue de protéger ce point. Cependant, l'accord lui-même peut être modifié, conformément à l'article 218 TFUE.

Bien entendu, une fois signés, les accords internationaux « conclus [...] avec des États tiers ou des organisations internationales, constituent une source à part entière du droit communautaire » (218 TFUE). La Convention aura alors une place supérieure au droit dérivé communautaire. La Convention sera donc au-dessus des normes nationales car appartenant au droit de l'Union. Pour sa part, la Charte fait partie du droit primaire de l'Union. Mais lorsque l'Union sera partie à la Convention, la Cour de Luxembourg, conformément à l'article 1 de la Convention, devra appliquer la Convention et se conformer à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Ainsi, l'article 216 TFUE rappelle que « les accords conclus par l'Union lient les institutions de l'Union et les États membres ». Conformément à la jurisprudence de la Cour de Luxembourg dans son arrêt Haegeman, « la responsabilité de la Communauté [aujourd'hui de l'Union] peut être engagée pour violation de leurs dispositions ».

L'arrêt Haegeman de la Cour de Luxembourg a notamment précisé que « les dispositions de l'accord forment partie intégrante, à partir de l'entrée en vigueur de celui-ci, de l'ordre juridique communautaire ». De plus, « les accords internationaux ne bénéficient pas d'une présomption d'effet direct, ce principe étant intimement lié au caractère propre du système juridique communautaire ». Cependant, la Cour de Luxembourg « accepte (également) de reconnaître l'effet direct des dispositions d'un accord international, si les dispositions visées sont reprises dans un acte

communautaire produisant, par nature, un tel effet ». La Charte reprenant les droits énoncés dans la Convention, l'on peut envisager que la Cour de Luxembourg donnera un effet direct aux dispositions de l'accord d'adhésion à la Convention. « Néanmoins, l'accord ne sera opposable aux justiciables qu'à partir de la date de sa publication au Journal officiel de l'Union, l'obligation de publication étant définie par le règlement intérieur du Conseil du 31 mai 1999, et non directement par les traités ».

Il est à noter que bien que des accords conclus antérieurement par les États membres ont pu être rattachés par la suite au droit de l'Union par le juge de la Cour de Luxembourg, il « a toujours refusé la thèse de la succession de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme ».

Mais la Convention n'est plus composée que d'un seul texte. Ainsi, le Parlement européen recommande que l'Union adhère aux protocoles additionnels de la Convention lorsque ces derniers portent sur des droits « qui correspondent à la Charte des droits fondamentaux (n°1, 4, 6, 7, 12 et 13), et ceci indépendamment de leur ratification par les États membres de l'Union ».

> « L'adhésion de l'Union à la CEDH constitue un premier pas essentiel qui devrait ensuite être complété par l'adhésion de l'Union à, entre autres, la Charte sociale européenne, signée à Turin le 18 octobre 1961 et révisée à Strasbourg le 3 mai 1996, en cohérence avec les acquis déjà consacrés dans la Charte des droits fondamentaux ainsi que dans la législation sociale de l'Union ».

Sur ce point, l'avis de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures, tout comme celui de la Commission des affaires étrangères, diffère puisqu'il indique que seuls les protocoles ratifiés par tous les États membres doivent également être ratifiés par l'Union. Il invite cependant les États membres à signer tous les protocoles reconnaissant des droits inscrits dans la Charte. En effet, la ratification de la Convention par l'Union ne doit pas être un moyen détourné, par le biais

de l'application directe du droit de l'Union, pour intégrer dans le droit interne des États membres des dispositions de la Convention qu'ils n'ont pas ratifiées.

Cependant, ces protocoles et autres restrictions ne concernent que le droit interne des États membres. L'adhésion de l'Union à la Convention « ne produirait d'effet juridique que dans la mesure où le droit de l'Union est concerné ».

Aucune barrière normative ne limite aujourd'hui l'adhésion de l'Union à la Convention. Tant le droit primaire de l'Union que la Convention permettent une telle adhésion. Cependant, le traité de Lisbonne et le protocole n°14 ne résolvent pas tous les problèmes dus à l'adhésion d'une entité telle que l'Union à la Convention qui fut élaborée pour être appliquée à des États souverains et non à une institution sui generis.

Dans ce cadre, la difficulté est de trouver les modalités pour prendre en compte l'Union au sein de la Cour de Strasbourg et du Comité des Ministres.

§2. La nécessaire prise en compte des spécificités communautaires par le système conventionnel

L'adhésion de l'Union à la Convention engendrera des difficultés quant à l'interprétation de certains termes aux vues de la spécificité de l'Union [1]. L'adhésion permettra également un contrôle du droit de l'Union par la Cour de Strasbourg, à laquelle l'Union devrait participer [2]. Le contrôle du respect de la Convention passant également par celui de l'exécution des arrêts de la Cour de Strasbourg, l'Union devrait pouvoir participer au Comité des Ministres [3].

1. L'inadaptation de certaines notions à l'Union

Le protocole n°8 au Traité dispose que des modalités pour l'adhésion de l'Union à la Convention doivent être prises, notamment dans le but

« de préserver les caractéristiques spécifiques de l'Union et du droit de l'Union »[237].

Le Comité directeur pour les droits de l'homme a relevé en 2002[238] trois grands types de dispositions à prendre dans le cadre d'une adhésion de l'Union à la Convention. En premier lieu, des amendements à la Convention devront être pris. En second lieu, les termes de la Convention spécifiques aux États devront faire l'objet d'une interprétation pour une application à l'Union. Enfin, l'adhésion devra également prendre en compte des aspects plus techniques, tel que la participation de l'Union au budget de fonctionnement de la Cour de Strasbourg[239].

Le premier point de la Convention qui devait être amendé est celui de l'article 59 indiquant que seuls des États pouvaient adhérer. L'entrée en vigueur du protocole n°14 à la Convention, le 1er juin 2010, a permis la modification de cet article. Il prévoit expressément à son article 17 la possibilité pour l'Union d'adhérer à la Convention.

Concernant les incohérences de vocabulaire entre la Convention, écrite à l'origine pour des États souverains, et l'Union, organisation sui generis, certains termes devront être adaptés par des amendements aux différents articles de la Convention. Ainsi, les termes se rapportant à la notion d'État devront être étendus pour prendre en compte également l'Union. Le préambule devra ainsi être amendé, faisant directement référence à la notion d'« État », tout comme l'article 10 et 27 de la Convention pour ne citer qu'eux. Les références à la « sécurité nationale »[240] et à la « nation » devront également être amendées. Mais, « la redéfinition de

---

[237] Article 1 du protocole n°8 au Traité.

[238] Conseil de l'Europe, Strasbourg, 28 juin 2002, DG-II(2002)006 [CDDH(2002)010 Addendum 2], Étude des questions juridiques et techniques d'une éventuelle adhésion des CE/de l'UE à la Convention européenne des droits de l'homme, Rapport adopté par le Comité directeur pour les droits de l'homme

[239] DG-II(2002)006, p.4.

[240] Par exemple à l'article 6 et 8 de la Convention, article 2 du protocole additionnel à la Convention n°4.

certains termes peut s'avérer difficile. Il pourrait donc être préférable d'adopter une clause générale d'interprétation ayant pour effet d'indiquer que ces termes se réfèrent également à l'UE ou sont applicables mutatis mutandis à l'UE ».

La modification des termes de la Convention pourrait s'effectuer au sein même de la Convention ou plus simplement par une clause générale d'interprétation qui permettrait de prendre en compte les dispositions particulières liées à la qualité juridique de l'Union.

Mais c'est bien entendu la place de l'Union au cœur des organes de contrôle de la Convention qui sera une difficulté à surmonter.

Il est également à noter que des droits particuliers reconnus par la Convention seront difficilement applicables à l'Union. « La question d'un éventuel déficit démocratique de l'Union » pourrait constituer une violation de la Convention. « La notion de « déficit démocratique », selon une première acception, renvoie à l'écart qui s'est creusé entre les pouvoirs transférés à l'UE et l'efficacité des procédures de surveillance et de contrôle du Parlement européen ». Cette conception se limite donc à une seule institution alors même que l'Union est composée de multiples organes permettant la création du droit de l'Union et d'une démocratie indirecte.

Pourtant, les pouvoirs conférés au Parlement européen n'ont cessé de s'étendre au fil des révisions et de la construction communautaire. En outre, de nouvelles voies ont été introduites au profit des citoyens de l'Union, telle que le droit de pétition au Parlement européen.

Le fait que le Parlement européen soit élu au suffrage universel direct par les citoyens de l'Union depuis 1979 ne semble pas suffire à dissiper ce doute. Pourtant, ses pouvoirs et compétences se sont renforcés au fil de la construction communautaire, notamment avec le Traité de Lisbonne. Ainsi, la procédure ordinaire lors du vote d'une norme communautaire est devenue la codécision. En outre, dans le domaine délicat de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, le Parlement a acquis un rôle de co -législateur alors qu'il demeurait cantonné auparavant à un rôle

consultatif. Plus généralement, le Traité de Lisbonne renforce la démocratie participative au sein de l'Union en élaborant un droit d'initiative populaire386 et renforce la place des Parlements nationaux.

Par l'arrêt Matthews, la Cour de Strasbourg indique au sujet du Parlement européen qu'il est « la partie de la structure de la Communauté européenne qui reflète le mieux le souci d'assurer au sein de celle-ci un régime politique véritablement démocratique » et que le Parlement européen peut être considéré comme un « corps législatif » au sens de l'article 3 du Protocole additionnel n°1 à la Convention.

La difficulté de la conception de la démocratie au sein de l'Union repose sur deux préceptes. En premier lieu, la souveraineté doit appartenir au peuple. Cette souveraineté a longtemps été limitée à une démocratie indirecte, représentée par les chefs d'État et de gouvernement des États membres et par des parlementaires nationaux. L'élection de ses représentants était liée au processus de chaque État. La mise en place d'un Parlement européen élu au suffrage universel direct et l'extension de ses compétences ont permis de réduire les critiques dans ce domaine. Cependant, l'on en vient aujourd'hui à remettre en cause la démocratie au sein de l'Union par le fait que le socle de la démocratie dans l'Union n'existe pas. En effet, bien que les institutions de l'Europe soient issues d'élection, « il faut aussi et avant tout qu'il y ait un « peuple », c'est-à-dire une communauté d'hommes et de femmes adhérant suffisamment aux mêmes valeurs et au même projet politique pour constituer une nation ». La Charte revendiquant dans son préambule des peuples de l'Europe et non un peuple, le professeur Gilles Le breton en déduit qu'il n'y a pas de peuple européen et donc pas de démocratie au sein de l'Union. De même, selon la Cour constitutionnelle allemande, « il n'existe pas de peuple européen, sujet d'une démocratie européenne ».

L'article 35 de la Convention indique que les requêtes « précédemment examinée par la Cour ou déjà soumise à une autre instance internationale d'enquête ou de règlement » sont rejetées. Dans ce cas, les requêtes ayant

déjà étaient soumises à la Cour de Luxembourg peuvent-elles être examinées par la Cour de Strasbourg ? Pour se faire, la Cour de Strasbourg devrait considérer la Cour de Luxembourg comme faisant partie des voies de recours internes, comme précisé par l'article 35 de la Convention. Bien que la Cour de Luxembourg soit compétente pour résoudre les conflits liés au droit de l'Union, et que la procédure des questions préjudicielles lui donne un lien direct avec les juridictions nationales, il est cependant difficile de considérer que la Cour de Luxembourg puisse faire partir, à part entière, du système juridique interne des États membres, à moins de ne la considérer alors comme un quatrième degré de juridiction. D'autant plus que « l'Europe, en particulier les deux plus importantes organisations européennes que sont le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, a donné naissance, sous différentes formes, à un ordre juridique intermédiaire, ni purement interne, ni purement international ».

Certains auteurs affirment que la Cour de Luxembourg serait soumise à la Cour de Strasbourg et considérée comme une juridiction interne, tandis que d'autres rappellent le fait que le système conventionnel est basé sur une coopération entre les juridictions et non à une hiérarchisation. Pourtant, l'évolution de la place de la Cour de Strasbourg vis-à-vis des juridictions nationales laisse présager des difficultés en la matière.

Les requêtes devant la Cour de Strasbourg doivent répondre à des critères stricts pour être retenues. Le principe de subsidiarité a été intégré au sein de l'article 35 de la Convention, « la Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes, tel qu'il est entendu selon les principes de droit international généralement reconnus, et dans un délai de six mois à partir de la date de la décision interne définitive ». La violation de la Convention doit avoir été alléguée lors de ces différents recours, « au moins en substance ». Cette procédure permet aux États de réparer leurs erreurs, jusqu'au dernier recours possible. L'interprétation de « l'épuisement des voies de recours internes » doit être stricte. En effet, « il s'agit d'une condition de recevabilité qui renferme, en fait,

une règle de compétence : un État n'a accepté de répondre de ses actes devant la Cour que dans la mesure où les autorités nationales ont eu, au préalable, la possibilité de redresser la situation dénoncée dans leur ordre juridique interne et avec les ressources qui y sont prévues. »

Cette règle devra également être appliquée à l'Union et la Cour de Luxembourg devra donc avoir rendu une décision avant que la Cour de Strasbourg ne soit saisie. La Cour de Strasbourg contrôlera donc la décision, ou l'ordonnance, rendue par la Cour de Luxembourg. Faudra-t-il attendre, dans le cas d'un jugement du Tribunal de Première Instance, la décision de la Cour de justice ou la décision du Tribunal sera-t-elle considérée comme étant du dernier degré ? En outre, le recours préjudiciel entre le juge national et la Cour de Luxembourg devra-t-il être pris en compte pour permettre à cette dernière d'avoir tranché le conflit existant ?

La Cour de Strasbourg a jugé concernant le refus de saisir la Cour de Luxembourg d'une question préjudicielle que ce refus « opposé par une juridiction nationale, appelée à se prononcer en dernière instance, puisse porter atteinte au principe de l'équité de la procédure, [...], en particulier lorsqu'un tel refus apparaît entaché d'arbitraire »[241]. Pourtant, la Cour de Strasbourg ne vérifie pas systématiquement que le renvoi préjudiciel a été effectué.

Dans le cas précis du renvoi de décisions de la Cour de Luxembourg devant la Cour de Strasbourg, cette dernière « ne pourrait en aucun cas être considérée comme une juridiction supérieure mais plutôt comme une juridiction spécialisée exerçant un contrôle externe sur le respect par l'Union des obligations de droit international découlant de son adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme »[242].

Le fait d'être considéré comme une juridiction interne par la Cour de Strasbourg ne devrait cependant pas nuire au prestige de la Cour de

---

[241] Commission EDH, 22 juin 2000, Coëme et autres c/ Belgique, n°32492/96, 32547/96, 32548/96, 33209/96 et 33210/96, point 114.

[242] Op. cit., DOLLAT, 1 point 1128.

Luxembourg. En effet, les Cours constitutionnelles nationales sont soumises à la juridiction conventionnelle, ce qui ne remet en aucun cas en cause leur importance et leur valeur. La place de l'avocat général au sein de la Cour de Luxembourg pourra également être remise en cause, ces derniers étant « soustrait statutairement au principe du contradictoire »[243] ce qui est contraire à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg concernant l'article 6 de la Convention. L'avocat général a une place prépondérante durant la procédure devant la Cour de Luxembourg. En effet, il présente ses conclusions, basées sur l'interprétation du Traité, qui permettent de mettre fin à la procédure orale. L'avocat général est impartial et indépendant, il propose une réponse à l'affaire en cause devant la Cour de Luxembourg. Il fait partie intégrante de l'institution de la Cour de Luxembourg et ne représente en aucun cas une partie à l'instance.

Etant donné la position particulière de l'avocat général, la Cour de Luxembourg a jugé, dans l'ordonnance Emesa Sugar[244], que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg dans l'affaire Vermeulen c/ Belgique[245] ne pouvait s'appliquer à l'organisation de la Cour de Luxembourg et particulièrement à l'avocat général. En effet, le statut même de l'avocat général précise son indépendance[246]. En outre, l'avocat général ne participe pas au délibéré de la Cour de Luxembourg et n'est pas soumis hiérarchiquement aux juges de la Cour[247].

Cependant, un rapprochement avec la fonction de commissaires du gouvernement en France a été relevé. La Cour de Strasbourg a d'ailleurs,

---

[243] PESCATORE, Pierre, Études de droit communautaire européen 1962-2007, avec une liste bibliographique complémentaire, Grands écrits, collection droit de l'Union européenne dirigée par Fabrice Picod, Bruyant 2008, 1005p, p.884

[244] CJCE, ordonnance du 4 février 2000, Emesa Sugar, aff. C-17/98, Rec., p. I-665.

[245] CEDH, 20 février 1996, Vermeulen c/ Belgique, Rec.1996-I.

[246] article 252 TFUE.

[247] SPIELMANN, Dean, Cour de justice des Communautés européennes, 4 février 2000, Revue trimestrielle de droits de l'homme, 2000, p.581-615, p. 589.

un mois après l'ordonnance de la Cour de Luxembourg qui démontrait que le rôle de l'avocat général ne violait pas l'article 6 de la Convention et ainsi le principe de l'égalité des armes et du contradictoire, jugeait dans l'affaire Kress que le rôle du commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'État n'était pas en adéquation avec les principes d'un procès équitable.

« La pratique de la Cour de justice devrait évoluer vers un accroissement de la garantie du contradictoire. À défaut, l'autorité et la légitimité de ses arrêts risquent d'être remises en cause devant les autorités nationales et internationales ». De nombreuses questions restent ainsi en suspens. Pourtant une des grandes difficultés de l'adhésion est également la prise en compte de l'Union au sein même de la Cour de Strasbourg. L'Union devenant membre à part entière de la Convention, des droits équivalents à ceux accordés aux États membres devraient lui être consentis.

2. La place de l'Union au sein de la Cour de Strasbourg : la nomination du juge

La prise en compte de l'Union au sein même de la Cour de Strasbourg par l'élection d'un juge a fait l'objet de débat.

La première solution serait la nomination d'un juge ad hoc pour représenter l'Union à la Cour de Strasbourg. Mais comment élire un juge ad hoc pour chaque affaire pendante ?[248] L'élection d'un juge à part entière semble donc plus indiquée permettant également de représenter, conformément à la tradition devant la Cour de Strasbourg, tous les systèmes juridiques[249]. Mais quelle sera la place du juge de l'Union ? Doit-il siéger normalement ou exclusivement pour les affaires mettant en cause l'Union ?

---

[248] KRUGER, Hans Christian et POLAKIEWICZ, Jorg, Proposition pour la création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe, Revue universelle des droits de l'homme, 30 octobre 2001, n°1-4, p114, p.11.

[249] ibid., p.12.

Selon la procédure instaurée par la Convention, « les juges sont élus par l'Assemblée parlementaire au titre de chaque Haute Partie contractante, à la majorité des voix exprimées, sur une liste de trois candidats présentés par la Haute Partie contractante »[250]. L'Union devra donc avoir un juge pour la représenter. Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'Union a démontré qu'elle s'était dotée d'une représentation uniforme grâce à un président et à une haute autorité aux affaires étrangères. Le juge nommé à la Cour de Strasbourg pourrait contribuer à renforcer cette image.

La difficulté réside cependant dans le fait que l'Union est composée d'États également membres du Conseil de l'Europe et ayant donc à cet effet déjà un juge à la Cour. Ceci signifie donc que deux juges risqueraient d'avoir la même nationalité. Mais la question de la nationalité du juge est un « faux problème » car tant le système communautaire que conventionnel n'oblige la nomination d'un juge par nationalité, c'est uniquement un juge par État.

En outre, l'on peut facilement imaginer des affaires où un État serait représenté par deux juges, un premier siégeant au nom de l'État en question et un second au nom de l'Union. Bien entendu, bien que les juges soient issus dans un premier temps d'un choix des États, ils ne représentent pas ces derniers. La question de la présence du juge de l'Union se rapproche de la compétence des juges de la Cour de Strasbourg. En effet, les juges sont nommés par rapport à un État mais se doivent par la suite d'être indépendants et impartiaux. Pourquoi, dans ce cas, la situation serait-elle différente pour le juge de l'Union ? Y aurait-il plus de risque que ce dernier soit moins impartial qu'un juge nommé au nom d'un État ? D'autant que des critiques sur l'impartialité des juges à la Cour de Strasbourg existent déjà.

La question de savoir si l'on peut considérer l'Union comme un État pose une plus grande difficulté. En effet, l'on ne peut considérer que

[250] Article 22 de la Convention.

l'Union soit membre de la Convention sans lui donner les mêmes droits qu'aux autres membres. Cependant, l'Union est composée d'États qui sont eux-mêmes membres de la Convention. Dans ce cas, il y aura une sorte de double représentation, qui pourrait être défavorable aux États membres de la Convention mais non membres de l'Union. Il a été également relevé que l'Union n'avait pas toutes les qualités de la souveraineté puisque les États n'ont transmis qu'une partie de leur propre souveraineté à l'Union. De même, les États membres de l'Union ne seraient alors plus totalement des États puisqu'ils ne seraient plus en possession d'une souveraineté pleine et entière.

Pour le Parlement européen, l'Union devrait pouvoir proposer une liste de trois candidats pour la fonction de juge à la Cour de Strasbourg. Cette liste devrait être élaborée suivant les modalités suivies au sein de l'Union pour l'élection des juges de la Cour de Luxembourg, avec la participation du Parlement européen, ou suivant la nomination des commissaires européens. L'Union, représentée par la Commission, devrait pouvoir avoir un droit de vote lors des contrôles de l'exécution des arrêts de la Cour de Strasbourg par le Comité des Ministres. Enfin, pour permettre une représentation de l'Union lors de l'élection par l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe du juge représentant l'Union, des eurodéputés devraient être autorisés à être présents lors du vote[251].

La nomination d'un juge représentant l'Union est primordiale pour permettre une réelle intégration de l'Union dans le système conventionnel. En outre, le système juridique étant particulier, un juge représentant ce dernier serait fortement profitable, notamment pour prendre en compte des particularités communautaires. Enfin, la nomination des juges des États membres a pour objectif de représenter leur système juridique

[251] Parlement européen, Document de séance sur les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, 6 mai 2010, A70144/2010, 2009/2241(INI).

national et non celui de l'Union. Le rôle du juge de l'Union pourrait cependant être restreint. En effet, quelle serait la légitimité d'un juge communautaire pour contrôler la conformité d'un acte étatique dans un domaine qui n'aurait pas été transféré à l'Union ? Mais dans ce cas, l'on peut relever que les domaines de compétences des États membres qui ont été transférés à l'Union n'ont jamais empêché les juges de ces États de siéger à toutes les affaires portées devant la Cour de Strasbourg. En outre, la définition des affaires ayant un lien avec l'Union risque d'être difficilement réalisable, d'autant plus que le droit de l'Union et les compétences de l'Union évoluent régulièrement.

Faut-il envisager de créer une chambre spécifique pour l'Union ? « La création d'une telle chambre risque cependant de donner l'impression que l'UE jouit d'une position privilégiée vis-à-vis des autres Parties » et allongerait le délai de jugement. Mais dans le même ordre d'idées, permettre à des juges de nationalité différente de celles des États membres de siéger à une affaire concernant le droit de l'Union donnerait le pouvoir à une partie extérieure à l'Union de déterminer son droit, de façon indirecte. Pourtant le système actuel permet à la Cour de Strasbourg de contrôler le droit de l'Union de façon détournée, comme nous avons pu le constater.

Mais cette option relève également deux séries de questions. Premièrement, cette chambre devrait-elle être composée uniquement des juges de l'Union et de ses États membres ? Deuxièmement, la mise en place d'un tel traitement des différents portants sur l'Union ne remettrait-il pas en cause le principe de base de la Convention, c'est-à-dire un jugement collectif par l'ensemble des Hautes Parties ? La Cour de Strasbourg ne s'est jamais organisée par rapport aux particularismes des États, pourquoi l'Union disposerait-elle de ce privilège ?

L'adhésion permettra d'attaquer des actes de l'Union devant la Cour de Strasbourg sur la base d'une violation de la Convention. « Sans

amendement nécessaire du texte actuel de la CEDH, l'Union pourra participer à la procédure, comme toute autre partie défenderesse ».

La procédure classique suivie par les autres parties sera donc appliquée à l'Union. Une difficulté apparaît donc également pour « la participation de l'Union en tant que « Partie co-défenderesse » ». Enfin, l'intervention de l'Union en tant que co-défenderesse lors de requêtes introduites contre un État membre mais pour application d'une norme communautaire pourrait permettre à l'adhésion de prendre tous ses effets, l'Union pouvant défendre son droit mais également être liée par la suite à la décision. Rappelons en effet que les décisions de la Cour de Strasbourg ne lient que les parties à l'instance et non tous les États. La possibilité de se porter Co - défendeur devrait également être ouverte aux États membres dans les cas de requêtes introduites contre l'Union.

La difficulté se porte également sur l'article 36 de la Convention qui prévoit la tierce intervention pour les États ayant un ressortissant comme requérant. L'on peut considérer que le terme de « ressortissant » couvre celui de « citoyen ». En effet, l'Union a accordé la citoyenneté de l'Union aux citoyens des États membres. Cette citoyenneté est directement liée à celle nationale. En l'occurrence, les ressortissants sont donc déjà protégés par leur État. Serait-il alors profitable de permettre en plus à l'Union d'intervenir ? D'autant plus que « l'article 36 paragraphe 1 reflète la notion de protection diplomatique et qu'au sein de l'UE, ce n'est pas l'Organisation mais les États membres la composant qui assurent une telle protection à leurs ressortissants ».

Mais le plus grave serait qu'en devenant une Haute Partie contractante, l'Union risque d'être attaquée par des États tiers, conformément à l'article 33 de la Convention. Les États membres ne devraient pas pouvoir utiliser cette démarche contre l'Union puisque l'article 344 TFUE dispose que « les États membres s'engagent à ne pas soumettre un différend relatif à l'interprétation ou à l'application des traités à un mode de règlement autre que ceux prévus par ceux-ci ». Le protocole n°8 article 3 indique que

l'adhésion de l'Union ne pourra affecter l'article 344 TFUE. Cette disposition permettra à la Cour de Luxembourg de conserver sa position vis-à-vis du droit de l'Union. Dans tous les cas, la procédure devant la Cour de Strasbourg est d'avoir passé toutes les voies de recours internes. La Cour de Luxembourg ne pourrait donc être délaissé au profit de la Cour de Strasbourg. Un amendement sur cette question semble cependant superflu puisque les États membres sont dans l'obligation de respecter tant la Convention que les Traités communautaires. La possibilité offerte par la Convention devrait donc s'annuler uniquement dans les cas mettant en cause l'interprétation du droit primaire.

En outre, revenir sur l'article 33 de la Convention « remettrait en question un principe fondamental du système conventionnel : le principe de la garantie collective ». Gageons que la requête étatique, utilisée uniquement dans des cas particuliers, restera lettre morte contre l'Union.

3. Le droit de vote de l'Union au Comité des ministres

La place de l'Union au sein du Comité des ministres relève également une certaine difficulté. Il est à noter que le Comité des Ministres est chargé de contrôler l'exécution des arrêts de la Cour de Strasbourg. Quelle sera la place de l'Union au sein de ce Comité ? À ce jour, des membres de la Commission européenne ont le statut d'observateur, ceci leur permettant d'être présents mais ne leur donnant pas le droit de vote. « Dans la mesure où l'Union serait signataire de la CEDH, il serait logique qu'elle bénéficie du droit de vote et participe de la surveillance de l'exécution des arrêts au même titre que les autres Parties contractantes ».

Mais, la responsabilité de l'Union devant la Convention se limite à des compétences plus restrictives que celles des États. Dans ce cas, « le droit de vote de l'UE devrait être limité aux affaires impliquant le droit communautaire ». « Pourtant, un droit de vote général pour toutes les affaires semble être préférable au regard du principe de la garantie collective des droits contenus dans la Convention et pour éviter une situation asymétrique vis-à-vis des autres Parties contractantes ».

Mais cette modification ne fait intervenir non pas uniquement la Convention et le règlement de la Cour de Strasbourg mais également celui du Conseil de l'Europe. Dans ce cas, l'Union doit-elle également adhérer pleinement au Conseil de l'Europe pour pouvoir adhérer à la Convention ? L'article 14 du Statut du Conseil de l'Europe indique que seuls les États peuvent être membres du Comité des ministres.

« Pour éviter la lourde procédure d'amendement du Statut, la solution la plus facile semble être un amendement à l'article 46 de la Convention prévoyant le droit de vote pour l'UE quand il s'agit de la supervision de l'exécution des arrêts de la Cour. Un tel amendement aurait préséance sur les règles du Statut au titre de *lex specialis et posterior* ». De plus, cette vision n'est pas sans critique. Une résolution statutaire pourrait permettre de contourner cette difficulté. Le but est bien d'éviter la procédure d'amendement au Statut du Conseil de l'Europe qui est plus complexe.

Cependant, le droit de vote accordé à l'Union pourrait être refusé pour des questions de compétence. En effet, les États possèdent un droit de vote en vertu de leur souveraineté. L'Union ayant une souveraineté limitée, ceci l'empêcherait d'avoir un droit de vote. Il a été également envisagé de n'accorder le droit de vote à l'Union que dans les affaires portant sur elle. Mais une limitation des droits de l'Union constituerait une asymétrie dans le système conventionnel, ce qui reviendrait sur le système même de la Convention qui se base sur une garantie collective des droits.

> « La nature collective du système établi par la Convention, soulignée dans le préambule de celle-ci, signifie qu'il incombe à l'ensemble des États, et pas seulement à l'État défendeur, de veiller à ce que les affaires connaissent une issue satisfaisante ».

L'Union ne semble pas envisager d'adhérer à la Convention sans avoir une emprise également sur les décisions du Comité des Ministres. Ainsi, la Commission des Affaires étrangères a indiqué que le Statut du Conseil de l'Europe, ou tout du moins une résolution statutaire, devrait prévoir le droit de vote de l'Union.

Il demeure également la question de la place de l'Union au sein même du Conseil de l'Europe. En effet, la Cour de Strasbourg, conformément à l'article 50 de la Convention, est directement financée par le Conseil de l'Europe. L'Union doit-elle alors également adhérer au Conseil de l'Europe ? L'adhésion de l'Union à la Convention n'implique pas l'adhésion au Conseil de l'Europe. En effet, l'article 220 TFUE indique que « l'Union établit toute coopération utile avec [...] le Conseil de l'Europe » ce qui démontre qu'une adhésion au Conseil de l'Europe ne semble pas être envisagée.

De plus, il faut posséder un titre de compétence pour pouvoir adhérer à une organisation internationale. Pourtant, l'Union est déjà liée au Conseil de l'Europe, une coopération accrue et une adhésion aux différents organes de protection des droits de l'homme du Conseil de l'Europe devraient être envisagées. Mais, la coopération de l'Union avec une organisation internationale, telle que le Conseil de l'Europe « ne soulève aucune difficulté quand [...] la Communauté n'aspire pas à acquérir la qualité de membre ».

« Une disposition contenant une base juridique générale pour cette contribution [aux frais de fonctionnement du système de contrôle de la Convention], sans qu'il soit nécessaire d'amender formellement l'article 50 de la Convention » (TFUE) pourrait être adoptée. Ceci permettrait notamment d'écarter la question de l'adhésion de l'Union au Conseil de l'Europe. Francesco Capotorti, ancien avocat général à la Cour de Luxembourg, a indiqué, lors de sa critique du mémorandum de la Commission de 1979, que la négociation d'un protocole d'adhésion de la Communauté à la Convention soulèverait des « difficultés inextricables » concernant la gestion économique de la Convention qui « se trouverait altérée à un point tel qu'on peut douter qu'un projet de ce genre puisse être acceptable pour les autres États européens, non membres de la Communauté ».

Le Parlement européen semble cependant exclure l'adhésion de l'Union au Conseil de l'Europe, mais souligne le fait que certains droits devraient être conférés à l'Union.

Les modalités de l'adhésion de l'Union à la Convention représentent un enjeu majeur pour la pérennité du système qui sera mis en place. Des compromis devront être trouvés sur des questions délicates, pour permettre aux deux systèmes de fonctionner en harmonie tout en évitant « une hiérarchisation des relations entre les Cours de Luxembourg et de Strasbourg et [en permettant] de préserver l'autonomie du droit de l'Union ».

Section 2. La gestion de la dualité de normes au sein des deux organisations européennes

Au sein de l'Union, « le justiciable bénéficie de trois cercles de protection juridictionnelle de ses droits fondamentaux »[252] ; au niveau national, au niveau conventionnel avec la Cour de Strasbourg et au niveau communautaire avec la Cour de Luxembourg. « L'articulation de ces cercles de protection des droits fondamentaux est complexe. Se pose un double problème des interférences entre le cercle national et le cercle supranational et des interactions entre les composantes du cercle supranational »[253].

La complexité existante entre les normes nationales et la Convention, s'accentue alors par l'entrée en vigueur de la Charte. Les deux instruments européens étant applicable aux États membres, lors de la mise en œuvre

---

[252] ANDRIANTSIMBAZOVINA, Joël, La Cour de Strasbourg, gardienne des droits de l'homme dans l'Union européenne ?, Revue trimestrielle de droit européen, 2006, p.566.

[253] BRAIBANT, Guy, De la Convention européenne des droits de l'homme à la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, in « Mélange en hommage au Doyen Gérard COHEN-JONATHAN - Libertés, justice, tolérance », volume I et II, Bruyant, 2004, 1784p, p.327, p.331.

du droit de l'Union, leurs relations doivent permettre une harmonisation et une stabilité juridique [§1], tandis que le système conventionnel doit préserver l'autonomie du droit de l'Union, base de l'Union [§2].

§1. La compatibilité de la Convention et de la Charte prévue par les dispositions de l'instrument communautaire

> « Il serait vain d'opposer la « Convention » et la « Charte » ou d'établir entre ces deux textes fondateurs une quelconque hiérarchie »[254].

La Charte ne doit pas avoir pour rôle de remplacer la Convention « en créant un nouveau standard minimum, mais applicable seulement aux États membres de l'Union européenne ». Les droits de l'homme ont vocation à être universel et non « modulable en fonction notamment de la situation économique des États appelés à les protéger ». En outre, « cela irait à l'encontre de toute la tradition européenne et priverait l'Europe de toute crédibilité sur la scène Internationale quand elle prône l'universalité des droits de l'homme. Elle se verrait, en effet, reprocher d'entretenir elle-même plusieurs standards ».

La Charte, loin de détacher l'Union du système conventionnel de protection des droits de l'homme, se réfère directement à celui-ci. Les diverses « clauses horizontales » conduisent à renforcer la nécessité d'une adhésion de l'Union à la Convention. « Il a été même remarqué, avec raison, que cette adhésion est impliquée par la logique même dans la Charte procède et qu'elle en est même l'aboutissement normal ».

Pour sa part, le Conseil de l'Europe, par son commentaire sur le projet de Charte de 2000 a indiqué sa satisfaction sur le projet qui avait alors été

---

[254] Conseil de l'Europe, Projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, Commentaire des observateurs du Conseil de l'Europe sur le projet de Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, CHARTE 4961/00, CONTRIB 356, Bruxelles, 13 novembre 2000, 3p., p.3.

présenté par l'Union. Il était relevé que la Charte s'appuyait sur différentes normes du Conseil de l'Europe, en étendait d'autres et enfin consacrait de nouveaux droits. La cohérence entre les différentes normes était relevée, le Conseil de l'Europe soulignant le fait que « dans le domaine des droits fondamentaux, en effet, tout manque de cohérence non seulement met en péril la sécurité juridique, mais risque surtout d'affaiblir ces droits plutôt que de les renforcer ».

Dans la jurisprudence de la Cour de Luxembourg, la Charte devrait se substituer à la Convention, ce qui entraînera « par conséquent « une marginalisation de la Convention européenne en tant qu'instrument de référence pour le juge communautaire » ». Cependant, avec l'adhésion de l'Union à la Convention, cette dernière intégrerait également l'ordre juridique communautaire.

Or, la Convention se compose notamment de protocoles, qui n'ont pas été ratifiés de façon égale par tous les États membres. En outre, « le juge communautaire a toujours affirmé qu'il entendait s'inspirer de la norme garantissant le niveau de protection le plus élevé » ce qui devrait le pousser à appliquer la Charte en premier lieu, cette dernière affirmant de nouveaux droits et étendant la portée d'autres droits déjà reconnus.

> « Certes, ce texte tient compte de l'existence de la Convention européenne des droits de l'homme, conçue comme le standard de base en matière de protection. Mais il est indéniable que, si elle est adoptée et si elle se voit reconnaître une valeur contraignante, la Charte communautaire contribuera à séparer encore davantage le système de protection des droits fondamentaux dans le cadre de l'Union et celui de la Convention européenne des droits de l'homme ».

L'arrêt Manesmannrörhen marque le début de la substitution de la Charte à la Convention. « Cette décision marque un recul de la Convention européenne dans la jurisprudence communautaire, en mettant fin au mouvement d'application directe des dispositions de celle-ci [...] ».

« Deux standards différents ont désormais vocation à coexister en Europe, et à se concurrencer dans l'ordre juridique des États membres de l'Union », entraînant ainsi un affaiblissement de la sécurité juridique des justiciables de l'Union dans le cadre des droits fondamentaux alors même que l'adhésion de l'Union avait pour objectif le renforcement de l'Union de droit et de la protection des droits fondamentaux des citoyens de l'Union. En effet, un contrôle externe des actes de l'Union serait ainsi possible, permettant de placer l'Union dans la position des États membres qui voient leurs actes internes contrôler par la Cour de Strasbourg en matière de protection des droits de l'homme.

Mais le risque de cette adhésion est que « les deux instruments vont s'appliquer de manière concurrente dans le champ d'application communautaire des États membres, et les justiciables bénéficieront de droits différents selon que les autorités nationales agissent dans le domaine communautaire ou en dehors de celui-ci ». Rappelons que les États membres sont soumis tant à la Convention qu'au droit de l'Union, et donc à la Charte, lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Jusqu'à présent, les juridictions nationales appliquaient un catalogue de droits supranationaux identique, puisque le système communautaire renvoyait au système conventionnel, mais « avec l'adoption de la Charte, la concurrence entre les deux instruments va conduire à des interférences matérielles (conflit de catalogues) et organiques (conflits de sentences) entre le système communautaire et le système conventionnel ».

Les juridictions nationales auront la difficulté de respecter deux standards de normes, d'autant plus que « la conciliation entre des normes opposées ne sera pas toujours possible ».

« Comme l'affirme Robert Badinter, « la sécurité juridique des individus n'est pas assurée, puisqu'ils ne peuvent s'assurer du contenu précis d'un droit fondamental et, de surcroît, parce que devant leur juge national, chargé à la fois de l'application du droit de l'Union et du droit de la Convention européenne, deux solutions divergentes peuvent être retenues ».

Certains membres de la précédente Convention ont employé à juste titre, pour désigner cette situation, la formule d'un « paradis pour avocats », les habiles juristes pouvant invoquer tantôt le catalogue communautaire, tantôt le catalogue conventionnel, selon le sens ou la portée qu'ils souhaitent donner à tel ou tel droit fondamental. »[255]

> « L'expérience montre que lorsque deux juridictions contrôlent la conformité d'un acte au regard de catalogues de droits fondamentaux aux contenus différents, le conflit de sentences est inéluctable ».[256]

Il est également nécessaire de prendre en considération la problématique du champ d'application de la Convention et de la Charte. En effet, la Convention s'applique à toutes les situations étatiques alors que la Charte ne s'applique qu'aux actes étatiques pris dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union. Le juge devra donc appliquer la norme correspondant à l'acte considéré. Le justiciable aura alors soit une protection de ses droits fondamentaux limités aux premiers droits reconnus, civils et politiques, soit une protection plus large intégrant les droits de nouvelles générations. Ce double standard va imposer aux États le respect de normes différentes, plus ou moins protectrices, selon leurs domaines d'action, communautaire ou non.

La concordance entre les deux normes est la solution pour une protection efficace des droits de l'homme. Mais les dispositions prises au sein de la Charte semblent être insuffisantes à la préservation de la cohérence entre les deux instruments. Il y a donc un risque, au sein même des ordres juridiques des États membres, de voir les droits de l'homme moins bien protégés.

---

[255] DUCRET, S., *La protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne*. Université Lumière Lyon 2 - Droits de l'homme, 2010.
[256] Ibid.

Les relations entre la Convention et la Charte ont ainsi été prévues par des clauses dites « horizontales » aux articles 52 et 53 de la Charte. Mais, « ces préconisations apparaissent insuffisantes. Le lancinant problème de la coexistence entre ces deux instruments reste donc d'actualité ». Un double mécanisme de protection des droits de l'homme est un risque pour la sécurité juridique des individus. « L'expérience montre généralement qu'il est difficile d'éviter les contradictions lorsque deux textes distincts sur un même sujet ayant un libellé différent sont interprétés par deux tribunaux différents ». Les précautions de la Charte semblent donc illusoires. Le statu quo ne peut plus être tenu dès lors que la Charte est entrée en vigueur.

La Charte a élaboré à son article 52 une clause de correspondance concernant les droits reconnus par la Charte et par la Convention. La cohérence entre les deux instruments devrait ainsi être respectée, la Charte renvoyant expressément à la Convention pour déterminer l'interprétation donnée à un droit et ses limites. Mais comment savoir si un droit reconnu par la Charte correspond à un droit reconnu par la Convention ?

> « Cette notion de correspondance peut apparaître incertaine d'autant que c'est la jurisprudence qui donne leur portée véritable aux droits. Or la jurisprudence de la CEDH étant seulement citée dans le préambule, elle ne s'imposera durablement à l'Union que sur la base de son adhésion à la Convention ».[257]

Dans ce cas, faut-il se référer uniquement à la Convention ou également à l'interprétation qui a été faite du droit ? En effet, pour reprendre l'exemple énoncé par Frédéric Sudre, « le droit de l'enfant d'entretenir des relations avec ses parents (art.24 Charte) n'est pas énoncé comme tel par la Convention mais est garanti par la Cour européenne au titre du droit au respect de la vie privée et familiale ce alors un droit « correspondant » ? ».

---

[257] Ibid.

Cependant, les dispositions du droit de l'Union peuvent toujours être plus protectrice des droits fondamentaux que la Convention, cette dernière restant un standard minimum à respecter comme l'indique son article 53. Ceci permet donc de ne pas affaiblir la protection des droits fondamentaux dans le cadre de l'Union. Cet article ne permet cependant pas d'éviter des incohérences entre les systèmes de protection. Mais ces dispositions ne semblent pas être suffisantes pour permettre une cohérence systématique entre les différents systèmes. En premier lieu, le document explicatif de la Charte, élaboré par le proesidium, n'a pas la même valeur juridique que la Charte. En second lieu, les articles 52 et 53 de la Charte ne font pas référence à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. La jurisprudence de la Cour de Strasbourg ayant permis une évolution des droits de la Convention, il est indispensable de la prendre en compte pour connaître la portée réelle d'un droit. Mais le fait que la Charte ne fasse pas référence à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg ne doit pas faire oublier que la Cour de Luxembourg s'est déjà basée dans le passé sur cette jurisprudence pour déterminer les droits fondamentaux et que le Traité lui-même renvoi à la jurisprudence conventionnelle. Un revirement de la Cour de Luxembourg dans ce domaine semble donc être limité. En outre, une règle de droit international privé stipule que « lorsque la règle de conflit de lois conduit un juge à appliquer un droit matériel autre que la *lex fori*, ce droit étranger sera interprété en conformité avec la jurisprudence des juridictions de l'État dont il émane ».

Ainsi, la référence de la Charte à l'interprétation de la Convention en cas de droits correspondants « aboutira en pratique à incorporer indirectement la Convention, ses protocoles ainsi que la jurisprudence de la Cour EDH dans le droit de l'Union ». Cependant, la clause de correspondance de l'article 52 de la Charte ne risque d'avoir de réel effet que pour les droits ayant été reconnus par les deux instruments et ayant le même sens. Dans ce cadre, la jurisprudence de la Cour de Strasbourg correspondant à ses articles, est prise en compte. Ceci ne correspond qu'à onze articles de la

Charte. Dans tous les cas, la protection accordée par l'Union pourra être plus étendue que celle de la Convention.

Des droits de la Charte reçoivent quant à eux « une identité de sens, mais non de portée, leur champ d'application et leurs éléments constitutifs demeurent divergents » ce qui ne permettra qu'une application partielle de l'article 52 de la Charte.

Enfin, aucune cohérence n'est envisagée pour certains droits reconnus pourtant par les deux normes. Tel est le cas pour le principe d'interdiction de toute discrimination. Il ne faut pas oublier le fait que certains droits reconnus par la Charte ne sont pas inscrits au sein de la Convention, même s'ils ont pu être dégagés par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg.

« La cohérence entre les deux instruments ne sera en effet possible que si une identité est assurée au niveau de la consécration des droits fondamentaux comme à celui de leur interprétation ». La révision de la Convention, en reconnaissant les nouveaux droits proclamés par la Charte, permettrait une meilleure cohérence entre les deux normes. La ratification de ce protocole par les seuls États membres de l'Union et de la Convention pourrait être suffisante pour permettre une cohérence des systèmes, les autres États n'étant pas sujet à cette difficulté car non soumis au droit de l'Union et à la Charte. Il n'en reste pas moins qu'une interprétation divergente d'un droit sera toujours possible par les deux Cours.

« La meilleure façon d'établir la nécessaire cohérence entre la CEDH et le droit communautaire est l'adhésion des Communautés européennes ou de l'Union à la Convention ». L'adhésion permettrait de soumettre à la seule Cour de Strasbourg les différents liés aux droits de l'homme. La soumission des États européens à la Convention et à la juridiction unique de la Cour de Strasbourg a déjà démontré son utilité et l'impact positif sur la protection des droits fondamentaux. « En confiant à une instance unique (la Cour européenne des droits de l'homme)

l'interprétation des droits consacrés dans les deux instruments, on garantirait en effet une interprétation uniforme des droits fondamentaux ». L'adhésion de l'Union à la Convention soumettrait également la Cour de Luxembourg à l'interprétation jurisprudentielle de la Convention, et des différents nouveaux droits de la Charte en cas d'adoption du protocole additionnel à la Convention. Ainsi, la coexistence des deux ordres normatifs serait possible en alliant « une identité de catalogues à une homogénéité dans l'interprétation des droits. Il s'agit là du seul moyen d'organiser une articulation harmonieuse entre la Charte et la Convention. À défaut, la coexistence entre les deux instruments risque de ne pas s'avérer des plus « pacifique « Pour que les droits consacrés dans les deux instruments reçoivent une interprétation uniforme, pour qu'ils soient appréciés de manière identique selon que l'on se réfère à la Charte ou à la Convention européenne, il est nécessaire d'institutionnaliser les rapports entre les deux Cours ». Dans ce cadre, il semblerait que l'adhésion de l'Union à la Convention permette une meilleure intégration des ordres juridictionnels.

En outre, bien que l'Union se soit dotée d'un instrument de protection des droits fondamentaux grâce à la Charte, celle-ci « vient renforcer les avantages d'une adhésion, [...] [et] vient en outre faciliter la réalisation de celle-ci, en en assouplissant les modalités ». Les dispositions de la Charte tendent à contrôler l'autonomie du pouvoir d'interprétation de la Charte par la Cour de Luxembourg et à imposer les modalités de sa coordination avec la Convention. « Seule la jurisprudence ultérieure permettra de connaître tant la portée que les limites de cette autonomie. La question sous-jacente est : unification ou dédoublement de la protection européenne des droits de l'homme ? »[258].

Bien que la Charte ait tentée de résoudre la difficulté de l'harmonisation entre les deux normes européennes, « la question d'une coexistence harmonieuse et surtout cohérente entre le système créé par la Convention

[258] Op. cit., GAUTRON, p.52.

européenne des droits de l'homme et le système communautaire est toujours là, loin d'avoir trouvé une solution satisfaisante ».

La difficulté de mettre en place une harmonisation réside notamment dans le fait que la Cour de Strasbourg devra respecter l'autonomie du droit de l'Union. En effet, l'Union est fortement attachée à ce principe, l'avis 2/94 de la Cour de Luxembourg l'ayant rappelé.

§2. Le maintien de l'autonomie du droit de l'Union

Bien que le Royaume-Uni soit réticent à l'évolution des compétences et des domaines d'action de l'Union, concernant l'adhésion de l'Union à la Convention, la Chambre des Lords se montre favorable, en soulignant qu'elle ne remettrait pas en cause l'autonomie de l'ordre communautaire.

En effet, en cas d'adhésion, la Cour de Strasbourg ne sera pas saisie directement mais ne pourra contrôler que les affaires qui lui seront déférées. Le point 1 de l'article 32 de la Convention indique notamment que « la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention et de ses Protocoles qui lui seront soumises dans les conditions prévues par les articles 33, 34 et 47 ».

Ceci n'entraînera pas un affaiblissement du rôle de la Cour de Luxembourg, qui conservera son monopole de l'interprétation du droit de l'Union.

En outre, l'autonomie du droit de l'Union ne devrait pas être amoindrie par une adhésion de l'Union à la Convention puisque la Cour de Strasbourg, certes peut condamner l'Union pour violation de la Convention, mais elle laisse le choix des moyens aux Hautes Parties pour se conformer à l'arrêt.

L'Union restera donc libre, comme les États, de modifier son droit pour se conformer à la Convention. En effet, les arrêts de la Cour de Strasbourg ont un caractère déclaratoire. La Cour de Strasbourg se refuse ainsi à indiquer à l'État comment exécuter son arrêt. Cependant, malgré le fait que ces arrêts ne soient que déclaratoires, ils n'en demeurent pas moins

revêtus de l'autorité de la chose interprétée et le principe de primauté et d'effet direct du droit s'appliquent. En outre, les arrêts s'imposent à toutes les autorités nationales, qui devront au minimum écarter la norme nationale contraire. La même règle devrait ainsi s'appliquer également à l'Union.

Cependant, l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg montre que cette autonomie tant à s'amoindrir. En effet, désormais la Cour de Strasbourg enjoint les États, et donc dans un futur proche certainement l'Union, d'exécuter certains actes pour se conformer à l'arrêt rendu. « Les exceptions au principe de l'absence de pouvoir d'injonction se multiplient ces dernières années, même si ceci ne reste que des *invitations* ».

Elle a ainsi jugé le 8 avril 2004 que « l'injonction ne mettrait pas en cause, dans son principe, le pouvoir d'appréciation dont dispose un État défendeur quant aux modalités d'exécution d'un arrêt de violation ». Mais dès le 8 juillet 2004, la Cour indique uniquement que « compte tenu des motifs sur lesquels s'est fondé le constat de violation par les deux États défendeurs, ces derniers doivent prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre un terme à la détention arbitraire des requérants encore incarcérés et assurer leur libération immédiate ».

Cette nouvelle approche semble être justifiée par le fait que la Cour ait voulu « donner effet à l'une des règles les plus traditionnelles du droit de la responsabilité internationale de l'État, [...] : l'obligation de faire cesser immédiatement l'illicite. Elle répond de la sorte tardivement à une demande pressante formulée à maintes reprises en doctrine. La réserve manifestée jusqu'alors par la Cour européenne s'expliquait sans doute par sa réticence à envisager la reconnaissance à son profit, par voie prétorienne, d'un pouvoir d'injonction, mettant à l'épreuve le caractère purement déclaratoire prêté à ses arrêts. »[259]

---

[259] DUCRET, S., *La protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne*. Université Lumière Lyon 2 - Droits de l'homme, 2010.

La Cour de Strasbourg a notamment amplifié la portée de ses arrêts en élaborant la technique des « arrêts-pilotes ». La Cour a alors indiqué que des mesures générales au niveau national devaient être prises car la violation touchait des milliers de personnes. L'Union devrait donc respecter les indications de la Cour de Strasbourg en cas « d'arrêt-pilote » prononcé à son encontre.

La Cour de Strasbourg a précisé que « ces mesures devaient comprendre un mécanisme offrant aux personnes lésées une réparation pour la violation établie de la convention ». Pourtant, avec cette méthode, la Cour de Strasbourg s'éloigne un peu plus des compétences que la Convention lui octroie. Le risque est un bouleversement de « l'équilibre entre la Cour et le Comité des Ministres, et [de] déplace[r] la Cour à tort sur un champ politique », mais également de remettre en cause l'autonomie des Hautes Parties, bien que le but soit la protection des droits de l'homme.

Il est à noter que la Cour de Luxembourg utilise également une variante des « arrêts-pilote ». Elle a ainsi constaté en 2005 « un manquement « général » aux obligations communautaires d'un État, desquelles on pouvait inférer une obligation d'adopter des mesures générales au titre de l'exécution, mais cela sans aucune conséquence au niveau du jugement de la Cour ». Le manquement généralisé est caractérisé par rapport à la durée du manquement, à son ampleur et à sa gravité.

Tant la Cour de Luxembourg que la Cour de Strasbourg justifie cette nouvelle méthode pour remédier à la multiplication des recours et à « l'inadaptation de l'approche classique pour remédier à des défaillances structurelles »[260].

Il est également précisé que la Convention n'étant pas les compétences des Hautes Parties. La Cour de Strasbourg a pour unique rôle de contrôler le respect de la Convention et d'établir la responsabilité des Hautes Parties en cas de violation. Cependant, la Cour de Strasbourg a élaboré des

[260] Ibid.

obligations dites positives lors de l'affaire linguistique belge de 1968,[261] obligeant les États à agir pour protéger les droits fondamentaux inscrits dans la Convention. La simple inaction de l'État ne suffit plus[262]. Dans ce cadre, serait-il possible qu'involontairement, la Cour de Strasbourg étende les compétences de l'Union ? L'application de ces obligations à l'Union semble restreinte.

« Au vue de l'article 1er de la CEDH, il est clair que, généralement, l'absence d'une compétence de l'UE dans un domaine pour lequel un droit de la CEDH a une pertinence mènera à une absence de responsabilité au regard de la CEDH »[263]. Il n'y aura donc pas d'élargissement des compétences de l'Union par ce biais, mais vraisemblablement une irrecevabilité de la requête. Mais, dans le cas d'obligation positive de l'Union dans un domaine de compétence où elle a déjà pris des dispositions, elle devra prendre les mesures adéquates pour protéger les droits des individus.

L'adhésion pourrait ainsi remettre en cause l'autonomie de l'ordre juridique communautaire puisque l'Union et la Cour de Luxembourg devraient se conformer à la décision de la Cour de Strasbourg[264]. L'article 55 de la Convention prévoit en effet que la Cour de Strasbourg est seule compétente pour régler les conflits entre les Hautes Parties. Ces dernières ne peuvent, « sauf compromis spécial », soumettre un différend à l'appréciation d'une autre juridiction et se prévaloir d'autres traités en la matière.

Ceci va à l'encontre des dispositions des Traités communautaires. En effet, la Cour de Luxembourg doit demeurer, conformément aux traités, l'interprète en dernier ressort du droit de l'Union. Elle doit garantir le

---

[261] Commissionne, arrêt du 23 juillet 1968, affaire linguistique belge, Série A, n°6, p.32.

[262] MARGUENAUD, Jean-Pierre, La Cour européenne des droits de l'homme, collection connaissance du droit, Dalloz, 3ème édition, 2005, 155p, p.40-41

[263] Op. cit., IMBERT, p.18

[264] CORREARD, Valérie, Constitution européenne et protection des droits fondamentaux : vers une complexité annoncée ?, Revue trimestrielle de droits de l'homme, 2006, n°2, p501, p.512.

respect du droit de l'Union et les États membres se sont engagés à ne pas soumettre un désaccord portant sur l'interprétation des traités à une autre instance. « En conséquence, le principe d'autonomie de l'ordre juridique de l'Union exclut que la Cour de justice puisse être liée par l'interprétation qu'une autre instance juridictionnelle aura pu faire du droit de l'Union »[265]. Mais si l'Union adhère à la Convention qui est soumise à un tribunal international, la Cour de Luxembourg se devra de respecter l'interprétation de la Cour de Strasbourg, conformément à son avis 1/91.[266]

En outre, la Cour de Luxembourg avait précisé dans son avis 2/94 que l'autonomie du droit de l'Union devait être préservé, et notamment celle de la Cour, pour ne pas créer une hiérarchisation de fait entre les deux Cours européennes. Pourtant, l'adhésion ne devrait créer qu'une coopération plus accrue entre les deux Cours et non une hiérarchisation.

Un recours devant la Cour de Strasbourg d'un arrêt de la Cour de Luxembourg

> « n'est pas non plus susceptible d'affaiblir l'autorité de la Cour de Justice car la soumission au contrôle d'une instance extérieure exprime une volonté, une ouverture en faveur du plein respect des droits et libertés garantis. Cela ne peut que renforcer l'autorité et la crédibilité des institutions communautaires et non les affaiblir ».

De plus, ces décisions ne seraient susceptibles de recours devant la Cour de Strasbourg qu'en matière de droit de l'homme. La Cour de Strasbourg ne contrôlerait alors que le respect de ce droit et non le droit de l'Union. Cependant, la Cour de Luxembourg prend en compte les droits fondamentaux économiques de l'Union et pratique une proportionnalité des actes pris par rapport aux différents droits reconnus par l'Union. En effet, la Cour de Luxembourg est, conformément à la lettre du traité, l'unique juridiction compétente pour assurer, in fine, le respect du droit de

---

[265] Op. cit., Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, doc.11533, p.31.
[266] Op. cit., IMBERT, p.17.

l'Union. Elle effectue la « conjugaison de l'interprétation européenne des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme avec la logique communautaire »[267]. La Cour de Strasbourg qui n'a pour objectif que de faire respecter les droits de l'homme prendra-t-elle en compte cette spécificité communautaire ? « Il est évident que la Cour de Strasbourg ne peut pas ne pas s'intéresser au droit communautaire dès lors que des droits fondamentaux sont en cause »[268].

Ainsi, l'adhésion à la Convention entraînera automatiquement une soumission de l'Union à la juridiction de la Cour de Strasbourg et donc une remise « en cause de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire et [du] monopole de la Cour de justice »[269]. Pourtant, l'on sait que la Cour de Strasbourg respecte le droit de l'Union et ses spécificités, l'affaire concernant des discriminations entre ressortissants communautaires et extra-communautaires[270] le démontre.

Il n'en demeure pas moins que la Cour de Luxembourg serait le juge de droit commun de la Convention au sein du système communautaire et que la Cour de Strasbourg ne serait saisie qu'en dernier recours. Le Parlement européen a précisé en mai 2010[271] que « le rapport entre les deux juridictions européennes n'est pas un rapport de hiérarchie mais de spécialisation ; la Cour de justice de l'Union européenne aura ainsi un statut analogue à celui qu'ont actuellement les cours suprêmes des États

---

[267] GARCIA-JOURDAN, Sophie, L'émergence d'un espace européen de liberté, de sécurité et de justice, Bruyant, 2005, 761p, p.75.

[268] RENUCCI, Jean-François, *L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme : actualité d'une vieille idée...,* in « Mélanges en l'honneur de Pierre Julien - la justice civile au vingt et unième siècle », Edilaix, 2003, p.389.

[269] Op. cit., RENUCCI.

[270] CEDH, 18 février 1991, Moustaquin c/ Belgique, série A n°193 ; CEDH, 7 aout 1996, C c/ Belgique, req.n°21794/93, JCP 1997 I-4000.

[271] Op. cit., FLAUSS ; De DECAUX, Emmanuel et De TAVERNIER, Paul.

membres par rapport à la Cour européenne des droits de l'homme »[272]. Mais quel est ce rapport actuellement ? À l'heure où de nombreux auteurs posent la question de savoir si la Cour de Strasbourg ne serait pas devenue un quatrième degré de juridiction, il est d'autant plus difficile de se conforter dans l'idée que la Cour de Luxembourg ne sera pas hiérarchiquement soumise à la Cour de Strasbourg.

« L'intervention des deux Cours sur un objet commun » pourra engendrer des différences de jurisprudence et donc de sentence. La Cour de Luxembourg appliquera la Charte tandis que la Cour de Strasbourg appliquera la Convention, mais le but de la saisine de ces deux Cours reste le même. Les justiciables attendent que le juge constate la violation de la norme de protection des droits fondamentaux dont il doit assurer le respect. Le risque de forum shopping et de divergence jurisprudentielle est d'autant plus fort que « l'acte national peut en effet être attaqué - simultanément ou successivement - devant la Cour de justice et la Cour européenne des droits de l'homme. En particulier, un justiciable procédurier pourra exercer un recours devant les deux juges, « utilisant le second comme une instance d'appel de la première décision obtenue » ».

Mais la coordination des normes permettra telle la continuité des deux ordres juridiques. En effet, sans la volonté des Cours européennes, il est peu probable que les deux normes puissent coexister convenablement. L'on se tourne alors aux relations existantes entre la Cour de Strasbourg et la Cour de Luxembourg. En effet, si les deux juridictions se retrouvent aujourd'hui en concurrence pour la protection des droits de l'homme, quelles relations peuvent-elles entretenir ?

[272] Op. cit., LE BOT, p.796-797.

Section 3. Une dualité de systèmes juridiques européens préjudicielle aux citoyens ?

La construction communautaire a conduit progressivement l'Union à prendre en compte également les droits de l'homme. La Cour de Luxembourg a donc progressivement élaboré un catalogue de principes généraux du droit de l'Union et s'est reconnue compétente dans ce domaine. Une interaction des deux juridictions est donc apparue [§1], s'accentuant au fil du temps et risquant de se développer avec l'entrée en vigueur de la Charte. Au contraire, pour d'autres auteurs, les interférences entre les deux systèmes ont souvent été accentuées à tort, et l'adhésion permettra de renforcer la liaison entre les deux juridictions [§2].

§1. Deux juridictions supranationales reconnues compétentes pour protéger les droits de l'homme

La Cour de Strasbourg est un modèle pour la protection des droits de l'homme, tant en Europe que dans le monde. Elle a été spécialement conçue pour faire respecter la Convention, et sa jurisprudence évolutive a permis à ce texte d'évoluer et de s'adapter aux évolutions de la société. Son rôle pour la protection des droits de l'homme en Europe n'est donc plus à démontrer. En effet, « si le droit européen des droits de l'homme a pris l'importance considérable qu'on lui reconnaît aujourd'hui, c'est très certainement en raison de l'existence de la Cour EDH, chargée d'assurer le respect de la Convention EDH».

Pour sa part, bien que la Cour de Luxembourg n'ait pas été créée spécifiquement pour protéger les droits de l'homme, contrairement à la Cour de Strasbourg, les affaires portées devant sa juridiction l'ont conduite à mettre en place un système de protection des droits de l'homme. Ainsi, les deux juridictions européennes se retrouvent en partie en concurrence sur ce domaine [1]. L'évolution de leurs procédures respectives a

notamment permis de prendre en compte plus spécifiquement la protection des individus en leur permettant d'accéder aux prétoires européens.

1. L'accentuation des compétences de la Cour de Luxembourg dans le domaine de la protection des droits fondamentaux

La Cour de Luxembourg, tout comme toutes les institutions de l'Union, est soumise au principe de l'attribution des compétences par le Traité, l'article 4 TUE le réaffirmant. « L'ajout de cette disposition reflète bien la méfiance de certains États membres d'une Cour trop « activiste » »[273].

Le Traité d'Amsterdam avait permis d'étendre les compétences de la Cour de Luxembourg, une adhésion à la Convention ayant été exclue. La Cour devenait ainsi compétente pour des domaines sensibles, susceptibles d'avoir un impact sur le droit des personnes. Ainsi, le domaine de l'asile, des visas et de la libre circulation des personnes entraient dans le champ d'action de la Cour de Luxembourg. « Or il s'agit de questions susceptibles de donner lieu à des recours devant la Cour européenne des droits de l'homme »[274].

Une disposition était ajoutée au Traité d'Amsterdam pour éviter tout risque de concurrence entre les deux Cours, en limitant l'action de la Cour de Luxembourg ; « la Cour de justice n'est pas compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure. »[275]

---

[273] VAN DER JEUGHT, Stefaan, Le Traité de Lisbonne et la Cour de justice de l'Union européenne, Journal de droit européen, 1 décembre 2009, n°164, p.297-303, p.300.

[274] GAUTRON Jean-Claude, Droit européen, mementos Dalloz, Dalloz, 13ème édition, 2009, 337p, p.49.

[275] Article 35, Traité d'Amsterdam.

Le Traité de Lisbonne a permis de continuer ce processus d'extension des compétences de la Cour de Luxembourg. La suppression de l'organisation de l'Union en trois piliers donne compétence à la Cour de Luxembourg pour traiter de tous les domaines de compétence de l'Union.

L'article 19 TUE étend la compétence de la Cour de Luxembourg à tous les domaines de l'Union, et donc à l'ancien troisième pilier. Cependant, l'article 24 alinéa 2 dispose que « la Cour de justice de l'Union européenne n'est pas compétente en ce qui concerne ces dispositions, à l'exception de sa compétence pour contrôler le respect de l'article 40 du présent traité et pour contrôler la légalité de certaines décisions visées à l'article [276], second alinéa, du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ».

Désormais, la Cour de Luxembourg est compétente pour répondre aux domaines du Titre IV TUE relatif aux visas, asile et immigration. Mais elle se voit cependant limitée dans son action. Ainsi, l'article 275 TUE permet aux « personnes ou entités objet de sanctions intelligentes d'invoquer leurs droits fondamentaux devant le juge européen »[277]. Il n'en demeure pas moins que dans le cadre délicat des opérations de police, la Cour de Luxembourg n'est pas compétente pour contrôler la proportionnalité des opérations accomplies.

« Cette disposition exprime clairement le souhait des États membres que l'Union européenne respecte les fonctions essentielles de l'État, à savoir l'ordre public et la sécurité nationale »[278]. Ainsi, dans ce domaine précis, l'adhésion de l'Union à la Convention semble être pour certains auteurs « le seul moyen d'assurer une protection juridique exhaustive des

---

[276] RIDEAU, Joël, La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne - perspectives ouvertes par le traité de Lisbonne, Revue des affaires européennes, 2007/2008, n°2, p185-207, p.201.

[277] Op. cit., Van Der JEUGHT, p.302.

[278] KRUGER, Hans Christian et POLAKIEWICZ, Jorg, Proposition pour la création d'un système cohérent de protection des droits de l'homme en Europe, Revue universelle des droits de l'homme, 30 octobre 2001, n°1-4, p114, p.11.

citoyens, jusque dans le domaine particulièrement sensible au regard des droits de l'homme que constitue la coopération policière et judiciaire »[279].

Cette adhésion, si elle s'effectue rapidement, sera d'autant plus profitable qu'une période de transition de cinq ans a été prévue par le protocole n°36. Ainsi, la Cour de Luxembourg, en matière de coopération policière et judiciaire en matière pénale, demeure limitée dans ses compétences antérieures lorsque les actes ont été pris avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne. La Commission ne pourra pas, durant cette période de transition, effectuer de recours devant la Cour de Luxembourg dans ce domaine. Mais les actes pris, ou modifiés, après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne pourront être portés à la Cour de Luxembourg.

De plus, la Cour de Luxembourg est compétente pour « vérifier si la mise en œuvre de la PESC n'affecte pas les autres compétences de l'Union ou inversement »[280] et pour « « contrôle[r] la légalité » des décisions adoptées dans ce cadre quand celles-ci comportent des mesures restrictives à l'encontre de personnes physiques ou morales (article 275 TFUE) »[281]. Elle obtient ainsi une compétence, certes limitée, dans ce domaine.

Aujourd'hui, la Cour de Luxembourg peut également connaître de la conformité des actes du Conseil européen vis-à-vis des Traités, conformément à l'article 269 TFUE, celui-ci étant devenu une institution. De plus, elle pourra contrôler la validité des actes des agences de l'Union. Enfin, la Cour de Luxembourg peut désormais être saisie par le Comité des Régions.

L'Union a instauré également un système de saisine de la Cour de Luxembourg par les institutions contre d'autres institutions. La frilosité des États à mettre en cause un autre État pour des questions diplomatiques

---

[279] BURGORGUE-LARSEN, Laurence, Jurisprudence européenne comparée (2005), Revue du Droit Public, 1 juillet 2006, n°4, p.1106-1142, p.516.

[280] Le Traité de Lisbonne, Courrier hebdomadaire 2007/1976-1977, n°1976-1977, p.5-83, p.62.

[281] Article 263, TFUE.

est ici totalement effacée, les institutions n'hésitant pas à saisir la Cour de Luxembourg.

Dès 1984, au sein du projet Spinelli, le Parlement européen demandait la mise en place d'un recours spécifique pour la protection des droits de l'homme. Cette voie a été soutenue par la Cour de Luxembourg en 1995, permettant de renforcer la protection des droits de l'homme alors même que l'Union n'avait pas pour compétence ni objectif direct les droits de l'homme. Pourtant, si un tel recours était aujourd'hui mis en place, il est certain qu'une réelle concurrence aurait lieu entre les deux juridictions européennes.

Cette option a finalement été écartée. Ceci s'explique notamment par le fait que les droits fondamentaux au sein de l'Union sont étroitement liés aux autres domaines d'action de l'Union. Il serait donc difficile de distinguer un moyen tiré de la violation d'un droit fondamental de celui tiré d'une liberté économique. Pourtant, une solution serait « de limiter ce recours spécifique aux dispositions de la Charte. Ainsi, seuls les droits et libertés garantis par la Charte seraient acceptés comme moyen utile ouvrant droit à ce recours spécial ».[282]

Mais, la mise en place d'un recours spécifique devant la Cour de Luxembourg ne semble pas adéquate « car cela pourrait perturber de nombreux équilibres qui ont été mis en place au fil du temps. Au sein même de l'ordre communautaire, l'organisation même de la justice pourrait pâtir d'une telle réforme ». Ceci conduirait également à une autonomie de la protection des droits de l'homme au sein de l'Union. Or, un contrôle externe est toujours préférable. « À l'évidence, la garantie des droits de l'homme doit se réaliser, pour être crédible, sous le contrôle d'une instance internationale assumant le rôle du tiers objectif et indépendant », ce que représente la Cour de Strasbourg.

---

[282] DUCRET, S., *La protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne*. Université Lumière Lyon 2 - Droits de l'homme, 2010.

> « La non-adhésion aboutit en outre à des situations pour le moins curieuses, les citoyens européens étant désormais démunis devant des actes communautaires violant leurs droits fondamentaux, alors que lorsque ces compétences appartenaient aux États, ils avaient un recours devant la Cour européenne ».[283]

Mais y aurait-il encore utilité à adhérer à la Convention dans le cas de la création d'un recours spécifique pour la protection des droits fondamentaux ? Oui, car l'adhésion n'a pas pour unique but de mettre en place un recours spécifique pour la protection des droits de l'homme, mais bien de soumettre le système communautaire à un juge externe et de favoriser la cohérence entre les deux Cours. De plus la Charte consacrant le droit à un recours effectif, l'Union doit permettre un tel recours au sein même de son système. Il faut rappeler également que « la Convention européenne des droits de l'homme est en effet un mécanisme subsidiaire qui a uniquement vocation à compléter les garanties mises en place par les systèmes juridiques internes ».

« L'absence de recours spécifique pourrait inciter à l'externalisation des recours en matière de droits et libertés fondamentaux notamment dirigés vers la Convention de sauvegarde. Dans ce cas, l'autonomie du système juridictionnel communautaire serait partiellement remise en cause ». Mais comme nous l'avons vu, l'externalisation des recours est une pratique positive en matière de protection des droits de l'homme et l'adhésion de l'Union à la Convention ne devrait pas remettre en cause l'autonomie du droit de l'Union.

Il est à noter qu'au niveau national la majorité des États membres n'ont pas mis en place de recours spécifiques pour la protection des droits de l'homme. La mise en place de tel recours dans certains États, notamment l'Allemagne, l'Autriche, l'Espagne et le Portugal, a permis cependant une diminution de la saisine de la Cour de Strasbourg à leur égard.

---

[283] Ibid.

La « stature de juge des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire » était déjà avancée en 1999 lors de l'extension des compétences de la Cour de Luxembourg. La question se pose d'autant plus aujourd'hui avec la révision du Traité de Lisbonne. Cependant, son champ d'action se limite toujours à celui du droit de l'Union, ce qui restreint fortement sa capacité à être une concurrente de la Cour de Strasbourg qui peut contrôler tout acte des Hautes Parties, et notamment ceux pris en application du droit de l'Union.

Pourtant, les juridictions nationales ont par le passé saisi la Cour de Luxembourg, via le recours préjudiciel, pour connaître l'interprétation de la Convention. Erreur manifeste d'interlocuteur ou volonté de recourir à une voie n'existant pas au niveau de la Cour de Strasbourg ? La Convention faisant partie intégrante du droit de l'Union, le juge de la Cour de Luxembourg devait être compétent, à leurs yeux, pour effectuer son interprétation. Conformément à son domaine de compétences, la Cour de Luxembourg, lorsque l'interprétation est liée directement au droit de l'Union ou à un acte communautaire, accepte d'interpréter la Convention.

La Cour de Luxembourg a su s'imposer comme juridiction de droit de l'Union mais elle a su également imposer le droit de l'Union aux États membres, en n'hésitant pas notamment à écarter l'application de normes constitutionnelles contraires au droit de l'Union. En outre, cette autorité a été acceptée par les juridictions nationales qui n'hésitent plus à adresser à la Cour des questions préjudicielles. Mais la Cour de Luxembourg a également montré qu'elle était une juridiction forte en matière de protection des droits de l'homme.

> « Le juge de Luxembourg est devenu au fil des années un véritable juge des droits de l'homme, développant une jurisprudence dynamique en matière de droits fondamentaux à partir des dispositions des traités communautaires ainsi que des principes généraux du

droit communautaire, issus de la CEDH et des traditions constitutionnelles communes aux États membres ».[284]

Dans un recours en annulation formé contre une décision du Tribunal de Première Instance, la Cour de Luxembourg a jugé que « les juridictions communautaires doivent assurer un contrôle complet de la légalité de l'ensemble des actes communautaires au regard des droits fondamentaux lesquels font partie intégrante des principes généraux du droit communautaire ». Le juge se doit notamment de contrôler la légalité des actes communautaires mettant en œuvre une résolution du Conseil de Sécurité des Nations Unies. Cependant, les risques de divergences entre les deux systèmes, communautaire et conventionnel, se sont accrus lorsque la Cour de Luxembourg a accepté de contrôler la conformité d'un acte étatique de transposition du droit de l'Union avec les droits fondamentaux. Bien que ce contrôle entre dans la sphère communautaire, il concerne un acte étatique et non plus le droit de l'Union direct.

De plus, lors de l'application de la Convention, « la CJCE a toujours pris garde de se ménager une marge d'autonomie par rapport au texte conventionnel, qui risque fort aujourd'hui de s'accentuer avec la promulgation de la Charte ». Ainsi, concernant la compatibilité des systèmes nationaux de protection des droits fondamentaux avec le système communautaire, la Cour de Luxembourg a toujours considéré que ces droits devaient être mis en balance.

Par son arrêt Schmid berge, la Cour de Luxembourg a concilié la libre circulation des marchandises, fondamental en droit de l'Union, avec le droit de manifestation, principe général du droit. La Cour de Luxembourg s'est abstenue d'effectuer une hiérarchisation entre ces deux droits mais a admis que des restrictions à une liberté fondamentale étaient possibles pour permettre la réalisation d'un autre droit fondamental, laissant ainsi une marge d'appréciation aux États membres.

---

[284] Ibid.

La Cour de Luxembourg a permis, de la même manière, une restriction à la libre prestation de service et à la libre circulation des marchandises, en se basant sur la protection de la dignité humaine.

Ainsi, « le respect des droits fondamentaux est une condition de la légalité des actes communautaires, mais cela n'exclut pas que le droit communautaire puisse porter atteinte aux droits des particuliers ».

De plus, par son arrêt du 11 juillet 1985, la Cour de Luxembourg a précisé les limites de sa juridiction en matière de protection des droits de l'homme. Ainsi,

> « s'il est vrai qu'il incombe à la Cour d'assurer le respect des droits fondamentaux dans le domaine propre du droit communautaire, il ne lui appartient pas, pour autant, d'examiner la compatibilité, avec la Convention européenne, d'une loi nationale qui se situe, comme en l'occurrence, dans un domaine qui relève de l'appréciation du législateur national ».[285]

En effet, la Cour de Luxembourg n'a pas pour « mission de s'occuper de la défense des droits de l'homme dans la sphère de la souveraineté législative des États membres ».

La Cour de Luxembourg est donc au sommet de l'ordre judiciaire de l'Union, seuls les traités pourraient limiter ses pouvoirs, mais il est évident que dans une Union de droit, la question de la limitation des pouvoirs du juge ne se pose pas. Au contraire, les pouvoirs de la Cour de Luxembourg ont été renforcés par le Traité de Lisbonne et par l'entrée en vigueur de la Charte. Ces nouvelles compétences seront « de nature à conférer définitivement une valeur de niveau constitutionnel à l'essentiel des décisions de la Cour de Justice »[286].

---

[285] DE SCHUTTER, O. « L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme ». Courrier hebdomadaire du CRISP, 1994/15 n° 1440, 1994. p.1-40.

[286] Op. cit., PECHEUL, p.44.

§2. La reconnaissance de l'accès des particuliers aux Cours européennes : base de l'effectivité de la protection des droits de l'homme

Mais la protection des droits de l'homme s'appuie en premier lieu sur les juridictions nationales pour faire respecter la Convention. Les juges nationaux sont ainsi les juges de droit commun du droit européen, ils appliquent tant le droit de l'Union que conventionnel.

En effet, la Cour de Strasbourg ne peut être saisie qu'après la réalisation de tous les recours internes efficaces en la matière. En outre, la Cour de Luxembourg a affirmé très rapidement que le juge de droit commun du droit de l'Union était le juge national. Cependant, les juges nationaux ont la faculté de saisir la Cour de Luxembourg pour une question préjudicielle, ce qui permet une harmonisation des différentes interprétations du droit de l'Union dans les différents États membres. Ce système est absent du système conventionnel.

Les individus ont donc un recours direct grâce à leurs juges nationaux. Cependant, le recours devant les Cours européennes, tant de Strasbourg que de Luxembourg, n'a été que tardif dans les deux systèmes. L'accès des particuliers aux prétoires des juridictions européennes n'a jamais été illimité et continue d'être strictement encadré, tant par la Convention que par les Traités communautaires. De plus, comme la Cour de Luxembourg a déjà eu à le préciser, « il appartient, en principe, au droit national de déterminer la qualité et l'intérêt d'un justiciable pour agir en justice, le droit communautaire exige néanmoins que la législation nationale ne porte pas atteinte au droit à une protection juridictionnelle effective [...]. Il incombe en effet aux États membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect de ce droit [...] ».

À l'origine de l'entrée en vigueur de la Convention, le recours des particuliers n'était prévu que dans le cadre d'un accord des États par la souscription à une déclaration facultative du droit au recours individuel. Ainsi, avant le protocole n°11 de la Convention de 1998, la possibilité pour les individus de saisir la Cour de Strasbourg était limité et en aucun cas

obligatoire pour les États. Ceci créait une disparité entre les citoyens de l'Europe puisque certains avaient un accès à la Cour de Strasbourg et d'autres non.

Le protocole n°11 a mis fin au choix laissé aux États membres d'accepter ou non le recours individuel en mettant en place un accès direct des individus à la Cour de Strasbourg. Bien entendu, la recevabilité des recours des particuliers reste conditionnée à l'épuisement des voies de recours internes. La place de la Cour s'est alors fortement développée en permettant le recours individuel à la Cour. Ce droit « est généralement considéré comme l'acquis le plus précieux du droit européen des droits de l'homme. Le droit de recours individuel constitue, en l'état, la forme la plus achevée, et de surcroît unique, d'internationalisation du statut de l'individu » Pourtant, sous la pression de la quantité des requêtes introduites devant la Cour de Strasbourg et de la difficulté de faire face à cette surcharge de travail, le protocole n°14 a cherché à réduire l'accès des particuliers. Ainsi, bien que de fortes critiques aient eu lieu concernant l'accès des particuliers à la Cour de Luxembourg[287], la tendance devant la Cour de Strasbourg, est bien de limiter le recours des individus[288]. Pourtant on indique que l'adhésion de l'Union à la Convention aurait également pour effet de compenser « les carences du système juridictionnel communautaire » en permettant un accès à la Cour de Strasbourg pour les particuliers.

Le protocole n°14 instaure des restrictions. Désormais, seules les affaires représentant un préjudice important pourront être déclarées recevables. Hélas, « la notion de « préjudice important » qu'il appartiendra à la Cour européenne de préciser - risque de conduire à écarter des requêtes

---

[287] CJCE, 13 mars 2007, Unibet, Aff C-432/05, points 40-42.

[288] LAMBERT ABDELGAWAD, Elisabeth, L'exécution des décisions des juridictions européennes (Cour de justice des Communautés européennes et Cour européenne des droits de l'homme), Annuaire français de droit international, 2006, p677, p.692.

qui, pour mineures qu'elles soient quant au préjudice subi, peuvent néanmoins soulever des questions de principe tenant à l'application de la Convention ou à la « conventionalité » du droit interne »[289].

Mais, alors même que le protocole n°14 à la Convention n'était pas encore entré en vigueur, les Hautes Parties ont adopté une déclaration commune en février pour préparer les futurs travaux visant à réformer, une fois de plus, la Cour de Strasbourg.

Durant longtemps, l'on a reproché au système communautaire de restreindre l'accès des individus à la Cour de Luxembourg.

Pourtant, les carences du système de protection de l'Union, liées à son manque de recours possible pour les particuliers, ont lieu pour des cas qui « sont très limités puisqu'ils ne concernent que les hypothèses dans lesquelles un acte communautaire de portée générale est applicable à un particulier sans qu'il soit besoin de mesures nationales d'application ».

En outre, bien que la Cour de Strasbourg relève que l'accès limité des particuliers à la Cour de Luxembourg est une carence pour la protection des droits fondamentaux, elle n'en retient pas moins que le système communautaire permet un niveau de protection des droits fondamentaux équivalent à celui de la Convention. De plus, bien que les individus n'aient eu que des voies de recours limitées devant la Cour de Luxembourg, le système du recours préjudiciel permettait aux individus, à travers leurs juges nationaux, d'avoir accès aux juges de la Cour de Luxembourg. Depuis 2008 une procédure d'urgence, dans le cadre des questions préjudicielles, a été instaurée pour les personnes privées de liberté. La compétence de la Cour de Luxembourg couvrant aujourd'hui tous les domaines d'action de l'Union, notamment de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, cette procédure devrait être de plus en plus utilisée.

Notons également que jusqu'à la réforme récente de la Constitution française, la France était partie à la Convention et n'offrait pas de voie de

---

[289] SUDRE, Frédéric, Droit européen et international des droits de l'homme, 9ème édition, collection droit fondamental, PUF, 2008, Paris, 843p ; p694 point 323.

recours aux individus pour effectuer un contrôle de constitutionnalité des lois. La position de la Cour de Luxembourg vis-à-vis de la Convention est donc loin d'être inacceptable concernant l'accès des individus à son prétoire.

L'accès des particuliers à la Cour de Luxembourg était donc limité, en théorie, aux recours en annulation, en carence ou en indemnité. Mais l'individu avait surtout accès, indirectement, à la Cour de Luxembourg par le biais des questions préjudicielles des juridictions nationales.

Le recours en annulation était strictement encadré pour les particuliers, notamment par l'instauration d'une distinction entre les requérants privilégiés et non privilégiés. Les particuliers faisaient partie de la seconde catégorie et devaient démontrer qu'un intérêt personnel et direct les poussait à agir. Dans ce cadre, le recours avait une connotation subjective. La Cour de Luxembourg a élargi l'ouverture des recours aux particuliers en indiquant dans une affaire de 1990 qu'une personne directement concernée par l'acte incriminé, mais non destinataire, pouvait effectuer un recours. Cependant, aucun recours général n'a été accordé par la Cour de Luxembourg. Lorsque l'acte était de portée générale, le droit de recours des individus était refusé s'ils possédaient d'autres voies de recours.

Le Tribunal de Première Instance a tenté en 2002 d'ouvrir l'accès des particuliers en acceptant un recours d'individus non directement concernés par un acte général. La mise en place de ce recours objectif a été rejetée par la Cour de Justice seulement quelques mois plus tard et a conduit la Cour de Justice à censurer la position du Tribunal de Première Instance. La Cour de Justice considérait en effet qu'une révision des traités était nécessaire pour accepter de tels recours. Ce fut chose faite avec la révision du Traité de Lisbonne.

« Les individus ont aujourd'hui, conformément à l'article 263 alinéa 4 TFUE, un droit d'accès au prétoire de la Cour de Luxembourg plus étendu en matière de recours en annulation. Cet article prévoit que « toute personne physique ou morale peut former, [...], un recours contre les actes

dont elle est le destinataire ou qui la concernent directement et individuellement, ainsi que contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ». Ainsi, seuls les actes règlementaires concernant directement l'individu et qui n'ont fait l'objet d'aucune mesure d'exécution peuvent être attaqués. Les actes législatifs sont définis à l'article 289 TFUE. La difficulté réside dans l'interprétation de la notion d'« actes réglementaires ». Ils correspondent, conformément aux travaux préparatoires, aux « actes non législatifs de portée générale ». » [290]

Mais, les articles 288 à 292 TFUE relatifs aux actes juridiques de l'Union ne font pas référence à cette notion. Dans ce cas, il est possible que l'individu puisse attaquer tous les actes non législatifs ou au contraire uniquement les actes règlementaires d'exécution.

De même, les directives ne semblent pas relever de cette nouvelle voie de recours puisque des mesures d'exécution doivent être prises pour les transposer. Ainsi, si l'acte communautaire a fait l'objet d'actes nationaux en vue de son exécution, c'est vers les juridictions nationales que le particulier devra se tourner, le juge national pouvant par la suite avoir accès à la Cour de Luxembourg par le biais de la question préjudicielle si un doute sur la validité de l'acte communautaire naissait.

Mais, une ambiguïté sur l'interprétation des mesures d'exécution peut être soulevée. En effet, doit-on prendre en considération les actes qui n'ont pas reçu de mesures d'exécution, alors même qu'ils auraient dû, ou uniquement les actes qui, par leur nature même, ne peuvent produire des mesures d'exécution ? En outre, il semblerait que l'article 263 permette, en démontrant que le requérant est individualisé par rapport à un acte normatif ou que cet acte législatif ne soit pas normatif, d'attaquer tout acte

[290] DUCRET, S.*, La protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne*. Université Lumière Lyon 2 - Droits de l'homme, 2010.

communautaire[291]. Dans le cas contraire, seuls les requérants privilégiés seront en mesure de saisir la Cour de Luxembourg pour connaître de la conformité d'un acte législatif.[292]

Cependant, la portée même de ce nouvel article est incertaine. En outre, l'interprétation de la notion « individuellement concerné » pourrait étendre, ou au contraire réduire, l'accès des particuliers à la Cour de Luxembourg.

Cependant, la formulation de l'article 19 TUE qui prévoit que « les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union » pourrait conduire les États à mettre en place des procédures pour que leurs juridictions soient dans l'obligation de saisir la Cour de Luxembourg de questions préjudicielles en appréciation de validité des actes communautaires. Le recours juridictionnel du particulier serait assuré, mais de manière indirecte. L'avantage de cette procédure serait de ne pas engorger la Cour de Luxembourg de demande des particuliers et d'appliquer le principe qui fait du juge national le juge de droit commun du droit de l'Union.

L'accès des particuliers à la Cour de Luxembourg est un enjeu aux vues de l'adhésion de l'Union à la Convention. La Commission aux affaires constitutionnelles du Parlement européen a notamment souligné le fait que « la principale valeur ajoutée de l'adhésion de l'UE à la CEDH réside dans le recours individuel contre les actes de mise en œuvre du

---

[291] Fascicule 161-27-4 : Recours en annulation, JurisClasseur Droit International, mise à jour 1er juin 2008, point 363.

[292] États membres et institutions communautaires (Parlement européen, Conseil européen, Conseil, Commission, Cour de justice de l'Union européenne, Banque centrale européenne, Cour des comptes). À noter que le Comité des Régions peut être amené, pour sauvegarder ses prérogatives, à saisir la Cour de Luxembourg dans ce cadre.

droit de l'Union par ses institutions ou par les États membres »[293] précisant que ces requêtes peuvent être introduites par une personne physique ou morale. En effet, l'article 6 de la Convention a été interprété par la Cour de Strasbourg pour faire en sorte que les individus aient un accès effectif à la justice. La Cour de Strasbourg pourrait-elle considérer que tel est le cas au sein de l'Union ? En outre, la Cour de Luxembourg doit désormais appliquer la Charte, qui prévoit également à son article 47 le droit à un recours effectif. Il faut cependant prendre en compte qu'un accès ouvert des particuliers à la Cour de Luxembourg risquerait d'augmenter perceptiblement sa charge de travail. Les conséquences ont été telles sur la Cour de Strasbourg que des mesures doivent être prises rapidement pour faire face à un engorgement hypothétique mais prévisible.

En revanche les affaires susceptibles d'être admises pour un contrôle sont également différentes d'une juridiction à une autre. En effet, la Cour de Luxembourg est limitée aux affaires liées au droit de l'Union. Cependant, dans un arrêt de 1975, la Cour de Strasbourg a indiqué que l'article 6 de la Convention garantissait le droit des particuliers à faire entendre par un tribunal leurs contestations à caractère civil. La limitation des droits au caractère civil, ou pénal, a fait l'objet de fortes discussions, notamment sur la question de savoir si les sanctions administratives pouvaient être prises en compte. Bien que la Cour de Strasbourg ait fortement réduit les domaines administratifs qui auraient pu être écartés de l'application de l'article 6 de la Convention, elle n'a jamais étendu son interprétation jusqu'à supprimer toute distinction et donc toutes inapplicabilités de l'article 6. Avec l'arrêt Pellegrin, elle a même « recadré » cette application. Précisons cependant que « le droit à un recours juridictionnel au plan national n'est pas reconnu en tant que tel par la Cour de Luxembourg,

---

[293] Amendements de compromis, Parlement européen, Commission des affaires constitutionnelles, 15 avril 2010, Les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 2009/2241(INI), amendement n°10, p.8.

mais comme le corollaire nécessaire à l'effectivité d'un droit résultant du droit communautaire ». Pour sa part, la Cour de Luxembourg a forgé sa conception du droit au juge sur la base des principes généraux du droit de l'Union, l'objectif étant que le droit de l'Union soit correctement appliqué sur l'ensemble du territoire de l'Union et que le principe de primauté du droit de l'Union soit respecté.

La Cour de Luxembourg se réfère notamment à l'article 6 de la Convention dans son arrêt Johnston, permettant, via la notion de patrimoine juridique commun, de consacrer le droit au juge. La Cour de Luxembourg affirme ainsi « qu'il existait un principe général du droit à un recours juridictionnel dont les sources d'inspiration se trouvaient notamment dans les traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que dans les articles 6 et 13 de la Convention ». Cependant, la Cour de Luxembourg ne prend pas en compte la distinction opérée par l'article 6 de la Convention concernant les affaires à caractère civil, pénal ou administratif, permettant ainsi de traiter un plus grand éventail d'affaires.

DEUXIÈME PARTIE :
DROIT DES LIBERTÉS PUBLIQUES CONGOLAIS

Le cadre juridique pertinent

Les droits des libertés publiques mentionnés dans cette étude sont garantis par la Constitution de la RDC du 18 février 2006, telle que modifiée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011 (ci-après la Constitution) en son titre II, ainsi que par plusieurs conventions régionales et internationales pertinentes auxquelles la RDC est partie.

On peut notamment citer de manière non exhaustive :

- Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques adopté le 16 décembre 1966 ;
- La Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples adoptée le 27 juin 1981 ; et
- La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants adoptée le 10 décembre 1984.

Le système juridique moniste de la RDC implique que les dispositions de ces traités internationaux et régionaux sont directement applicables dans son ordre juridique interne. La RDC, dans son dernier rapport périodique soumis le 5 octobre 2017 à la Commission africaine des droits de l'homme et des Peuples, rappelait d'ailleurs que « La Constitution de la République démocratique du Congo telle que modifiée par la Loi n°11/002 du 20 janvier 2011 portant révision de certains articles de la Constitution du 18 février 2006, a maintenu dans son titre II, tous les droits de l'homme et libertés fondamentaux énoncés dans la Charte

africaine des droits de l'homme et des peuples; en particulier les droits civils et politiques. »[294]

On citera également la Déclaration sur les défenseurs des droits de l'homme, qui ne crée pas de nouveaux droits mais reprend ceux inscrits aux conventions internationales en particulier le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP), instrument juridiquement contraignant, auquel la RDC est partie.[295]

Est repris ci-dessous, le cadre juridique garantissant les principales libertés et droits dont la jouissance effective est primordiale, aux défenseurs de promouvoir les droits de l'homme.

---

[294] RDC, Rapport à la Commission africaine des droits de l'homme et des Peuples relatif à la mise en œuvre de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples couvrant la période 2008-2015 (11e, 12e, 13e rapports périodiques) et du protocole à la Charte africaine des droits de l'homme et des Peuples relatif aux droits des femmes couvrant la période 2005-2015 (rapport initial et 1er, 2e et 3e rapports périodiques), para. 1.

[295] D'autres instruments dits de « soft law » ont également été consultés dans le cadre de cette étude. Voir la bibliographie.

1

LE CADRE D'EXPRESSION DES LIBERTÉS PUBLIQUES

Le constituant de la constitution du 18 /02 / 2006, réaffirme l'attachement de la République démocratique du Congo aux Droits humains et aux libertés fondamentales tels que proclamés par les instruments juridiques internationaux auxquels elle a adhéré.

Aussi, a-t-il intégré ces droits et libertés dans le corps même de la Constitution.

Souvent confondues aux droits de l'homme, les libertés publiques s'en démarquent nettement en raison de leur origine et, certainement, de leur finalité. Une mise au point sur les deux notions permet d'esquisser un éventail des sources qui les engendrent.

Section 1. Les notions des libertés publiques

Mieux définir le concept aide à tracer une ligne de démarcation avec les notions voisines en vue sans doute de marquer le rôle des libertés publiques dans l'enseignement du droit constitutionnel.

§1 La définition des libertés publiques

La notion de libertés publiques demeure diversement perçue, en raison de sa proximité avec d'autres, notamment, les droits de l'homme, les

droits fondamentaux, les droits de la personne humaine, les droits humains et les libertés fondamentales. Prenant les droits de l'homme comme faisant partie des droits fondamentaux, une opinion indique que ces derniers sont des droits et libertés protégés par les normes constitutionnelles et internationales, quel que soit leur degré de fondamentalisme[296], elles-mêmes appréciées au niveau de leur protection. Cette prise de position crée une confusion entre « droits fondamentaux » et « libertés fondamentales », ne permettant pas non plus de situer, avec exactitude, les origines de chacune de ces notions et leur finalité.

Objectera, également, l'insistance sur la seule prise en charge juridique, alors que par leur existence, les droits et libertés méritent une protection spéciale qui dépasse leur cadre normatif. Faisant des droits de l'homme un appendice des droits fondamentaux, la même opinion semble mettre la charrue devant les bœufs ; la naissance d'un droit ne peut se confondre à sa protection liée à la personne humaine, les droits de l'homme sont, dans leur conception originaire, considérés comme des avantages collés à un individu, indépendamment, de leur reconnaissance ou protection par le dispositif juridique en vigueur.

Tout en opérant une ligne de démarcation entre les libertés fondamentales aménagées dans le cadre d'un État de droit constitutionnel et celles publiques organisées par l'État de droit légal, la thèse omet d'indiquer que constitutionnel ou légal, l'État de droit est et demeure organisé par le droit positif ; il participe aux prérogatives de la puissance publique. Par rapport à leur origine, les droits de l'homme relèvent d'un ordre juridique supérieur et extérieur à l'État, ils ne peuvent être confondus aux droits fondamentaux, libertés fondamentales ni aux libertés publiques, lesquels dérivent du droit positif.

---

[296] Lire dans ce sens FAVOREU L et alii, Droit des libertés fondamentales, Paris, Dalloz, 2000, p. 168 et KAMUKUNY MUKINAY NGAL A., Droit constitutionnel congolais, op. cit., pp. 308 -310.

Lorsque ce dernier, décide de leur accorder une importance particulière (le respect de la personne humaine, la liberté d'opinion, d'expression, de pensée, de conscience et de religion, le droit à l'information, etc.) sur d'autres, ces droits deviennent alors fondamentaux, parce que l'État a décidé de leur conférer une valeur particulière. Du point de vue de leur finalité, on note qu'à la différence des libertés publiques, les droits de l'homme ont vocation à offrir à chaque individu le pouvoir d'autodétermination dans la mesure où la nature humaine a toujours besoin d'un minimum de sécurité matérielle.

Ils lui confèrent, non pas un pouvoir de libre option, ni de libre action, mais une créance que la société se doit de lui fournir. L'État s'oblige, donc, à lui offrir des prestations positives, impliquant également la création des services publics. Ainsi circonscrites, les libertés publiques côtoient habituellement d'autres notions voisines.

§2. Les libertés publiques et les notions voisines

Bien que proches, les libertés publiques se distinguent des droits de l'homme, droits humains ou libertés fondamentales [297] La prise en charge constitutionnelle de la question démontre une certaine inconstance dans l'attitude du constituant congolais qui, pour désigner la même réalité, utilise tantôt les libertés publiques (la Loi fondamentale du 17 juin 1960), tantôt les droits fondamentaux (la Constitution du 1er août 1964 et celle du 24 juin 1967), tantôt encore les libertés publiques et la différence entre droits de l'homme et droits humains est si mince qu'elle se situe au niveau de la norme qui les crée et des bénéficiaires.

D'un côté, on relève que, les droits de l'homme sont des droits naturels reconnus à tout être humain, des privilèges reconnus à toute personne, quelles que soient ses origines, sa nationalité, sa religion ou ses

---

[297] KAMUKUNY MUKINAY NGAL A., *Droit constitutionnel congolais,* op. cit., p.311.

convictions politiques et idéologiques. Ils découlent d'un ordre juridique supérieur et extérieur à l'État, alors que les droits humains (au sens générique) sont ceux de l'homme, reconnus par un État ; ils se révèlent plus proches des libertés publiques, à la seule différence que ces dernières protègent toute personne humaine indépendamment de sa citoyenneté étant donné que les droits humains concernent les droits de l'homme au sens générique et citoyen. De l'autre, on note que l'étendue de la protection des droits de l'homme (droit naturel) dépasse largement celle des droits humains (droit positif).

En dépit de cette différence prévisible, les deux notions ont parfois été prises pour synonymes. Elles poursuivent, d'ailleurs, la même finalité, à savoir la reconnaissance et la protection des droits inhérents à la personne humaine. Parlant de droits de la personne humaine, le constituant congolais du 18 février 2006 utilise l'expression droit humain, [298] position qui se démarque de celle retenue dans la ligne de démarcation entre droits de l'homme et ceux humains, contrairement à la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948, laquelle préfère parler plutôt de « droits de l'homme ». La différence entre les droits de l'homme et les libertés fondamentales découle de celle faite précédemment entre les premiers et les libertés publiques.

Droits individuels reconnus par les normes juridiques relevant du droit positif, les libertés publiques deviennent fondamentales, lorsque le constituant ou le « législateur international » décide de leur conférer une protection particulière. Une telle approche participe de la catégorisation et, donc, de la hiérarchisation des droits de l'homme et des libertés publiques. Selon le pays et le contexte politique, certaines libertés publiques peuvent se voir accorder une attention plus que d'autres ; on distingue alors des

---

[298] WESTSH'OKONDA KOSO SENGA M., Les perspectives des droits de l'homme dans la Constitution congolaise du 18 février 2006, Kinshasa, éd. CDHC, 2006, pp. 30-50. 1208 DUVERGER M., Institutions Politiques et Droit Constitutionnel, Paris, 18e éd. PUF, 1996, p. 124.

libertés publiques à forte protection de celles qui le sont moins. Le constituant congolais du 18 février 2006 consacre, par exemple, le caractère sacré de la personne humaine et de la propriété privée ainsi que l'existence de l'opposition politique, ses activités et sa lutte pour la conquête démocratique du pouvoir.

Les droits fondamentaux (la Constitution de la transition du 4 avril 2003), tantôt enfin les droits humains et libertés fondamentales (la Constitution du 18 févier 2006). Le titre III de cette Constitution est intitulé droits humains, libertés fondamentales et devoirs du citoyen et de l'État.

Il y fait interdiction d'instituer, sous quelque forme que ce soit, le parti unique ou la modification de la Constitution qui a pour effet la réduction des droits et libertés de la personne. Le même texte oblige les pouvoirs publics et toute personne à respecter les droits de l'homme et libertés fondamentales consacrés dans la Constitution, interdit le recours à la torture ou l'esclavage, garantit la présomption d'innocence, le droit de la défense et ceux des personnes morales de droit public, autres que l'État, Circonscrites dans le cadre de la limitation du pouvoir, les libertés publiques redynamisent et modernisent l'enseignement du droit constitutionnel.

Les libertés publiques modernisent l'enseignement du droit constitutionnel Jusqu'à une époque relativement récente, la question des libertés publiques n'intéressait que, modestement, le droit constitutionnel plus orienté vers l'étude des institutions politiques et des normes qui les créent.

Cet état de choses est, au fil du temps, apparu dépassé ne rendant pas suffisamment compte de la place, combien importante, qu'occupent les libertés publiques dans la conception, mais également la perception de la discipline plus que tournée vers la sécurisation certes normative, mais aussi institutionnelle et juridictionnelle de la personne humaine contre toute atteinte à ses droits et libertés.

Le besoin d'assurer une efficace protection des libertés publiques a fini par convaincre de la nécessité d'engager le droit constitutionnel dans la voie du concret, l'éloignant d'une emprise dogmatique vers une

approche pratique, prête à s'offrir comme cadre de solutions adéquates aux problèmes de l'exercice et de la gestion du pouvoir.

Il s'établit aisément, une corrélation entre l'exercice et la gestion du pouvoir, ainsi que la protection des libertés publiques que le droit constitutionnel ne peut ignorer.

Aux termes de l'article 3 de la Constitution du 18 février 2006[299], les personnes morales de droit public sont constituées de l'État, des provinces et des entités territoriales décentralisées que sont la ville, la commune, le secteur et la chefferie. La même Constitution interdit, en son article 220 alinéa 2, toute révision constitutionnelle qui a pour effet de réduire les prérogatives des provinces et des entités territoriales décentralisées.

Section 2. La classification des droits et libertés publiques

Il existe plusieurs grilles de classification des droits et libertés publiques, chacune s'appuyant soit sur l'objet ou le sujet ou la nature de l'obligation qu'elle impose à l'État, soit sur la finalité, soit encore sur leur apparition, soit enfin sur leur caractère exécutoire. Selon l'objet, les libertés publiques sont soit physiques, soit intellectuelles, soit encore économiques, culturelles ou sociales.

Les libertés physiques protègent l'individu contre toute atteinte à son intégrité physique (droit à la sureté, droit à la vie, interdiction de la peine de mort, l'interdiction de recourir à l'esclavage ou à des traitements cruels, inhumains et dégradants...), celles intellectuelles contribuent à son épanouissement intellectuel (liberté de pensée, de conscience et de religion, liberté de communication, droit à l'information, liberté d'expression, de presse, droit à l'enseignement et à l'instruction, liberté des mouvements etc…), tandis que les libertés économiques, sociales et culturelles lui offrent un cadre de partage économique (liberté de commerce et

[299] Article 3 de la Constitution du 18 février 2006.

d'industrie) et social (droit du travail, celui de la sécurité sociale ou droit de grève).

Bien que systématique, cette classification n'offre que très peu la vision globale des droits et des libertés publiques, encore moins ne permet de catégoriser un certain nombre de droits tout aussi importants que ceux qu'elle propulse. On pense ainsi aux libertés non classables comme le droit à la vie privée ou le refus de toute sorte de discrimination.

En prenant pour critère de distinction le bénéficiaire des droits et libertés, on distingue les droits individuels de droits collectifs, les droits-créances (droit à la protection sociale, droit à l'instruction, à l'emploi, au logement décent, droit à l'eau et à l'électricité) de ceux de jouissance protégée (présomption d'innocence, droit à un procès équitable, droit à la défense ou celui d'être entendu par son juge naturel), les premiers imposant à l'État une obligation positive en ce qu'il doit en faciliter la pleine jouissance tandis que les seconds interdisent toute privation ou toute méconnaissance à l'égard d'une personne qui en a besoin.

Selon la finalité poursuivie, les droits et libertés défensifs (droit à la dignité humaine, liberté individuelle, liberté d'expression ou d'association, droit de grève, de pétition individuelle ou collective, refus d'exécuter un ordre manifestement illégal) obligent l'État à adopter un comportement inoffensif (il ne peut les violer sous quelle que forme que ce soit) et côtoient ceux de participation (droit de vote, égalité de suffrages, l'élimination de toute forme de discrimination en matière d'accès aux fonctions publiques, liberté d'expression, de réunion, d'association, de manifestation…) qui associent chaque citoyen au fonctionnement du jeu politique.

En considérant le point de départ de leur naissance, les droits de l'homme et libertés publiques sont présentés en termes de générations successives, permettant de distinguer les droits de la première, de la deuxième, de la troisième et de la quatrième génération. On a même pensé séparer les droits virtuels ou de programmation (droit d'accès à l'eau et à l'énergie ou à un logement décent, droit à la santé ou à la sécurité

alimentaire et à l'éducation, la gratuité de l'enseignement, la jouissance égale par chaque congolais des richesses nationales, droit à la paix et à la sécurité, droit à l'environnement sain et propice au développement, droit pour chaque être humain de jouir du patrimoine commun de l'humanité) de ceux réels ou pratiques (liberté d'expression, d'association, de réunion, de manifestation, droit de vote, d'éligibilité, des mouvements).

L'affirmation du principe d'universalité des droits de l'homme, d'interdépendance et d'indivisibilité des libertés publiques autorise à dire qu'une fois rattachés à la personne humaine, les droits de l'homme ont la même portée politique ; ils se valent et il n'y a pas lieu à systématisation. Il reste qu'en raison de leur genèse et du degré de leur protection, les droits civils et politiques sont séparables de ceux économiques, sociaux et culturels ainsi que de droits de jouissance collective et de ceux catégoriels.

§1. Les droits civils et politiques

Les droits civils et politiques se distinguent par leur origine et finalité. Rattachés à l'être humain, les droits civils poursuivent sa protection en dehors de toute considération particulière. Ils sont, pour ainsi dire, les droits de sauvegarde quels que soient l'âge, la nationalité, l'origine ethnique ou linguistique et la race du bénéficiaire. À la différence des droits civils, ceux politiques se rapportent à la collaboration pour l'exercice du pouvoir ; ils sont revendicatifs et participatifs. Les droits de revendication permettent à chaque citoyen de résister aux gouvernants, une résistance qui peut prendre deux directions.

D'un côté, on souligne le fait que les libertés publiques limitent l'activité gouvernementale (libertés-limites) et offrent la possibilité de s'opposer à l'État et à l'autoritarisme du pouvoir (libertés-opposition). Participent à cette trajectoire, le droit à la vie, l'interdiction de la torture, de l'esclavage ou de toute discrimination fondée sur des considérations raciales, politiques, ethniques ou culturelles, le droit de pétition, le refus

d'exécuter un ordre manifestement illégal, la liberté d'expression, de réunion, de manifestation ou d'association.

De l'autre, on rappelle que le droit constitutionnel est né de la conjonction entre la liberté et l'autorité ; les premiers droits qui ont rendu possible ce passage étant civils et politiques.

Parmi eux, on cite notamment le fait que tous les êtres humains sont nés libres et égaux, en dignité et en droit ; l'égalité de tous devant la loi et à l'égale protection de la loi.

Après avoir conquis un droit ou une liberté, il faut bien l'exercer et participer à la vie politique de son pays. Les libertés de participation émancipent politiquement, elles permettent à chaque individu de contribuer à la marche des affaires publiques de son pays. Sont souvent cités en exemple, le droit de vote (électorat et éligibilité), le droit à la liberté d'expression, d'association, de manifestation, de réunion, le pluralisme politique ou syndical, l'égal accès en matière d'éducation et aux fonctions publiques, l'interdiction de toutes les formes de discrimination à l'égard de la femme.

1. Les instruments relatifs aux droits civils et politiques

Quelques exemples de droits civils et politiques :

- Droit à la liberté individuelle ;
- Droit à la liberté de mouvement ;
- Droit à la liberté du commerce et de l'industrie ;
- Droit à la liberté d'expression ;
- Droit à la liberté de réunion ;
- Droit à la liberté d'association ;
- Droit d'être électeur ;
- Etc.

Nous distinguerons les instruments internationaux de ceux nationaux. Par instruments, il faut entendre les textes juridiques.

Inventaire des instruments internationaux relatifs aux droits civils et politiques

Il existe une multitude d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme. Il serait donc fastidieux d'en faire un inventaire complet. Par conséquent, notre inventaire se limitera aux principaux instruments et plus particulièrement (mais non exclusivement) ceux auxquels la République démocratique du Congo est partie.

A. Les instruments universels

Les Nations Unies ont adopté trois principaux instruments généraux qui constituent ce que l'on appelle « la Charte Internationale des droits de l'homme » et quatre instruments sectoriels et leurs protocoles.

- **La Charte internationale des droits de l'homme**

La Charte internationale des droits de l'homme comprend :

- La Déclaration universelle des droits de l'homme

La Déclaration universelle des droits de l'homme, (DUDH) a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations Unies, le 10 décembre 1948. Ce n'est pas un traité international ; c'est une résolution qui, de sa nature, n'a pas de force contraignante.

La Déclaration universelle des droits de l'homme a été adoptée comme un idéal commun de l'humanité en matière des droits. Cependant, bien que n'ayant pas, en théorie, de force contraignante, la DUDH, aujourd'hui, est une influence et même une autorité considérable tant sur le plan international que sur le plan interne. Elle est l'instrument international le plus connu de par le monde et plusieurs constitutions la citent nommément comme instrument de référence, ce qui lui donne une portée juridique incontestable.

Elle proclame aussi bien les droits civils et politiques (articles 1 à 21) que des droits économiques, sociaux et culturels (articles 22 à 27)[300].

[300] Articles 1 à 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

- Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux culturels

Le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (PIDESC) est un traité, c'est-à-dire un instrument juridique contraignant qui lie les États qui en sont parties. Il a été adopté le 16 décembre 1966. Il est entré en vigueur le 3 janvier 1976. La République démocratique du Congo y adhéré le er 1 novembre 1976.

Le PIDESC compte 31 articles qui, d'une part, proclament, en le développant, les droits économiques, sociaux et culturels énoncés par la Déclaration universelle des droits de l'homme (article 1 à 15)[301] et, de l'autre organisent un mécanisme de protection des droits [302]de l'homme, et, de l'autre, organise un mécanisme de protection des droits proclamés (articles 16 à 25).

- Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques

Le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (PIDCP) est, lui aussi, un instrument contraignant. Il énonce et définit, à ses articles 1 à 27, les droits civils et politiques reconnus au niveau des Nations Unies. Il a été adopté et est entré en vigueur le même jour que le PIDESC. La date de l'adhésion de la RDC au PIDCP est la même que celle de son adhésion au PIDESC.

Ses dispositions peuvent être regroupées en deux catégories : D'une part, les dispositions qui imposent aux États les obligations d'ordre général en rapport avec les droits énoncés (articles 2 à 5) et, de l'autre, les dispositions qui proclament des droits (articles 1 et 6 à 27).

- Le Premier Protocole facultatif au Pacte relatif aux droits civils et politiques

Le Premier protocole facultatif au PIDCP a été adopté au même moment que les deux pactes. Ce protocole institue la procédure de

---

[301] Articles de 1 à 15 de la Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux culturels.

[302] Article 1 et 15 de la Déclaration universelle des droits de l'homme.

communications individuelles (plainte des particuliers contre les États). La République démocratique du Congo y a adhéré à la même date que le Pacte.

- Le Deuxième Protocole facultatif au Pacte relatif aux droits civils et politiques visant l'abolition de la peine de mort.

Le Deuxième Protocole au PIDCP visant l'abolition de la peine de mort a été adoptée par l'Assemblée générale des Nations le 15 décembre 1989. Cet instrument interdit aux États parties d'exécuter la peine de mort qui aurait été prononcée contre une personne relevant de leur juridiction. Il leur demande, par ailleurs, de prendre des mesures pour abolir ladite peine de mort de leur arsenal répressif.

Cet instrument est entré en vigueur le 11 juillet 1991. La République démocratique du Congo ne l'a pas encore ratifié.

- **Les textes sectoriels ou particuliers**

Les principaux textes sectoriels adoptés par les Nations Unies sont les suivants :

-La Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, adoptée le 21 décembre 1965 et entrée en vigueur le 1 avril 1969 ; la RDC y a adhéré en avril 1976 ;

-La Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adoptée le 18 décembre 1979 et entrée en vigueur le 3 septembre 1981 ; la RDC l'a ratifiée le 17 octobre 1986 ;

-Le Protocole facultatif à la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, adopté le 16 décembre 1999 et entré en vigueur le 22 décembre 2000. La RDC n'est pas partie à ce protocole ;

-La Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, adoptée le 10 décembre 1984 et entrée en vigueur le 26 juin 1987 ; la RDC a adhéré en mars 1996 ;

-Le Protocole à la Convention contre la torture, adopté le 18 décembre 2002 et entré en vigueur le 22 juin 2006 ; la RDC n'est pas partie à ce protocole ;

-La Convention relative aux droits de l'enfant, adoptée le 20 novembre 1989 et entrée en vigueur le 2 septembre 1990 ; la RDC l'a ratifiée le 20 mars 1990 ;

-Le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène les enfants, adopté le 25 mai 2000 et entré en vigueur le 18 janvier 2002 ; la RDC l'a ratifié le 28 mars 2001 ;

-Le Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant l'implication d'enfants dans les conflits armés, adopté le 25 mai 2000 et entré en vigueur le 12 janvier 2002 ; la RDC l'a ratifié le 28 mars 2001 ;

-La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille, adoptée le 18 décembre 1990 et entrée en vigueur en 2003 ; la RDC ne l'a pas encore ratifiée ;

-Le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, adopté er le 17 juillet 1998 et entré en vigueur le 1 juillet 2002 ; la RDC l'a ratifié le 30 mars 2002.

- **Les instruments régionaux**

Nous nous limiterons à inventorier les instruments adoptés dans le cadre régional africain. L'Union Africaine a adopté quatre principaux instruments relatifs aux droits de l'homme que sont :

- La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples ;

Elle a été adoptée le 27 juin 1981, à Nairobi (Kenya). Elle est entrée en vigueur en 1986. La RDC l'a ratifiée le 20 juillet 1987.

Elle proclame des droits, mais aussi des devoirs dans un effort de traduire une conception des droits de l'homme propre au continent africain.

Les droits proclamés sont aussi bien les droits de l'individu (droits civils et politiques, droits économiques, sociaux et culturels, droits de solidarité) que les droits des peuples (égalité des peuples, droit des peuples à l'existence, droit des peuples à disposer d'eux-mêmes, droit des peuples à la libre disposition de leurs richesses et ressources naturelles). La Charte proclame par ailleurs les devoirs de l'individu.

La Charte crée un organe de supervision de son application par les États parties : la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.

- Le Protocole additionnel à la Charte créant la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ; Il a été adopté à Ouagadougou, au Burkina Faso, en 1998. Appelé Protocole de Ouagadougou, il est entré en vigueur le 25 janvier 2004. Le Protocole crée une Cour africaine des droits de l'homme et des peuples. Cette cour, composée de 11 juges, complète les fonctions de protection que la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples a conférées à la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples.

- La Convention de l'UA régissant les aspects propres des réfugiés en Afrique ;

Régissant les aspects propres des réfugiés en Afrique, cette convention a été adoptée à Addis-Abeba le 10 septembre 1969 et est entrée en vigueur le 20 juin 1974. La RDC l'a ratifiée. Cette convention complète la Convention relative au statut des réfugiés adopté dans le cadre des Nations unies le 8 juillet 1951.

La particularité de la convention africaine consiste dans le fait que celle-ci donne du réfugié une définition plus large que celle de la convention onusienne. En effet, alors que la Convention de 1951 ne vise que la personne qui fuit le pays, dont elle a la nationalité, par crainte d'être persécutée, la convention africaine étend le concept de réfugié à toute

personne obligée de quitter son pays 'du fait d'une agression, d'une occupation extérieure, d'une domination étrangère ou d'événements troublant gravement l'ordre public dans une partie ou dans la totalité de son pays d'origine ou du pays dont elle a la nationalité (article 1 § 2 de la convention).

- Et la Charte africaine des droits et du bienêtre de l'enfant

Elle a été adoptée à Addis-Abeba en juillet 1990. La RDC l'a ratifiée le 29 mars 2001. Dans sa première partie (article 1 à 31), cet instrument définit le concept d'enfant, énonce ses droits, détermine les obligations des États parties la responsabilité des parents et les responsabilités des enfants. Dans sa deuxième partie (articles 32 à 48), la Charte crée et organise l'organe de supervision de son application par les États parties : le Comité des droits et du bien-être de l'enfant.

B. Textes internes relatifs aux droits civils et politiques

Dans l'ordre juridique interne, la proclamation et les garanties des droits de l'homme peuvent résulter de la constitution, des lois et des règlements.

- **La Constitution**

Le texte constitutionnel présentement en vigueur en République démocratique du Congo est la Constitution de la République démocratique du Congo du 18 février 2006. Les droits sont proclamés dans le Titre II de la Constitution intitulé : «Des droits humains, des libertés fondamentales et des devoirs du citoyen et de l'État ». Ce titre contient 57 articles et consacre trois catégories de droits : droits civils et politiques, droits économiques, sociaux et culturels, ainsi que droits collectifs.[303]

Pour ce qui est des droits civils et politiques, on peut y citer :

-L'égalité en dignité et en droit (article 11),

[303] Article 57 de la constitution du 18 février 2006.

-Le droit à l'égalité devant la loi et à une égale protection de la loi (article 22),

-Le droit des Congolais à ne pas être discriminé en matière d'éducation, d'accès aux fonctions publiques et en aucune autre matière (article 13),

-Le droit de la femme à une représentation équitable au sein des institutions nationales, provinciales et locales (article 14 al. 5),

-Le droit de ne pas être soumis à des violences sexuelles (article 15 alinéa 1),

-Le droit à la vie, à l'intégrité physique et au libre développement de sa personne (article 16.2),

-Le droit à ne pas être tenu en esclavage ni dans une condition

-Le droit à ne pas être soumis à un traitement cruel, inhumain ou dégradant [304](art. 4),

-Le droit à ne pas être astreint à un travail forcé ou obligatoire (art, 16.5),

-Le droit à la liberté individuelle (art. 17.1),

-Le droit à ne pas être poursuivi pour une action ou une omission qui ne constitue pas une infraction au moment où elle est commise et au moment des poursuites (art. 17.3),

-Le droit à ne pas être condamné pour une action ou une omission qui ne constitue pas une infraction à la fois au moment où elle est commise et au moment de la condamnation (art. 17.4),

-Le droit à ne pas être condamné à une peine plus forte que celle applicable au moment où l'infraction est commise (art.17.5),

[304] Article 4 de la constitution du 18 février 2006.

-Le droit à ne pas être poursuivi, arrêté ou condamné pour fait d'autrui (article 17.6),[305]

-Le droit à la présomption d'innocence (article 17.6),

-Le droit pour toute personne arrêtée à être immédiatement informée des motifs de son arrestation et de toute accusation portée contre elle, et ce, dans la langue qu'elle comprend (art. 18.1),

-Le droit pour toute personne arrêtée à être informée de ses droits (art. 18.2),

-Le droit pour toute personne gardée à vue à entrer immédiatement en contact avec sa famille ou avec un conseil (article 18.3)

-Le droit pour tout détenu à être traité d'une manière qui préserve sa vie, sa santé physique et mentale ainsi que sa dignité (article 18.4),

-Le droit à ne pas être ni soustrait ni distrait contre son gré de son juge naturel (art. 19.1),

-Le droit de toute personne à ce que sa cause soit entendue dans un délai raisonnable par le juge compétent (art. 19.2),

-Le droit à la défense (art. 19.3),

-Le droit pour toute personne de se défendre elle-même ou de se faire assister d'un défenseur de son choix et ce, à tous les niveaux de la procédure pénale, y compris l'enquête policière et l'instruction pré juridictionnelle (art. 19.4),

-Le droit à un double degré de juridiction (art. 21.2),

-Le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion (art. 22.1),

-Le droit à la liberté d'expression (art. 23),

-Le droit à l'information (art. 24),

---

[305] Article 17 de la constitution du 18 février 2006.

-Le droit à la liberté des réunions pacifiques et sans armes (art. 25),

-Le droit à la liberté de manifestation (art. 26),

-Le droit d'adresser des pétitions (art. 27),

-Le droit de refuser de d'exécuter un ordre manifestement illégal (art. 28),

-Le droit à l'inviolabilité du domicile (art. 29),

-Le droit de circuler librement sur le territoire national, d'y fixer sa résidence, de le quitter et d'y revenir dans les conditions fixées par la loi (art. 30.1),

-Le droit pour tout congolais à ne pas être expulsé du territoire de la RDC, de ne pas être contraint à l'exil ni d'être forcé à habiter hors de sa résidence (art. 30.2),

-Le droit au respect de la vie privée (art. 31),

-Le droit pour tout étranger en situation légale de jouir de la protection accordée aux personnes et à leurs biens dans les conditions déterminées par les traités et les lois (art. 32),

-Le droit d'asile (art. 33.1),

-Le droit des réfugiés à ne pas être refoulés (art. 33.2),

-Le droit de toute personne à ne pas être acheminée vers le territoire d'un État dans lequel elle risque la torture, des peines ou des traitements cruels, dégradants ou inhumains (art. 33.5).

C. La loi et le règlement

Il existe dans l'ordre juridique congolais un grand nombre de textes légaux et réglementaires relatifs aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales. Nous ne reprenons ci-dessous que les plus importants.

- **Textes législatifs**

Nous pouvons citer :

- Décret du 6 août 1959 portant Code de procédure pénale ;

- Décret du 7 mars 1960 portant Code de procédure civile ;

- La loi n°015/2002 du 16 octobre 2002 portant Code du travail ;

- La loi n°023/2002 du 19 novembre 2002 portant Code judiciaire militaire ;

- La loi n°024/2002 du 18 novembre 2002 portant Code pénal militaire ;

- La loi n° 87- 010 du 1 aout 1987 portant Code de la famille ;

- La loi n°73-021 du 20 juillet 1973 portant régime général des biens, régime foncier et immobilier et régime des suretés ;

- La loi n°96-002 du 22 juin 1996 fixant les modalités de L'exercice de la presse ;

- La loi n° 04/2001 du 20 juillet 2001 portant dispositions générales applicables aux associations sans but lucratif et aux établissements d'utilité publique ;

- La loi n° 04/2002 du 15 mars 2004 portant organisation et fonctionnement des partis politiques ;

- La loi n°016/2002 du 16 octobre 2002 portant création des Tribunaux du travail ;

- L'ordonnance-loi n° 82-020 du 31 mars 1982 portant Code de l'organisation et de la compétence judiciaires ;

- L'ordonnance-loi n° 82-017 du 31 mars 1982 relative à la procédure devant la Cour suprême de justice ;

- La loi n° 04/009 du 5 juin 2004 portant organisation, attribution et fonctionnement de l'Observatoire national des Droits de l'homme ;

- La loi sur la répression des violences sexuelles.

- **Textes réglementaires**

- Ordonnance n° 78-289 du 3 juillet 1978 relative à l'exercice des attributions d'officier et agent de police judicaire près les juridictions de droit commun ;

- Ordonnance n°344 du 17 septembre 1965 portant régime pénitentiaire.

2. Approche définitionnelle

- **Droit à la liberté individuelle**

Dans les démocraties, la liberté individuelle est le droit accordé à chaque individu d'agir comme il l'entend sans encourir des mesures de privation de liberté (emprisonnement, astreinte à résidence, interdiction de se déplacer, hospitalisation sans consentement, etc.), hormis dans les situations prévues par la loi. Elle est l'une des libertés fondamentales reconnues dans la Constitution française (Cf. Principes fondamentaux reconnus par les lois de la République).

Au pluriel, les libertés individuelles désignent l'ensemble des droits qui sont reconnus aux personnes en tant que telles, indépendamment de leurs origines, de leur sexe, de leur croyance.

Elles se déclinent en plusieurs types de libertés :

La liberté naturelle,
La liberté civile,
La liberté de circulation,
La liberté de culte et la liberté de conscience,
La liberté d'opinion (liberté de pensée et liberté d'expression),
La liberté économique,
La liberté contractuelle.

Depuis les années 2000, le Conseil constitutionnel met en avant dans sa jurisprudence, une définition plus restreinte de la liberté individuelle, limitant celle-ci à la sureté, c'est-à-dire à la garantie de ne pas être arrêté

ou détenu arbitrairement,[306] comme le prévoit l'article 66, aliéna 1, de la Constitution : « Nul ne peut être arbitrairement détenu. » Pour le Conseil constitutionnel, les autres libertés essentielles, regroupées sous la notion de « liberté personnelle », sont régies par les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.[307]

La liberté individuelle est placée sous la surveillance de l'autorité judiciaire (alinéa 2 de l'article 66 de la Constitution) : « L'autorité judiciaire, gardienne de la liberté individuelle, assure le respect de ce principe dans les conditions prévues par la loi. »

- **Droit à la liberté de mouvement**

Toute personne qui se trouve sur le territoire national a le droit d'y circuler librement, d'y fixer sa résidence, de le quitter et d'y revenir, dans les conditions fixées par la loi. Aucun congolais ne peut être ni expulse du territoire de la république, ni être contraint à l'exil, ni être force à habiter hors de sa résidence habituelle. [308]

Effet, tout étranger qui se trouve légalement sur le territoire national jouit de la protection accordée aux personnes et a leurs biens dans les conditions déterminées par les traites et les lois. Il est tenu de se conformer aux lois et règlements de la république car le droit d'asile est reconnu.

La République démocratique du Congo accorde, sous réserve de la sécurité nationale, l'asile sur son territoire aux ressortissants étrangers, poursuivis ou persécutes en raison, notamment, de leur opinion, leur croyance, leur appartenance raciale, tribale, ethnique, linguistique ou de leur action en faveur de la démocratie et de la défense des droits de l'homme et des peuples, conformément aux lois et règlements en vigueur.[309] Il est interdit à toute personne jouissant régulièrement du droit d'asile d'entreprendre toute activité subversive contre son pays d'origine

---

[306] Article 66, al 1 de la constitution du 18 février 2006.

[307] Les articles 2 et 4 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen.

[308] Article 31 de la constitution du 18 février 2006.

[309] Article 37 de la constitution du 18 février 2006.

ou contre tout autre pays, à partir du territoire de la République démocratique du Congo.

Il est à noter que les réfugiés ne peuvent ni être remis à l'autorité de l'État dans lequel ils sont persécutés, ni refoulés sur le territoire de celui-ci. En aucun cas, nul ne peut être acheminé vers le territoire d'un État dans lequel il risque la torture, des peines ou des traitements cruels, de gardant et inhumains.

- **La libre circulation des personnes**

Droit fondamental, parce que traduction au plan juridique du besoin fondamental de mouvement qui habite l'être humain, la libre circulation des personnes recouvre différentes réalités.

A. L'entrée

Pour pénétrer en République démocratique du Congo (RDC), l'étranger doit remplir les conditions suivantes :

1°) Être muni des documents, des visas requis par la loi c'est-à-dire d'un passeport (c'est une carte d'identité nationale ou internationale en cours de validité ou tout autre titre de voyage, un tenant lieu) et du visa (donné par les agents diplomatiques ou consulaires congolais en poste à l'étranger préalablement à l'entrée en RDC) ainsi que de certificat de vaccination (prescrit par les règlements de police sanitaire pris en application des conventions internationales). L'étranger non résidant en RDC ou qui n'est pas autorisé à y résider, est tenu de présenter un billet de transport valable pour le retour ou la continuation du voyage en dehors de la RDC, à moins de disposer d'un moyen autonome de déplacement.

a. Le visa de transit : qui est délivré aux étrangers munis d'un titre de voyage pour une destination autre que le Congo et qui sert à l'aller, soit au retour, soit à l'aller-retour en transitant par la RDC. La durée de validité d'un visa de transit ne peut dépasser le temps strictement nécessaire à l'étranger pour accomplir son déplacement ou être supérieur à huit jours.

b. Le visa de voyage : comportant autorisation de séjour en RDC d'une durée de 8 jours à 6 mois au maximum avec une ou plusieurs entrées.

c. Le visa d'établissement : d'une durée d'un an à 5 ans accordé dans les conditions à examiner plus loin.

d. Le visa de sortie-retour : est accordé pour un ou plusieurs voyages à un étranger détenteur d'un visa d'établissement et d'une carte de résidence pour le déplacement à l'extérieur de la RDC ; il est valable pour 7 mois à dater de la première sortie. La durée d'un visa de retour peut être portée à 11 mois pour tout étranger établi en RDC et qui y poursuit des études ou stages de formation hors de la RDC. À l'exception du visa d'établissement, les autres visas prévus doivent être utilisés dans les 3 mois de leur délivrance sous la peine de péremption.

2°) Aucun visa ne peut être accordé à l'étranger s'il ne justifie des moyens de subsistance suffisants et honnêtes ;

3°) Être notoirement reconnu de bonne moralité, notamment n'avoir pas été poursuivi ni condamné à plus de trois mois de Servitude Pénale comme souteneur ou proxénète ;

4°) Ne pas être sous la dépendance d'un souteneur ou d'un proxénète ;

5°) Ne pas figurer sur la liste des indésirables.

Les visas de voyage et d'établissement ne peuvent être délivrés à tout étranger qui ne peut justifier d'une activité économique, professionnelle ou non susceptible de porter atteinte aux intérêts du pays.

L'étranger désireux de séjourner en RDC pour une durée de plus de 6 mois est tenu de présenter pour obtenir un visa d'établissement, une carte de validité obtenue dans les conditions définies par la législation du pays.

En ce qui concerne les professions soumises à une police spéciale, un titre d'agrément pour exercer sa profession ou justifier de toute autre condition fixée pour l'obtention du visa concernant son séjour s'il réside en RDC pour une activité scientifique ou philanthropique, il est tenu de

produire une autorisation légalisée de l'autorité dont il dépend ou un extrait du casier judiciaire de son pays d'origine.

En ce qui concerne les visas d'établissement, le législateur en a institué 6 catégories :

1. le visa d'établissement spécial ;
2. le visa d'établissement ordinaire ;
3. le visa d'établissement de travail ;
4. le visa d'établissement pour études ;
5. le visa d'établissement pour missionnaire ;
6. le visa d'établissement permanent.

Description des 6 catégories :

1°) le visa d'établissement spécial : il est délivré sur décision de l'auditeur général de l'ANR. Le visa d'établissement spécial est accordé pour 5 ans non renouvelables à l'étranger promoteur ou mandataire d'une entreprise nouvellement agréée à l'un des régimes du code des investissements. Ce visa d'établissement dispense son détenteur des visas de sortie et retour pendant les 5 premières années.

2°) le visa d'établissement ordinaire : a une durée de 3 an renouvelable. Il est accordé à l'étranger qui justifie des moyens personnels de subsistance suffisants et dont les activités ne sont pas jugées incompatibles avec la sécurité et/ou la moralité publique. Il est accordé et renouvelé d'office à l'épouse étrangère non séparée de corps. Ce droit lui est accordé jusqu'à la dissolution du mariage ; toutefois, la veuve ou l'épouse étrangère divorcée dont les enfants majeurs ont opté pour la nationalité congolaise et ont fixé leur résidence en RDC bénéficie également des avantages cités ci-haut.

3°) le visa d'établissement de travail : est accordé à l'étranger qui justifie d'une carte de travail obtenue dans les conditions définies par la législation de travail en vigueur en RDC. Ce visa d'établissement du travail est accordé pour la durée de validité de la carte du travail.

4°) le visa d'établissement pour études : est accordé aux étrangers dont le séjour en RDC est justifié par des raisons d'études ou de recherches scientifiques, et il a la validité d'une année renouvelable. Toute demande de visa d'établissement pour études doit être appuyée par une attestation d'admission dans un établissement d'enseignement officiel ou agréé conformément à la législation sur l'enseignement en RDC et d'un document attestant des ressources suffisantes pour l'année couverte par le visa.

5°) Le visa d'établissement pour missionnaires : est délivré aux missionnaires qui entrent en RDC dans le cadre des communautés ou associations religieuses ou philanthropiques reconnues par la législation congolaise. Les ressortissants d'un certain nombre des pays jouissent d'un régime particulier, leurs ressortissants étant dispensés en RDC et /ou du visa.

Les compagnies de transport sont responsables vis-à-vis du gouvernement congolais du rapatriement et de l'entretien en RDC des étrangers qu'elles y auraient transportés si ces étrangers n'ont pu établir au départ qu'ils étaient munis des documents et visas requis.

L'étranger qui se présente aux frontières pour entrer en RDC sans être muni des documents et visas requis est refoulé par l'agent préposé au contrôle de l'immigration. L'étranger s'il ne remplit pas les conditions d'accès au territoire congolais mais se trouve sur ce territoire, fera l'objet de renvoi par l'officier d'immigration constaté dans un P.V. d'in désirabilité dressée par l'officier d'immigration et notifié à l'intéressé.

B. Le séjour

Toute personne présentant à la frontière des documents requis peut pénétrer en RDC et y séjourner sous le seul couvert de son visa.

Le séjour de plus de 6 mois de l'étranger est soumis à l'obtention d'un des visas fixés par le Président de la République et d'une carte de résidence délivrée, prorogée et renouvelée par le Bourgmestre du lieu de résidence de l'étranger ou par le ministre des Affaires étrangères ou par son délégué pour les membres des corps consulaire et diplomatique, les

fonctionnaires internationaux, leurs conjoints et leurs enfants mineurs vivant sous leurs toits.

L'étranger qui est né en RDC doit être muni d'une carte de résidence à l'expiration d'un délai de 30 jours, sous réserve des dispositions des art. 5 et 8 de l'ordonnance-loi.

En principe, la durée de l'autorisation de séjour est illimitée, mais le titre de séjour est valable pour 2 ans à compter du jour de sa délivrance ; il peut être prorogé ou renouvelé à la demande de l'intéressé sous condition de paiement d'une taxe fixée par le ministre de l'Intérieur.

Sous réserve des lois et règlements de la RDC, le séjour et la circulation des étrangers titulaires des documents requis ne sont pas limités (art. 11) ; de tels étrangers ont toutefois l'obligation de présenter, à toute réquisition des agents de l'autorité, les pièces et documents sous couvert desquels ils ont été autorisés à séjourner en RDC.

Par ailleurs, la liberté de séjour et de circulation peut être restreinte dans certains cas par le ministre de l'Intérieur, soit par le Gouverneur de province. Il sied de noter que la législation congolaise en matière de police des étrangers avait établi, par le biais de la Loi n° 86-007 du 27 décembre 1986, un régime spécifique pour la circulation des étrangers dans les zones minières. Ce régime consacrait une classification de certaines régions géographiques de la République en zones minières.

Le principe était celui de l'interdiction de la circulation des étrangers dans les régions classées « zones minières », conformément à l'article 2 de la même Loi. Toutefois, le Ministre en charge de l'administration du territoire pouvait délivrer une dérogation motivée à cette interdiction par une autorisation spéciale décidée par arrêté ou un « sauf conduit de circulation », moyennant une taxe rémunératoire, sur pied de l'article 4 de ladite Loi.

Ce régime restrictif, édicté sous la deuxième République, correspondait à l'option économique de l'époque dans le secteur minier, considéré comme ultrasensible, bénéficiant de la protection quasi-militaire de l'État

avant d'être ouvert à l'initiative privée. Ce régime n'est plus en adéquation avec les nouvelles options économiques du pays dont le libéralisme dans le secteur minier.

En effet, la libéralisation du secteur minier aux termes du Code minier promulgué le 11 juillet 2002 prévoit l'ouverture du secteur et ce, sur toute l'étendue de la République, à tous les opérateurs économiques : nationaux et étrangers. Du coup, la classification des zones minières ne cadre plus avec la *ratio legis* du Code minier, qui fait de l'ensemble de la République une zone minière.

L'analyse des retombées minières obtenues auprès des services du Cadastre minier [CAMI] en sigle, établit cette situation nouvelle, qui se caractérise notamment par l'accès des étrangers au secteur. Dès lors, la classification retenue dans la Loi n° 86-007 du 27 décembre 1986 devient dépassée, pénalisant ainsi les régions classées « zones minières » et laissant en marge des régions dont l'activité minière est clairement établie par les statistiques. De cette manière, la Loi n° 86-007 créait un traitement discriminatoire injustifié contre certaines contrées de la République.

Au surplus, la Loi n° 86-007 du 27 décembre 1986 ne cadrait pas avec l'orientation du Code des investissements qui tend à ouvrir l'ensemble des secteurs économiques aux investisseurs. Et au demeurant, les visites des expatriés dans l'arrière-pays génèrent des revenus localement à travers diverses consommations : hôtels, restaurants, transports...

Il fut alors promulgué la Loi n° 08/001 du 26 mars 2008 portant abrogation de la Loi n° 86-007 du 27 décembre 1986 sur le séjour et la circulation des étrangers dans les zones minières.

Cette nouvelle loi vise à mettre fin à cette inadéquation entre les anciennes options de la politique de migration dans le pays avec les options libérales du nouveau Code minier ainsi que les nécessités d'attirer des investisseurs dans notre pays par le Code des investissements.

La suppression du régime des zones minières dans la police des étrangers apparaît non seulement comme une mesure de justice, mais aussi

comme une nécessité ressentie par la population des contrées classées. Elle est aussi une exigence du bon climat des affaires en faisant l'économie de cette démarche qui n'est aujourd'hui perçue que comme une tracasserie envers les investisseurs.

Notons cependant que le titre de séjour ne suffit pas pour permettre à un étranger de se livrer à une activité lucrative, car la priorité d'embauche était réservée aux travailleurs nationaux pour tout emploi rémunéré.

Si un étranger qui s'établit en RDC veut exercer une activité professionnelle salariée, il doit avoir, en plus de sa carte de résidence, une carte de travail d'étranger, sollicitée et obtenue par son employeur, désireux de l'embaucher ou de le maintenir en service. Cette carte est délivrée par le ministre du Travail après avis de la commission nationale de l'emploi et le paiement d'une taxe à la Banque centrale du Congo.

Tout employeur est tenu de solliciter la revalidation de toute carte de travail dont la durée de validité a expiré.

Il existe deux catégories de cartes de travail : la carte ordinaire et la carte spéciale.

a) La carte ordinaire est valable pour deux ans au maximum ; elle permet au travailleur d'occuper l'emploi pour lequel elle a été délivrée ;

b) la carte spéciale : valable aussi pour deux ans au maximum, elle permet au travailleur d'occuper tous les emplois rémunérés en vertu d'un contrat de travail ; elle n'est délivrée qu'aux étrangers ayant la qualité de réfugiés reconnue par le Gouvernement congolais. Une procédure et des formalités ont été prévues pour l'introduction des dossiers de demande des cartes de travail pour étrangers, ainsi que pour les retraits de cartes. En cas de refus de revalidation de la carte de travail ou en cas de retrait de cette carte, le contrat de travail devra être résilié par l'employeur (art. 28) qui versera dès lors au travailleur une indemnité égale à la rémunération et aux allocations familiales correspondant à la période de préavis qui aurait dû être respectée. Des sanctions pénales ont été prévues dans

le code du travail pour des infractions aux dispositions de l'ordonnance n° 74/098 du 06 janvier 1974 révisée.

D'une manière générale, les étrangers qui exercent habituellement en RDC avec les autorisations requises un travail en exécution d'un contrat de travail ou d'emploi, bénéficient des avantages sociaux attribués aux travailleurs congolais : allocations familiales, sécurité sociale, lois sur les accidents de travail, assurances sociales… Ils bénéficient également des secours de l'assistance publique au même titre que les nationaux.

C. Droit de sortie

L'étranger qui quitte le Congo doit présenter aux autorités congolaises les documents exigés pour entrer au pays de destination et apporter la preuve de la régularité de son séjour en RDC. En cas de départ définitif, la carte de résidence est retirée d'office.

D. Mesures d'éloignement

Trois mesures d'éloignement sont prévues par la législation congolaise actuelle : le refoulement, le renvoi et l'expulsion.

1° Le refoulement

(Article 13 de l'ord 03/003 du 12 septembre 1983 telle que modifiée à ce jour.) Il concerne les étrangers qui ne possèdent pas les documents requis pour entrer en RDC. Il est de la compétence des agents préposés au contrôle des frontières ; c'est une mesure sans recours et l'étranger est immédiatement reconduit de l'autre côté de la frontière aux fins de rapatriement, tous frais éventuels à charge du transporteur.[310]

2° Le renvoi (article 14)

C'est une mesure administrative qui intervient à l'égard de tout étranger qui aura pénétré en RDC sans être muni des documents requis ou qui, sans excuse valable, n'aura pas quitté le territoire alors que son titre de séjour est périmé ou a expiré. La mesure de renvoi est constatée dans un

[310] Article 13 de l'ord 03/003 du 12 septembre 1983.

PV d'indésirabilité dressé par un officier d'immigration, elle est notifiée à l'intéressé qui dispose alors de 24 heures pour introduire un recours auprès du représentant régional du SDI. Jusqu'à la décision de ce dernier, l'étranger est assigné à résider au lieu lui désigné par l'autorité administrative qui la notifiera à l'intéressé. Une fois le recours rejeté, l'indésirabilité est définitivement constatée et l'étranger sera conduit au poste-frontière de son choix.

3° L'expulsion (articles 15 à 17)

Elle concerne tout étranger qui, par sa conduite ou par sa présence, compromet ou menace de compromettre la tranquillité ou l'ordre public. L'expulsion s'effectue par décret-loi motivé du Président de la République. S'il s'agit d'un étranger titulaire d'une carte de résidence ou d'un réfugié, le décret d'expulsion ne pourra intervenir qu'après avis de la Commission nationale d'immigration.

> « L'étranger à charge duquel une procédure d'expulsion est entamée et qui est susceptible de se soustraire à l'exécution de cette mesure peut être incarcéré dans une maison d'arrêt ( ) par l'Administrateur national de l'Agence Nationale de Renseignement [ANR] ou son délégué pour une durée de 48 heures. En cas de nécessité absolue, cette durée pourra être prorogée de 48 heures, sans que la détention ne puisse dépasser 8 jours. Le décret d'expulsion est notifié par tout fonctionnaire ou agent de l'ANR ou de l'administration des douanes ou par tout officier de police judiciaire à compétence générale ou encore par un gardien de la maison d'arrêt si l'étranger est en état d'arrestation. »[311]

Notons : l'étranger renvoyé ou expulsé doit figurer sur les listes des indésirables tenues par le service de sécurité sous la surveillance de la Commission nationale d'immigration.

---

[311] Articles 15 et 16 de l'ord 03/003 du 12 septembre 1983.

E. Pénalité

> « L'étranger qui se soustrait à l'exécution d'une ordonnance d'expulsion ou qui, expulsé du Congo, il pénètre de nouveau sans autorisation du Président de la République est passible d'une servitude pénale de 1 à 6 mois et d'une amende à l'expiration de sa peine, il sera reconduit à la frontière. Toutefois, l'étranger frappé de la mesure d'expulsion et qui justifie être dans l'impossibilité de quitter le territoire congolais, peut, jusqu'à ce qu'il soit en mesure de le faire, être astreint par arrêté du Ministre de l'Intérieur, à résider en un lieu déterminé ; il doit se présenter périodiquement aux services de police ».

Sera puni d'une Servitude Pénale de 3 mois au maximum et/ou d'une amende :

1. tout étranger qui aura pénétré en RDC sans détenir les documents requis ;

2. tout étranger qui, sans excuse valable, aura omis de solliciter, dans les délais légaux, la délivrance d'une carte de résidence ;

3. tout étranger auquel la carte de résidence aura été refusée ou retirée et qui séjournera sur le territoire après l'expiration du délai qui lui aura été imparti ;

4. tout étranger qui sera porteur d'une carte de résidence ou d'un récépissé de demande non valable ;

5. toute personne qui, par aide directe ou indirecte, aura facilité ou tenté de faciliter l'entrée, la circulation ou le séjour irrégulier d'un étranger ;

6. toute personne qui aura entravé l'accomplissement de leurs fonctions par les agents de l'autorité agissant en exécution des prescriptions de la loi organique ou de ses mesures d'exécution ;

7. tout étranger qui se sera déplacé sans sauf-conduit en dehors de la zone de validité du titre de séjour.

Les infractions à l'ordonnance portant mesures d'exécution seront punies des mêmes peines.

Les agents préposés à l'immigration ont libre accès à bord des navires arrivant dans un port congolais et des aéronefs arrivant sur un aéroport congolais ainsi que sur les trains, automobiles et autocars franchissant la frontière congolaise.

Les capitaines de ces navires, les commandants de bord de ces aéronefs, les chefs de train et chefs de caravane automobiles sont tenus de fournir des indications relatives aux noms, prénoms, lieu et date de naissance, nationalité, profession, numéro du passeport, genre de visa, lieu d'arrivée et de destination projeté en RDC.

- **Droit à la liberté du commerce et de l'industrie**

Le principe de liberté du commerce et de l'industrie repose sur 3 principes fondateurs :

A. la liberté d'entreprendre, celle d'exploiter et celle de concurrencer. Qui est le droit reconnu à toute personne de se livrer à l'activité commerciale de son choix. En pratique, cette liberté donne la possibilité de créer son entreprise, de posséder son outil de production, de choisir son activité et de s'établir librement ou on le souhaite.

B. la liberté d'exploiter est le choix offert à chacun d'établir les relations commerciales de son choix. L'exploitant est seul juge des moyens employés (a condition que ceux-ci soient licites) pour assurer le succès de son entreprise. en pratique, cette liberté permet de signer des conventions civiles ou commerciales, d'achat, de vente, etc.

C. la liberté de concurrencer donne à l'entrepreneur le droit d'entrer en compétition dans le cadre d'une relation loyale et légale avec d'autres entreprises. En pratique, cette liberté permet de produire des biens et des services sans entraves ni monopole et de pouvoir commercer librement.

- **Droit à la liberté d'expression**

La liberté d'expression est le droit pour toute personne de penser comme elle le souhaite et de pouvoir exprimer ses opinions par tous les moyens qu'elle juge opportun, dans les domaines de la politique, de la philosophie, de la religion, de morale...

> « Tout individu a droit à la liberté d'opinion et d'expression, ce qui implique le droit de ne pas être inquiète pour ses opinions et celui de chercher, de recevoir et de répandre, sans considérations de frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit. »[312]

La liberté d'expression a comme corollaire la liberté de la presse, la liberté d'association, la liberté de réunion, la liberté de manifestation mais aussi le respect d'autrui. Elle est souvent restreinte par certaines conditions particulières qui interdisent l'incitation a la haine raciale, nationale ou religieuse ou l'appel à la violence physique contre les individus. Il en est de même pour la diffamation, la calomnie, le négationnisme, l'atteinte à la propriété intellectuelle, l'atteinte au secret professionnel…

- **Droit à la liberté de réunion ;**

La liberté de manifestation est reconnue par les instruments juridiques internationaux et les constitutions des États comme un des droits fondamentaux de l'homme.[313] En RDC, elle est proclamée par la

---

[312] Article 19 de la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948.

[313] Aux Etats-Unis d'Amérique, c'est le premier amendement de la Constitution qui en parle. Il fait partie des dix amendements ratifiés en 1791 et connus collectivement comme la déclaration des droits (*Bill of Rights*). Il interdit au Congrès des États-Unis d'adopter des lois limitant la liberté de religion et d'expression, la liberté de la presse ou le droit à s'assembler pacifiquement. Même si le texte ne fait mention que du Congrès qui est seul investi du pouvoir législatif dans la Constitution, cependant, les principes de l'amendement ont pu être appliqués aux décisions des pouvoirs exécutifs et judiciaires.

constitution[314]du 18 février 2006 en son article 26 et représente la forme démocratique et moderne du combat politique. Elle est à la portée des partisans du pouvoir qui chantent leurs victoires et soutiennent l'action de la majorité ; elle sert en même temps la cause des opposants qui protestent contre les orientations politiques prises par le gouvernement.

La liberté de manifestation est aussi un moyen d'expression des acteurs sociaux autres que les partis politiques ; de fait, les groupes de pression telles les organisations non gouvernementales, les syndicats, et les églises ne peuvent faire valoir leurs opinions qu'en organisant des manifestations.

C'est pourquoi, cette liberté est l'une des plus visibles, des plus évoquées et même des plus disputées.

Cependant, malgré ses consécrations par des instruments juridiques nationaux et internationaux, l'exercice de cette liberté est soumis à une forte surveillance et cela, dans la plupart des régimes totalitaires. Au cours des manifestations publiques, se commettent des graves violations des droits de l'homme tels des massacres, des arrestations arbitraires, des enlèvements, des tortures, des traitements inhumains et dégradants ainsi que des humiliations de tout genre.

En même temps, l'exercice de la liberté de manifestation est l'occasion et le moyen de jouir des autres droits ; c'est le cas du droit à la grève, de la liberté d'opinion et d'expression, de l'affirmation des droits des minorités, du droit à participer à la gestion des affaires de l'État, du droit à la libre expression de l'opposition, du droit à la démocratie etc. Les revendications relatives à la jouissance de ces droits ne peuvent être portées à la place publique et aux autorités qu'au moyen de l'organisation des manifestations.

À ce sujet, le Bureau conjoint des Nations unies aux droits de l'homme (BCNUDH) a constaté qu'en RDC, malgré les garanties constitutionnelles, ceux qui cherchent à exprimer leurs opinions et à faire valoir leurs

[314] Article 26 de la constitution du 18 février 2006 telle que modifiée en 2011.

libertés fondamentales de réunion et d'association ont souvent fait l'objet d'abus par des agents de l'État et ont subi des atteintes à leur droit à l'intégrité physique.[315]

Mais la liberté de manifestation ou de rassemblement est l'une de plus controversées en ce que son exercice touche directement à l'ordre public et à la sécurité. Les pouvoirs publics doivent intervenir pour encadrer les manifestants et assurer la protection des droits et libertés des autres particuliers comme le droit à la propriété privée, la sauvegarde de l'intégrité physique, le droit à la paix et à la sécurité publique. C'est parce qu'un rassemblement non encadré, organisée sur la place publique, peut dégénérer en un mouvement de destruction des biens privés, de commission des actes de vandalisme, que le besoin du maintien de l'ordre s'impose[316].

Cela se traduit par des restrictions instituées par la loi dans l'exercice de ce droit de l'homme. Dans de nombreux pays, les autorités se réservent le droit d'interdire certaines réunions, notamment en prévision de trouble à l'ordre public ou d'atteinte aux personnes et aux biens, ce qui est susceptible d'être interprété comme une forme de censure.

La liberté de manifestation exige donc un aménagement qui tienne à la fois compte du besoin de laisser les gens s'exprimer et de la nécessité de sauvegarder la sécurité publique. Très souvent, cette conciliation n'est pas facile à faire. La limite à ne pas franchir par les pouvoirs publics et les manifestants ressemble à une frontière toujours contestée.

Tantôt les réunions ou manifestations débordent en des scènes violentes et des émeutes qui s'accompagnent des pillages et des atteintes à des intégrités physiques ainsi qu'à des destructions méchantes ; tantôt et

---

[315] Nations unies, Rapport du Bureau conjoint des Nations unies aux droits de l'homme sur les droits de l'homme et les libertés fondamentales en période préélectorale en République.

[316] La manifestation organisée à l'occasion du dépôt de candidature d'Etienne TSHISEKEDI WA MULUMBA finit par la destruction du siège fédéral du PPRD sur le boulevard SENDWE à Kinshasa et la répression qui s'en était suivie était sanglante.

très souvent, elles finissent par des interdictions de manifester ou encore par des répressions sanglantes et meurtrières.

L'étude de l'exercice de la liberté de manifestation en RDC doit avant tout chercher à savoir pourquoi les réunions publiques en RDC tournent-elles souvent à des scènes des pillages et à des accrochages sanglants et meurtriers ? Ceux qui sont au pouvoir allèguent que les manifestants et leurs organisateurs se livrent à la subversion et ne respectent pas la loi relative à des manifestations publiques. Cela justifierait, selon eux, les interdictions de marche et les répressions des réunions.

Par ailleurs, du côté de ceux qui appellent à manifester, il est soutenu qu'il s'agit du refus d'organiser des réunions et manifestations publiques, surtout lorsque celles-ci ont pour objet de dénoncer les mauvaises pratiques du pouvoir dans le domaine social, politique et des droits de l'homme. Les actions violentes des manifestants seraient à leur avis, des réactions à des refus arbitraires et illégaux de manifester[317].

Dans cette controverse, nous évitons de nous verser dans les considérations partisanes et restons préoccupés par le souci de connaitre l'état de la législation sur les manifestations publiques en RDC. Il est donc

---

[317] Les laïcs catholiques avaient organisé une marche pacifique malgré l'annulation et l'interdiction des autorités de la ville. En effet, quatre prêtres et quatre laïcs catholiques étaient interpellés le jeudi 16 février par la police lors de la marche des chrétiens annulée par le Gouverneur de la ville de Kinshasa. Ils avaient été remis en liberté le même jour dans la soirée. Selon le porte-parole du Conseil de l'apostolat des laïcs catholiques du Congo (CALCC), Thierry Landu, cette remise en liberté avait été obtenue grâce à l'intervention de la MONUSCO et des ONG de droits de l'homme. « Il y a eu une mobilisation réelle des chrétiens qui ont répondu à l'appel du CALCC. Au lieu d'encadrer les manifestants, la police les a empêchés de se rendre au point focal. C'est ainsi qu'on a vu des paroisses où on a bloqué les chrétiens ». Les Chrétiens catholiques étaient bloqués notamment à la paroisse St Augustin de Lemba où des jeunes délinquants intimidaient les paroissiens pour les empêcher de participer à la marche ; in http://radiookapi.net/actualite/2012/02/17/marche-des-chretiens-les-pretres-les-laics-interpelles-ont-ete-remis-en-liberte/

question de répondre à la question de savoir ce que dit la loi sur les manifestations publiques en RDC. Tous les Congolais ont le droit d'organiser des manifestations et des réunions pacifiques et d'y participer individuellement ou collectivement, publiquement ou en prive, dans le respect des lois, de l'ordre public et des bonnes mœurs.[318]

§2. Les droits économiques, sociaux et culturels

Une fois les droits civils et politiques obtenus, il faut s'assurer de leur exercice effectif dans un environnement économique, social et culturel adapté. Ces droits constituent des prestations matérielles fournies par la communauté publique, les droits économiques, sociaux et culturels garantissent aux citoyens un cadre de vie propice à leur épanouissement. Nés aux lendemains de la première guerre mondiale, ces droits s'accommodent d'un environnement économique, social et culturel propice à l'exercice des droits civils et politiques.

Dès leur création, en effet, les droits économiques, sociaux et culturels ont attiré l'attention de l'organisation des nations unies qui a pu se rendre à l'évidence que, le relèvement des niveaux de vie, le plein emploi et les conditions de progrès et de développement, dans l'ordre économique et social, la solution des problèmes internationaux dans les domaines économique, social, de la sante publique et autres problèmes connexes ainsi que la coopération internationale dans les domaines de la culture intellectuelle et de l'éducation sont de nature à contribuer à la paix. On admet que sans la paix sociale au sein des États membres, celle internationale, préoccupation primordiale des nations unies, n'est qu'illusoire. C'est dans ce cadre que fut créée, en vertu de la traite de Versailles et pour promouvoir le travail dans le monde à la fin de la première guerre mondiale, l'organisation internationale du travail, première institution

[318]Article 1 du DÉCRET-LOI du 29 janvier 1999 portant réglementation des manifestations et des réunions publiques.

spécialisée des nations unies. Quelques années après la fin de la deuxième guerre mondiale, soit le 10 décembre 1948, la déclaration universelle des droits de l'homme va dans les États comme l'Allemagne, l'Espagne, l'Irlande, le Mexique ou l'union des républiques socialistes soviétiques.

Celle-ci consacre, à son tour, les droits économiques, sociaux et culturels à laquelle se sont joints plusieurs textes internationaux dont le pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale, la convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes et la convention relative aux droits de l'enfant. Sur le plan régional et notamment africain, les droits économiques, sociaux et culturels sont consacrés dans la charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

Signalons que les droits économiques, sociaux et culturels ont acquis dans le monde actuel une place de choix. Ce positionnement tient essentiellement du fait que l'homme n'est vraiment libre que s'il se trouve dans des conditions matérielles satisfaisantes. Notons que l'exercice de ces droits suppose que l'État puisse honorer son obligation de pourvoir ».

On en distingue deux sortes, d'après J-J- ISRAËL, à savoir :

- Les droits sociaux de défense ou « droits de résistance », que sont, entre autres, la liberté syndicale ou le droit de grève ;
- Les droits de créances ou « droits d'exigences » ...

Il convient de dire que la société à travers sa personnification qu'est l'État assure aux individus les conditions économiques et matérielles de sa liberté, c'est-à-dire la satisfaction des besoins essentiels de l'individu.

Parmi ces droits, on peut évoquer :

- Le droit à la propriété (art. 34)[319] ;
- Le droit au travail (art. 36) ;[320]
- La liberté d'association (art. 37) ;

---

[319] Article 34 constitution du 18 février 2006.

[320] Article 37 de la constitution du 18 février 2006.

- La liberté syndicale (art. 38) ;
- Le droit au mariage avec la personne de son choix (art. 40) ;
- Le droit à la protection de la famille (art. 40) ;
- Le droit à l'éducation (art. 43).

Tels sont les droits économiques, sociaux et culturels, abordons à présent les droits collectifs.

1. Les droits collectifs (droits de solidarité ou communautaires)

Quant aux droits que couvrent les droits appelés aussi « droits de solidarité » ou « droits communautaires », l'on peut notamment citer :

- Le droit à la paix et à la sécurité (art. 52);
- Le droit à un environnement sain (art. 53)
- Le droit au développement (art. 58);
- Le droit au patrimoine commun de l'humanité (art. 59).

Après avoir inventorié les différentes libertés publiques proclamées par la Constitution du 18 février 2006, il convient d'en déterminer le régime juridique.

Les droits de jouissance collective

Longtemps considérés comme droits de seconde zone, ceux de la troisième génération ont fait douter de leur existence autonome à côté de deux autres générations des droits de l'homme. On a même pensé que l'effectivité de ces droits était subordonnée à certaines conditions telles que l'existence d'un titulaire ou d'un créancier précis, d'un attributaire ou d'un débiteur tout aussi précis, d'un objectif bien déterminé et d'une sanction en cas de violation ou de méconnaissance. Toutes ces conditions supposent la mise en place préalable d'un dispositif juridique cohérent, adapté et qui ne s'accommode pas toujours de tous les droits de l'homme et notamment celui à la solidarité.

L'observation a vite permis d'assimiler cette catégorie des droits et libertés à une entreprise contractuelle, au sein de laquelle le créancier et le débiteur peuvent se disputer des privilèges et obligations.

Lorsqu'on prend pour repère l'identification d'un titulaire pour juger de l'effectivité d'un droit ou d'une liberté, la confusion dans les esprits est inévitable , au point qu'une distinction peut être faite entre ce qui représente un individu et le peuple encore que pour ce dernier, le contenu est difficile à percevoir pour qu'une place soit accordée aux interprétations diverses ; prélude d'une double confusion qui tienne, d'une part, à la maigreur de la distance séparant l'État et ses habitants en vue de désigner, d'autre part, le peuple ou l'ensemble des populations vivant en son sein.

S'agissant de l'attributaire d'un droit, qui peut être un État ou la communauté internationale, une distinction est aussi possible entre les droits de la troisième génération de ceux de deux autres générations précédemment étudiées. Les droits de jouissance collective poursuivent, enfin, un même objectif que les autres générations des droits, à savoir la sauvegarde et la protection des droits de l'homme en général. Leur violation appelle donc des sanctions, selon les dispositifs arrêtés par chaque État ou la communauté internationale. Au nombre de ces droits, figurent le besoin d'assurer une coexistence pacifique et harmonieuse entre les différents groupes ethniques, le droit à la paix et à la sécurité, le droit à l'environnement sain et propice au développement, le droit pour chaque être humain de jouir du patrimoine commun de l'humanité, l'interdiction de construire des usines ou de procéder au stockage, à la manipulation, à l'incinération et l'évacuation des déchets toxiques, polluants ou radioactifs provenant des unités industrielles ou artisanales. Entrent, également, dans la catégorie des droits de jouissance collective, l'interdiction de transit, de stockage, d'enfouissement, le déversement dans leurs eaux continentales et dans leurs espaces maritimes, l'épandage dans leurs espaces aériens des déchets toxiques, polluants, radioactifs ou de tout autre produit dangereux en provenance ou non de l'étranger ainsi que la jouissance, par chaque congolais, des richesses nationales.[321]

---

[321]Art. 55 de la Constitution du 18 février 2006. 1213 Art. 58 de la Constitution du 18 février 2006.

2. Analyse du régime juridique proprement dit

Les libertés publiques sont proclamées et garanties par la Constitution du 18 février 2006. Toutefois, cette proclamation, à elle seule, ne peut suffire à assurer un exercice efficace des dites libertés. Ainsi, elles doivent être aménagées.

En RDC, « l'aménagement des libertés fondamentales dans la Constitution fait ressortir les quatre régimes juridiques ci-après » :

- Le régime d'intangibilité ;
- Le régime répressif ;
- La déclaration préalable ;
- Le principe d'une réglementation libérale.

3. Le régime d'intangibilité

Certaines libertés apparaissent comme étant intouchables, même en période de crise. Ce caractère est soit posé d'une façon de principe, soit à travers les régimes d'organisation ou de restriction, des droits et libertés pour ces périodes de troubles.

C'est ainsi que, malgré qu'il soit reconnu au Président de la République la faculté de restreindre, par la proclamation de l'état d'urgence ou de siège ou par la déclaration de guerre (articles 85 et 86 de la Constitution), l'exercice des libertés publiques, il ne sait en être tel pour toutes les libertés. Ce régime est affirmé par l'article 61 de la Constitution aux termes duquel, il ne peut être dérogé aux droits et principes fondamentaux ci-après :

- Le droit à la vie ;
- L'interdiction de la torture et des peines aux traitements cruels, inhumains ou dégradants ;
- L'interdiction de l'esclavage et de la servitude ;
- Le principe de la légalité des infractions et des peines ;
- Les droits de la défense et le droit de recours ;
- La liberté de l'emprisonnement pour dettes ;

- La liberté de pensée, de conscience et de religion.[322]

Il en est de même de l'interdiction du recours à la force, puisque toute tentative de renversement du régime constitutionnel constitue une infraction imprescriptible contre la nation et l'État.

4. Le régime répressif

Le régime répressif est plus libéral, car il autorise les individus à exercer leurs activités sans qu'aucun contrôle préalable ne soit requis. L'État n'intervenant que lorsque des violations auront été constatées.

5. La déclaration préalable

Elle consiste dans l'obligation faite aux personnes désireuses d'exercer certaines activités d'en informer au préalable la puissance publique grâce à une déclaration précisant l'objet et les modalités de l'activité envisagée en dehors de manifestation pacifique. Il en est ainsi, par exemple, de la liberté de manifestation.

En effet, la Constitution stipule en son article 26 que « toute manifestation sur les voies publiques ou en plein air, impose aux organisateurs d'informer par écrit l'autorité administrative compétente ». Précisons qu'il s'agit d'informer l'autorité, et non pas de demander une autorisation.

6. Le principe d'une réglementation libérale

La liberté est le principe, la réglementation l'exception. Il est pourvu un contrôle juridictionnel pour toutes les mesures administratives des libertés. Ainsi, par exemple, toutes les mesures d'urgence prises pendant l'état d'urgence ou de siège doivent être soumises au contrôle de la Cour constitutionnelle, toutes affaires cessantes, qui déclare si elles dérogent ou non à la Constitution. Tels sont les différents régimes juridiques des libertés publiques prévus par la Constitution du 18 février 2006.

Rappelons que dans cette première partie, nous avons essayé d'analyser les notions de droits de l'humains et de libertés publiques, et d'en

[322] Article 61 de la constitution du 18 février 2006.

dégager les rapports, afin de nous permettre de saisir la valeur de la vie humaine qui justifie, en ces temps, la reconnaissance d'un certain nombre de prérogatives tant au niveau national qu'au niveau international. Ceci étant, nous pouvons à présent aborder la deuxième partie de notre étude portant sur le contentieux des droits humains et des libertés publiques.

Section 3. Les sources des libertés publiques

La source du droit est une opération qui poursuit la recherche et l'identification de l'origine d'une norme juridique ; elle autorise, également, la combinaison et l'interaction entre la règle et les faits, entre ce qui doit être et ce qui est. Prises dans ce sens, les sources du droit sont nombreuses et complexes, laissant que très peu la marge vers une classification unanimement admise. [323]À la place, on reconnaitra l'existence d'un catalogue traditionnel, opposant les sources formelles de celles matérielles, les sources écrites de celles qui ne le sont pas, toutes concourant à l'édification d'une règle de conduite sociale. De cette constatation, il est possible de cartographier les sources du droit, afin de rendre compte de leur richesse et d'ordonner le rattachement à un secteur d'activités envisagées.

Retenu dans le domaine des droits et libertés publiques, ce rattachement autorise à reconnaître l'existence, à côté de sources internationales, celles d'origine nationale.

§1. Les sources nationales

Parmi les sources nationales des libertés publiques figurent en bonne place la Constitution, la loi, le règlement, la jurisprudence et la doctrine.

1. La Constitution

Dans l'ordre juridique national, les droits et les libertés publiques puisent l'essentiel de leur fondement dans la Constitution, norme qui établit

[323] À travers les différentes commissions et questions parlementaires.

notamment la source du pouvoir, les modalités d'exercice de la souveraineté et de désignation des gouvernants. La Constitution congolaise du 18 février 2006 indique que la souveraineté nationale appartient au peuple, tout pouvoir émane du peuple qui l'exerce directement par voie de référendum ou d'élections et indirectement par ses représentants. [324]

Elle souligne l'importance du droit de vote et d'éligibilité au bénéfice de tout congolais de deux sexes, âgé de dix-huit ans révolus et jouissant de ses droits civils et politiques. La participation à la vie politique est renforcée par la liberté qu'a tout congolais de créer un parti politique ou de s'affilier à un parti de son choix ; l'existence de l'opposition dont les activités et la lutte pour l'exercice démocratique du pouvoir sont sacrés. [325]

Le constituant précise que le président de la République est élu au suffrage universel direct, pour un mandat de cinq ans renouvelable une seule fois, nul ne peut en être candidat, s'il ne possède la nationalité congolaise d'origine, n'est âgé de trente ans au moins, ne jouit de la plénitude de ses droits civils et politiques et exempté de toute exclusion prévue par la loi électorale.[326]

Il est élu à la majorité simple des suffrages exprimés. Dans le même texte, on peut lire que les députés nationaux sont élus au suffrage universel direct et secret, les sénateurs le sont au second degré par les Assemblées provinciales,[327] elles-mêmes composées des députés provinciaux élus au suffrage universel direct et secret ou cooptés pour un mandat de cinq ans renouvelable. Les candidatures aux élections [328] législatives sont présentées par les partis et regroupements politiques, elles peuvent l'être aussi en indépendants. Le gouverneur et le vice-gouverneur de province sont, quant à eux, élus pour un mandat de cinq ans renouvelable une fois

---

[324] Art. 5, al. 1er de la Constitution du 18 février 2006. 1229 Art. 70, al. 1er de la Constitution du 18 février 2006.

[325] Art. 72, de la Constitution du 18 février 2006.

[326] Art. 71, al.1er de la Constitution du 18 février 2006..

[327] Art. 104, al. 4 de la Constitution du 18 février 2006.

[328] Art. 101, al.1erde la Constitution du 18 février 2006.

par les députés provinciaux au sein ou en dehors de l'Assemblée provinciale.

Quant aux membres des organes des délibérants des entités territoriales décentralisées, ils sont désignés par voie d'élection. Le maire, le bourgmestre, le chef de secteur et leurs adjoints sont aussi élus.

2. La loi

Les droits et libertés publiques ont également comme support normatif la loi et notamment la loi portant identification et enrôlement des électeurs, celle relative aux partis politiques, la loi électorale, la loi sur le statut de l'opposition politique ou celle portant financement public des partis politiques.

En vue de participer au vote, le congolais remplissant les conditions requises[329] s'inscrit sur la liste des électeurs de sa circonscription, celui résidant à l'étranger et détenant une carte d'identité ou un passeport en cours de validité le fait au niveau du centre d'inscription ouvert dans l'ambassade ou le consulat général de son lieu de résidence. Dans un pays où la République ne dispose pas de représentation diplomatique ou consulaire, le candidat à l'identification et à l'enrôlement peut se présenter dans un centre d'inscription proche de son lieu de résidence[330].

Dans le même sens, la loi autorise la création, l'organisation et le libre exercice par les partis et regroupements politiques de leurs activités dans

---

[329] Être de nationalité congolaise, être âgé de dix-huit ans révolus à la date du dernier scrutin du cycle électoral, se trouver en République démocratique du Congo au moment de l'identification et de l'enrôlement, jouir de ses droits civils et politiques.

[330] Art. 8 de la Loi n° 16/007 du 29 juin 2016 modifiant et complétant la Loi n° 04/028 du 24 décembre 2004 portant identification et enrôlement des électeurs en République démocratique du Congo.

le respect de la Constitution, des lois et des règlements de la République ainsi que de l'ordre public et des bonnes mœurs[331].

Légalement constitués, les partis politiques concourent à l'expression du suffrage, à la formation de la conscience nationale et à l'éducation civique ; ils ont, également, droit au libre accès et à un égal traitement par les médias publics dans le cadre des émissions et programmes hebdomadaires, pour faire connaître leurs opinions et donner lecture des communiqués adoptés ou signés par leurs organes statutaires[332].

Dans la pratique, en effet, cet accès libre aux médias publics ne concerne que les partis politiques de la majorité, ceux de l'opposition se contentant des services que leur offrent les organes de presse privés proches de leurs dirigeants, s'ils ne sont pas créés par eux.

Le législateur électoral précise que le vote est un droit civique, tout congolais, de l'un ou l'autre sexe, âgé de dix-huit ans au moins, est appelé à y prendre part[333]. À chaque niveau d'élection, le candidat se présente, hormis pour les scrutins uninominaux, soit individuellement pour le candidat indépendant, soit sur la liste d'un parti ou d'un groupement politique de la circonscription électorale qu'il a indiqué dans sa déclaration de candidature[334]. Contribuent aussi à l'exercice des droits et libertés fondamentaux dans un régime démocratique, la loi sur la liberté de la presse, celles relatives aux manifestations publiques ou à la liberté d'association ; chacune d'elles pouvant, en fonction de variation des majorités au parlement et de besoins sans cesse changeants de la vie politique, s'ajuster.

---

[331] Art. 3 de la Loi n° 04/002 du 15 mars 2004 portant organisation et fonctionnement des partis politiques.

[332] Art. 2, al. 2 et 19, al. 1er de la Loi n° 04/002 du 15 mars 2004.

[333] Art. 4 de la Loi n° 06/006 du 9 mars 2006portant organisation des élections présidentielle, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales telle que révisée à ce jour.

[334] Art. 12, al. 1er de la Loi n° 06/006 du 9 mars 2006.

3. Les règlements. La protection des droits et des libertés publiques

C'est aussi assuré par le pouvoir réglementaire qu'exercent les autorités exécutives.

Prévu dans la Constitution du 18 février 2006, ce pouvoir est, en vertu de son habilitation générale, amené à prendre, par voie d'actes de portée générale, des mesures relatives à l'organisation d'un service public ou à l'exécution d'une norme législative. Dans le domaine électoral, notamment les décisions du Bureau de la Commission électorale portant mesures d'application de sa loi organique, de la loi sur l'identification et l'enrôlement des électeurs ou de la loi électorale participent à l'exercice du pouvoir réglementaire.

Il en est de même des décisions portant convocation du corps électoral, déterminant le modèle de la déclaration de candidature, du bulletin de vote, fixant le modèle de fiche des résultats ou du procès-verbal de dépouillement.

4. La jurisprudence

Le recours à la jurisprudence confère au droit constitutionnel toute sa vitalité et un éclairage indispensable à la connaissance et la compréhension du dispositif normatif et institutionnel en vigueur. Parlant du rôle du juge administratif, en matière d'interprétation de la loi, un auteur lui reconnaît la compétence d'influer sur la création d'une norme juridique, son activité jurisprudentielle faisant de lui la figure centrale, dans l'établissement de cette norme[335].

Dans le cadre du contentieux constitutionnel, par exemple, l'interprétation juridictionnelle de la Constitution participe, assurément, à la création d'un droit constitutionnel non pas dogmatique, mais réel, celui qui vit et se construit au contact des faits. On admet qu'en clarifiant le sens,

---

[335] EISENMANN Ch., La justice constitutionnelle et la Cour constitutionnelle d'Autriche, Paris-Marseille, Economica-Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 1986, p. 142.

le contenu et la portée de la Constitution, le juge s'est vu reconnaître un pouvoir quasi-normatif, sa jurisprudence influant sur l'activité des juridictions inférieures et l'attitude du législateur. Ainsi, dès lors qu'une loi est annulée ou déclarée contraire à la Constitution, dans le cadre d'une question préjudicielle, le législateur est tenu d'abroger la disposition « inconstitutionnelle » ou de la modifier, en vue de la rendre conforme à la Constitution.

Comme on le voit, le juge constitutionnel joue un rôle déterminant dans l'élaboration des normes juridiques. Bien que réel, le pouvoir normatif du juge est toujours combattu, il n'est pas facilement toléré dans un système démocratique où on lui reproche de vouloir saper le principe de la séparation des pouvoirs et l'autorité du parlement représentant la volonté du peuple souverain. Il reste qu'entre les déclarations d'intention et le comportement réel des parlementaires, un fossé est toujours possible et les violations de la Constitution constatées par celui qui en est le gardien, à savoir le juge constitutionnel. Participant à l'exercice du pouvoir normatif, le juge ne se substitue, nullement, au législateur dans l'accomplissement de sa mission constitutionnelle, mais l'oblige seulement à conformer ses lois à la Constitution, de laquelle il tire la substance de ses pouvoirs.

5. La doctrine

Comme telle, les opinions des spécialistes sont dépourvues du pouvoir créateur d'une norme juridique ; elles ne sont pas obligatoires au législateur, au juge ou à un rédacteur d'actes juridiques autre que la loi.

On leur reconnaît, néanmoins, un rôle d'inspiration, dans la maitrise du droit constitutionnel ; le législateur, le juge ou le rédacteur d'actes pouvant, selon le cas, en faire bon usage, à l'occasion de l'élaboration de la loi, de son interprétation ou de son application. Plus qu'une juxtaposition des faits sur le droit ou vice versa, l'activité du juge constitutionnel doit, autant que faire se peut, se rapprocher de l'argumentaire que lui propose

la doctrine, dont la vocation est de rendre compte de l'évolution des idées et du renouvellement de la pensée juridique.

La doctrine exerce, ainsi qu'on le sait, une véritable influence sur les décideurs, à condition que ces derniers soient disposés à en avoir la connaissance objective et correcte et qu'ils aient une bonne raison d'attribuer une valeur à l'opinion du savant.[336] Aussi, l'importance réelle et précise de la doctrine sur les autres sources de droit reste-t-elle, en toute circonstance, mesurée nécessitant, par moments, des explications supplémentaires.

§2. Les sources internationales

Au niveau international, le cadre des droits et libertés publiques est, essentiellement, porté vers les traités et accords internationaux notamment la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, le Pacte International relatif aux droits civils et politiques de 1966, la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance de l'Union africaine du 30 janvier 2007.

La Déclaration universelle des droits de l'homme réaffirme le rôle du peuple[337] comme fondement de toute autorité, s'exprimant par des élections honnêtes, libres et périodiques, se déroulant, suivant une procédure équivalente, au suffrage égal et au vote secret ; elle reconnait à tout individu le droit à la liberté d'opinion et d'expression, celui de ne pas être inquiété pour ses opinions, de chercher, de recevoir et de rependre, sans discrimination des frontières, les informations et les idées par quelque moyen d'expression que ce soit.

---

[336] DECOCQ G., « Réflexions sur l'influence de la doctrine », in Libres propos sur les sources du droit, Mélanges en l'honneur de Philippe JESTAZ, Paris, Dalloz, 2006, p. 114.

[337] Art. 21 (3) de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

Le même texte précise que toute personne a droit à la liberté de réunion et d'association pacifiques, nul ne peut être obligé de faire partie d'une association ; toute personne a le droit de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays, soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis[338].

Ratifié par la République démocratique du Congo, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966[339] reconnait à tout citoyen le droit et la possibilité de prendre part à la direction des affaires publiques de son pays soit directement, soit par l'intermédiaire de représentants librement choisis. Il lui fait bénéficier du droit de vote et d'être éligible au cours d'élections périodiques, honnêtes, au suffrage universel égal et au scrutin secret, assurant par-là l'expression libre de la volonté des électeurs et d'accéder, dans des conditions générales d'égalité, aux fonctions publiques de son pays.

Toute personne a, aux termes de ce traité international, le droit de réunion pacifique s'exerçant sans aucune restriction, sauf celles imposées par la loi et qui sont nécessaires dans une société démocratique, dans l'intérêt de la sûreté nationale, de la sécurité publique, de l'ordre public ou pour protéger la santé et la moralité publiques ou les droits et libertés d'autrui[340].

La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples engage[341] les États parties à considérer la participation populaire, par le biais du suffrage universel, comme un droit inaliénable des peuples. À chaque personne, elle reconnaît le droit de se réunir librement avec les autres, droit qui s'exerce sous la seule réserve des restrictions nécessaires dictées par

---

[338] Art. 19, 20 et 21, al. 1er de la Déclaration universelle des droits de l'homme du 10 décembre 1948.

[339] Art. 25 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

[340] Art. 21 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 16 décembre 1966.

[341] Art. 4(2) de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

les lois et règlements, notamment dans l'intérêt de la sécurité nationale, de la sureté d'autrui, de la santé ou de la moralité ou encore des droits et libertés des autres personnes[342]. Quant à la Charte africaine de la démocratie, des élections et de la gouvernance, elle contient un dispositif juridique complet et contraignant à l'égard des États parties, qui restreignent les droits et libertés individuelles nécessaires à la construction de la démocratie, l'organisation des élections et la bonne gouvernance.

De l'analyse de ce dispositif international en rapport avec les droits et libertés publiques, trois enseignements peuvent être tirés. On note que, dans un système démocratique, un certain nombre de libertés (la liberté d'opinion, d'expression et celle d'association ou de réunion) sont garanties à toute personne pour lui permettre de participer à la vie politique et, notamment à la direction des affaires publiques de son pays. Ces droits et libertés ne s'exercent que conformément aux textes juridiques en vigueur. Ils ne sont susceptibles d'aucune entrave, qui ne soit justifiée par les nécessités d'assurer la sécurité nationale, la santé et la moralité publiques, l'ordre public ainsi que les droits et libertés d'autrui[343].

---

[342] Art. 11 de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples.

[343] ESAMBO KANGASHE J.-L., « Le cadre juridique sur l'exercice des activités des partis et regroupements politiques en République démocratique du Congo », in OSTHEIMER DE SOSA A.-E (dir.), Les partis politiques et la promotion de la liberté associative, Kinshasa, Publication de la Fondation Konrad Adenauer Stiftung, 2009, p. 15.

2

LES GARANTIES D'EXERCICE DES LIBERTÉS PUBLIQUES

Prévoir les droits de l'homme et les libertés dans les textes juridiques leur confère certes, une existence formelle, qui ne devient effective qu'à partir du moment où chaque citoyen peut s'en servir et les exercer sans entrave. La garantie d'un droit ou d'une liberté, c'est d'abord la reconnaissance de son existence et l'assurance, ensuite, d'une réelle et effective protection contre toute atteinte ou tout dommage ; elle suppose, enfin, la mise en place d'un dispositif juridique et institutionnel, favorisant son exercice et imposant aux pouvoirs publics une obligation positive de diffusion et de vulgarisation. On admet qu'avant d'être juridiquement consacrées, les garanties des droits et libertés relève, avant tout, d'une option politique prise en réponse à une ou plusieurs demandes sociales.

Section 1. Les garanties politiques

Depuis les révolutions américaine et française, les constituants occidentaux et, plus tard, ceux africains ont pris la mesure de proclamer, dans leurs préambules, des déclarations comprenant un catalogue des droits et libertés, dont le contenu varie en fonction du domaine d'intervention. La consécration normative des droits et libertés n'induit pas, nécessairement, le caractère démocratique d'un régime politique ; ce sont, en effet, des fausses fenêtres sans contenu réel que l'on peut retrouver même dans

des régimes autoritaires, juste pour se faire bonne conscience. N'empêche que ces droits et libertés imposent, par moments, à l'État un certain nombre de restrictions ; la première découlant de l'interdiction de violer les droits et les libertés consacrés par le droit positif et imposant leur respect absolu.

Dans ce cas, l'État ne peut, par une réglementation liberticide, entraver l'exercice par chaque citoyen de ses libertés, ni se livrer à des actes qui en réduisent l'effectivité.

La deuxième restriction prescrit à l'État un devoir d'action ou d'intervention en cas de violation des droits et libertés publiques, en l'obligeant de mettre en place un cadre juridique et un dispositif institutionnel de leur promotion et protection. L'obligation de protection est, également, de moyen en ce que le destinataire, à savoir l'État, peut toujours évoquer le caractère limité des ressources publiques à sa disposition ou l'imprévisibilité du comportement humain. La troisième ordonne aux pouvoirs publics la promotion des droits et libertés publiques par la mobilisation des ressources nécessaires et la mise en place d'un programme cohérent de leur diffusion vulgarisation.

La prise en charge administrative et pédagogique est, à ce point, indispensable pour une appropriation citoyenne des droits et libertés constitutionnellement garantis. Le besoin d'assurer la protection des libertés publiques participe donc à la reconnaissance et la compréhension d'une obligation positive, exigeant de l'État et plus globalement des pouvoirs publics un comportement exemplaire et conséquent.

Le constituant congolais du 18 février 2006 précise, à ce sujet, que le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrés dans la Constitution s'impose aux pouvoirs publics et à toute personne[344]. La mise en cohérence du cadre normatif et du dispositif institutionnel avec les objectifs poursuivis dépend, donc, de chaque contexte social et

[344] Art. 60 de la Constitution du 18 février 2006.

politique duquel il est possible de distinguer les garanties politiques générales de celles spécifiques.

§1. Les garanties politiques générales

De manière générale, les garanties politiques découlent de l'assurance donnée à chaque citoyen d'exercer, sans entrave, ses droits et libertés.

On pense, ainsi, à la protection de la vie humaine, à la liberté d'expression, à la liberté de manifestation ou de réunion, au droit de pétition ou celui de résistance à un ordre manifestement illégal, au droit de résistance ou à l'insurrection contre un régime oppresseur. Contribuent également à la défense collective des droits et libertés publiques, le droit de grève, la liberté de manifestation et le recours aux groupes de pression.

Les garanties issues d'une certaine organisation constitutionnelle (séparation des pouvoirs, équilibre des pouvoirs, régime présidentiel, parlementaire) et celles résultant du contrôle populaire de l'activité des gouvernants convergent vers la garantie plus générale des droits de l'homme et des libertés publiques. Il suffit de les connaître et en réclamer le respect, en cas de violation, pour que leur protection quitte le domaine des intentions et de l'espérance, en direction de celui du réel et de l'effectivité.

Dans cette perspective, le constituant congolais oblige les pouvoirs publics à promouvoir et à assurer par l'enseignement, l'éducation et la diffusion, le respect des droits de l'homme, des libertés fondamentales et des devoirs du citoyen qu'il a énoncés. Les mêmes pouvoirs publics ont le devoir d'assurer la diffusion et l'enseignement de la Constitution, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi que de toutes les conventions régionales et internationales relatives aux droits de l'homme et au droit international humanitaire dûment ratifiées.

L'État a l'obligation d'intégrer les droits de la personne humaine dans tous les programmes de formation des forces armées, de la police et des services de sécurité[345].

Assurée également par les organisations non gouvernementales de défense des droits de l'homme, la promotion des droits et libertés publiques suggère une collaboration avec l'État et, plus globalement, avec les pouvoirs publics, quel que soit le niveau d'intervention : national, provincial ou local.

§2. Les garanties politiques spécifiques

Né dans des circonstances singulières de la Suède, l'ombudsman est, en raison de son rayonnement à travers le monde, aujourd'hui considéré comme un mécanisme spécifique de protection des libertés publiques contre la toute-puissance de l'administration ou, plus globalement, du pouvoir exécutif.

Une fois établie, l'institution s'est vite heurtée aux résistances de l'administration, dont les pouvoirs régaliens n'autorisent aucune remise en question, ni aucune limite, même si en République démocratique du Congo, l'idée d'instituer un ombudsman est, relativement, récente et ne date pas avant quatre décennies ; elle n'a, d'ailleurs, été mise en route que vers les années 1977, lorsque le régime du président Mobutu fut accusé d'avoir peu d'égards à la protection des droits de l'homme et aux libertés publiques.

Très réclamée dans les milieux universitaires et, notamment, des juristes de l'Université de Kinshasa[346], l'institution n'a pu voir le jour que

---

[345] Art. 45 al. 5, 6 et 7 de la Constitution du 18 février 2006.

[346] C'est, en effet, en juillet 1980 que fut organisée, à Kinshasa, une rencontre regroupant, autour du cabinet du président de la République, une poignée d'universitaires de formation juridique chargés de réfléchir sur un dispositif efficace de protection des libertés publiques. De ces cogitations, le groupe de travail fut mis

sept ans plus tard, sous forme d'un département ministériel[347] dont l'objectif traduisait une sorte de clin d'œil en direction de la communauté internationale, de plus en plus, exigeante sur la question des droits de l'homme, dans cette ancienne colonie belge au cœur de l'Afrique.

S'agissant de la mission générale de protection des droits de l'homme confiée au département des droits et libertés du citoyen, son Règlement intérieur indique qu'il (le département) est, notamment chargé de défendre le citoyen injustement lésé dans ses droits et atteint dans ses libertés par une décision d'une cour ou d'un tribunal, d'une administration publique ou privée ou par des voies de fait, en prenant toute mesure propre à le rétablir dans ses droits ou libertés, lorsqu'il aura régulièrement épuisé toutes les voies de recours légales habituelles ou que celles-ci se seront révélées inefficientes[348].

Cette mission dépasse le rôle classique d'un ombudsman pour avoir une portée quasi juridictionnelle, voire supra-juridictionnelle[349] ; un ministre pouvant, par un simple arrêté ou par toute autre mesure administrative, mettre à néant l'autorité de la chose jugée attachée à une décision de justice.

Dans la pratique en effet, le vedettariat dans lequel s'étaient livrés les différents titulaires du portefeuille qui, en raison du caractère transversal des droits de l'homme, s'étaient adjugé des pouvoirs dépassant ceux que leur confèrent les textes organiques, offrant ainsi un cadre idoine aux conflits de compétences avec d'autres départements ministériels[350], mais

---

en place et a préconisé la création d'une institution indépendante du gouvernement qui s'appellerait « l'œil du peuple » organisée par une loi.

[347] Créé par Ordonnance n° 8G-268 du 31 octobre 1986.

[348] Art. 1er du Règlement intérieur organique du Département des Droits et libertés des citoyens.

[349] NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA. P.-G., Droit Congolais des Droits de l'Homme, Louvain-la Neuve, Academia-Bruylant, Bibliothèque de droit africain 1, 2004, p. 375.

[350] Art. 61 de la Constitution du 18 février 2006.

surtout avec les cours et tribunaux pour que, quatre ans plus tard, il retrouve le chemin des musées[351] attendant sa résurrection, en 2003, sous la dénomination d'Observatoire national des droits de l'homme, lequel deviendra, en vertu de la Loi organique n° 13/011 du 21 mars 2013, Commission nationale des droits de l'homme. Les espoirs suscités par la création de l'ombudsman comme technique par excellence de protection des droits et libertés publiques n'ont donc pas toujours été au rendez-vous à cause, certainement, du manque d'indépendance.

Pour prendre la mesure de son autonomie et de son indépendance, il importe de se reporter au contexte de sa création, à son mode de désignation et à la marge de manœuvres dont il peut disposer dans la protection des droits de l'homme et des libertés publiques. Prenant pour critère d'appréciation la nature du texte qui l'institut, un ombudsman créé en vertu d'une Constitution (Suède) ou d'une loi (Allemagne, Bosnie, Burundi, Côte d'Ivoire, France, Grande-Bretagne, Italie, Lettonie, Québec, Russie ou Sénégal) serait, à priori, plus disposé à [352] tels que les Affaires étrangères, la coopération internationale, la Défense nationale, l'Intérieur ou encore la Justice. [353] À la place, c'est plutôt une administration chargée des droits humains (secrétariat aux droits humains) qui a pris la relève.

Développer une indépendance et une autonomie que celui désigné par un acte réglementaire (Sénégal). Lorsqu'on considère, ensuite, son mode de désignation, l'ombudsman nommé par le parlement (Allemagne, Grande-Bretagne, Québec, Suède) bénéficierait d'une marge d'actions que celui mis en fonction par le gouvernement (Bosnie, Burundi, Côte d'Ivoire, France, Russie ou Sénégal). La personnalité de l'ombudsman et la perception qu'il a de ses charges sont, enfin, décisives dans le jaugeage de son autonomie et son indépendance ; elles renforcent la conviction sur la protection des droits et des libertés publiques. En considération de son

---

[351] Art. 220, al. 2 de la Constitution du 18 février 2006.

[352] Art. 150, al. 1er de la Constitution du 18 février 2006.

[353] Art. 149, al. 1er de la Constitution du 18 février 2006.

environnement génétique et structurel ainsi que de l'idée qu'il se fait de sa mission, l'ombudsman peut être ou non audacieux dans la protection des droits et libertés publiques.

Section 2. Les garanties normatives

À côté de garanties politiques, d'autres de nature normative sont susceptibles de contribuer à la réduction des atteintes portées aux libertés publiques.

§1. Les garanties juridiques

L'exercice des libertés publiques participe à l'ancrage de l'État de droit, dont la mise en place impose l'obligation, pour chaque pays, de se doter d'un ordre juridique duquel dépend tout autre.

1. Les garanties constitutionnelles

Apparue dans le courant de la deuxième moitié du 18esiècle, la Constitution écrite s'offre comme une garantie essentielle de stabilité juridique des États et d'exercice, par chaque citoyen, de ses droits et libertés.

Dans ce domaine en effet, le constituant congolais est parvenu à afficher une certaine constance ; l'option en faveur d'un attachement aux droits humains et libertés fondamentales proclamés par les instruments juridiques internationaux, ayant conduit à leur intégration dans le dispositif normatif national. Il a, également, convaincu de la pertinence d'une protection particulière de certains droits et libertés, même si l'état de siège ou d'urgence venait à être proclamé.

Dans l'un ou l'autre cas, il ne peut être porté atteinte au droit à la vie, à l'interdiction de la torture et des peines ou des traitements cruels, inhumains ou dégradants, à l'interdiction de l'esclavage et de la servitude, au principe de la légalité des infractions et des peines, aux droits de la

défense et celui de recours, à l'interdiction de l'emprisonnement pour dettes ainsi qu'à la liberté de pensée, de conscience et de religion[354].

Pour renforcer cette fixation, la Constitution a interdit sa révision, visant la réduction des droits et libertés individuelles[355]. Dans le même temps, on observe que, mieux que ses devancières, la Constitution du 18 février 2006 fait du pouvoir judiciaire le garant des libertés publiques et des droits fondamentaux du citoyen[356], et qu'en raison de son indépendance à l'égard des pouvoirs législatif et exécutif[357], il ne peut recevoir, de l'un ou de l'autre, aucune injonction dans sa mission de dire le droit[358].

Fondamental dans la protection des libertés publiques, le contrôle de constitutionalité permet d'extirper de l'ordonnancement juridique national tout acte législatif ou réglementaire contraire notamment lorsqu'il porte atteinte à l'exercice des droits et libertés individuelles. Exercé dans le cadre d'un procès constitutionnel, ce contrôle est soit a priori, soit a posteriori et place le juge au cœur de l'activité juridictionnelle afin que le respect de la Constitution s'impose à tous[359].

2. Les garanties légales

Prise en exécution des dispositions constitutionnelles, la législation sur les libertés publiques constitue un outil indispensable sans lequel l'exercice serait illusoire ; elle assure, par divers mécanismes de protection, toute violation pouvant conduire soit à une sanction pénale ou ordonnée par le juge judiciaire civil, soit à celle découlant du contrôle de

---

354 Art. 151 de la Constitution du 18 février 2006.

355 Aux termes de l'article 60 de la Constitution du 18 février 2006, le respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales s'impose aux pouvoirs publics et à toute personne.

356 Art. 5, al. 3 de la Constitution du 18 février 2006. 1268 Art. 7 de la Constitution du 18 février 2006.

357 Art. 8 de la Constitution du 18 février 2006.

358 Art. 10 de la Constitution du 18 février 2006.

359 Art. 14 de la Constitution du 18 février 2006.

légalité des actes administratifs. La détermination constitutionnelle de la sphère de compétence du législateur et celle du pouvoir réglementaire paraît indispensable, d'autant que l'un ou l'autre peut être à la base de la protection et de la violation des libertés publiques. Si la compétence du législateur est en principe définie par le constituant, ce dernier peut, néanmoins, prendre soin d'indiquer que, pour tel droit et telle liberté, les modalités d'exercice seront fixées par une loi.

Qu'il s'agisse, en effet, de l'organisation des élections et du référendum[360], du financement public des activités politiques[361], des droits de l'opposition politique[362], des conditions de reconnaissance, d'acquisition, de perte ou de recouvrement de la nationalité congolaise[363], des modalités de la mise en œuvre de la parité homme-femme[364], de celles relatives à la liberté de pensée, de conscience et de religion[365]ou de l'exercice du droit à l'initiative privée[366], de la liberté de manifestation[367], d'association[368], du droit au logement décent, à l'accès à l'eau potable et à l'énergie électrique[369], du droit à la santé et à la sécurité alimentaire[370], de la protection de l'enfant[371], des droits des personnes vivant avec le VIH/SIDA

---

[360] Art. 22 de la Constitution du 18 février 2006.

[361] Art. 35 de la Constitution du 18 février 2006.

[362] Art. 26 de la Constitution du 18 février 2006.

[363] Art. 37 de la Constitution du 18 février 2006

[364] Art. 48 de la Constitution du 18 février 2006.

[365] Art. 47 de la Constitution du 18 février 2006.

[366] Loi n° 09/001 du 10 janvier 2009.

[367] Journal officiel de la République démocratique du Congo, numéro spécial du 25 mai 2009.

[368] Loi n° 08/011 du 14 juillet 2008, Journal officiel de la République démocratique du Congo, numéro spécial, du 25 mai 2009. 1280 Art. 61 de la Constitution du 18 février 2006.

[369] ROBERT J., Le juge constitutionnel, juge des libertés, op. cit., p.42.

[370] Dans l'arrêt R. Const. 0091 du 12 février 2016.

[371] BORELA E., Éléments de droit constitutionnel, Paris, Presse de la Fondation nationale des Sciences Politiques, 2008, p. 275.

et des personnes affectées[372] ou du droit de résistance à l'oppression[373] ; le législateur est obligé de prendre des mesures concrètes en vue de leur matérialisation.

3. Les garanties réglementaires

Dans le domaine de l'exercice des libertés publiques, la réglementation complète et totale ne saurait être laissée au seul législateur, même si certaines dispositions constitutionnelles sus indiquées peuvent le laisser entendre. Il est normal et, donc, inévitable que le pouvoir réglementaire complète et précise les dispositions législatives en vue d'en faciliter la mise en œuvre.

Dans ce domaine, le juge constitutionnel congolais a déjà tracé la ligne de démarcation entre le domaine de la loi et celui du règlement. Les garanties juridiques contribuent, ainsi qu'on le voit, à l'édification de l'État de droit qui suggère, en plus de l'existence de la hiérarchie des normes au sommet desquelles se trouve la Constitution, la soumission de la puissance publique à la règle de droit et l'établissement des lois garantissant les libertés publiques.

§2. Les garanties administratives

Constituées des recours au service d'une personne victime des violations de ses droits et libertés, les garanties administratives lui offrent la possibilité de contester la légalité des actes de l'administration en recourant soit à l'autorité administrative, auteur de la décision attaquée pour en obtenir le report, soit à celle hiérarchiquement supérieure à l'auteur de la décision contestée, soit encore à l'autorité de la tutelle en vue de son annulation.

---

[372] Telles que les organisations nationales, régionales et internationales de défense des droits de l'homme.

[373] Lire également KEBA MBAYE, Les droits de l'homme en Afrique, Paris, A. Pedone, 1992, p.76.

Dans l'un comme dans l'autre cas, la requête permet de faire échec aux décisions administratives portant atteinte aux droits garantis aux particuliers. On admet que, le silence de l'autorité saisie d'un tel recours ouvre, en cas de persistance de l'illégalité, la voie au règlement, selon la nature de la décision et la position administrative de l'auteur (autorité centrale, provinciale ou d'une entité territoriale décentralisée) du contentieux d'annulation ou de pleine juridiction par le Conseil d'État, la Cour administrative d'appel ou le tribunal administratif.

À côté de ces garanties, se greffent d'autres de nature politique tournées vers la protection des citoyens contre l'action des pouvoirs publics sollicitant le recours à la résistance ou à la désobéissance civile.

3

LE CONTENTIEUX DES LIBERTÉS PUBLIQUES

Les libertés publiques sont susceptibles d'être violées. Dans ce cas, il y a un contentieux qui nait. Aussi, la personne lésée peut, pour rentrer dans ses droits, saisir un juge.

En effet, aux termes de l'article 150 de la Constitution du 18 février 2006, « le pouvoir judiciaire est le garant des libertés individuelles et des droits fondamentaux des citoyens ». Précisons que le pouvoir judiciaire est dévolu, aux termes de l'article 149 de ladite Constitution, aux Cours et Tribunaux qui sont : « la Cour constitutionnelle, la Cour de cassation, le Conseil d'État, la Haute cour milliaire, les cours et tribunaux civils et militaires ainsi que les parquets rattachés à ces juridictions ». Et ce, selon les matières et selon les personnes car il y a des personnes qui jouissent des privilèges de juridiction.

Nous analyserons, tour à tour, les mécanismes de promotion et de protection des libertés publiques.

Section 1. La promotion des libertés publiques

Portée vers la diffusion et, au besoin, la dénonciation de toute atteinte aux droits et libertés publiques, la promotion en poursuit la vulgarisation en vue d'une appropriation collective et du respect par tous. Intervenant en amont de toute entrave, l'entreprise remplit, également, une fonction

préventive sollicitant, chaque jour, la collaboration des pouvoirs publics et des citoyens. Il importe d'en rechercher le bien-fondé, d'identifier certaines techniques de mise en œuvre et les limites potentielles.

§1. Le bien-fondé de la promotion

L'intérêt qu'affiche le constituant congolais à la promotion des droits et libertés fondamentales n'est pas d'évocation récente, il remonte au 17 juin 1960 où on signale l'élaboration de la Loi fondamentale uniquement consacrée aux libertés publiques.

Dans cette loi, en effet, seize dispositions, soit les articles 2 à 17, organisent les libertés publiques en raison, sans doute, de l'attachement aux droits de l'homme et principes de la démocratie que les pouvoirs publics s'obligeaient à respecter et à assurer la réalisation[374]. Les Présente dans l'esprit de l'actuel constituant, cette fixation a conduit à l'intégration dans l'ordre constitutionnel interne des droits humains et libertés fondamentales proclamés par les instruments juridiques internationaux auxquels la République démocratique du Congo a adhéré pour en faire une partie intégrante du droit constitutionnel congolais.

Dans ce cadre précis, une imposition est faite aux pouvoirs publics d'assurer par l'enseignement, l'éducation et 1a diffusion, le respect des droits de l'homme et des libertés publiques ainsi que leur intégration dans tous les programmes de formation des forces armées, de la police et des services de sécurité ; exigence qui se poursuit par la diffusion et l'enseignement de la Constitution, de la Déclaration universelle des droits de l'homme, de la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, ainsi que de toutes[375] .

---

[374] VASAK M.-K., « Les problèmes spécifiques de la mise en œuvre des droits économiques et sociaux de l'homme », in Vers une protection efficace des droits économiques et sociaux ?, Bruxelles-Louvain, Bruylant Vandor, 1973, pp. 24-25.
[375] Art. 1er de la Loi fondamentale du 17 juin 1960.

Conventions régionales et internationales relatives aux droits de l'homme et au droit international humanitaire.[376] S'agissant de certains droits particuliers, les pouvoirs publics sont tenus d'éliminer toute forme de discrimination faite à la femme et de protéger la jeunesse contre toute atteinte à sa santé, à son éducation et à son développement. Cette garantie est suffisante pour que soit bien assurée la promotion des libertés publiques de laquelle découlent l'attachement populaire et le soutien de l'opinion publique. Ainsi qu'on le voit, la promotion des libertés publiques est, en République démocratique du Congo, une obligation constitutionnelle autant qu'une exigence pédagogique en direction d'une solidarité nationale sollicitant, chaque jour, la collaboration des pouvoirs publics et de citoyens.

§2. Les techniques de promotion

Aussi diverses que variées, les techniques de promotion des libertés publiques convergent vers deux actions essentielles, l'une, préventive et, l'autre, curative. L'action préventive insiste sur l'éducation et la sensibilisation de la population, ainsi que la collaboration des acteurs impliqués. Participent à cette activité, l'enseignement, l'éducation et la diffusion des droits de l'homme et des libertés fondamentales énoncés dans la Constitution, la diffusion et l'enseignement des instruments juridiques internationaux relatifs aux droits de l'homme et libertés publiques, ainsi que l'intégration des droits de la personne humaine dans les programmes de formation des forces armées, de la police et des services de sécurité.

À l'opposé de la précédente, l'action curative met l'accent sur la mobilisation des énergies autour des organes chargés de réprimer (juridictions ordinaires ou Cour constitutionnelle) toute atteinte aux libertés publiques et d'en assurer, par conséquent, la promotion ; la Constitution

---

[376] Art. 45 de la Constitution du 18 février 2006. 1289 Art. 14, al. 1er de la Constitution du 18 février 2006. 1290 Art. 42 de la Constitution du 18 février 2006.

ayant conféré cette mission au pouvoir judiciaire, dont l'action n'est soumise qu'à l'autorité de la loi. Dans ce cadre général d'exercice de la fonction juridictionnelle, les décisions des cours et tribunaux sont écrites, motivées et prononcées en audience publique. La promotion juridictionnelle des libertés publiques suppose, donc, le respect des exigences d'un procès équitable, notamment la légalité des infractions et des peines, la responsabilité pénale individuelle, la présomption d'innocence, les droits de la défense et de recours.

§3. Les limites de la promotion

Organiser, la promotion des libertés publiques subites, bien souvent, les restrictions que lui imposent l'inadéquation du dispositif aux objectifs poursuivis, le déficit de prise en charge collective et la faiblesse d'éducation civique et politique. L'inadéquation du dispositif normatif et institutionnel avec les objectifs poursuivis par le constituant relève, d'une part, du décalage entre les politiques publiques et les besoins réels de la population et, d'autre part, de l'intérêt accordé selon les circonstances, la nature et les cibles visées aux actions politiques d'apparat sans contenu réel.

On signale, à ce sujet, que la création, le 31 octobre 1986, du département des droits et libertés du citoyen et, le 30 juillet 2004, de l'Observatoire national des droits de l'homme[377] ainsi que la mise en place, le 23 juillet 2015, de la Commission nationale des droits de l'homme dénotent d'un manque de constance dans la gestion d'un domaine où la cohérence éviterait que les droits de l'homme se réduisent en un catalogue de bonnes intentions sans contenu. Il se découvre que la structure a pris la marque soit d'un département ministériel dépendant totalement du gouvernement, soit d'une institution citoyenne marquant une distance à l'égard des forces politiques.

---

[377] En vertu de la Loi n° 04/018 du 30 juillet 2004 portant organisation, attributions et fonctionnement de l'Observatoire national des droits de l'homme.

Le faible niveau d'instruction des populations, de plus en plus, portées vers la recherche des meilleures conditions de vie, incite à reconnaitre une désaffection à l'égard des certaines libertés publiques considérées comme relevant de la seule volonté des pouvoirs publics plutôt qu'un don de la divinité.

Car, peut-on s'interroger : à quoi rime la connaissance des droits et libertés qui ne seront pas vécus au quotidien ? Aussi singulière qu'elle puisse apparaître, cette constatation justifie la préférence que l'on peut avoir à l'égard de certaines libertés qu'à d'autres, les unes relevant soit de la volonté des pouvoirs publics et, les autres, d'une exigence congénitale.

Il en résulte une maigre prise en charge collective qui cache, tout de même, l'incapacité des gouvernants à assumer leur responsabilité constitutionnelle.

Section 2. La protection des libertés publiques

Mieux présenter les raisons qui militent en faveur de la protection des libertés publiques rend aisée l'étude des modalités pratiques de réalisation.

§1. La raison d'être de la protection

D'aucuns affirment qu'au nom de l'universalité des droits de l'homme et des libertés fondamentales, chaque État est appelé à se doter d'un dispositif normatif et institutionnel capable d'assurer une réelle et efficace promotion, mais également une effective protection contre toute atteinte[378]. On note, à ce sujet,[379] une variété de mécanismes au sein desquels collaborent ceux de nature normative et institutionnelle avec d'autres d'essence conventionnelle et confessionnelle.

[378] NGONDANKOY NKOY-ea-LOONGYA, P.-G., Droit congolais des droits de l'homme, op. cit., pp. 63.

[379] La Constitution, la loi ou les règlements.

Considérée comme patrimoine commun à tous les États du monde,[380] la protection des droits humains mobilise, ainsi que le révèle le nombre combien important du dispositif juridique et institutionnel mis en place au niveau des Nations Unies et, notamment de ses institutions spécialisées, l'attention de la communauté internationale.[381] Actuellement, en effet, il n'existe aucun État capable à lui seul de les gérer en temps de paix comme en celui de guerre. [382]Le besoin d'une solidarité internationale a, dans ce domaine, contribué à la conception du droit international humanitaire différent de celui des droits de l'homme[383], l'objectif visé étant de réduire, autant que possible, la toute-puissance étatique souvent couverte par les secrets de la souveraineté.

La prise en charge internationale des droits et libertés fondamentales a donc suffi pour que chaque État s'engage à renoncer, en partie, à sa souveraineté favorisante, par moments, certaines dérives. Se découvre, aisément, une attache au dispositif juridique et institutionnel capable d'aiguiser le respect des droits fondamentaux de la personne humaine.

Construit autour des traités et accords internationaux, ce droit engendre des obligations à l'égard des parties car, traditionnellement, porté vers la réglementation des relations interétatiques (droit normatif), celles entre États et les autres acteurs de la vie internationale (droit institutionnel).

Le droit international public connaît, de nos jours, des profondes et remarquables mutations[384] qui l'obligent à s'accommoder de la promotion

---

[380] Les cours et tribunaux, la police et, dans certains cas, les commissions nationales ou les observatoires nationaux des droits de l'homme.

[381] La société civile et, en particulier, les organisations de défense des droits de l'homme.

[382] Notamment les églises et les syndicats.

[383] Lire également ABDELWAHAD B., Droit international humanitaire, Paris, 2e éd. Ellipses, Coll. Mise au point, 2006, pp. 112-130

[384] ROUSSEAU C., Le droit international public, Paris, 7e éd. Dalloz, 2004, p. 144-157.

et la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales (droit des libertés publiques). Cette évolution imposée à la discipline donne une nouvelle orientation au droit international public, qui cesse d'être celui uniquement normatif et institutionnel au profit de la protection des droits individuels et collectifs au point d'impacter, positivement, sur l'organisation des systèmes juridiques nationaux, mais également sur les pratiques judiciaires.

Dans les relations internationales, en effet, le respect des droits fondamentaux de la personne humaine est capital pour influer sur la détermination du degré de la tiédeur ou de la chaleur des relations entre États, voire de la nature du régime politique. S'aperçoivent, en filigrane, la naissance et l'évolution du droit international des droits de l'homme, regroupant les règles juridiques indispensables à la promotion et à la protection aux niveaux national, régional et international des droits fondamentaux de la personne humaine.

On peut, néanmoins, objecter qu'en raison de l'usage qui est quelque fois fait, le droit international des droits de l'homme ou celui humanitaire soit dépourvu de neutralité absolue. L'action de la Cour pénale internationale que l'on croyait dissuasive, semble ne pas émouvoir certaines puissances occidentales, réduisant du coup le crédit dans la répression des violations massives des droits humains et des libertés fondamentales.

§2. Les modalités de protection

Les modalités pratiques de protection des libertés publiques peuvent être d'origine nationale ou internationale, le présent ouvrage n'ayant pris en compte que la dimension congolaise en indiquant que l'exercice peut être d'origine juridictionnelle ou extra juridictionnelle.

1. La protection extra juridictionnelle

La protection extra juridictionnelle des libertés publiques est susceptible d'être accomplie par les organes constitués, la Commission nationale

des droits de l'homme, les structures non étatiques et les citoyens eux-mêmes.

Accusé souvent de tolérer les violations par ses services et autres administrations sous son contrôle des droits et libertés individuelles, le gouvernement peut, en usant de moyens à sa disposition notamment les forces armées, la police et les services de sécurité ou l'administration qui en constitue le prolongement, contribuer à leur protection, en offrant aux citoyens la possibilité de sanction administrative contre toute atteinte ; les recours gracieux, hiérarchique et de tutelle permettant à toute personne victime d'obtenir soit le retrait de l'acte attentatoire à ses libertés, soit la réparation en cas de préjudice. Au moyen d'un recours gracieux, la victime peut obtenir de l'auteur autorité administrative qu'il soit mis fin ; elle peut, dans le cas contraire et aux mêmes fins, se référer soit à l'autorité hiérarchique à celle qui a pris la décision attaquée, soit dans le cadre de la décentralisation à l'autorité de tutelle.

Représentant du peuple, le parlementaire participe, dans le cadre de sa mission de contrôle du gouvernement, des entreprises, établissements et services publics, à la protection des droits et libertés individuelles à travers, notamment les commissions d'enquête, les questions d'actualité, orale ou écrite ou des interpellations. Institution chargée de la promotion des droits et libertés individuelles, la Commission nationale des droits de l'homme contribue, également, à leur protection, lorsqu'elle s'interpose entre l'administration et ses usagers pour les aider soit à régler à l'amiable les différends qui les opposent, soit à assister les victimes devant la justice en vue d'une réparation éventuelle.

Les individus eux-mêmes collaborent à la protection des droits qui leur sont reconnus, en usant de moyens d'autoprotection ou du droit de résistance à l'oppression ; la Constitution leur offrant un cadre d'opposition et de résistance contre tout individu ou groupe d'individus qui tentent de prendre ou d'exercer le pouvoir en violation de la Constitution. Tout aussi important, le droit de vote est considéré comme une arme

efficace contre les atteintes aux libertés publiques, même si la garantie la plus importante semble reposer sur l'attachement du peuple et le soutien de l'opinion publique, à ce compris, les médias. On admet qu'une fois reconnus, certains droits et libertés contribuent à la mise en place des mécanismes de prévention des abus, pour s'inscrire dans la logique de leur protection. L'usage judicieux du droit de vote peut conduire à sanctionner des dirigeants peu respectueux des droits et libertés ; il se révèle comme la meilleure police d'assurance contre l'arbitraire et l'oppression des pouvoirs publics.

Grâce, également, à l'exercice de la liberté d'association et d'expression, sont constituées plusieurs organisations privées de défense des droits et libertés dont le rôle est, notamment de dénoncer les violations en vue des sanctions conséquentes.

2. La protection juridictionnelle

À l'opposé de la protection extra juridictionnelle, celle juridictionnelle est assurée par le juge, exerçant librement et en toute indépendance sa mission ; affirmation qui induit sur l'interdiction faite au parlement et au gouvernement de censurer les décisions de justice, ni de s'opposer à leur exécution, l'un ou l'autre pouvant se substituer aux cours et tribunaux, dans le règlement des différends judiciaires. C'est à ce même pouvoir que le constituant a confié la protection des libertés individuelles et des droits fondamentaux des citoyens[385]. Fondamentale, la protection juridictionnelle suppose l'intervention du juge[386]pour faire cesser toute violation des droits et libertés individuelles, la confiance accordée au juge tenant, d'une part, à son indépendance et aux assurances apportées par les règles qui s'imposent à lui, et d'autre part, qu'il s'agisse de la procédure conduisant au jugement ou du jugement lui-même[387], elle suppose, en plus, que

---

[385] Art. 150, al. 1er de la Constitution du 18 février 2006.

[386] COLLIARD C.-A, Libertés publiques, Paris, 6e éd. Dalloz, 1982, p. 137.

[387] WACHSMANN P., Libertés publiques, Paris, 4e éd. Dalloz 2002, 114.

l'indépendance du juge soit assurée et garantie[388]. Loin d'être le seul apanage du juge judiciaire, cette protection est, en droit positif congolais, partagée avec le juge administratif et, naturellement, celui constitutionnel.

A. Le juge judiciaire

La jurisprudence classique reconnait au juge judiciaire une autorité remarquable et incontestée dans le domaine de la protection des libertés individuelles. C'est à ce juge, en effet, qu'il revient de statuer sur les condamnations pénales, mais également sur les conséquences découlant des atteintes aux droits et libertés individuels, notamment en ordonnant, le cas échéant, la réparation civile des préjudices subis.

Au cours d'une instance pénale, on signale l'impact d'un certain nombre de principes dans la protection des droits et libertés individuels. Il s'agit notamment de la responsabilité pénale individuelle, de la présomption d'innocence, de la publicité des audiences, de la motivation des décisions de justice, du droit qu'a toute personne d'être informée dans la langue qu'elle comprend des motifs de son arrestation, celui d'entrer en contact avec sa famille ou avec son conseil en cas de garde à vue.

Il en est également du droit à un traitement digne et de celui pour le juge de lui faire bénéficier d'un procès juste et équitable en infligeant, au besoin, des sanctions pénales aux auteurs des infractions. Dans un procès civil, la condamnation de la partie fautive à réparer le préjudice causé à autrui participe à la protection des droits et libertés individuels.

Agissant par voie de requête écrite et adressée au président de la juridiction saisie, l'officier du ministère public peut solliciter la désignation d'un avocat ou un défenseur judiciaire chargé d'assister les personnes physiques lésées, mais inaptes d'agir en justice, incapables de se défendre ou dépourvues de ressources financières pour faire face au paiement d'un avocat ou d'un défenseur judiciaire.

---

[388] BREILLAT D., Libertés publiques et droits de la personne humaine, Paris, Gualino éditeur, 2003, p. 127.

Au près du juge judiciaire, la protection des droits fondamentaux et des libertés individuelles se fait habituellement au moyen de voies de recours ordinaire (appel, opposition et cassation) ou extraordinaire (tierce opposition, requête civile, prise à partie et révision).

L'appel est une voie de recours ayant pour objet la contestation d'une décision de justice (jugement) contradictoirement rendue, au premier degré, entre parties et poursuivant soit sa reformation, soit son annulation par le juge d'appel. L'opposition est un recours qu'une personne porte contre un jugement rendu par défaut et qui préjudice ses droits, elle vise à rétablir l'égalité entre parties à une instance et, donc, à établir un procès équitable. La cassation est une voie de recours ouverte à l'encontre des décisions de justice rendues en dernier ressort par une juridiction de fond.

Adressé à une instance supérieure (Cour suprême de justice ou Cour de cassation), le pourvoi en cassation poursuit la censure de la décision entreprise pour non-conformité au droit applicable ou celui censé être appliqué dans le cas d'espèce, la juridiction saisie n'étant pas compétente pour statuer à nouveau sur le fond du litige déjà tranché. Aboutissant, habituellement, par le renvoi de la cause à la même juridiction, mais autrement composée ou à une autre du même niveau que celle qui a rendu la décision attaquée, la cassation se démarque de la procédure d'appel.

Contrairement à celle-ci (la procédure d'appel), celle-là (la cassation) n'autorise pas l'évocation d'effet suspensif ni dévolutif. Elle intervient, généralement, en cas d'absence de motivation, de vice de forme, de violation de la loi et de défaut de fondement légal dans la décision entreprise. Voie de recours extraordinaire, la tierce opposition permet à toute personne qui n'a été ni appelée, ni représentée à une instance (tiers) d'attaquer la décision intervenue et qui lui cause préjudice.

La requête civile est une voie ouverte à toute personne contre une décision de justice rendue en dernier ressort lorsqu'elle ne peut pas y recourir par voie d'opposition. Ouverte aux seules personnes qui n'ont pas la possibilité de faire valoir leurs moyens de défense, par voie d'appel ou

d'opposition notamment, la requête civile est portée devant le juge auteur de la décision entreprise, elle ne vise pas sa modification, mais plutôt sa rétractation. La prise à partie est une procédure qui autorise un justiciable à s'attaquer à un magistrat auteur du dol, fraude, concussion ou déni de justice.

D'usage en matière civile ou pénale, la révision est une demande qu'un justiciable adresse à la juridiction qui a rendu une décision définitive et dans les cas limitativement prévus par la loi, en vue d'obtenir le réexamen de son procès en raison des éléments nouveaux. La révision peut, également, poursuivre la requalification des faits, la rétractation ou l'annulation, à la suite d'un fait nouveau ou de sa condamnation antérieure. Par cette voie, en effet, le requérant parvient à écorcher quelque peu sur l'autorité de la chose jugée reconnue aux décisions de justice ; le juge saisi pouvant l'évoquer d'office, après le constat d'une erreur de droit, d'un faux, d'une omission ou d'un double emploi préjudiciable aux droits d'un citoyen.[389]

Rapprochée à la législation électorale congolaise, on note qu'une personne condamnée à une peine de servitude pénale par une décision définitive ne peut être électrice ni éligible pas plus qu'elle ne peut, en cas d'élection, poursuivre le mandat électif obtenu avant sa condamnation. Interrompu par la condamnation pénale du titulaire, le mandat électif pourra être poursuivi par son suppléant jusqu'à terme.

C'est dans ce cadre que, condamné avec admission des circonstances atténuantes, à douze mois de servitude pénale principale et cent mille francs congolais constants pour viol sur mineur par la Cour suprême de justice, agissant comme Cour de cassation[390], le député national Adolphe Onusumba Yemba a vu son mandat interrompu au profit de son premier suppléant, mais à la suite de la procédure de révision de son procès devant le même juge, il a fini par être acquitté et renvoyé des fins des

[389] VUNDUAWE te PEMAKO F., Traité de droit administratif, op. cit., p. 899.
[390] CSJ, 28 septembre 2012, RP. 012/CR/2012.

poursuites[391], ce qui lui a permis de retrouver, deux ans plus tard, ses droits au sein de l'Assemblée nationale.

En matière des voies de fait, le juge judiciaire dispose d'une gamme importante de ressources (réparation, interprétation, appréciation de la légalité des faits) pour assurer la protection des droits et libertés individuels, même s'il existe encore quelques hésitations à reconnaître la collégialité, mieux la concurrence de son activité avec le juge administratif dans le cadre de la réparation d'un dommage causé par l'administration. La condamnation de l'État ou d'une autre personne morale de droit public à réparer les dommages causés à autrui peut amener le juge judiciaire à s'assurer de l'exécution volontaire de sa sentence par les personnes revêtues de la puissance publique et souvent protégées en matière d'exécution forcée.

En droit positif congolais cependant, l'exécution forcée à l'encontre de l'État et des autres personnes morales de droit public dotées, par ailleurs, de la personnalité juridique reste au cœur d'une controverse pas encore, totalement, tranchée.

B. Le juge administratif

Juge de l'administration, de l'action administrative, ainsi que des rapports entre l'administration et les administrés, le juge administratif s'assure de la régularité et la légalité de l'activité administrative et participe à la protection des libertés individuelles, fonction jadis assurée par le juge judiciaire.

La procédure instituée à cette fin est contradictoire et renferme plusieurs étapes à suivre avant que n'intervienne le jugement ou l'arrêt, selon le cas.

On note, à ce sujet, que la juridiction administrative est saisie soit par requête des parties, soit par réquisitoire du ministère public déposé au greffe qui l'enrôle dans un registre correspondant aux domaines de

391 CSJ, 26 novembre 2014, REV. 011/2014.

compétences de ladite juridiction. Introduite dans l'intérêt personnel des parties, la requête contient l'identité des parties, l'exposé des faits et des moyens ainsi que les conclusions. Elle est accompagnée de la copie de l'acte, du règlement ou de la décision administrative attaquée ainsi que de la preuve du dépôt du recours administratif préalable.

Le réquisitoire du ministère public est, quant à lui, dirigé dans l'intérêt général et, en particulier, pour la protection des droits et libertés fondamentaux des personnes. Accompagné de la copie de l'acte, du règlement ou de la décision administrative attaquée, il contient l'identité et l'adresse de l'officier instrumentant, l'exposé des faits et des moyens ainsi que les conclusions[392]. La requête ou le réquisitoire est accompagné des copies signées, selon le cas, par le requérant ou le ministère public, en nombre égal à celui des autres parties en cause, augmenté de deux. Lorsque les parties joignent les pièces à l'appui de leurs requêtes et mémoires, elles en établissent simultanément un inventaire détaillé.

Les requêtes, réquisitoires et mémoires sont accompagnés de deux originaux et d'autant de copies signées qu'il y a des parties à la cause[393]. La requête ou le réquisitoire est publié par extrait au journal officiel, suivi du dépôt des mémoires en réponse et, éventuellement, des mémoires en réplique, avant que ne soit désigné le magistrat rapporteur chargé de l'étude de l'affaire[394]. L'instruction de l'affaire a lieu dans la chambre désignée à cette fin[395], suivie de la transmission du double du dossier au ministère public pour son avis écrit à intervenir dans le délai légal.

Une fois en possession de cet avis, le magistrat rapporteur s'active à l'élaboration de son rapport, les mémoires en réponse et, éventuellement ceux en réplique, préalablement déposés au greffe qui les communique au

---

[392] Art. 135 de la Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016 portant organisation et fonctionnement des juridictions de l'ordre administratif, Journal officiel de la République démocratique du Congo, numéro spécial du 18 octobre 2016.

[393] Art. 138, al. 1er, 2 et 3 de la Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016.

[394] Art. 162, al. 1er de la Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016.

[395] Art. 171 de la Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016.

rapporteur désigné. Ce rapport est, ensuite, transmis à la chambre avec les documents datés et signés régulièrement obtenus des parties. L'instruction de la cause se clôture par la fixation, par le chef de la juridiction, de la date d'audience[396]. À l'issue des débats, la cause est prise en délibéré pour une décision à intervenir dans les trente jours[397].

Appelé à statuer sur le bienfondé d'un recours pour excès de pouvoir, le juge administratif peut être amené à protéger les droits et libertés individuels violés ou méconnus par l'administration, lorsqu'au lieu de se limiter à l'annulation de l'acte administratif incriminé, le recours poursuit, en plus, la réparation des dommages causés à autrui.

Se joignent en une seule et unique activité, à savoir la protection des droits et libertés du citoyen, deux demandes introduites par un même requérant. Ainsi, saisie d'une requête en annulation d'une décision administrative d'une autorité centrale, émanant de l'association sans but lucratif les témoins de Jéhovah, la section administrative de la Cour suprême de justice rendit, le 8 janvier 1993, une décision aux termes de laquelle elle constata, d'une part, le défaut de preuve de notification de l'ordonnance du président de la République n° 86-086 du 12 mars 1986 abrogeant celle n° 80-124 du 30 avril 1980 accordant la personnalité juridique à ladite association et sa publication au journal officiel et, d'autre part, l'insuffisance de motivation de l'ordonnance attaquée en ce qu'elle n'indique pas les faits précis, actes et activités de la requérante jugés attentatoires à l'ordre public[398].

La même juridiction a, dans une autre espèce, annulé l'ordonnance du président de la République n° 86/001 du 3 janvier 1986 portant révocation de quelques agents et fonctionnaires des services publics de l'État au motif qu'aucune action disciplinaire n'avait été ouverte à charge des requérants qui n'ont reçu aucune notification préalable des faits articulés pour

---

[396] Art. 184, al. 1er de la Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016.

[397] Art. 183 de la Loi organique n° 16/027 du 15 octobre 2016.

[398] CSJ, 8 janvier 1993, R.A. 266. 1314 CSJ, 11 janvier 1990, R.A. 182/186/191.

être en mesure de faire valoir leur justification ou moyen de défense. Si on peut se féliciter que ces deux décisions aient permis d'inscrire l'action du juge administratif dans la protection des libertés individuelles, il n'en est pas autant lorsque maintes fois saisie dans le domaine, la juridiction brille par l'immobilisme et l'incapacité d'afficher son indépendance à l'égard des pressions politiques.

Reconnaissant au contentieux d'annulation pour excès de pouvoir, une action dirigée contre un acte administratif lequel fait grief à un particulier, le juge qui en fait usage ne peut répondre qu'à une demande qui s'appuie sur la violation de la loi : il assure, par ce fait, une double protection des droits particuliers, la première poursuivant l'annulation de l'acte administratif illégal et, la seconde, la réparation du préjudice causé à un particulier. Ainsi qu'on le voit, l'organisation de ce contentieux aboutit au rétablissement d'un équilibre rompu en raison du caractère inégalitaire dans les rapports entre l'administration et ses administrés, contribuant ainsi à la moralisation de l'activité administrative obligée, par ailleurs, de ne s'émouvoir que dans le cadre tracé par la loi.

C. Le juge constitutionnel

Si le juge ordinaire peut s'autoriser de jouer un rôle de premier plan dans la protection des droits et libertés individuels, celui constitutionnel l'est davantage, en sa qualité de gardien de la Constitution et des droits qui y sont consacrés.

Il existe plusieurs modalités de saisine du juge constitutionnel en matière de protection des droits et libertés publiques, les unes directes par voie des requêtes visant l'inconstitutionnalité d'un acte législatif ou réglementaire, les autres indirectes à travers notamment l'exception d'inconstitutionnalité, la question préalable, celles préjudicielle et prioritaire de constitutionnalité soulevées devant une juridiction de jugement[399].

[399] Lire avec intérêt ESAMBO KANGASHE J.-L, Le droit constitutionnel, op.cit., pp.110.

On observe que, saisie d'une requête poursuivant le respect du droit d'éligible à un mandat politique et à occuper un siège vacant au Sénat en raison d'une incompatibilité frappant le titulaire, la Cour constitutionnelle a, après avoir reconnu sa compétence en la matière, affirmé sa fonction de gardienne des libertés publiques et des droits fondamentaux[400], jurisprudence qui a inspiré plusieurs autres décisions ayant contribué à la protection de la liberté d'expression[401], du droit de la défense[402], du droit d'éligibilité à un mandat politique[403], du droit de suffrage et d'éligibilité[404] ainsi que des conditions d'éligibilité à un mandat politique[405]. Avant l'installation de la Cour constitutionnelle, la Cour suprême de justice qui en faisait office a développé une jurisprudence intéressante en faveur de la protection des droits de l'homme[406] et notamment le droit à la vie[407], l'égalité devant loi et, en l'occurrence, l'égalité devant la justice[408],

l'interdiction des travaux forcés[409], la présomption d'innocence[410], le

[400] CC, 28 août 2015, R. Const. 0038.

[401] CC, 26 septembre 2015, R. Const. 137 ; CC, 14 octobre 2015, R. Const. 151.

[402] CC, 08 octobre 2015, R. Const.42 ; CC, 14 octobre 2015, R. Const.140 ; CC, 14 octobre 2015, R. Const. 151 ; CC, 10 juin 2016, R. Const. 212/216 ; CC, 10 mars 2017, R. Const. 356 ; CC, 17 mars 2017, R. Const. 410 et CC, 17 mars 2017, R. Const. 411.

[403] CC, 28 août 2015, R. Const.0038.

[404] CC, 08 septembre 2015, R. Const. 4089.

[405] CC, 14 octobre 2015, R. Const. 151.

[406] Sur la question, lire WETSH'OKONDA KOSO M., La protection des droits de l'homme par le juge constitutionnel congolais. Analyse critique et jurisprudence (2003-2013), op. cit., pp. 161 et ss.

[407] CSJ, 08 janvier 2011, R. Const. 128/TSR. 1324 CSJ, 07 mai 2004, R. Const.07/TSR ; CSJ, 11 mars 2005, R. Const. 26/TSR ; CSJ, 18 juillet 2005, R. Const. 24/TSR ; CSJ, 23 avril 2007, R. Const. 46/TSR et CSJ, 05 février 2010, R. Const.110/TSR.

[408] CSJ, 19 août 2011, R. Const. 166/TSR.

[409] CSJ, 02 juillet 2004, R. Const. 011/TSR.

[410] CSJ, 31 janvier 2411, R. Const. 128/TSR.

droit au double degré de juridiction[411], l'inviolabilité du domicile[412], la liberté de manifestation[413], celle d'expression[414], le droit à la participation politique[415], le droit à la protection de l'initiative privée[416] ou encore celui à l'éducation[417] Également juge du contentieux électoral, le juge constitutionnel contribue, par son activité, à la protection des libertés individuelles notamment, le droit de vote, celui à l'éligibilité ou la protection d'un mandat électif.

La loi électorale indique que le juge peut ordonner, en cas d'irrégularités ayant influencé de manière déterminante sur les résultats du scrutin, l'annulation partielle ou totale du vote. Les irrégularités et fraudes électorales sont d'origines diverses et variées car pouvant résulter des bourrages d'urnes, des actes de violence commis à l'égard des électeurs ou des agents électoraux, de l'obstruction faite aux délégués ou témoins des candidats, partis ou regroupements politiques régulièrement accrédités d'assister aux opérations de vote[418], de dépouillement ou de compilation des résultats[419]. Saisi de cas d'irrégularités ou des fraudes, le juge peut ordonner l'annulation partielle[420], totale[421] du vote ou des suffrages obtenus par un candidat avant de proclamer l'ensemble des résultats de la circonscription électorale[422]. Tout en donnant au droit constitutionnel congolais

---

411 CSJ, 18 janvier 2005, R. Const24/TSR ; CSJ, 23 avril 2007, R. Const. 024/TSR.

412 CSJ, 15 septembre 2006, R. Const. 38/TSR.

413 CSJ, 16 mars 2009, R. Const.084/TSR.

414 CSJ, 24 février 2008, R. Const. 28/TSR.

415 CSJ, 26 mars 2010, R. Const. 113/TSR.

416 CSJ, 20 juillet 2004, R. Const. 14/TSR.

417 CSJ, 6 février 2007, RCE200/DN/KN.

418 ESAMBO KANGASHE J.-L., Le droit électoral congolais, op. cit., p. 192. CSJ, 25 avril 2012, RCE 725/DN.

419 CSJ, 25 avril 2012, RCE 517/DN.

420 CSJ, 25 avril 2012, RCE 463/DN.

421 CSJ, 25 avril 2012, RCE 725/DN.

422 Art. 85, al. 1er de la Constitution du 18 février 2006.

une nouvelle orientation qui dépasse celle d'un droit s'occupant, uniquement, de l'organisation et du fonctionnement des organes étatiques au profit de celui tourné vers la protection des droits et libertés fondamentales, cette riche et abondante jurisprudence constitue un indicateur intéressant de la raison d'être et un facteur de légitimation de la justice constitutionnelle congolaise.

§3. Les limites de la protection

Dans le domaine de la protection ou non des libertés publiques, l'homme est au centre de l'activité, dans la mesure où, par son comportement imprévisible, il s'est autorisé, dans les rapports sociaux, le service d'une technologie qui en réduit la portée et l'efficacité.

1. L'informatisation des rapports sociaux

L'informatique pose, par-delà des facilités techniques, économiques et financières qu'elle procure aux citoyens, un problème juridique et politique lié à l'exercice des droits et libertés publiques. À travers ses diverses manifestations (Facebook, Twitter, Wikileaks, Wiber, WhatsApp et autres), elle fournit aux citoyens un accès libre, facile et en temps réel aux données longtemps considérées comme relevant du tabou. Celles-ci sont, ensuite, obtenues à moindre coût ; un travail jadis exécuté par plusieurs personnes l'est, désormais, par une poignée, si pas, une seule personne et à moindre frais ; la technique qu'elle procure participe, enfin, à l'exercice direct de la démocratie[423].

Nonobstant les avancées technologiques qu'il assure, l'usage excessif de l'informatique présente une série d'inconvénients, tels que l'emprisonnement de l'individu, le développement de la cybercriminalité, les atteintes fréquentes aux droits et libertés publiques, etc. Le recours exagéré à l'informatique est perçu comme une menace à la jouissance et l'exercice

[423] Art. 45, al. 2 de la Constitution du 18 février 2006.

paisibles des libertés individuelles ; il permet de rassembler, en un temps record, les informations de plus en plus complètes et confidentielles sur la vie privée d'un individu restreignant ainsi son autonomie et sa liberté.

On signale, en outre, que l'informatique conduit à la surveillance des mouvements journaliers d'une personne, sa situation financière (centralisation des renseignements bancaires ou immobiliers) et professionnelle (emplois exercés, sanctions encourues, promotions obtenues ou mutations effectuées). On arrive ainsi à détenir, à côté du dossier judiciaire de chaque individu, son casier politique et fiscal, dont l'efficacité de l'un renforce celle de l'autre.

Il existe, sans doute, de nombreux fichiers où se trouvent rassemblés des renseignements sur chaque individu, mais par rapport aux instruments préexistants, l'informatique présente une supériorité, telle que l'autorité nouvelle qu'elle accorde aux vérités distillées apparaissent finalement comme la parole d'évangile, en raison des pressions sociales sur l'individu, poussé au conformisme.

Si l'informatique peut contribuer à l'amélioration du sort des hommes (surveillance médicale, adaptation plus parfaite de l'homme à son travail, sûreté des informations grâce au recoupement des renseignements multiples), l'individu se trouve, néanmoins, enfermé dans un ensemble d'éléments sur lequel il ne peut rien ni se dégager, au point de se demander si, par elle-même, la technique ne détruit pas l'humanité.

L'État, entité juridique autour de laquelle se construit la puissance publique, ne peut se laisser détruire sans se renier, il est le premier garant des libertés publiques, dont il assure la protection et réprime les atteintes. Produite par l'homme, l'informatique ne peut prétendre à une neutralité absolue, son usage dépend donc du rôle que l'on veut bien lui faire jouer,[424] cas des printemps arabes notamment dans le domaine de la protection des libertés fondamentales et, partant, de la démocratie.

---

[424] Art. 144, al. 4 et 5 de la Constitution du 18 février 2006.

Or, il est une expérience que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser, il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites et, pour qu'on ne puisse abuser du pouvoir, il faut que, par la disposition des choses, le pouvoir arrête le pouvoir.

2. L'imprévisibilité du comportement humain

Créateur des libertés publiques, l'être humain en est le premier bénéficiaire, mais également l'offenseur certain. Réel ou pas, ce contraste dégage toute la problématique d'un domaine dont la complexité dévoile l'énigme cachée ; car, comment comprendre que, défenseur des libertés publiques, l'homme en soit le bourreau patenté.

On ne devra pas exagérer sur l'apparente contradiction entre la protection des libertés publiques et les limites qui leur sont, par moments, imposées autorisant quelques fléchissements justifiés par les circonstances exceptionnelles et le phénomène de catégorisation des droits et libertés fondamentales.

Les circonstances exceptionnelles à la base des restrictions aux droits et libertés individuels[425] ou collectifs se traduisent, dans un régime démocratique, par l'état d'urgence ou de siège. Sans en préciser l'étendue, le constituant congolais du 18 février 2006 indique, seulement, que le président de la République proclame, lorsque les circonstances graves menacent, d'une manière immédiate, l'indépendance ou l'intégrité du territoire national ou qu'elles provoquent l'interruption du fonctionnement régulier des institutions, l'état d'urgence ou l'état de siège, après concertation avec le premier ministre et autorisation de deux chambres du parlement ; il en informe la nation par un message. D'une durée de trente jours prorogeables de quinze jours successifs sur décision conjointe de l'Assemblée nationale et du Sénat saisis par le président de la République, l'état de

[425] En cas de péril imminent résultant notamment d'une guerre étrangère, de l'invasion du territoire national par les forces armées non invitées, d'une insurrection armée ou des menaces graves de déstabilisation du pays.

siège consacre une sorte « dictature constitutionnelle » du président de la République autorisé à prendre, par ordonnance délibérée en Conseil des ministres, des mesures nécessaires pour faire face à la situation.

L'état d'urgence décrit une situation de crise, autorisant le président de la République à exercer, en cas de menace imminente d'atteintes graves à l'ordre public (paralysie du fonctionnement régulier des institutions par une personne et/ou par un groupe). Sont souvent concernés par ces restrictions, l'inviolabilité de domicile, la liberté d'expression, le droit à l'information et la liberté de circulation. En l'occurrence, la liberté d'association, de réunion, de manifestation ou le droit de grève générale et prolongée, menaces d'attentat sur tout ou partie du territoire national) ou ayant le caractère de calamité publique (tremblement de terre, érosions causées par des pluies diluviennes, épidémie déclarée dans tout ou partie du territoire national), un pouvoir débordant celui accompli en temps normal.

Décidé en Conseil des ministres, il est accordé par les deux chambres du parlement, les mesures dérogatoires qui l'accompagnent étant, préalablement, soumises à la Cour constitutionnelle qui, toutes affaires cessantes, les déclare conformes ou non à la Constitution[426]. Il peut ainsi restreindre l'exercice de certaines libertés[427], substituer, pour le maintien de l'ordre et de la police, l'autorité militaire à celle civile, confier la répression des certaines infractions aux juridictions militaires ou étendre le pouvoir de la police administrative. En cas de déclaration de la guerre, par ordonnance délibérée en Conseil des ministres, le Conseil supérieur de la défense entendu, le président de la République sollicite l'autorisation de l'Assemblée nationale et du Sénat, après quoi il en informe la nation par un message. Dans l'une ou l'autre circonstance, on est en face d'une

---

[426] VUNDUAWE te PEMAKO F., Traité de droit administratif, op. cit., p. 235.

[427] Art. 86 de la Constitution du 18 février 2006. 1350 COSSALTER P., « La légalité de crise et État d'urgence », Revue Générale du Droit, n° 22919, Paris, 2015.

situation particulière couverte par la théorie dite des circonstances exceptionnelles conduisant à l'instauration de la légalité de crise et provisoire devant être remplacée dès que possible, par la légalité ordinaire.

Cette situation exige, donc, la collaboration entre le gouvernement et le président de la République doublée du contrôle politique du parlement et celui juridictionnel assuré par la Cour constitutionnelle, dont l'intervention ne vise nullement la constitutionnalité au fond des mesures prises, mais plutôt la justification qu'elles ont été décidées dans le cadre de l'état d'urgence ou de siège. On devra, néanmoins, éviter de considérer tout dysfonctionnement institutionnel comme une circonstance justifiant la proclamation de l'état d'urgence ou de siège, pour s'autoriser la restriction des libertés publiques constitutionnellement garanties.

À l'exception du droit à la vie, de l'interdiction de la torture et des peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants, de l'interdiction de l'esclavage et de la servitude, du principe de légalité des infractions et des peines, des droits de la défense et du droit de recours, de l'interdiction d'emprisonnement pour dettes, de la liberté de pensée, de conscience et de religion.

Aux termes de l'alinéa 2 de l'article 156 de la Constitution du 18 février 2006, le président de la République peut, en temps de guerre ou lorsque l'état de siège ou d'urgence est proclamé suspendre, par une décision délibérée en Conseil des ministres, sur tout ou partie de la République pour la durée et les infractions qu'il fixe, l'action répressive des cours et tribunaux de droit commun au profit de celle des juridictions militaires à l'exception du droit d'appel qui ne peut être suspendu, soit pendant trois jours, des éléments de la police et des unités combattantes sur l'ensemble des grandes agglomérations du pays et l'interdiction de toute manifestation politique contre la non tenue d'élection présidentielle et la prolongation du mandat du président de la République ressemble, à un état de siège décidé en violation de la Constitution ; aucune situation, menaçant l'indépendance ou l'intégrité du territoire national ou interrompant le

fonctionnement régulier des institutions, n'ayant été, officiellement constatée ni portée par message du président de la République, à la connaissance de la nation. Dans l'exercice personnel des libertés publiques surgit, également, le phénomène de « catégorisation », le bénéficiaire pouvant, selon les circonstances et la nature des libertés en cause, procéder en un arbitrage, avec une préférence à tel droit plutôt qu'à tel autre ; le choix opéré étant certes discrétionnaire, mais justifié par le profit personnel dont il est droit de tirer.

On note que, dans le cadre de l'exercice des droits civils et politiques notamment ceux de vote et d'éligibilité, l'importance accordée aux libertés augmente ou diminue en fonction de l'intérêt qu'on y attache et du gain à tirer. La gestion de la carrière d'un agent ou fonctionnaire de carrière de service public de l'État incitera, en revanche, à la sauvegarde de certaines libertés[428] professionnelles qu'aux droits civils et politiques[429]. Ainsi qu'on le voit, l'exercice d'une liberté publique doit autant que possible s'accommoder de la proportionnalité entre le gain à tirer et le respect du droit positif, leur mise en cohérence servant d'indications nécessaires au maintien de l'ordre public et de la paix sociale. Le comportement humain étant au centre de cette activité, il faut bien compter avec sa bonne foi qui reste, tout de même, une énigme à percer. Prises en compte dans la perception holistique du droit constitutionnel, les libertés publiques constituent à la fois la motivation profonde et la finalité au point de valoriser l'action des pouvoirs publics qu'elles limitent, par ailleurs, les excès. Garantis par la Constitution, les droits humains et les libertés publiques sont, dans un État de droit, exercés conformément aux instruments juridiques nationaux et internationaux qui en constituent, par ailleurs, le cadre

[428] Tels que le droit au travail et une rémunération décente, la liberté syndicale, le droit de grève, la liberté de mariage, le droit à la santé et à la sécurité alimentaire, le droit au logement décent, à l'accès à l'eau potable et à l'énergie électrique.
[429] Comme le pluralisme politique, la liberté d'expression, de réunion ou de manifestation.

d'expression. Ainsi, plutôt que d'être des « fausses fenêtres », ils obligent, dans leur mise en œuvre, les pouvoirs publics et les citoyens. On note, en même temps, qu'avant d'être juridiquement organisées, les garanties des droits et libertés relèvent, avant tout, d'une option politique en réponse à la demande sociale.

C'est en assurant la promotion et la protection des droits et libertés juridiquement garantis qu'on parvient à s'assurer de leur effectivité. Si la première activité vise la diffusion, la vulgarisation et, au besoin, la dénonciation de toute atteinte aux dits droits et libertés, la seconde en poursuit la répression et, le cas échéant, la réparation en cas de préjudice. Ainsi comprise, la promotion ne rime pas toujours avec la protection, même si dans bien de cas les deux opérations peuvent être accomplies par une même et seule institution, à savoir une juridiction de jugement. Dans l'un comme dans l'autre cas, on doit compter avec l'accompagnement pédagogique ainsi que la collaboration des pouvoirs publics et des citoyens en vue d'opérer le nécessaire ajustement du comportement humain souvent porté vers l'excès et les abus.

CONCLUSION

Les libertés publiques est un concept juridique qui se réfère à la liberté individuelle et collective des citoyens d'un État. Elle est souvent associée aux droits fondamentaux tels que la liberté d'expression, la liberté de religion, la liberté de réunion, la liberté de la presse, etc.

En droit comparé, la liberté publique est étudiée sous l'angle des différences et des similitudes entre les régimes juridiques applicables dans différents pays. Il s'agit d'une approche qui permet de mieux comprendre les enjeux et les défis liés à la protection des libertés publiques dans le monde entier.

Tout au long de notre ouvrage, nous nous étions amenés de chercher à étendre la notion de des droits humains et les libertés publiques en droit comparé en précisant que les droits de l'homme font partie intégrante de la bonne gouvernance et les conditionnalités de celle-ci ne sont que des mesures de renforcement de ceux-là.

Il nous a fallu, dans plusieurs pages, préciser d'abord, la protection des droits fondamentaux au sein de l'union européenne, leur évolution en Afrique et au Congo.

Il est à signaler qu'en Europe, La protection des droits fondamentaux est un élément clé de l'Union européenne (UE).

L'UE est fondée sur les valeurs de respect de la dignité humaine, de liberté, de démocratie, d'égalité, d'état de droit et de respect des droits de l'homme.

L'un des principaux objectifs de l'UE est la promotion des droits de l'homme en son sein et dans le monde.

Les institutions de l'UE sont tenues au respect des droits fondamentaux de l'UE lorsqu'elles exercent les pouvoirs et les fonctions qui leur

sont conférés par les traités. Les États membres sont soumis à une obligation de respecter les droits fondamentaux de l'Union dans la « mise en œuvre du droit de l'Union ».

Depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, l'UE s'est dotée de sa propre déclaration écrite des droits de l'homme, intitulée charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Cette charte contient un préambule et 54 articles, organisés en sept titres.

Les titres I à VI (dignité, liberté, égalité, solidarité, citoyenneté et justice) énoncent les droits fondamentaux garantis, tandis que le titre VII (Dispositions générales) établit un ensemble de règles relatives à l'interprétation et à l'application de ces droits fondamentaux.

Les droits fondamentaux protégés au sein de l'UE comprennent, entre autres, le droit à la vie, le droit à la liberté et à la sécurité, le droit à un procès équitable, le droit à la protection des données à caractère personnel, le droit à la liberté de pensée, de conscience et de religion, le droit à la liberté d'expression et d'information, le droit à la protection contre la discrimination, le droit à la protection de la santé, le droit à l'éducation et le droit à la protection de l'environnement .

En République démocratique du Congo l'effectivité des droits fondamentaux est différente celui des pays de l'Union européenne. Les Congolais ont été privés d'exercer les droits de l'homme durant toute la période de la colonie.

Ils essayent d'adapter leurs institutions à ces normes, aux premiers temps qui ont suivi la déclaration de l'indépendance mais hélas la volonté de neutralité du jeune État aiguise des convoitises, « Lumumba c'est David contre Goliath », « entre le Congo âgé de trois jours contre des trop vieux pays comme les USA alors âgés de 177 ans et la Belgique alors âgée de 130 ans ! » Les guerres fratricides qui ont suivi l'assassinat du Premier Ministre Lumumba vont accentuer la remise en question des efforts de rétablissement des droits de l'homme (Chirhalwirwa Nkunzimwami, 2015, 23).

Cette période tumultueuse va être suivie par celle de la dictature, la plus perfectionnée du monde, imposée par le régime du Président Mobutu. Elle est caractérisée par le refus de l'exercice de tout droit de l'homme lorsqu'il porte atteinte à un des idéaux du Mouvement Populaire de la Révolution (M.P.R.), parti unique instauré par la Deuxième République (du Zaïre), et l'affirmation d'un devoir de maximiser la sécurité des institutions mises en place.

La Chute d'un parti unique le 24 avril 1990 et la tenue des travaux de la Conférence nationale souveraine vont essayer de permettre en douceur l'exercice des droits de l'homme notamment la liberté syndicale, la liberté d'expression, la liberté d'association... qui n'étaient jusque-là que légales. Malheureusement, après la prise du pouvoir par l'Alliance des forces démocratiques pour la libération du Congo (A.F.D.L), elles seront confisquées et les droits de l'homme remis en péril, à y ajouter les faits des guerres menées d'août 1998 à avril 2003.

Malgré les efforts fournis par le peuple congolais d'imposer, aux différents gouvernements successifs (entre 1990 et 2002), le respect des droits de l'homme par l'instauration de la démocratie, de l'État de droit et de la lutte contre l'impunité et la corruption, ces derniers se sont distingués par les violations caractérisées, par les actes d'arrestation et détentions arbitraires, de torture et autres traitements cruels, inhumains et dégradants, violation de domicile, etc.

Il eut fallu attendre la fin des travaux du Dialogue Inter-Congolais pour voir cette fois-ci réhabilité ou installé le régime d'exercice effectif, en douceur mais relativement sûr, tant sur le plan de la légalité que sur le plan de la pratique des droits et libertés individuels et collectifs au Congo, bien qu'il soit difficile pour le pouvoir de les tolérer facilement.

Qu'on se le dise, l'effort de la communauté internationale n'est pas à négliger, depuis la colonisation jusqu'à ce jour, dans la lutte que mènent les Congolais pour l'instauration d'un État de droit, d'un État respectueux des droits de l'homme, d'un État où le peuple exerce effectivement les

droits qui lui sont reconnus tant par les instruments internationaux, régionaux que nationaux relatifs aux droits de l'homme.

Cet effort a-t-il consisté à des différentes pressions, de nature différentes, exercées sur les gouvernements : embargo, suspension des relations diplomatiques, suspension d'aides financières internationales ou d'aides au développement... à des conditionnalités de la bonne gouvernance. Cette notion implique les efforts fournis par le Congo dans le domaine de la démocratie, de la saine gestion des biens publics et des finances et des avancées constatées dans le respect des droits de l'homme.

Or, durant la période décriée, les colonisateurs d'hier, grands humanistes et historiquement pionniers des droits de l'homme, gardaient un silence coupable, une passivité suspecte devant des nombreuses violations des droits des citoyens par les dirigeants au pouvoir au Congo et en Afrique noire. Question d'intérêts ou d'ignorance de ce qui se passait.

Depuis quelques temps, on assiste activement à un retour en force des débats et des luttes pour la défense des droits et libertés individuels et collectifs. Cette évolution, on peut l'affirmer, correspond exactement au vent nouveau de démocratisation propulsé d'Europe, qu'on a appelé « perestroïka », qui souffle, depuis 1990, sur l'Afrique et qui se traduit par la libéralisation de la vie politique, l'autorisation de création de partis politiques, la tenue des Conférences nationales, la création des syndicats, des associations diverses de défense et de promotion des droits de l'homme, la libéralisation de la presse... et ce, pour une politique liée au développement et aux questions économiques et commerciales aussi.

Mais qu'on se rappelle que toute question liée au développement ou aux questions économiques ou commerciales doit se faire dans le strict respect de la Déclaration universelle des droits de l'homme et des textes subséquents. Outre le fait qu'il s'agit là d'une obligation juridique, il y va également de l'efficacité des politiques proposées.

Avec cette évolution, les droits de l'homme vont devenir un véritable phénomène de société, voire une monnaie d'échange utilisée dans les

grandes négociations financières ou les politiques d'aide et d'assistance internationales, et ce, sous le vocable bonne gouvernance.

Certes, les lois existent. Mais les mécanismes retenus (par l'ONU, la Charte africaine, les lois nationales) pour promouvoir et protéger les droits de l'homme et des peuples sont loin de les garantir. Les conventions internationales relatives aux droits de l'homme ne sont pas constitutives d'une réglementation internationale des droits, mais plutôt comme les Déclarations, une incitation des États à un effort. Même la Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, dont le texte et l'idéologie ne manquent pas d'intérêt, est contrainte par une procédure lourde, complexe et longue au niveau de son application concrète.

En national, les mécanismes mis en place récemment, en dehors des juridictions, ne sont pas régulièrement installés pour permettre un contrôle de l'application des lois et instruments relatifs aux droits de l'homme.

Malgré diverses tentatives, il n'a pas été possible jusqu'à présent de mettre en place une organisation régionale ou nationale indépendante et spécifique, qui agirait soit pour l'application d'une convention déterminée, soit pour la dénonciation d'une quelconque violation des droits de l'homme, comme le cas des ONG qui n'ont pas un pouvoir coercitif sur les États ou sur le gouvernement. Face à des telles entraves et à l'absence de volonté de certains États de lutter contre l'impunité des auteurs de violation des droits par la mise en place de tels mécanismes, il faut donc encourager l'émergence d'une justice régionale (la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples) susceptible d'établir des responsabilités et de sanctionner les auteurs des violations.

Pour cela, souhaitons-nous que les conditionnalités de la bonne gouvernance (démocratie, droits de l'homme, réforme étatique, modernisation de l'Administration...) soient renforcées pour permettre une évolution beaucoup plus positive dans le domaine des droits de l'homme. Car, quelques soient le nombre, la fréquence et la forme des violations

des droits de l'homme constatées en Afrique en général et en RDC en particulier, il est indéniable qu'en tant qu'êtres humains, les Africains et Africaines, les Congolais et Congolaises ont des droits que n'importe qui est obligé de respecter. Ce renforcement de l'exigence de remplacement des conditionnalités de la bonne gouvernance dont la démocratie et les droits de l'homme trouvent une place de choix, devra inciter à la création, en dehors des mécanismes du type administratif (comme le Ministère, l'Observatoire, la Commission...) et des structures judiciaires existants (cours et tribunaux) d'un ordre juridique ou un organe juridictionnel spécial et indépendant chargé des droits de l'homme. Un tel ordre aura pour mission de « juger » les violations des droits de l'homme (soit au plan national, soit au plan régional).

La bonne gestion d'une telle institution juridictionnelle rendra effectif l'exercice par les citoyens des droits de libertés publiques leur reconnus légalement et devra ouvrir le débat sur la « bonne gouvernance des droits de l'homme. » De ce qui précède, situation des droits humains en République démocratique du Congo (RDC) demeure alarmante. Les conflits internes et la mauvaise gouvernance contribuent à une grave crise alimentaire et au déplacement interne de près de 5,5 millions de personnes, soit plus que partout ailleurs en Afrique. En 2020, sous la présidence de Félix Tshisekedi, la situation des droits humains s'est dégradée après une première année de mandat marquée par des avancées.

En novembre 2021, le Bureau conjoint des Nations unies aux droits de l'homme a recensé 801 violations et atteintes aux droits de l'homme sur toute l'étendue du territoire national, une forte augmentation de plus de 60% par rapport au mois d'octobre. Les atteintes aux droits humains sont plus nombreuses dans les provinces visées depuis 2021 par l'état de siège. L'armée y est en charge de l'administration et du maintien de l'ordre. C'est en particulier le cas en Ituri et au Nord-Kivu.

Les défenseurs des droits humains ont fait l'objet de menaces, d'intimidation, d'arrestations arbitraires et de détention de la part des services

de l'État et de groupes armés. Le Dr Denis Mukwege, lauréat du Prix Nobel de la paix, a reçu des menaces de mort pour son plaidoyer en faveur de la justice pour les crimes graves.

BIBLIOGRAPHIE

I. Instruments juridiques internationaux

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté par la résolution n° 2200 A(XXI) de l'Assemblée générale des Nations unies en sa session du 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976 ;

Déclaration universelle des droits de l'homme adoptée et proclamée par l'Assemblée générale des Nations unies dans la résolution 217 ACC III du 10 décembre 1948, B.O, 1949 ; International Journal of Applied Research, http://www.allresearchjournal.com ;

La Charte africaine des droits de l'homme et des peuples, Adopté le 27 juin 1981par les chefs d'États africains ;

La Charte de Munich, adoptée par la Fédération internationale des journalistes (FIJ) en Munich (Allemagne), 1971 ;

La Déclaration universelle des droits de l'homme (DUDH) ;

Les protocoles facultatifs se rapportant au pacte international relatif aux droits civils et politiques.

Déclaration et convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale 1963.

La loi électorale n°06/006 du 09 mars 2006 portant organisation des élections présidentielles, législatives, provinciales, urbaines, municipales et locales telle que modifiée par la loi n°11/ du 25 juin 2011, loi n°15/001 du 12.02.2015 et la loi n°17/013 du 24 décembre 2017 ;

Loi organique n°93-1252 du 23 novembre 1993 sur la cour de justice de la République française ;

Articles 1 à 27 de la Déclaration universelle des droits de l'homme ;

Articles de 1 à 15 de la Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux culturels. ;

II. Instruments juridiques nationaux

Constitution de la République démocratique du Congo, telle que révisée par la loi n°11/002 du 20 janvier 2011, J.O.RDC, 52ème année, n°3 du 1er janvier 2011 ;

Loi-organique nº 11/001 du 11 janvier 2011 portant composition, attribution et fonctionnement du Conseil supérieur de l'audiovisuel et de la communication ;

Loi-cadre n°013/2002 du 16 octobre 2002 sur la télécommunication, J.O.RDC, n° spécial, 25 janvier 2003.

Parlement Européen, Document de séance sur les aspects institutionnels de l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 6 mai 2010, A70144/2010, 2009/2241(INI)

III. Ouvrages

Littérature juridique

AUBY, J.-M. et DUCOS-ADER, R., Droit public : Droit constitutionnel, libertés publiques, droit administratif, 9ème édition, Sirey, Paris, 1984.

BREILLAT, D., Libertés publiques et droits de l'homme, Gualino, Paris, 2003.

BRUN, A. et CRABIT, E., Faire respecter les droits fondamentaux à l'intérieur de l'Union européenne, Pistes de réflexion sur le rôle de la Commission européenne, Revue des affaires européennes, 1 janvier 2006.

BRUN, A., Les droits fondamentaux et le citoyen européen, in Actes du colloque international organisé par le Centre de Recherches Hannah Arendt les 16 et 17 mars 2006.

BURDEAU, G., Traité de science politique *; Tome IV. Le statut du pouvoir dans l'État,* 2e éd., L.G.D.J., Paris, 1969.

CHANTEBOUT, B., Droit constitutionnel et sciences politiques, 8ème édition, Armand Colin, Paris, 1982.

COHEN-JONATHAN, G. Libertés, justice, tolérance, volume I et II, Bruyant, 2004.

COLLIARD, C.-A., Libertés publiques*,* 7e édition, Dalloz, Paris, 1989.

DARCY, G., Contentieux administratif, Armand Colin, Paris, 2000.

DUCRET, S., La protection des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne. Université Lumière Lyon 2 - Droits de l'homme, 2010.

GORI, G. et KAUFF-GAZIN, F., L'arrêt Matthews : Une protection globale des Droits de l'homme par une vision réductrice de l'ordre juridique communautaire.

GUILLIEN, R. et VINCENT, J., Lexique de termes Juridiques, 8e édition, Dalloz, Paris, 1990.

HAMON, F., TROPER, M. et BURDEAU, G., Droit constitutionnel, 27e éd., L.G.D.J., Paris, 2001.

ISRAËL, J.-J., Droits des libertés fondamentales, L.G.D.J., Paris, 1998.

JACQUE, J.-P., Droit constitutionnel et institutions politiques, 2e éd., Dalloz, Paris, 1996.

KABANGE NTABALA, C., Droit administratif, Tome I, P.U.K., Kinshasa, 1997.

LIKULIA BOLONGO, Droit Pénal Spécial Zaïrois, Tome I ; 2e éd., L.G.D.J., Paris, 1985.

MADIOT, Y., Droits de l'homme et libertés publiques, Massan, Paris, 1976.

MORIA, J.-Y., Libertés et droits fondamentaux dans les constitutions des États ayant le français en partage, Bruylant, Paris, 1999.

MPONGO BOKAKO BAUTOLINGA, E., Institutions politiques et droit constitutionnel, E.U.A., Kinshasa, 2001.

PESCATORE, P., Études de droit communautaire européen 1962-2007, avec une liste bibliographique complémentaire, Grands écrits, Collection droit de l'Union européenne, dirigée par Fabrice Picod, Bruyant 2008.

PRIOLLAUD, F.-X. et SIRITZKY, D., Le traité de Lisbonne - texte et commentaire article par article des nouveaux traités européens (TUE - TFUE), la documentation française.

RENUCCI, Jean-François, L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme : actualité d'une vieille idée..., in « Mélanges en l'honneur de Pierre Julien - la justice civile au vingt et unième siècle », Edilaix, 2003, p.389

RIVERO, J., Les libertés publiques : les droits de l'homme, Tome 1er, P.U.F, Paris, 1995.

ROBERT, J., Libertés publiques et droits de l'homme, 4e édition, Montchrestien, Paris, 1988.

ROCHE, J. et POUILLE, A., Libertés publiques, 12ème édition, Dalloz, Paris, 1997.

SHABANI, N. Étude comparée des droits humains et des libertés publiques dans la constitution. Memoireonline.com [url] https://www.memoireonline.com/11/13/7825/m_Etude-comparee-des-droits-humains-et-des-libertes-publiques-dans-la-constitution7.html

ZILLER, J., Les nouveaux traités européens - Lisbonne et après, CLEFS Politique, Lextenso Editions, Montchrestien, 2008, 159p.

Littérature, essais historiques et philosophiques

BERLIN, I. 2002. Liberty, Second Edition. Edited by Henry Hardy. Oxford: UP.

HAAZ, I. 2019. The Value of Critical Knowledge, Ethics and Education, Geneva: Globethics Publications.

BUCHAKUZI KANEFU, R. 2015. Pleure, Ô Noir, frère bien-aimé. Anthologie de textes de Patrice-Émery Lumumba, Premier Ministre de la RD Congo 1960-61. Avant-propos par : G. Chirhalwirwa Nkunzimwami. Genève : Globethics Publ.

IV. Articles des revues

BULA-BULA, S., *Droit International Humanitaire », in séminaire de formation cinquantenaire de la D.U.D.H., Droits de l'homme et droit international humanitaire*, 18 Nov. 10 Déc. 1998, P.U.K., Kinshasa, 1999.

BULTRINI, Antonio, La responsabilité des Etats membres de l'Union européenne pour les violations de la Convention européenne des droits de l'homme imputables au système communautaire, Revue trimestrielle de droit de l'homme, 2002.

CALLAMARD, A., « droits de l'homme » et « droits humains » ? Article accessible sur : http://www.monde-diplomatique.fr/1998/03/CALLAMARD/10138, mars 1998.

CHANET, C., « Comité des droits de l'homme des Nations Unies », in Bulletin d'information de la Cour de cassation n° 619, 15 mai 2005, accessible sur : http://www.droits-fondamentaux.prd.fr/codes/modules/articles/article.

DE SCHUTTER, O. « L'adhésion des Communautés européennes à la Convention européenne des droits de l'homme ». Courrier hebdomadaire du CRISP, 1994/15 n° 1440, 1994. p.1-40.

DELPHY, C. « Droits de l'homme » et « droits humains » ? Les mots sont importants ! Art accessible sur : http://lmsi.net/spip.php; article 620, février 2007.

DUPUY, P.-M., « De la politique à la mise en œuvre : Droit de l'homme à un environnement sain », in Naturopa 90, accessible sur : http://www.nature.coe.int/french/main/naturopa/reveue/pol 1.htm.

IMBERT, Pierre-Henri, De l'adhésion de l'Union européenne à la CEDH - symposium des Juges au Château de Bourglinster - 16 septembre 2002, Droits fondamentaux, n°2, janvier-décembre 2002, p.11-19, p.11.

IYOLO W'EKONDA, D. « La démocratisation des États africains : Un droit inaliénable des peuples d'Afrique ou un cadeau à ceux-ci ? », in Cahiers Africains des Droits de l'homme et de la Démocratie (C.A.D.H.D), 10e année n° 25, Vol I, janvier - mars 2006.

LOUM, N. « Le système africain des droits humains : les mécanismes institutionnels et leurs interrelations », in Défendre les droits humains en Afrique. Points de vue sur la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 2008, accessible sur : http://www.ichrdd.ca/site/publications/index.php.

MAMPUYA KANUNK'a-TSHIABO, A. « Le système onusien de protection des droits de l'homme : introduction générale », in séminaire cinquantenaire de la D.U.D.H, 18 Nov. 10 Déc. 1998, P.U.K., Kinshasa, 1999.

MASHINI MWATHA, C., « La consécration du droit à un environnement sain et sa défense en justice en droit congolais », in Populus, 2004, accessible sur : http://cleomashini.populus.org/rub/

MAZYAMBO MAKENGO, F. « Le système onusien de protection des droits de l'homme : les mécanismes conventionnels », in

séminaire cinquantenaire de la D.U.D.H., 18 Nov. 10 Déc. 1998, P.U.K., Kinshasa, 1999.

MPONGO BOKAKO, E., « Les libertés fondamentales dans la Constitution du 18 février 2006 », in Cahiers Africains des Droits de l'homme et de la Démocratie (C.A.D.H.D), 10ème année n° 25, Vol I, janvier - mars 2006.

NGONDANKOY, N., Droit Congolais des Droits de l'homme, Louvain – la Neuve, Academia - Bruylant, Bibliothèque de droit africain 1, 2004.

NTIRUMENYERWA MUCHOKO, G., « Le système onusien de protection des droits de l'homme : les mécanismes de protection fondés par la charte des nations unies : Ecosoc, CDH, HCNUDH », in séminaire cinquantenaire de la D.U.D.H, 18 Nov. 10 Déc. 1998, P.U.K., Kinshasa, 1999.

OMEONGA TONGOMO, B., « La problématique de l'exécution des arrêts du juge administratif suprême congolais et la garantie de l'indépendance du pouvoir judiciaire », in Cahiers Africains des Droits de l'homme et de la Démocratie (C.A.D.H.D), 10ème année n° 25, Vol I, janvier - mars 2006.

SAKLE THOMPSON, S., « Le système africain des droits humains : comparaisons, contexte et possibilités de croissance future », in Défendre les droits humains en Afrique. Points de vue sur la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, 2008, accessible sur http://www.ichrdd.ca/site/publications/index.php?id=2862&lang=fr&page=5&subsection=catalogue

VASAK, K., « Le droit international des droits de l'homme », In R.C.A.D.I, Volume IV, 1974.

Globethics

Globethics is an ethics network of teachers and institutions based in Geneva, with an international Board of Foundation and with ECOSOC status with the United Nations. Our vision is to embed ethics in higher education. We strive for a world in which people, and especially leaders, are educated in, informed by and act according to ethical values and thus contribute to building sustainable, just and peaceful societies.

The founding conviction of Globethics is that having equal access to knowledge resources in the field of applied ethics enables individuals and institutions from developing and transition economies to become more visible and audible in the global discourse.

In order to ensure access to knowledge resources in applied ethics, Globethics.net has developed four resources:



Globethics Library
The leading global digital library on ethics with over 8 million documents and specially curated content



Globethics Publications
A publishing house open to all the authors interested in applied ethics and with over 190 publications in 15 series



Globethics Academy
Online and offline courses and training for all on ethics both as a subject and within specific sectors



Globethics Network
A global network of experts and institutions including a Pool of experts and a Consortium

Globethics.net provides an electronic platform for dialogue, reflection and action. Its central instrument is the website:

https://globethics.net

Globethics Publications

The list below is only a selection of our publications. To view the full collection, please visit our website.

All products are provided free of charge and can be downloaded in PDF form from the Globethics library and at https://globethics.net/publications. Bulk print copies can be ordered from *publications@globethics.net* at special rates for those from the Global South.

Prof. Dr Fadi Daou, Executive Director. Prof. Dr Amélé Adamavi-Aho Ékué, Academic Dean, Dr Ignace Haaz, Managing Editor. M. Jakob Bühlmann Quero, Editor Assistant.

Find all Series Editors: https://globethics.net/publish-with-us
Contact for manuscripts and suggestions: *publications@globethics.net*

Global Series

Christoph Stückelberger and Pavan Duggal (Eds.), *Data Ethics: Building Trust. How Digital Technologies Can Serve Humanity*, 2023, 677pp. ISBN: 978-2-88931-523-9 / DOI: 10.58863/20.500.12424/4273108

Bryan Robinson and Georges Enderle (Eds.), *Global Survey of Business Ethics: 2022-2024, Teaching, Research and Training. Volume 1: Introduction and Africa.* 2024, 464pp. ISBN: 978-2-88931-586-4/ DOI: 10.58863/20.500. 12424/4312479

Bryan Robinson and Georges Enderle (Eds.), *Global Survey of Business Ethics: 2022-2024, Teaching, Research and Training. Volume 2: Asia, Australia, Russia and America.* 2024, 412pp. ISBN: 978-2-88931-588-8 / DOI: 10.58863/20.500.12424/4316505

Bryan Robinson and Georges Enderle (Eds.), *Global Survey of Business Ethics: 2022-2024, Teaching, Research and Training. Volume 3: Europe*. 2024, 526pp. ISBN: 978-2-88931-590-1/ DOI: 10.58863/20.500.12424/4316506

Christoph Stückelberger, María Merchán Rocamora, Divya Singh, Pavan Duggal (Eds.), *AI Governance Ethics: Artificial Intelligence with Shared Values and Rules*, 2024, 524pp. ISBN: 978-2-88931-609-0/ DOI: 10.58863/20.500.12424/4318987

Co-publications Series - EFEAC

Ferdinand Kapanga Mutombo, *Dictionnaire pratique des élections, A-L*, 2024, 345pp. ISBN: 978-2-88931-546-8 / DOI:10.58863/20.500.12424/4306728

Ferdinand Kapanga Mutombo, *Dictionnaire pratique des élections, M-Z*, 2024, 436pp. ISBN: 978-2-88931-572-7 / DOI:10.58863/20.500.12424/4306854

Fweley Diangitukwa, *L'art de bien gouverner la République. Enjeux géopolitiques et stratégies des acteurs en Afrique – Tome 1*, 2024, 250pp. ISBN: 978-2-88931-554-3/ DOI: 10.58863/20.500.12424/4305019

Fweley Diangitukwa, *L'art de bien gouverner la République. Les pratiques de prise de décision et leurs effets dans les politiques publiques – Tome 2*, 2024, 187pp. ISBN: 978-2-88931-592-5/ DOI: 10.58863/20.500.12424/4312466

Pascal Mukonde Musulay, *Diversité des droits dans la quête de la sécurité humaine*, 2024, 169pp. ISBN: 978-2-88931-569-7 /DOI: 10.58863/20.500.12424/4303977

Ange Sankieme Lusanga, *L'essentiel sur les droits humains et les libertés pu-bliques en droit comparé*, 2025, 263pp. ISBN 978-2-88931-613-7 / DOI: 10.58863/20.500.12424/4319583



Journal of Ethics in Higher Education

https://globethics.net/jehe
ISSN: 2813-4389

No. 5 (2024): Open and Distance Education

This is only a selection of our latest publications, to view our full collection please visit:

https://globethics.net

ISBN 978-2-88931-613-7

L'essentiel sur les droits humains et les libertés publiques en droit comparé

Les libertés publiques sont des libertés individuelles et collectives garanties et constituent un sous-ensemble des droits fondamentaux. Au niveau interne, les libertés publiques sont réparties dans trois catégories principales : - les droits civils et politiques, - les droits économiques et sociaux, - les droits collectifs ou communautaires. Les citoyens de l'Union européenne jouissent d'un grand nombre de droits et libertés qui sont consacrés par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ainsi que par les traités européens. La Cour constitutionnelle de la RDC, gardienne des libertés fondamentales peut s'inspirer de la jurisprudence de Cour-EDH et de la CJUE traitée dans l'ouvrage.



Ange Sankieme Lusanga est le Président de l'association Juristes et théologiens mobile migrations et développement. Docteur en droit et en théologie des Universités de Berne et de Bâle/ Suisse, l'auteur est Professeur des universités en République démocratique du Congo - Avocat au barreau de Kinshasa/Matete - Membre de l'Union internationale des avocats, UIA.

ÉCOLE DE FORMATION ÉLECTORALE EN AFRIQUE CENTRALE

Globethics