



HAL
open science

SANCTIONS INTERNATIONALES ET DROITS DE L'HOMME: OPTIONS ET SOLUTIONS DEVANT LA CEDH DANS L'AFFAIRE AL-DULIMI ET MONTANA MGMT INC. C. SUISSE

Charlotte Beaucillon, Paulo Pinto de Albuquerque, Ségolène Barbou Des
Places, Guillaume Pinchard

► **To cite this version:**

Charlotte Beaucillon, Paulo Pinto de Albuquerque, Ségolène Barbou Des Places, Guillaume Pinchard.
SANCTIONS INTERNATIONALES ET DROITS DE L'HOMME: OPTIONS ET SOLUTIONS DE-
VANT LA CEDH DANS L'AFFAIRE AL-DULIMI ET MONTANA MGMT INC. C. SUISSE . 2017.
hal-01671606

HAL Id: hal-01671606

<https://hal.science/hal-01671606>

Submitted on 22 Dec 2017

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.



*Conférences de l'IREDIES/
IREDIES Conference Paper
n° 2/2017*

**SANCTIONS INTERNATIONALES ET DROITS DE L'HOMME :
OPTIONS ET SOLUTIONS DEVANT LA CEDH DANS L'AFFAIRE
*AL-DULIMI ET MONTANA MGMT INC. C. SUISSE***

Conférence du 16 janvier 2017

Charlotte BEAUCILLON (DIR.)

Ces textes peuvent être téléchargés à des fins de recherche uniquement.
Toute reproduction additionnelle à d'autres fins, sur format papier ou électronique, requiert le consentement des auteurs et des éditeurs.
En cas de référence ou citation, les auteurs, éditeurs, le titre, l'année et le numéro des *Conférences* de l'IREDIES doivent être mentionnés.

This text may be downloaded for personal research purposes only.
Any additional reproduction for other purposes, whether in hard copy or electronically, requires the consent of the authors.
If cited or quoted, reference should be made to the full name of the authors, the title, the IREDIES *Conference papers* series, the year, the issue number and the publisher.

Sommaire

Introduction	p. 4
<i>Charlotte BEAUCILLON, Maître de conférences à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne</i>	
Allocution	p. 7
<i>Paulo PINTO DE ALBUQUEQUE, Juge à la Cour européenne des droits de l'homme</i>	
Discussion	p. 8
<i>Ségolène BARBOU DES PLACES, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne</i>	
Débats avec la salle	p. 12
<i>Guillaume PINCHARD, Doctorant à l'Ecole doctorale de droit international et européen, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne</i>	
Bibliographie sélective.....	p. 16

Introduction

Charlotte BEAUCILLON, Maître de conférences à l'École de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

1. Les faits

M. Al-Dulimi est un ressortissant irakien né en 1941, qui dirige la Montana Management Inc., société de droit panaméen. Le 26 avril 2004, ils furent tous deux inscrits sur la liste des cibles des mesures de gel des fonds des hauts responsables du régime de Saddam Hussein. M. Al-Dulimi ayant été responsable des finances des services secrets irakiens sous le régime de Saddam Hussein, il entre en effet dans le champ d'application du paragraphe 23 de la résolution 1483(2003), tel qu'interprété par le Comité des sanctions institué par la résolution 1518(2003). Il suffira ici de rappeler que cette affaire s'inscrit dans le contexte de l'évolution des sanctions adoptées sur le fondement du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies par le Conseil de sécurité des Nations Unies, suite à l'invasion du Koweït par l'Irak en 1990 (S/RES/661(1990) et S/RES/670(1990)). Le 12 mai 2004, M. Al-Dulimi et la Montana Management Inc. ont été inscrits sur la liste des personnes physiques et morales annexée à l'ordonnance suisse sur l'Irak (Conseil fédéral suisse, 7 août 1990, *Ordonnance sur l'Irak*). A cette date, leurs avoirs en Suisse sont gelés et ont fait l'objet d'une procédure de confiscation engagée par le Département fédéral de l'économie.

M. Al-Dulimi et la Montana Management Inc. reçurent le 22 mai 2006 un projet de décision de confiscation par le Département fédéral de l'économie, qui, malgré leur contestation, donna lieu à trois décisions de confiscation du 16 novembre 2006 au motif d'une part que leurs noms avaient été inclus dans la liste des personnes visées par le paragraphe 23 de la résolution 1483(2003) et d'autre part que la Suisse avait l'obligation d'exécuter les résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies. M. Al-Dulimi et la Montana Management Inc. saisirent le Tribunal fédéral suisse des trois décisions, arguant en substance de la violation de leur droit de propriété et des droits de la défense. Le Tribunal y répondit par un contrôle minimum, limité à vérifier que les deux requérants avaient fait l'objet d'une désignation par le Comité des sanctions.

Entre temps, le Conseil de sécurité des Nations Unies adopta la résolution du 19 décembre 2006, introduisant le Point Focal, un mécanisme de radiation des listes essentiellement diplomatique, mais présentant la nouveauté de permettre l'introduction d'une demande de radiation par les cibles des mesures elles-mêmes. Les requérants introduisirent une telle demande le 13 juin 2008, qui fut à son tour rejetée.

C'est dans ce contexte que la Cour européenne des droits de l'homme fut saisie de la conformité des décisions du Département fédéral de l'économie avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Par une requête introduite le 1^{er} février 2008, les requérants demandaient à la Cour de reconnaître la violation de l'article 6 § 1^{er} de la Convention, qui garantit leur droit à un procès équitable.

2. L'arrêt de Chambre du 26 novembre 2013

Dans un arrêt de Chambre du 26 novembre 2013, la Cour européenne des droits de l'homme conclut, à quatre voix contre trois, à la violation de l'article 6 § 1^{er} de la Convention.

Au fond, la Chambre réaffirma le principe dégagé dans la décision *Nada c. Suisse* (Grande Chambre, 12 septembre 2012, n° 10593/08), selon lequel les obligations apparemment contraires résultant de la Charte des Nations Unies et de la Convention, doivent faire l'objet d'une interprétation conforme (§§ 111-112). Elle entreprit ensuite de soumettre l'ONU à la présomption dégagée à propos de l'Union européenne dans l'affaire *Bosphorus Airways c. Irlande* (Grande Chambre, 30 juin 2005, n° 45036/98). Aux termes de

cette présomption, les mesures internes d'exécution d'obligations résultant de la participation à des organisations internationales peuvent être présumées conformes à la Convention, à la condition que l'organisation présente un mécanisme de protection des droits fondamentaux équivalent à celui que garantit la Convention. En revanche, dès lors que l'Etat a bénéficié d'une certaine marge de manœuvre dans l'exécution des obligations résultant de sa participation à l'organisation internationale, il porte seul la responsabilité de ses mesures internes d'exécution (§ 114). La Chambre appliqua ce test au cas d'espèce, en commençant par constater que la résolution 1483(2003) du Conseil de sécurité de l'ONU ne laissait aucun pouvoir discrétionnaire à la Suisse, et s'écarta ainsi du cas d'espèce de l'affaire *Nada c. Suisse* (§ 117). L'examen de la procédure de radiation offerte par le Point Focal, qui n'est pas un organe juridictionnel et dont l'issue dépend d'une décision discrétionnaire du Conseil de sécurité, fut considérée comme n'étant pas conforme aux exigences de l'article 6 § 1^{er} de la Convention (§ 118). Enfin, la Cour estima, au vu du contrôle formel minimal réalisé par le Tribunal fédéral suisse, que la déficience procédurale des Nations Unies n'avait pas pu être compensée par l'Etat Suisse au niveau interne (§120). Au terme de cet examen, la Cour conclut que la présomption de conformité dégagee dans l'affaire *Bosphorus* ne pouvait pas être retenue en l'espèce et qu'elle devait connaître, au fond, du moyen des requérants quant à la violation de leur droit d'accès à un Tribunal impartial. La Chambre conclut que quand bien même le but poursuivi par la résolution du Conseil de sécurité était légitime, le déni de justice auquel les requérants ont été confrontés n'y était pas proportionné et que le droit à un procès équitable avait été vidé de sa substance (§§ 128-134).

3. La décision de Grande Chambre du 21 juin 2016

Le 24 novembre 2014, le gouvernement suisse demanda le renvoi de l'affaire devant la Grande Chambre de la Cour, composée de 17 juges (art. 43 CEDH). Cette demande fut acceptée par le Collège de la Grande Chambre le 14 avril 2014, permettant aux requérants et au gouvernement suisse de fournir des observations complémentaires, et aux gouvernements français et anglais (Membres permanents du Conseil de sécurité des Nations Unies et de l'Union européenne) de se constituer parties intervenantes à l'instance.

La Grande chambre conclut à la violation de l'article 6 § 1^{er} de la Convention, dans un arrêt du 21 juin 2016, adopté à une majorité de quinze juges sur dix-sept, dont six juges – SE M. le juge Pinto de Albuquerque inclus – assortirent leur vote d'une opinion concordante, illustrant plus avant le caractère non consensuel du raisonnement de la Cour.

En substance, la Grande chambre suivit un tout autre raisonnement que la Section. Elle considéra tout d'abord qu'aucune des dispositions de la Résolution 1483(2003) n'interdisait explicitement aux tribunaux suisses de vérifier sous l'angle du respect des droits de l'homme les mesures prises au niveau national en application des décisions du Conseil de sécurité. Elle affirma ensuite que l'inscription de particuliers sur les listes de personnes soumises aux sanctions décrétées par le Conseil de sécurité entraînait selon elle des ingérences pouvant être d'une extrême gravité pour les droits garantis par la Convention.

Ce faisant, la Cour s'inscrit dans la ligne jurisprudentielle de l'affaire *Al-Jedda c. Royaume-Uni* (Grande chambre, 7 juillet 2011, n° 27021/08), et s'engagea dans une interprétation dynamique d'harmonisation systémique entre la résolution 1483(2003) et la Convention. Cette première étape du raisonnement de la Cour est particulièrement problématique en ce qu'elle délaisse une fiction (celle de la marge de manœuvre de l'Etat membre dans la mise en œuvre des résolutions du Conseil de Sécurité, développée dans l'affaire *Nada*) pour une autre (celle de l'intention de respecter les droits de l'homme qu'il faudrait prêter au Conseil de sécurité des Nations Unies en 2003, alors que la question du respect des droits fondamentaux en matière de sanctions internationales n'en était qu'à ses premiers balbutiements au sein de l'organisation).

Ayant ainsi écarté l'épineuse question d'une incompatibilité de principe entre les obligations découlant de la Charte de l'ONU et celles découlant de la CEDH, la Cour fit reposer

la charge du contrôle sur les juridictions suisses. Elle considéra en effet qu'avant d'exécuter les mesures demandées, les autorités suisses auraient dû s'assurer de l'absence de caractère arbitraire dans cette inscription. Ce critère de l'arbitraire est déjà celui qui est retenu, dans le cadre du contrôle des mesures anti-terroristes de l'ONU, par l'*Ombudsperson*, et il est permis de s'interroger sur l'articulation entre le seuil de protection exigé par la CEDH d'une part, et par la CJUE d'autre part, dans la perspective des arrêts *Kadi I* et *II* (Grande Chambre, 3 septembre 2008, n° C-402/05P et n° C-415/05P ; Grande Chambre, 18 juillet 2013, n° C-584/10P, n° C-593/10P et n° C-595/10P).

En définitive, pour la Cour, les requérants auraient dû disposer d'une possibilité réelle de présenter et de faire examiner au fond, par un tribunal, des éléments de preuve adéquats pour tenter de démontrer que leur inscription sur les listes litigieuses était entachée d'arbitraire. En l'absence d'un tel accès au juge, elle conclut que leur droit d'accéder à un tribunal, tel que garanti par la Convention, a été atteint dans sa substance même par la Suisse.

Il ressort de ce qui précède que l'affaire *Al-Dulimi* se situe dans la longue ligne de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme relative aux rapports de systèmes, et plus particulièrement aux relations qu'entretient le droit de la Convention avec le droit de la Charte, au prisme des mesures nationales d'exécution des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU. Elle permet, grâce aux opinions séparées des Juges, et particulièrement de celle de SE Pinto de Albuquerque, d'explorer les différentes options de raisonnement qui s'offraient à la Cour et de s'interroger sur la solution retenue, au regard non seulement des modalités d'exécution nationale des résolutions du Conseil de sécurité de l'ONU, mais aussi – et surtout – de celui de la responsabilité des Etats au regard du droit international et européen des droits de l'homme.

Allocution

Paulo PINTO DE ALBUQUERQUE, Juge à la Cour européenne des droits de l'homme

L'allocution de SE M. le juge Pinto de Albuquerque ne peut être reproduite ici.

Son opinion concordante dans l'affaire *Al-Dulimi et Montana Mgmt Inc. c. Suisse* est disponible en cliquant sur le lien suivant :

< <http://hudoc.echr.coe.int/eng/?i=001-164448> >

Discussion à l'occasion de l'affaire *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse* : quelques questions au Juge Pinto de Albuquerque

Ségolène BARBOU DES PLACES, Professeur à l'Ecole de droit de la Sorbonne,
Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

L'affaire *Al-Dulimi*, tranchée par la Cour européenne des droits de l'Homme le 26 juin 2016, n'est pas intéressante pour sa seule solution. Ce n'est d'ailleurs pas la conclusion à laquelle parvient la Cour à la majorité qui surprend : les autorités suisses auraient dû s'assurer de l'absence de caractère arbitraire de l'inscription de personnes sur les listes des sanctions des Nations-Unies. C'est plus le raisonnement suivi qui mérite discussion, tout autant que les opinions séparées des juges. Parmi celles-ci, l'opinion du Juge Pinto de Albuquerque apparaît comme une véritable opinion doctrinale qui appelle de nombreux commentaires. Cette conférence étant l'occasion d'un dialogue avec le Juge Pinto de Albuquerque, je souhaiterais mettre l'accent sur trois aspects de l'affaire qui me conduiront à plusieurs séries de questions.

1. Comment situer l'affaire *Al-Dulimi* ?

Pour la doctrine, il est difficile de situer l'affaire *Al-Dulimi*. On peut en effet la lire comme une nouvelle application de la méthodologie développée dans les affaires *Al-Jedda* et *Nada*, i.e. comme une énième tentative d'éviter un conflit entre les obligations qui découlent de la Charte des Nations Unies et celles qui découlent de la CEDH. Au contraire, il est possible de considérer cette affaire, - surtout si on la lit à l'aune de certaines opinions séparées dont celle du juge Pinto de Albuquerque - comme participant d'un nouveau mouvement qui doit conduire à réévaluer la conception traditionnelle des rapports de systèmes. Où situeriez-vous l'affaire sur l'axe allant de la première à la seconde option ? Par ailleurs, et la question me semble liée, feriez-vous un lien entre la démarche de la Cour dans l'affaire *Al-Dulimi* et celle de l'arrêt *Avotins c. Lettonie* (Grande Chambre, 23 mai 2016, n° 17502/07), qui laisse penser que la CourEDH est, aujourd'hui, moins encline qu'auparavant à présumer que les normes des autres ordres juridiques sont conformes aux exigences de la CEDH ? Pour le dire autrement, l'affaire *Al-Dulimi* est-elle un cas d'espèce ou une décision de principe ?

2. Sur le rôle de l'Etat tenu de respecter simultanément des obligations incompatibles

Comme vous Monsieur le Juge, j'avoue ne pas être convaincue par la solution qui consiste à présumer qu'il est presque toujours possible à l'Etat, en raison de sa marge d'appréciation au stade de l'exécution des obligations émanant de l'ordre juridique international (ici le droit onusien), de procéder à une interprétation conciliant les impératifs contradictoires de deux normes émanant de deux ordres juridiques distincts. Nous sommes nombreux à partager votre analyse sur l'impossibilité de considérer que la résolution 1483(2003) laisse une latitude aux gouvernements (surtout au regard de ces termes ignorés selon lesquels le gel doit avoir lieu « sans retard » et le transfert « immédiatement ») et à contester l'idée qu'une discrétion étatique surgirait au stade de la mise en œuvre de son obligation par l'Etat. De sorte que, si l'on peut trouver vos termes sévères (vous dites que la majorité « a réinventé la résolution », l'a « décontextualisée », l'a « interprétée superficiellement »), on ne peut que vous suivre sur le constat.

Mais une question se pose alors : est-ce la méthodologie *Nada/Al-Jedda* qui est problématique ou son application à l'espèce ? Vous reconnaissez qu'est louable « l'effort d'intégration systémique ». Je trouve également féconde, au plan théorique comme au plan

pratique, l'idée que puisse peser sur les Etats un devoir d'agir autant que possible au service de la conciliation des obligations émanant de deux traités internationaux auxquels ils sont Parties. L'harmonie recherchée ne peut en effet venir que de deux voies : soit d'une action des Etats en amont pour éviter la formation de normes leur imposant des obligations contradictoires, soit d'une action en aval. Ce qui me semble intéressant dans l'idée d'un devoir de l'Etat de contribuer à l'intégration systémique, c'est qu'il lui soit demandé de faire usage de toute sa discrétion pour apaiser les conflits. C'est ainsi que dans l'arrêt *MSS* (Grande Chambre, 21 janvier 2011, n° 30696/09), la Cour a conduit les Etats membres de l'Union européenne à redécouvrir la clause de souveraineté inscrite dans le règlement Dublin et dont ils ne faisaient en pratique jamais usage, leur montrant qu'il existait une voie permettant le respect simultané du règlement Dublin et de leurs obligations conventionnelles. L'arrêt *Al-Dulimi* suggère-t-il qu'il faut renoncer, en général ou en l'espèce, à cette approche ?

Mais surtout, si je souscris à l'idée de promouvoir l'harmonisation ou l'intégration systémique, comme mode de coexistence pacifique et raisonné des ordres juridiques, j'éprouve un certain malaise face à ce qui m'apparaît comme des flottements dans le raisonnement jurisprudentiel. L'enjeu est bien sûr de trouver les voies d'une articulation harmonieuse d'obligations conventionnelles incompatibles qui tiennent au fait que les auteurs des actes les énonçant poursuivent des objectifs qui ne sont pas similaires. Mais que cherche-t-on exactement à concilier ? Selon les cas, la jurisprudence affirme vouloir concilier la protection des droits fondamentaux et l'objectif de paix, ou la protection des droits fondamentaux avec les impératifs de la coopération internationale. De même, s'agissant de la mise en œuvre de la présomption *Bosphorus*, le lecteur de la jurisprudence ne sait pas toujours si la présomption de respect des droits fondamentaux est appliquée à l'organisation internationale en général (ici l'ONU), au fondement juridique de l'acte qui crée les obligations conventionnelles (ici la Charte des Nations Unies) ou à l'acte adopté lui-même (ici la résolution). N'y aurait-il pas besoin d'une clarification ?

En tout état de cause, reconnaissons que dans l'espèce *Al-Dulimi*, l'application faite par la Cour est forcée et problématique. Vous proposez d'ailleurs une alternative en plaidant pour l'application du « test *Bosphorus* ». Je laisserai aux internationalistes dire pourquoi ils pensent que ce test ne peut pas (ou ne doit pas) être appliqué dans le cas du droit onusien en général (ou de la Charte en particulier) et doit être limité aux rapports dits horizontaux (ici le rapport de la CEDH et du droit de l'UE). J'ajoute qu'à titre personnel, l'idée d'appliquer le test *Bosphorus* ne me paraît pas choquante. Il n'en reste pas moins que cette proposition soulève de nombreuses interrogations :

- Que répondre à ceux qui considèrent que la solution *Bosphorus* est une formule qui revient, en fin de compte, à faire primer la CEDH sur les autres obligations conventionnelles et qui traduit donc, malgré les apparences, une logique hiérarchique ?

- A lire la jurisprudence de la CourEDH, nous savons qu'il y a différentes déclinaisons de la formule *Bosphorus* et dans votre opinion, vous semblez privilégier la déclinaison de l'affaire *Gasparini* (Deuxième Section, 12 mai 2009, n° 10750/03). Est-ce bien le cas et cela vaut-il de manière générale ou en raison des particularités de l'espèce ?

- Partagez vous l'opinion du juge Keller dans son opinion séparée selon laquelle il est urgent que la Cour élabore une « méthodologie *Bosphorus* » ?

- Dans sa décision *Avotins*, la CourEDH revenait sur l'origine de la présomption *Bosphorus* de la manière suivante : « Pour parvenir à cette conclusion [de présomption d'équivalence], [la Cour] a constaté, premièrement, que l'Union européenne offrait une protection équivalente à celle de la Convention sur le plan des garanties substantielles, relevant à cet égard que, déjà à l'époque des faits, le respect des droits fondamentaux était une condition de légalité des actes communautaires, et que la CJUE se référait largement aux dispositions de la Convention et à la jurisprudence de Strasbourg lorsqu'elle procédait à son appréciation [...]. Ce constat vaut *a fortiori* depuis le 1^{er} décembre 2009, date à laquelle est entré en vigueur l'article 6 modifié du Traité sur l'Union européenne, qui prévoit que les droits

fondamentaux, tels qu'ils sont garantis par la Convention et tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, font partie du droit de l'Union européenne en tant que principes généraux ». N'y a-t-il pas, dans cette formule et notamment dans le passage que je souligne, tout ce qui sépare le droit de l'Union du droit onusien et qui pourrait justifier une limite à l'application de la présomption *Bosphorus* au droit onusien ?

Enfin, le lecteur de l'arrêt *Al-Dulimi* a parfois l'impression d'un mélange entre arguments politiques et juridiques. La question politique posée aux juges, dans l'affaire *Al-Dulimi* comme dans les affaires *Bosphorus*, *Nada* et autres, est de savoir qui doit être « responsabilisé » pour agir afin d'éviter qu'apparaisse à l'avenir une atteinte à un droit aussi essentiel que le droit au procès équitable pour les personnes qui subissent des sanctions ciblées : l'ONU ou l'Etat qui met en œuvre la résolution ? La doctrine et les juges semblent très divisés. Certains juges considèrent que la seule solution, pour influencer le Conseil de sécurité, est de faire peser sur les Etats la responsabilité de la violation des droits fondamentaux. Pour d'autres, une pression cumulée des jurisprudences européennes est nécessaire, indiquant au Conseil que ses résolutions n'atteignent pas un seuil acceptable dans la protection des droits fondamentaux. L'Etat ne devrait ainsi pas être indument rendu responsable d'une violation dont il n'est pas l'auteur. La question politique sous-jacente est, convenons-en, d'une extrême complexité. D'où les critiques portées à la Cour dans les affaires *Nada* et *Al-Jedda*. Mais comment pourrions-nous tenter de penser cette question d'une façon juridique ? Doit-elle/peut-elle avoir une place dans le raisonnement juridique de la Cour ? Si oui, quelle méthodologie pourrait être adaptée ? Quels principes pourraient/devraient guider le raisonnement : l'efficacité, la faisabilité, des principes de justice ?

3. L'autonomie du système conventionnel

Ce qui frappe à la lecture de votre opinion, Monsieur le Juge, c'est peut-être moins la critique du raisonnement de la majorité - ou la proposition de l'application du test *Bosphorus* - que les prémisses de votre raisonnement. Je m'intéresse ici à ce passage très remarqué de votre opinion que vous avez intitulé « Prendre la Convention au sérieux ». Le vocabulaire employé est très fort : c'est le vocabulaire de l'action. Vous décrivez ainsi un ordre juridique autonome fondé sur des accords et une action commune, vous dites que la CEDH est plus qu'un accord international, qu'elle a un rôle de transformation pour construire une union plus étroite, qu'il ne saurait y avoir de subordination aux « prétendues règles supérieures du droit international ». Vous évoquez encore, pour qualifier le droit conventionnel européen, le « droit suprême du continent européen » et vous rappelez la nature constitutionnelle de la Cour européenne et insistez sur le caractère prescriptif de ses arrêts. Sans surprise, après de tels énoncés, vous concluez que le Conseil de l'Europe peut avancer une forte revendication constitutionnelle.

L'usage de tels termes ne heurte pas une communautariste habituée au vocabulaire de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire. Cette autonomie a emprunté deux tours en droit de l'UE : d'abord le vocabulaire de la spécificité (dans la période originelle des affaires *Van Gend en Loos* (5 février 1963, n° 26/62) et *Costa c. Enel* (15 juillet 1964, n° 6/64)) puis, à partir de l'arrêt *Les Verts* (23 avril 1986, n° 294/83) de 1986, le vocabulaire constitutionnel. Dans l'affaire *Kadi I*, l'Avocat général Poiares Maduro raisonnait également en termes de constitutionnalité. Il se demandait notamment si l'ordre juridique de l'Union européenne accorde un statut « supra-constitutionnel » aux mesures nécessaires pour mettre en œuvre les résolutions du Conseil de sécurité des Nations-Unies. Pour lui, l'immunité juridictionnelle résulterait d'une telle supra-constitutionnalité qu'il ne parvient toutefois pas à identifier. Reprendriez-vous à votre compte ce vocabulaire et cette formulation ?

Par ailleurs, et vous me pardonnerez d'achever mes remarques par la mention de propos provocateurs dont le but n'est que de susciter la réflexion. Dans cette même affaire *Kadi I*, Miguel Poiares Maduro soulignait les différences existant entre les deux Cours européennes et les deux ordres juridiques européens. Pour lui la CEDH est d'abord un accord

interétatique qui crée des obligations entre Parties contractantes. Le traité CE, au contraire, a créé un système juridique autonome au sein duquel les États et les particuliers ont des droits et obligations directs. Vous pourrez à juste titre trouver ce propos daté. Mais il nous conduit à la question du statut de l'individu. Cet individu est d'ailleurs, selon les termes de votre opinion, l'épicentre du droit international, le facteur de légitimation du droit international : le sujet a atteint, dites vous, le statut de *locus classicus* en droit international. Pourtant, vous ne le placez pas au centre de votre analyse qui conclut à la nature constitutionnelle du système juridique du Conseil de l'Europe. N'est-ce pas un chaînon manquant dans votre raisonnement ? Et ne faudrait-il pas alors, essayer de penser les rapports de système en partant de l'individu ?

Réponses et débats du Juge Pinto de Albuquerque avec la salle

Guillaume PINCHARD, Doctorant contractuel à l'Ecole doctorale de droit international et européen, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne

1. Sur la question de l'autonomie constitutionnelle de l'ordre juridique du Conseil de l'Europe

Tenter d'apporter une réponse à ce débat soulève, d'un point de vue méthodologique, une question préalable : quels sont les éléments caractéristiques d'une constitution ? Si l'on tente d'apporter une esquisse de réponse à cette discussion, il faut avoir à l'esprit que deux idées sont aujourd'hui les piliers du constitutionnalisme moderne. D'un côté, la constitution est la source fondatrice de tout droit, ou, en d'autres termes, tout autre droit puise son fondement dans la constitution. De l'autre, la constitution est une limite à tout exercice de la force publique.

Ces éléments à l'esprit, il faut alors se demander s'il est possible de concevoir la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales en tant que norme constitutionnelle. Une telle affirmation est aujourd'hui possible, à raison du fait que les deux caractéristiques du constitutionnalisme moderne se retrouvent au sein de l'ordre juridique européen institué par la Convention.

D'une part, elle est la source qui inspire ou doit inspirer tout autre droit. A cet égard, il faut tourner le regard vers les droits nationaux qui, à travers des expressions telles que, « prise en compte de la Convention », « prise en considération de la Convention », « interprétation conforme à la Convention », laissent transparaître l'idée selon laquelle celle-ci peut s'analyser comme étant la source de tout autre droit.

D'autre part, la garantie juridictionnelle apportée par la Cour européenne des droits de l'homme aux droits et libertés protégés par la Convention, établit une limite juridique à l'exercice de la puissance publique. C'est d'ailleurs là l'une des spécificités que l'ordre juridique européen partage avec l'Union européenne.

Du reste, l'idée de centralité de l'individu, qui ressort nettement du fait que celui-ci a un accès direct à une juridiction, a nécessairement, en tant qu'idée fondatrice du système, une répercussion sur la façon dont on conçoit le caractère constitutionnel de la Convention : l'individu est mis au centre du système juridique européen, tendant ainsi à renforcer sa nature constitutionnelle. La place centrale occupée par l'individu au sein du système fait en sorte que ce dernier n'est pas perçu comme un système immobiliste qui serait la seule garantie d'un acquis, mais au contraire comme un système en développement, en constante progression. Cette conception d'un système juridique n'étant pas paralysé mais s'inscrivant dans un processus d'évolution, est d'ailleurs un principe inhérent à l'idée de constitution. A ce titre, dès l'origine, la revendication était on ne peut plus claire de la part des pères fondateurs : la garantie des droits de l'homme devra se développer (voir le préambule de la Convention).

Dès lors, tant au regard de la place centrale occupée par l'individu au sein du système, d'une Convention perçue comme la source fondatrice de tout autre droit et de la limitation de l'exercice de la puissance publique, on peut conclure à l'autonomie constitutionnelle de l'ordre juridique européen.

Loin de n'être que théorique, cette autonomie se rencontre également dans la pratique de la Cour, et s'affirme même contre des majorités politiques. Si l'on prend l'exemple de l'affaire *Baka c. Hongrie* (Grande Chambre, 23 juin 2016, n° 20261/12), il fût mis fin aux fonctions du président de la Cour suprême hongroise, trois ans et demi avant l'expiration de son mandat, après que celui-ci a critiqué des réformes législatives relatives aux tribunaux hongrois : par le jeu des dispositions transitoires de la nouvelle constitution, ses fonctions de président prirent fin à l'entrée en vigueur de la nouvelle constitution. Il lui fût par ailleurs

impossible, au regard des critères retenus par les nouveaux textes constitutionnels, de se porter candidat à sa propre succession. En outre, du fait de la nature constitutionnelle du texte adopté, l'intéressé se voyait privé du moindre recours devant les juridictions nationales. Il décida alors de saisir la Cour européenne des droits de l'homme, excipant d'une violation par la Hongrie de son droit d'accès à un tribunal. Dans cette affaire, la Cour de Strasbourg retint sa compétence pour procéder au contrôle d'une norme nationale, quand bien même cette norme aurait une nature constitutionnelle et aurait été approuvée par un parlement démocratique à une majorité suffisante. En d'autres termes, la nature constitutionnelle de la norme n'interdit pas à la Cour de superposer sa vision des standards européens aux normes constitutionnelles.

Cela avait déjà été affirmé par la Grande Chambre dans l'affaire *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine* (Grande Chambre, 22 décembre 2009, n° 27996/06 et n° 34836/06) où la Cour a censuré l'interdiction faite à des Roms et des Juifs de briguer certaines fonctions électorales. Pour conclure, la Cour défend l'idée selon laquelle des normes de nature constitutionnelle, bien qu'approuvées par des majorités politiques écrasantes au sein de parlements démocratiques, ne peuvent se superposer à la Convention et à la lecture que la Cour en fait. Est ainsi affirmée l'existence de limites, que la Cour accepte de constater même contre le gré et la volonté des Etats membres et de l'expression de leurs majorités démocratiques.

Pour autant, faut-il explicitement attribuer à l'ordre juridique européen, une autonomie constitutionnelle ? Procéder de la sorte, en attribuant à la Cour l'épithète « constitutionnelle », apporte une valeur ajoutée puisque l'on gagne en termes pratiques.

La principale conséquence dérivant de cette affirmation se retrouve dans les plus petites comme les plus grandes parties du travail de la Cour. Prenons l'exemple des « arrêts pilotes ». Si l'on conçoit la Cour comme une véritable cour constitutionnelle, de tels arrêts sont l'incarnation type du travail que la Cour devrait poursuivre de préférence : ils sont le moyen le plus efficace de contrer des problèmes systémiques, touchant une catégorie générale de personnes. En procédant de la sorte, la Cour se livre à ce que l'on peut qualifier de contrôle abstrait de conventionalité, lequel se rapproche fortement de ce que font une multitude de cours constitutionnelles contemporaines. Si l'on porte le regard sur le travail de la Cour constitutionnelle allemande, on constate qu'elle se situe dans une position similaire à celle adoptée par la Cour européenne des droits de l'homme, avec des points communs en termes d'approche ou encore de langage. Par conséquent, reconnaître la nature constitutionnelle de la Cour de Strasbourg permet de centrer son attention sur des problèmes généraux qui concernent des catégories générales de personnes.

Le fait de nommer la Cour comme véritable juridiction constitutionnelle a d'autres conséquences pratiques, notamment quant à la participation des organisations non gouvernementales. En ce sens, il y a beaucoup à gagner à reconsidérer le rôle, au sein de l'ordre juridique européen, de ces entités qui (i) ont une nature internationale et (ii) abordent un problème en tant que principe, sans que cela ne soit nécessairement lié à des faits particuliers d'espèce.

Dès lors, on voit bien que le fait de reconnaître la nature constitutionnelle de la Cour peut avoir une influence directe sur la méthode de travail et sur le résultat final livrés par la Cour.

2. Sur la question relative à l'affaire *Kadi I* dont a eu à connaître la Cour de justice de l'Union européenne

Sur la question relative à l'affaire *Kadi* dont a eu à connaître la Cour de justice de l'Union européenne, et plus particulièrement à l'opinion en vertu de laquelle la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est formellement et matériellement distincte du Traité sur l'Union européenne et du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, il est possible d'adopter deux approches. Un premier point de vue

permet d'affirmer que la Convention est un simple accord interétatique tandis que les traités ont créé un système juridique autonome au sein duquel les particuliers se voient accorder des droits et soumis à des obligations. Un second point de vue permet de défendre l'idée que cette conception reflète une vision quelque peu figée de la Convention, de la Cour européenne des droits de l'homme ainsi que du Conseil de l'Europe, laquelle ne correspondrait plus tout à fait à la réalité. La réalité du système de la Convention est beaucoup plus riche que l'a décrit l'arrêt *Kadi I*. En effet, la Convention est un traité normatif, qui crée des droits pour les individus et les personnes morales et impose des obligations, y compris des obligations positives, aux parties contractantes.

Si l'on prend l'exemple de l'affaire *Muršić c. Croatie* (Grande Chambre, 20 octobre 2016, n° 7334/13), on trouve une discussion quant au rôle de la *soft-law* en droit international et notamment en droit européen des droits de l'homme. Les grands pas en avant faits par la Cour mais aussi par les autres organes du Conseil de l'Europe se sont principalement fondés sur des instruments de *soft-law*, laquelle apparaît alors comme le véritable moteur du développement du droit européen des droits de l'homme. De par sa nature, la *soft-law* ne requiert pas le consentement de chacun des Etats membres. Il s'agit d'un procédé plus élastique, plus flexible, et c'est sur cette base que la Cour a procédé maintes fois au développement des droits et libertés garantis par la Convention. Souvent, la Cour tranche des questions d'intérêt général qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme. C'est d'ailleurs un argument supplémentaire qui plaide en faveur du fait que la Cour peut être perçue comme une véritable cour constitutionnelle.

Une telle vision de la Cour va à son tour influencer l'ensemble du droit construit par le Conseil de l'Europe, notamment dans le cadre de la Commission de Venise ou du Comité européen pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants. Il faut en outre mentionner le fait que, dans certains arrêts, la Cour accepte de manière très claire le rôle ou l'influence des autres organes du Conseil de l'Europe. Les européens gagneraient d'ailleurs à faire preuve d'une vraie fierté à l'égard de ce que fait le Conseil de l'Europe pour le bien commun : il met en action un dialogue gagnant-gagnant, servant à développer le niveau des standards, à l'image de toute cour constitutionnelle.

3. Sur la question relative à la raison pour laquelle la Cour aborde toujours les questions délicates à la fin de ses arrêts (et donc de son raisonnement)

Dans l'affaire *Al-Dulimi*, la Cour s'est confrontée de façon à peine voilée à la question de la suffisance des garanties apportées par le système onusien par rapport aux exigences de la CEDH. Sans formuler de réponse générale ou définitive, la Cour a, dans cette affaire, esquivé la question de la confrontation directe avec les Nations Unies. Elle souhaitait, au contraire, adopter une approche plus souple et diplomatique. Malgré tout, il ressort très clairement de la fin du raisonnement mobilisé par la Cour que le système des Nations Unies n'offre pas de garanties suffisantes et concentre les critiques de la part de la doctrine comme des acteurs du système lui-même.

Curieusement, et de manière non négligeable, elle évite de recourir au vocable « protection équivalente ». L'idée est présente évidemment, elle n'a pas pu être évitée : même si le choix des mots donne l'impression qu'il n'est pas procédé à une comparaison entre les deux systèmes, le véritable argument est finalement celui de l'insuffisance de protection, qui est dénoncée très clairement. Au début de son arrêt, la Cour promet une interprétation de la résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies, mais ne procède au final qu'à une simple réinvention de celle-ci. La Cour livre une lecture de la résolution qui ne résulte ni de sa lettre, ni de son esprit. Mais au-delà de ce constat, le plus important réside dans le fait que la Cour reconnaît le caractère non négociable voire fondamental de la garantie d'accès à un tribunal : c'est là que réside l'épicentre de l'arrêt. Il n'est pas possible de négocier avec ce

principe, même dans le cadre d'affaires civiles. Voilà, ainsi résumé, le noyau dur de l'arrêt : dire *urbi et orbi* que l'on ne peut imposer des sanctions ou mesures, sans que ne soit garanti l'accès à une juridiction, à une autorité indépendante, pouvant confirmer ou non, le fondement, en termes de preuve, de la décision. Même si l'approche et les termes diffèrent, on ne peut éviter la conclusion que la Cour de Strasbourg s'approche en substance tant du critère que du standard de contrôle de l'équivalence des protections, tels qu'ils sont retenus par la Cour de Luxembourg.

Bibliographie sélective (jurisprudence, notes et commentaires utilisés)

Arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

- CEDH, 12 mai 2009, Deuxième Section, décision, *Gasparini c. Italie et Belgique*, n° 10750/03
- CEDH, 22 décembre 2009, Grande Chambre, arrêt, *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, n° 27996/06 et n° 34836/06
- CEDH, 21 janvier 2011, Grande Chambre, arrêt, *MSS c. Belgique et Grèce*, n° 30696/09
- CEDH, 23 mai 2016, Grande Chambre, arrêt, *Avotins c. Lettonie*, n° 17502/07
- CEDH, 21 juin 2016, Grande Chambre, arrêt, *Al-Dulimi et Montana Management Inc. c. Suisse*, n° 5809/08
- CEDH, 23 juin 2016, Grande Chambre, arrêt, *Baka c. Hongrie*, n° 20261/12
- CEDH, 20 octobre 2016, Grande Chambre, arrêt, *Muršić c. Croatie*, n° 7334/13

Arrêts de la Cour de Justice de l'Union européenne

- CJCE, 5 février 1963, arrêt, *Van Gend en Loos*, n° 26/62
- CJCE, 15 juillet 1964, arrêt, *Costa c. Enel*, n° 6/64
- CJCE, 23 avril 1986, arrêt, *Les Verts c. Parlement*, n° 294/83
- CJCE, 3 septembre 2008, Grande Chambre, arrêt, *Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation c. Conseil de l'Union européenne et Commission des communautés européennes*, n° C-402/05P et n° C-415/05P
- CJUE, 18 juillet 2013, Grande Chambre, arrêt, *Commission européenne e.a. c. Yassin Abdullah Kadi*, n° C-584/10P, n° C-593/10P et n° C-595/10P

Notes et commentaires

- J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les personnes frappées par une sanction individuelle résultant d'une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies ont droit d'accéder à un juge », *Gazette du Palais*, n° 27, 19 juillet 2016, p. 21
- L. GASBARRI, « Al-Dulimi and Competing Concepts of International Organizations », *European Papers*, vol. 1, n° 3, 2016, pp. 1117-1125
- A. ORAKHELASHVILI, « Al-Dulimi v. Switzerland », in *American Journal of International Law*, vol. 110, n° 4, octobre 2016, pp. 767-774
- A. PETERS, « The New Arbitrariness and Competing Constitutionalisms: Remarks on ECtHR Grand Chamber Al-Dulimi », *EJIL Talks*, 23 juin 2016
- T. SOUDAIN, « Les sanctions de l'ONU à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *Dalloz actualités*, 12 juillet 2016
- F. SUDRE, « Les sanctions des Nations Unies à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme », *La Semaine Juridique Édition Générale*, n° 37, 12 septembre 2016, 968
- V. P. TZEVELEKOS, « The Al-Dulimi Case before the Grand Chamber of the European Court of Human Rights: Business as Usual? Test of Equivalent Protection, (Constitutional) Hierarchy and Systemic Integration », *Question of International Law, Zoom-in* 38, 2017, pp. 5-34

© Ségolène Barbou des Places, Charlotte Beaucillon, Guillaume Pinchard, Paulo Pinto de Albuquerque

IREDIES
12 place du Panthéon
75231 Paris Cedex 05

Site web : <https://www.univ-paris1.fr/unites-de-recherche/iredies/>