

Contribution à la communication au sein de l'APR

Connaissance de l'Allemagne : Texte de la conférence de Madame Prof. Dr. Gertrude LÜBBE-WOLFF, donnée à l'Université Robert Schuman, Strasbourg, le 21 mars 2007.

M. Michel Ph. MATTOUG
michel@mattoug.net

(Pour une meilleure compréhension du texte de la conférence, il convient de télécharger aussi le document préparatoire (arrêts de la Cour constitutionnelle allemande et de la Cour Européenne des Droits de l'Homme) ; cf. <http://www.apr-strasbourg.org/contribution.php> - 12.02.2007.)

**Cour Européenne des Droits de l'Homme et juridiction nationale :
L'affaire Görgülü.**

par Gertrude LÜBBE-WOLFF, juge à la Cour constitutionnelle fédérale, Karlsruhe (Allemagne).

L'affaire *Görgülü* met en présence un père de nationalité turque vivant en Allemagne qui cherche à obtenir l'autorité parentale sur son fils et provisoirement un droit de visite et d'hébergement. Cette affaire a donné lieu à des discussions assez agitées pour plusieurs raisons, en particulier du fait du comportement d'un des tribunaux régionaux saisis de cette affaire. Ce comportement a suscité des doutes quant à l'impartialité du tribunal envers le parent turc. En outre, la deuxième Chambre de la Cour Constitutionnelle fédérale d'Allemagne a rendu, à cette occasion, une décision importante et fort débattue portant sur les relations entre la juridiction de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH) et la juridiction nationale. C'est de cette décision que je voudrais vous parler¹. Le président de la CEDH, M. WILDHABER, n'était pas le seul à interpréter cette décision comme mettant en cause la force obligatoire des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et comme présentant un mauvais exemple pour d'autres pays membres de la Convention Européenne des Droits de l'Homme².

Voyons donc s'il y a des raisons de s'inquiéter (ou de se réjouir, si l'on est plutôt critique vis-à-vis de l'internationalisation de l'ordre juridique).

L'enfant de M. GÖRGÜLÜ est né en août 1999. La mère, qui n'était pas mariée avec M. GÖRGÜLÜ et qui n'avait pas tout d'abord désigné M. GÖRGÜLÜ comme père de son

¹ La plupart des recours constitutionnels relatifs à des affaires familiales sont du ressort de la Première Chambre de la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne. Toutefois, ce recours a soulevé des questions concernant principalement la pertinence du droit international – une question que la répartition des compétences de la Cour attribue à la Seconde Chambre. Avant et après cette décision, une section de la Première Chambre s'est vu traiter de nombreuses requêtes émanant de M. Görgülü ou de ses opposants. Par conséquent, il existe plusieurs décisions de la Cour constitutionnelle fédérale concernant les droits de M. Görgülü vis-à-vis de son fils. Par souci de brièveté, je ferai néanmoins référence à la décision de la Seconde Chambre comme étant « la » décision de l'affaire *Görgülü*.

² Cf. l'interview dans DER SPIEGEL du 15 novembre 2004. Pour une présentation de l'affaire en français voir Jörg Gerkrath, L'effet contraignant des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme vu à travers le prisme de la Cour Constitutionnelle allemande, Rev.trim.dr.h. 2006, 713 et suiv.

enfant, a dès le lendemain de la naissance de son fils abandonné celui-ci pour une adoption. Quatre jours plus tard, l'enfant fut placé chez des parents nourriciers où il vit depuis. Ce n'était que quelques mois plus tard que le père, M. GÖRGÜLÜ, apprit la naissance de son enfant. Depuis, il cherche à l'adopter. Au terme de nombreuses actions en justice concernant l'adoption, l'autorité parentale et le droit de visite et d'hébergement provisoire de son enfant, M. GÖRGÜLÜ saisit la Cour Européenne des Droits de l'Homme.

Celle-ci a décidé en février 2004 que le droit du requérant au respect de la vie privée et familiale selon l'article 8 de la Convention des droits de l'homme avait été violé en lui refusant tout contact avec son enfant et que, dans l'état actuel des procédures judiciaires, un droit de visite (c'est-à-dire, le droit de rencontrer son enfant) devait lui être accordé³. Par conséquent, le tribunal cantonal allemand compétent a émis une ordonnance provisoire accordant à M. GÖRGÜLÜ le droit de visite de son enfant pendant deux heures tous les samedis. Toutefois, sur recours, cette décision a été annulée par le tribunal régional supérieur qui était d'avis que l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme constituait certes une obligation pour la République fédérale d'Allemagne mais ne s'imposait pas au tribunal *lui-même*.

M. Görgülü, encore une fois privé du droit de visite de son enfant, a ensuite déposé un recours constitutionnel contre cette décision. Par un jugement du 14 octobre 2004, la Cour Constitutionnelle Fédérale a décidé que le droit de M. GÖRGÜLÜ à la protection de sa vie familiale en vertu de l'article 8 de la Constitution avait en effet été violé⁴. Cependant, la manière dont la décision en question a précisé, dans ses motifs, le statut de la Convention et des décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme au sein de l'ordre juridique allemand a provoqué de la consternation. Ce que l'on a surtout trouvé irritant, c'est que la Cour a utilisé des termes comme « prendre en compte » et « procéder à une réflexion » (plutôt que : « se conformer à » ou « mettre en œuvre ») pour spécifier les obligations des tribunaux nationaux vis à vis des arrêts de la CEDH. Par ailleurs, la Cour s'est référée à certaines réserves de « souveraineté », et il se trouve dans la décision une phrase selon laquelle les arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ne doivent pas être exécutés de manière « automatique »⁵.

Ainsi, la Cour aurait-elle véritablement remis en question l'autorité de la Convention et des décisions de la Cour Européenne des Droits de l'Homme ?

Voyons. La Convention, en tant qu'accord international, a force obligatoire pour les Parties Contractantes. Toutefois, comme la Cour Constitutionnelle l'indique dans son arrêt *Görgülü* en se référant à la jurisprudence de la CEDH, la Convention n'établit pas des mécanismes internes garantissant que le comportement des États membres se conforme à la Convention ; les impératifs de la Convention sont orientés vers les résultats.

³ CEDH, N° 74969/01, arrêt du 26 février 2004 – Görgülü.

⁴ Décision du 14 octobre 2004, 2 BvR 1481/04. La traduction officielle de cette décision se trouve sur le même site internet : <http://www.apr-strasbourg.org/contribution.php>

⁵ Cf. les alinéas 35, 46 et suiv. de la décision (note 4). Concernant les critiques, cf. Jochen Abr. Frowein, Die traurigen Missverständnisse : Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte, dans : Weltinnenrecht. Liber amicorum Jost Delbrück, Berlin 2005, 279 (notamment les pages 284 et suiv.) ; Dirk Buschle, Ein Neues „Solange“? – Die Rechtsprechung aus Karlsruhe und Straßburg im Konflikt, VBIBW 2005, 293 (295 et suiv.) ; Stefan Kadelbach, Der Status der Europäischen Menschenrechtskonvention im deutschen Recht, JURA 2005, 480 et suiv. ; Marten Breuer, Karlsruhe und die Gretchenfrage : Wie hältst Du's mit Straßburg?, dans : NVwZ 2005, 412 (413 et suiv.) ; Ingolf Pernice, BVerfG, EGMR und die Rechtsgemeinschaft, Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht 2004, 705 ; Hans-Joachim Cremer, Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen, EuGRZ 2004, 683 et suiv. ; Thorsten Purps, Das Bundesverfassungsgericht auf Abwegen, Zeitschrift für offene Vermögensfragen 2004, 278 et suiv. Pour la nécessité d'interpréter correctement les passages où il est question de « prise en compte », cf. également Eckart Klein, Anmerkung (Remarque relative à la décision Görgülü), Juristenzeitung 2004, 1176 <1178>

Par conséquent, les différentes Parties Contractantes à la Convention ont opté pour des méthodes diverses pour intégrer la Convention dans leur ordre juridique national⁶. Certains États ont placé la Convention au niveau du droit constitutionnel (Autriche) ou lui accordent même un rang supérieur à la constitution nationale (Pays-Bas). Dans un grand nombre de pays, la Convention se situe en dessous de la Constitution mais au-dessus de la législation ordinaire ; ceci est le cas en France, si je suis bien informée. Dans d'autres pays, elle a simplement le statut d'une loi ordinaire.

Dans son arrêt *Görgülü*, la Cour Constitutionnelle a déclaré que tel est le cas en Allemagne : la Convention ainsi que ses protocoles ont la valeur d'une loi fédérale.⁷ Cela implique qu'en Allemagne, comme dans tous les autres pays dans lesquels la Convention n'est pas considérée comme la norme suprême, il existe *en théorie* la possibilité d'un conflit entre les exigences de la Convention et celles du droit national.⁸

Si la différence entre le droit national et celui de la Convention consiste *uniquement* dans le fait de conférer des droits plus étendus aux citoyens sans pour autant restreindre ceux d'autrui, il ne peut y avoir de conflit puisque la Convention n'empêche pas les parties contractantes d'accorder, par leur droit national, des droits plus étendus que ceux de la Convention (voir Art. 53 de la Convention).

Cependant, comme l'a indiqué la Cour constitutionnelle fédérale dans l'affaire *Görgülü*, un problème peut survenir dans le cas d'une relation conflictuelle entre les droits des différentes parties intéressées au litige, c'est à dire dans le cas où toute extension du droit d'une partie signifierait la restriction d'un droit constitutionnel de l'autre partie⁹. Dans ce cas-là, une interprétation extensive par la CEDH d'un des droits concernés peut déboucher sur un conflit avec le droit constitutionnel national dans la mesure où ce dernier protège les droits de l'autre partie. La Cour Constitutionnelle a évoqué le droit de la famille comme un exemple parmi de nombreux autres.¹⁰

En fait, une interprétation extensive des droits d'un père biologique pourrait diminuer - et donc léser - des droits accordés par le droit national ou même par la Constitution nationale aux parents nourriciers ou aux enfants vivant auprès d'eux. C'est en vue de constellations de ce type que les motifs de l'arrêt *Görgülü* envisagent la possibilité d'un conflit et discutent les obligations des tribunaux allemands concernant cette possibilité.

⁶ Pour plus de détails, cf. Christoph Grabenwarter, *Europäische Menschenrechtskonvention*, 2^e éd., 2005, p. 15 et suiv.

⁷ Alinéa 32 de la décision. Cela va dans le sens de l'opinion générale, cf. Stefan Mückl, *Kooperation oder Konfrontation? Das Verhältnis zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof für Menschenrechte*, dans : *Der Staat* 2005, p. 403 (407), avec d'autres références.

⁸ En réalité, un tel conflit peut également survenir dans des pays qui confèrent à la Convention le rang de droit constitutionnel dans leur ordre juridique interne étant donné qu'un acte législatif national subséquent et de même rang peut aller à l'encontre de la Convention et requérir la priorité - au regard du droit national - conformément au principe *lex posterior derogat legi priori*. En Allemagne, le principe que l'on ne peut pas présumer que le législateur allemand veut s'écarter des accords internationaux (cf. Recueil BVerfGE 74, 358 (379) ; 82, 106 (120)) peut servir pour éviter ce type de conflit puisque cette maxime d'interprétation s'applique aussi dans les domaines où le droit national applicable est entré en vigueur après la conclusion de l'accord en question.

⁹ Alinéa 58 de la décision.

¹⁰ Alinéa 58 de la décision. D'autres exemples mentionnés sont la législation sur la protection des droits de la personnalité (cela se réfère au problème de l'équilibre entre la liberté de la presse et les droits de la personnalité des personnes qui font l'objet de rapports de presse ; une question pour laquelle la Cour Européenne des Droits de l'Homme a désapprouvé l'équilibre décidé par la Cour constitutionnelle fédérale dans l'affaire *Caroline von Hannover*, BVerfGE 101, 361 ; cf. CEDH, arrêt dans l'affaire *Caroline von Hannover/Allemagne* du 24 juin 2004, Requête n° 59320/00, accessible via <http://www.echr.coe.int/echr>, HUDOC) ainsi que la législation relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers (dans ce dernier domaine, il n'est pas facile de distinguer les éventuels droits individuels conflictuels impliqués).

La Cour Constitutionnelle explique que la Loi fondamentale – la constitution allemande – n’est « pas allée le plus loin possible » dans l’accueil des obligations internationales¹¹. Aller le plus loin possible aurait signifié de conférer aux accords internationaux un rang au-dessus de la constitution et exclure ainsi la possibilité d’un conflit entre le droit national et le droit international. La constitution allemande n’a pas pris ce chemin – ni de manière générale, ni pour la Convention en particulier. La Convention a seulement reçu la valeur d’une loi fédérale ordinaire. Par conséquent, la Convention et le droit national de rang supérieur peuvent entrer en conflit et la Cour constitutionnelle a expliqué que les tribunaux allemands seraient, le cas échéant, tenus d’appliquer la Constitution et non pas l’accord international conflictuel¹².

La décision *Görgülü* s’occupe longuement de la question du conflit et elle insiste sur la « souveraineté » que l’État allemand s’est réservée en ne se soumettant pas inconditionnellement au droit international.¹³ C’est ce qui a donné à une partie des lecteurs l’impression que la Cour constitutionnelle remet en question l’autorité de la Convention ou qu’elle cherche même à entrer en conflit avec la Cour Européenne des Droits de l’Homme. Toutefois, si l’on s’en tient strictement à la dogmatique indiquée dans la décision, on se rend compte qu’il n’y a pas de raisons de s’inquiéter :

La Cour Constitutionnelle a souligné l’obligation de tous les tribunaux allemands, *y compris la Cour Constitutionnelle*, d’interpréter non seulement la loi ordinaire mais également le *droit constitutionnel* dans le respect de la Convention *et* conformément à l’interprétation de la Cour Européenne des Droits de l’Homme. Aussi a-t-elle déclaré que si une juridiction ordinaire ne tenait pas dûment compte d’une décision de la Cour Européenne des Droits de l’Homme, la partie concernée pourrait porter cette affaire devant la Cour Constitutionnelle en tant que violation du droit constitutionnel applicable¹⁴. Par ce considérant, la Cour, loin de contester le caractère obligatoire de la Convention, a renforcé le rôle de cette dernière en droit allemand¹⁵.

En insistant, en même temps, sur la suprématie de la Constitution dans la hiérarchie juridique allemande, la Cour n’a proféré qu’une trivialité. Il est vrai par définition que dans *tout* ordre juridique qui confère au droit international un rang inférieur à la Constitution, cette dernière prévaut sur le droit international en cas de conflit entre les deux.

Vous noterez donc, que dans un tel ordre juridique, la déclaration concernant la primauté de la constitution nationale est une déclaration faite *au regard du droit national*. La Cour Constitutionnelle s’est bien rendu compte de cet aspect et l’a souligné de manière explicite¹⁶. *Au regard du droit international*, la situation est évidemment très différente. Manifestement, un tribunal national qui, en cas de conflit entre la constitution nationale et un accord international,

¹¹ Alinéa 34 de la décision.

¹² Alinéas 34 et suiv. de la décision.

¹² Alinéa 33 de la décision.

¹³ Concernant les critiques de l’utilisation du concept de souveraineté, cf. Kadelbach (note 5), 484 ; Cremer (note 5), 688. Evidemment, la Cour constitutionnelle est suffisamment informée du droit international pour ne pas prétendre à un droit souverain, conformément au droit international, qui lui permet de passer outre la Convention en cas de conflit avec le droit constitutionnel national, comme cela a été interprété par la Cour Européenne des Droits de l’Homme.

¹⁴ Cf. al. 63 de la décision.

¹⁵ Cf. également Hans-Jürgen Papier, Execution and Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights – From the Perspective of German National Courts, HRLJ 2006, 1 (2) ; Christoph Gusy, Die Rezeption der EMRK in Deutschland, in : Christoph Gusy/Constance Grewe (ed.), Menschenrechte in der Bewährung, 129 (151 f.) ; Oliver Dörr, Rechtsprechungskonkurrenz zwischen nationalen und europäischen Verfassungsgerichten, Deutsches Verwaltungsblatt 2006, 1088 (1092) ; Jens Meyer-Ladewig/Herbert Petzold, Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR – Neues aus Straßburg und Karlsruhe, Neue Juristische Wochenschrift 2005, 15 (19) ; Steffen Roller, Die menschenrechtskonventionsgemäße Auslegung, Deutsche Richterzeitung 2004, 337 ; Christoph Vedder, Integrierter Grundrechtsschutz in Europa : *Görgülü* und *Bosphorus*, figurera dans : Hartmut Bauer et al. (eds.), Festschrift für Rainer Schmidt.

¹⁶ Cf. alinéa 34 de la décision.

préfère l'obéissance à la Constitution, violera, ce faisant, le droit international¹⁷. Dans un système qui n'accorde pas au droit international un rang suprême, le conflit avec celui-là entraîne par nature l'impossibilité de respecter à la fois le droit national et le droit international.

Dans cette hypothèse, les *futurs* conflits de ce type peuvent être évités en modifiant la loi applicable. Plusieurs commentateurs de la décision *Görgülü* ont indiqué à juste titre qu'en cas de conflit entre la Convention et une constitution nationale, le droit international requiert que la constitution soit adaptée aux exigences de la Convention¹⁸. La Cour constitutionnelle fédérale n'a jamais nié ce fait. Au contraire, la nécessité d'amender le droit national en cas d'opposition avec la Convention est explicitement mentionnée dans l'arrêt *Görgülü*¹⁹.

Toutefois, tant que le droit national n'a pas été adapté, il existe un conflit entre les deux ordres juridiques - conflit qui porte sur la question de la primauté de l'un des deux ordres juridiques et qui ne connaît pas de solution légale à l'heure actuelle.

Lorsqu'il n'existe pas de solution légale à un conflit, nous semblons nous retrouver à l'état de nature (du moins dans un état de nature partiel), puisque l'état de nature, c'est précisément l'état qui ne connaît pas de solution légale aux conflits. *Thomas Hobbes* nous a expliqué que l'état de nature est un état dangereux qu'il faut éviter (et quitter le plus rapidement possible si l'on s'y trouve). Concernant les conflits possibles entre la Convention des Droits de l'Homme et le droit constitutionnel national, la situation n'est pas tout à fait aussi grave, heureusement, et il serait peut-être plus convenable de le qualifier d'équilibre délicat que d'état de nature.

Dans un système qui comporte la possibilité d'un conflit entre le droit national et le droit international, il importe d'éviter l'apparition d'un tel conflit²⁰, et c'est précisément ce que la décision de la Cour Constitutionnelle a imposé de faire aux tribunaux allemands en soulignant que le droit allemand, y compris la Constitution, doit être interprété dans la mesure du possible d'une manière conforme aux obligations internationales de l'Allemagne²¹.

Un autre aspect traité dans l'arrêt *Görgülü* concerne les limites de l'autorité de chose jugée des décisions de la CEDH. La Cour constitutionnelle évoque l'article 46.1 de la Convention en vertu duquel les parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la CEDH « dans les litiges auxquels elles sont parties ». En vertu de cet article, la Cour constitutionnelle avait conclu, dans des décisions antérieures, que l'autorité de chose jugée des arrêts de la CEDH est définie par les limites de l'objet du litige. Cela a été confirmé dans

¹⁷ Cf. également Kadelbach (note 5), 480 ; Klein (note 5), 1176.

¹⁸ Meyer-Ladewig/ Petzold (note 15), p. 19 ; R. Esser, Die Umsetzung der Urteile des Europäischen Gerichtshofs im nationalen Recht – ein Beispiel für die Dissonanz völkerrechtlicher Verpflichtungen und verfassungsrechtlicher Vorgaben?, dans : Strafverteidiger 2005, 348 (350).

¹⁹ Cf. al. 39 de la décision.

²⁰ Cf. N.W. Barber, Legal Pluralism and the European Union, *European Law Journal* Vol. 12, 2006, 306 (328).

²¹ Cf. alinéa 32 de la décision : la Convention et la jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme servent « d'aides d'interprétation pour la détermination du contenu et de la portée des droits fondamentaux et des principes de l'Etat de droit contenus dans la Loi fondamentale ». Cf. également alinéa 61 : « Aussi longtemps que, dans le cadre de la méthodologie juridique en vigueur, une marge d'appréciation est ouverte pour l'interprétation et l'application, les tribunaux allemands sont tenus de privilégier l'interprétation qui est conforme à la Convention. » Comme le Président de la Cour constitutionnelle fédérale, Prof. Dr. Hans-Jürgen Papier, a déclaré dans sa présentation lors de la 3^{ème} Journée des juristes européens (Papier, Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts), la Convention joue un rôle plus important dans le droit allemand que dans bien d'autres pays en raison de la doctrine suivante : bien que les droits de la Convention n'aient pas le statut des droits constitutionnels directement invocables dans un recours constitutionnel, les violations prétendues de la Convention peuvent être portées devant la Cour constitutionnelle fédérale en tant que violations présumées de l'obligation d'interpréter les droits constitutionnels dans le sens de la Convention. Etant donné qu'en Allemagne, les recours constitutionnels peuvent être dirigés contre des décisions de tous les tribunaux ordinaires (les tribunaux de l'ordre judiciaire et de l'ordre administratif), cela signifie que la jurisprudence de tous les tribunaux allemands est susceptible d'être révisée par la Cour constitutionnelle aux fins de conformité avec la Convention.

l'affaire *Görgülü*²². De plus, la Cour constitutionnelle a constaté que cette force obligatoire était plus restreinte que la force obligatoire générale assignée par la loi allemande relative à la Cour constitutionnelle fédérale (§ 31.1) aux décisions de cette dernière²³, et que les arrêts de la CEDH n'ont pas un effet de cassation mais seulement un effet déclaratif de droits²⁴. Mais la Cour constitutionnelle a aussi clarifié expressément qu'après une décision de la CEDH déclarant un acte de puissance publique contraire à la Convention, la Haute Partie Contractante

- ne peut plus prétendre que son comportement était conforme à la Convention,
- est obligée de mettre un terme à la violation si celle-ci persiste, et
- doit en principe, rétablir, dans la mesure du possible, l'état des faits tel qu'il était avant la violation²⁵ ;

et que tout cela vaut non seulement pour la Haute Partie Contractante mais également pour les tribunaux nationaux. Comme je l'ai déjà expliqué ci-dessus, la décision de la Cour constitutionnelle estime que le droit allemand, y compris la Constitution, doit être interprété, dans la mesure du possible, d'une manière conforme aux obligations internationales de l'Allemagne²⁶. Il s'agit d'une obligation faite à tous les tribunaux allemands.

Si la Cour constitutionnelle a fait usage de termes tels que « prendre en compte », pour définir les obligations des tribunaux allemands relatives aux arrêts de la CEDH, ce n'était ni pour nier ni pour diminuer les obligations de l'Allemagne envers la Convention mais *uniquement* pour prendre en compte la possibilité théorique d'un conflit entre le droit national et la Convention *et* d'éventuels changements factuels qui peuvent se produire suite à un arrêt de la CEDH²⁷. En ce qui concerne la possibilité d'un conflit entre la Convention et le droit constitutionnel allemand, ce conflit ne devrait jamais survenir étant donné que tous les organes publics, y compris les organes de justice, sont obligés de l'éviter dans la mesure du possible, c'est à dire de mettre en œuvre tous les moyens juridiques possibles pour l'éviter.

L'opinion du tribunal régional selon laquelle l'arrêt de la CEDH ne s'imposait qu'à la République fédérale d'Allemagne et non à lui-même a donc été rejetée et la décision du tribunal régional supérieur annulée²⁸.

Plusieurs commentateurs se sont demandés pourquoi la deuxième Chambre de la Cour Constitutionnelle a consacré tant de développements aux conflits possibles entre les obligations

²² Alinéa 39 de la décision avec référence à des décisions précédentes. La pertinence des limites temporelles et relatives au fond de l'objet du litige implique que les organes nationaux sont, sous certaines conditions, autorisés à prendre en compte de nouvelles circonstances. Supposons, par exemple, qu'après un arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme concernant le droit de visite et d'hébergement d'un enfant, il se soit avéré (pour la première fois) que la personne en question ait maltraité l'enfant par le passé et que tout contact serait de nouveau traumatisant pour l'enfant ; il est, dans un tel cas, nécessaire que les tribunaux nationaux et les autres autorités nationales soient habilités à tirer de nouvelles conclusions.

²³ Alinéa 39 de la décision, avec référence à des décisions précédentes.

²⁴ Alinéa 40 de la décision.

²⁵ Alinéa 41 de la décision ; la déclaration complémentaire selon laquelle la Haute Partie Contractante commettrait une nouvelle violation de la Convention si elle poursuivait ou ne mettait pas un terme à son comportement, constaté comme une violation de la Convention (loc. cit.), résulte des anciennes déclarations.

²⁶ Cf. texte de la note 22 ci-avant.

²⁷ Cf. texte de la note 23 ci-avant.

²⁸ Alinéas 64 et 67 de la décision. Peu de temps après que la Cour constitutionnelle fédérale avait annulé la décision du tribunal régional supérieur, ce dernier a encore une fois empêché M. Görgülü de voir son fils de sorte qu'une autre procédure devant la Cour constitutionnelle était nécessaire pour garantir le respect de l'arrêt de la Cour Européenne des Droits de l'Homme et du droit de M. Görgülü de visite et d'hébergement de son enfant. Cette fois, conformément à la répartition des compétences de la Cour constitutionnelle, il incombait à la Première section de la Première Chambre de prendre une décision ; par ordonnance provisoire du 28 décembre 2004 – 1 BvR 2790/04 - et du 10 juin 2005 – 1 BvR 2790/04 –, toutes deux accessibles sur le site : www.bverfg.de (cf. note 4 ci-avant).

envers la Convention et le droit national de rang supérieur dans ce cas particulier²⁹. Les membres individuels de la Cour ne connaissent pas forcément la réponse exacte à cette question. J'espère donc que vous me pardonneriez de ne pas y répondre. Dans tous les cas, un tel conflit n'est pas survenu jusqu'à maintenant - ni dans la question des droits parentaux de M. *Görgülü* dont la Cour Constitutionnelle a été saisie plusieurs fois encore après l'arrêt du 14 octobre 2004³⁰, ni en d'autres matières.

De manière générale, l'Allemagne a toujours essayé de tenir compte pleinement de ses obligations découlant de la Convention. Cela ne signifie pas qu'elle n'aurait jamais méconnu ses obligations. Comme d'autres Hautes Parties Contractantes, l'Allemagne a été condamnée par la CEDH pour avoir violé la Convention. Jusqu'au mois de juillet 2006, cela s'est produit 62 fois. Dans presque la moitié des cas concernés (28 cas), la violation concernait l'article 6 de la Convention et consistait dans une durée excessive des procédures judiciaires. Cela reflète le pourcentage généralement élevé, dans la jurisprudence de la CEDH, de contestations émises quant à la durée des procédures judiciaires. Nous avons peut-être compris un peu tard en Allemagne que des réponses non seulement individuelles mais systémiques doivent être apportées au problème de la durée des procédures. C'est pour cela que, dans la récente affaire *Surmeli*, la CEDH a dû nous expliquer que le droit allemand ne fournissait pas de recours suffisamment efficace face aux procédures de très longue durée³¹. Mais l'attitude générale envers la Convention et la CEDH n'est pas et n'a jamais été hostile en Allemagne.

Permettez-moi d'attirer à nouveau votre attention sur l'une des caractéristiques de l'affaire *Görgülü* et sur un problème particulier qu'il faut, à mon avis, considérer pour éviter des controverses qui seraient susceptibles de diminuer, à la longue, le soutien que les très nombreuses et les très différentes nations qui sont parties à la Convention pourraient apporter au système de celle-ci. Mes remarques à cet égard sont tout à fait provisoires ; je les présente comme objet d'une discussion que je n'ai pas encore terminée pour moi-même.

C'est en se référant à la constellation des conflits de droits³² que la Cour constitutionnelle fédérale a mentionné la caractéristique en question. L'affaire *Görgülü* était une affaire de ce type étant donné que - les parents nourriciers ayant déclaré que le contact avec le père serait préjudiciable au bien-être de l'enfant - des droits *potentiellement* en conflit d'un père et de son enfant et des parents nourriciers étaient en jeu.

Il y a une autre affaire avec des traits structurels comparables, l'affaire *von Hannover*³³, qui a également donné lieu à un débat en Allemagne. La princesse *Caroline von Hannover* avait porté plainte contre un éditeur qui avait publié des photos de scènes de la vie quotidienne de la princesse et de ses enfants. La Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne avait estimé que, dans cette affaire, le droit fondamental de l'éditeur (liberté de la presse de l'article 5 de la Loi fondamentale) l'emporte sur le droit de la princesse au respect de sa vie privée. La CEDH n'était pas d'accord en ce qui concerne la balance entre les droits correspondants de la Convention. Contrairement à la décision de la Cour Constitutionnelle, elle a décrété que le droit

²⁹ La juge Renate Jaeger de la Cour Européenne des Droits de l'Homme, anciennement membre de la Première Chambre de la Cour constitutionnelle a déclaré, lorsqu'on lui a posé cette question lors d'une interview, qu'elle partageait l'étonnement de l'interviewer. Cf. l'interview dans le *Frankfurter Allgemeine Zeitung* du 8 septembre 2005. Cf. également Frowein (note 5), 280 ; Kadelbach (note 5), 484, 486 ; Matthias Hartwig, Much Ado About Human Rights : The Federal Constitutional Court Confronts the European Court of Human Rights - Part I/II, dans *German Law Journal* No. 5 (1 May 2005), C.I.3. ; Buschle (note 5), 295 et suiv.

³⁰ La section de la Première Chambre a garanti à M. *Görgülü* le droit de visite et d'hébergement de son enfant par une ordonnance provisoire et a considéré ultérieurement, dans sa décision définitive, son recours comme étant bien fondé, cf. les arrêts du 9 février 2007 - 1 BvQ 2/07, 1 BvR 217/07 et 1 BvR 125/07 - www.bverfg.de

³¹ *Surmeli v. Germany* - 75529/01 [2006] ECHR 607 (8 juin 2006). Le 27 septembre 2006, un projet de loi sur la création de ce recours juridique a été présenté par le ministère fédéral de la Justice.

³² Cf. texte de la note 9 ci-avant.

³³ *Von Hannover c. l'Allemagne*, 59320/00 (2004) ECHR 294 (24 juin 2004).

de la princesse à la vie privée avait été violé. Certains commentateurs, appuyés par certaines réactions, ont considéré qu'il s'agissait là d'un conflit grave entre la CEDH et la Cour Constitutionnelle allemande. La Cour Constitutionnelle fédérale a évoqué l'affaire *von Hannover* dans son arrêt *Görgülü* pour illustrer le problème des conflits de droits et ce n'est probablement pas un hasard que se sont précisément deux cas comportant des conflits de droits qui ont donné lieu à des controverses.

Les cas de ce type posent un problème spécifique à tout système international de protection des droits de l'homme. Un tel système entraîne forcément des frictions à cause des divergences qui s'y produiront entre les opinions juridiques nationales et internationales - si ce n'était pas le cas, il n'y aurait pas besoin du système. Évidemment, un tel système ne peut fonctionner que si l'on s'accorde à faire prévaloir l'interprétation de la cour internationale compétente sur celle de toute autre institution nationale (comme indiqué, pour la CEDH, à l'article 46.1 de la Convention). Mais il sera quant même souvent difficile d'accepter cette prévalence dans les cas individuels où, au niveau national, on ne voit pas la violation qu'a vue la Cour internationale. Cette explication est tout à fait abstraite. Elle n'exprime point un problème personnel à accepter les interprétations de la Cour Européenne concernant les droits parentaux et les droits à la vie privée dans les affaires *Görgülü* et *von Hannover*. Néanmoins, la possibilité de friction est, quant à elle, bien concrète.

En général, la Convention cherche à minimiser ce problème de friction en définissant les droits de la Convention comme des *normes minimales*. La Convention n'envisage pas l'harmonisation des systèmes juridiques des Parties Contractantes³⁴. Elle fixe des normes minimales obligatoires mais ne vise pas à niveler toutes les différences. Ce principe est stipulé à l'article 53, selon lequel la Convention ne doit pas être interprétée dans un sens qui empêcherait les parties contractantes de garantir sur le plan national des droits plus extensifs que ceux de la Convention. Il s'agit là d'un principe fondamental de la Convention, non seulement parce qu'il permet aux personnes dans les États membres de jouir de droits plus étendus que ceux garantis par la Convention, ce qui est en soi une bonne chose, mais également parce qu'il permet des solutions nationales spécifiques, ce qui accroît la probabilité d'acceptation de la Convention et de son interprétation par la CEDH. Il y a une idée de subsidiarité là-dedans.

Pourtant, il semble que ce principe fondamental - le principe que la Convention ne représente qu'un standard minimum - ne fonctionne pas et ne fonctionnera jamais pour les constellations des droits qui s'opposent de manière *contradictoire*.

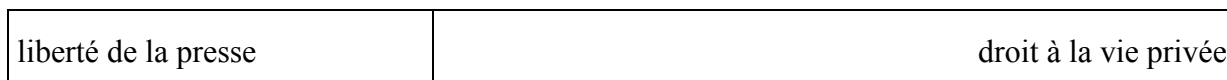
Une relation contradictoire entre deux droits A et B existe dans la mesure où toute extension du droit A équivaut à une restriction du droit B. Prenez l'exemple du conflit entre un éditeur invoquant la liberté de la presse pour la publication de photos d'une princesse qui, à son tour, invoque à l'encontre d'une telle publication son droit à la vie privée.

Dans nos systèmes nationaux, la relation entre ces conflits de droits est contradictoire. Imaginons la relation juridique qui existe entre l'éditeur et la princesse (en ce qui concerne la publication des photos) comme un espace juridique, avec une partie de cet espace occupée par la liberté de la presse de l'éditeur et l'autre par le droit de la princesse à sa vie privée. Au niveau des ordres juridiques nationaux, ces deux sous-espaces sont nécessairement séparés par une ligne très nette. Il n'y a ni de recoupement des droits des deux parties ni d'espace libre entre eux³⁵.

³⁴ Lucius Wildhaber, *Europäischer Grundrechtsschutz aus der Sicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte*, EuGRZ 2005, 689 (689).

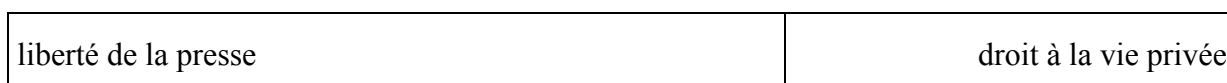
³⁵ Cf. la notion analogue d'une relation contradictoire (par opposition à contraire ou subcontraire) entre les *notions* ou les *concepts* de logique.

Fig. 1



Par conséquent, chacun de ces droits ne peut être étendu qu'au détriment de l'autre. Si l'ordre juridique national du pays X accorde davantage d'espace au droit de la princesse que l'ordre national du pays Y (si, par exemple, il interdit la publication non seulement des photos de la princesse prises dans sa maison, dans son jardin et dans d'autres lieux privés mais aussi des photos prises dans la rue, dans des cafés publics etc.), la ligne de séparation sera placée plus vers l'autre côté de notre espace juridique et forcément le droit de l'éditeur sera plus restreint que dans l'ordre national Y.

Fig. 2



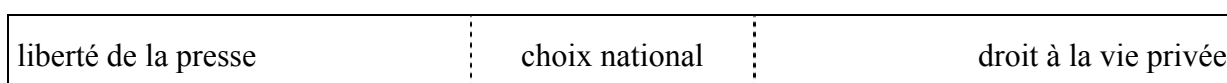
Très probablement, la position de la ligne de séparation entre les deux sous-espaces ne sera pas la même dans tous les États parties à une convention internationale protégeant la liberté de la presse et le droit à la vie privée. Les systèmes juridiques vont différer à ce sujet, de même qu'ils diffèrent dans l'attribution de pouvoirs à la police ou dans la détermination de la durée maximale de détention sans décision judiciaire.

Si la CEDH, à l'instar des parties contractantes à la Convention, considère les droits en conflit comme contradictoires, elle devra définir la place de sa propre ligne de séparation et, quel que soit son choix, elle établira l'espace pour les *deux* droits en conflit. Si la Cour stipule qu'un certain espace doit être accordé au droit de la princesse à sa vie privée (art. 8), cela signifie que la Convention a été interprétée d'une manière qui empêche les parties contractantes non seulement d'accorder moins d'espace au droit de la princesse mais aussi d'accorder plus d'espace à la liberté de la presse de l'éditeur. Tant que les droits en conflit seront interprétés comme contradictoires, il sera donc impossible de respecter l'article 53 de la Convention. La définition de l'espace minimum accordé à l'un des droits qui se trouvent dans une relation contradictoire définit toujours également l'espace maximum pour le droit opposé.

Cette analyse des conflits de droits en termes contradictoires implique cependant qu'il n'y aura aucun espace pour des solutions nationales spécifiques, aucun espace pour le respect des cultures juridiques nationales, aucune possibilité d'éviter l'harmonisation.

La seule manière de laisser au moins *un peu* d'espace pour des solutions nationales différentes est d'interpréter la relation entre les deux droits en conflit comme non contradictoire, c'est-à-dire d'adopter une solution « corridor » au lieu de la solution « ligne de séparation ». Cette solution accorderait un minimum d'espace à chacun des droits conflictuels, avec un espace libre entre les deux où les parties contractantes seraient libres d'établir leur ligne de séparation comme elles l'entendent.

Fig. 3



Au niveau national, une telle solution serait dénuée de sens (sauf s'il s'agit d'une fédération qui voudrait préserver une certaine autonomie législative aux membres de la fédération) : à ce niveau, il s'agit de résoudre le conflit entre la princesse et l'éditeur. Ici, les droits concernés doivent inévitablement être considérés comme contradictoires, puisque le respect de la vie

privée de la princesse ne peut être garanti qu'en limitant la liberté de publication de l'éditeur et vice versa, et il ne peut pas y avoir une lacune, un espace juridique indifférent entre les deux.

Toutefois, la Cour Européenne des Droits de l'Homme ne tranche pas des conflits entre des personnes privées mais entre des personnes privées et des États soupçonnés d'avoir violé leurs droits ou bien seulement entre des États. Par conséquent, il n'y a pas, sur ce plan-là, d'obstacle logique à l'application d'une solution « corridor ».

Dans les affaires où les parties sont des personnes privées seulement, les questions en jeu sont précisément les droits en conflit de ces parties, et ce sont *seulement ces droits* qui doivent être appréciés les uns par rapport aux autres. Par contre, pour la Cour Européenne des Droits de l'Homme, il pourrait convenir de prendre en compte une autre préoccupation, à savoir le but d'éviter une harmonisation excessive des ordres juridiques nationaux³⁶. En ce qui concerne les cas de conflits de droits, la seule manière d'éviter une telle harmonisation serait d'adopter la « solution corridor » décrite ci-dessus.

Une telle solution semblerait correspondre au sentiment que, dans la question des conflits de droits privés, il existe normalement plus d'une seule solution acceptable. En fait, si au niveau national, nous traçons des lignes de séparation au lieu d'ouvrir des corridors, ce n'est pas parce qu'il n'y a qu'une seule solution acceptable mais parce que la nature du conflit entre deux parties privées requiert qu'une ligne soit tracée quelque part.

La doctrine - reconnue dans la jurisprudence de la CEDH - de la « marge d'appréciation » pourrait en principe servir de base à une solution « corridor » pour ces droits mais jusqu'à présent, cette doctrine n'a pas été utilisée de manière systématique pour aborder le problème des conflits de droits³⁷.

C'est sur ces mots que je terminerai, en vous remerciant de votre attention.

³⁶ Cette manière de présenter les choses a pour effet de faire porter la question sur le degré d'harmonisation nécessaire. C'est une question pour laquelle les réponses générales et abstraites sont d'une faible utilité.

³⁷ Cf. *Annette Rupp-Swienty*, Die Doktrin von der margin of appreciation in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte, München 1999 ; Christoph Grabenwarter, Das mehrpolige Grundrechtsverhältnis im Spannungsfeld zwischen europäischem Menschenrechtsschutz und Verfassungsgerichtsbarkeit, dans : *Völkerrecht als Wertordnung, hommage à Christian Tomuschat*, 2006, 193 (199 et suiv.).