

**L'EFFET CONTRAIGNANT DES ARRÊTS  
DE LA COUR EUROPÉENNE  
DES DROITS DE L'HOMME VU À TRAVERS  
LE PRISME DE LA COUR CONSTITUTIONNELLE  
ALLEMANDE**

PAR

**Jörg GERKRATH**

*Professeur à l'Université d'Avignon,  
Centre de recherche sur l'intégration comparée (CRIC),  
Laboratoire « Biens, Normes, Contrats » (EA 3788)  
Mai 2006*

SOMMAIRE

- I. **La place du droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique allemand**
- A. *Le rang de la Convention européenne des droits de l'homme dans la hiérarchie des normes*
1. La Convention européenne des droits de l'homme occupe le rang d'une loi ordinaire
  2. La Convention européenne des droits de l'homme sert de moyen d'interprétation constitutionnelle
- B. *L'effet des arrêts de la Cour européenne*
1. L'effet général de la jurisprudence de Strasbourg
  2. L'effet d'un arrêt dans un litige auquel l'Allemagne est partie
- II. **Le devoir de prise en considération (*Berücksichtigungspflicht*) des arrêts de la Cour européenne par des juridictions internes**
- A. *Un devoir ambigu*
1. Un devoir imprécis
  2. Un devoir aux limites contestables
- B. *Un devoir justiciable devant la Cour constitutionnelle*
1. La possibilité d'introduire un recours constitutionnel individuel
  2. La Cour constitutionnelle veille au respect de la Convention européenne des droits de l'homme

### III. Les conséquences quant à la coordination des systèmes de protection des droits fondamentaux

#### A. L'exigence d'une plus grande retenue de la part de la Cour de Strasbourg

1. La Cour européenne devrait-elle faire confiance aux systèmes de protection internes ?
2. La Cour européenne devrait-elle mieux respecter ses compétences ?

#### B. L'utilité d'une plus grande ouverture de la Cour de Karlsruhe

1. La Cour pourrait accorder plus de poids au principe de «bienveillance internationale»
2. La Cour pourrait renforcer la place de la Convention européenne des droits de l'homme en droit constitutionnel allemand

En vertu de l'article 46, §1 de la Convention européenne des droits de l'homme, «Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties». La portée exacte de cette obligation dans l'ordre juridique interne de l'Etat défendeur n'est cependant pas déterminée par la Convention. S'adressant aux «Hautes Parties contractantes» et envisageant explicitement dans son article 41 l'hypothèse d'une situation de droit interne qui «ne permet d'effacer qu'imparfaitement» les conséquences d'une violation, la Convention laisse à l'Etat le choix des moyens à utiliser pour s'acquitter dans son ordre interne de l'obligation de résultat énoncée par l'article 46, §1. Ceci est conforme au principe de subsidiarité qui caractérise les relations entre la Convention européenne des droits de l'homme et le droit interne.

Saisie par voie de recours individuel d'un contentieux relevant du droit de la famille, la Cour constitutionnelle allemande (*Bundesverfassungsgericht*) a pris position en détail et de manière fondamentale sur la portée interne de l'effet contraignant des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans sa décision *Görgülü* du 14 octobre 2004 (1). A l'origine de cette décision, qui a connu un grand retentissement en Allemagne (2), se situent les tentatives

(1) Arrêt du deuxième Senat, 2 BvR 1481/04, *EuGRZ* 2004, pp. 741 et s; en anglais : HRLJ 2004, pp. 99 et s. Disponible également sous : <http://www.bundesverfassungsgericht.de/entscheidungen/2004/10/14>.

(2) La décision a cependant à peine retenu l'attention de la doctrine de langue française à l'exception notable de : Rainer ARNOLD, «La Cour constitutionnelle fédérale allemande et la Cour européenne des droits de l'homme», *R.I.D.C.*, pp. 805-815 et Isabelle KONSTANZE-CHARLIER, *La Cour européenne des droits de l'homme et le droit allemand*, supplément de la lettre n° 210 de la Fondation Robert Schuman, 2 mai 2005.

infructueuses du père d'un enfant né hors mariage de se voir reconnaître le droit de garde ainsi qu'un droit de visite.

Le requérant, ressortissant turc résidant en Allemagne, est le père d'un enfant né en 1999 qui avait été abandonné par sa mère et placé avec l'accord de celle-ci dans une famille d'accueil en vue de son adoption ultérieure. Après avoir fait reconnaître sa paternité en juin 2000, M. Görgülü obtint des jugements du tribunal d'instance (*Amtsgericht*) de Wittenberg lui accordant le droit de garde (*Sorge-recht*) de son fils ainsi qu'un droit de visite (*Umgangsrecht*). Par décision du 20 juin 2001 la Cour d'appel (*Oberlandesgericht*) de Naumburg annula cependant les jugements du tribunal d'instance. Parallèlement, la procédure d'adoption fut poursuivie après que le tribunal d'instance a suppléé par la voie judiciaire au refus de consentement du père.

Un premier recours individuel introduit par M. Görgülü devant la Cour constitutionnelle contre la décision de la Cour d'appel du 20 juin 2001 fut déclaré irrecevable sans indication de motifs par une décision de chambre datant du 31 juillet 2001. En septembre 2001, il a alors introduit un recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme en invoquant la violation de l'article 8 de la Convention qui garantit le droit au respect de la vie privée et familiale. Dans son arrêt de chambre rendu à l'unanimité le 26 février 2004, la Cour européenne constate que les décisions des tribunaux allemands qui refusent au père le droit de garde et le droit de visite entrent en violation avec l'article 8 de la Convention (3). En effet, selon la Cour de Strasbourg, l'État est obligé de promouvoir l'union d'un parent naturel avec son enfant dans les cas où des liens familiaux existent. En outre, elle a considéré que dans le cas présent le père devait au moins obtenir le droit de visite de son enfant (§46).

Suite à cet arrêt, le Tribunal d'instance de Wittenberg statuant en procédure de référé a confié au requérant le droit de garde et le droit de visite. Le 30 juin 2004, la Cour d'appel de Naumburg a cependant également annulé ce nouveau jugement sur le droit de visite – au motif notamment que la Convention ainsi que l'arrêt de la Cour européenne n'étaient contraignantes que pour la République fédérale d'Allemagne en tant que sujet de droit international, mais qu'elles ne liaient ni les autorités, ni les tribunaux au sein de l'État allemand.

(3) Cour eur. dr. h., 26 février 2004, *Görgülü v. Germany*, *EuGRZ* 2004, p. 700.

C'est contre cette décision du *Oberlandesgericht* que le requérant a formé un second recours constitutionnel individuel devant la Cour constitutionnelle. Il soutient qu'en s'écartant de la décision rendue dans la présente affaire par la Cour européenne, la cour d'appel a violé ses droits fondamentaux tirés des articles 1, 3 et 6 de la Loi fondamentale. La question qu'avait à résoudre la Cour était donc de savoir quel effet et quelle valeur revêtent les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme pour les autorités et tribunaux allemands.

Dans son arrêt *Görgülü* du 14 octobre 2004, la Cour constitutionnelle accueille pour l'essentiel l'argumentation du requérant et casse la décision de la cour d'appel du 30 juin 2004 au motif qu'elle n'a pas tenu suffisamment compte de l'arrêt de la Cour européenne du 26 février bien qu'elle y fût tenue en vertu du principe de l'Etat de droit. Pour parvenir à ce résultat la Cour constitutionnelle se livre dans son arrêt à une analyse approfondie des relations entre la Convention européenne des droits de l'homme et l'ordre juridique allemand.

Le grand retentissement que cet arrêt a provoqué dans la doctrine et dans l'opinion publique allemande s'explique donc davantage par le caractère contestable de certains éléments du raisonnement de la Cour que par la solution au cas d'espèce. Compte tenu du fait que la Cour constitutionnelle a dû intervenir encore à quatre reprises (4) par la suite pour surmonter la «résistance» des juges de la cour d'appel de Naumburg dont certains ont même fait l'objet de poursuites pénales pour cause de forfaiture (*Rechtsbeugung*), on comprend aisément que la presse allemande ait pu parler de scandale judiciaire (5). Des prises de position «musclées» de la part du Président de la Cour constitutionnelle, le professeur Hans-Jürgen Papier, à destination de la Cour de Strasbourg ont par ailleurs contribué à relancer le débat sur la coordination des systèmes de protection des droits fondamentaux déclenché en Allemagne par l'arrêt de la Cour européenne dans l'affaire *Caroline de Hanovre* (6).

Avant d'évoquer la question sous-jacente de l'interaction des juridictions chargées de la protection des droits fondamentaux en

(4) Décisions de chambre du premier Senat en date du 28 décembre 2004 (1 BvR 2790/04, en référé), du 1<sup>er</sup> février 2005 (1 BvR 2790/04, sur opposition), du 5 avril 2004 (1 BvR 1664/04) et du 10 juin 2005 (1 BvR 2790/04, décision finale).

(5) Voy. B. FRITZ, «In den Fängen der Amtsgewalt», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 14 janvier 2006, p. 3 et *Der Spiegel* n° 48/2005 du 26 novembre 2005.

(6) Cour eur. dr. h., 24 juin 2004.

Europe (III), on s'efforcera ci-après d'analyser les indications de la Cour constitutionnelle allemande relatives à la place de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique allemand (I) ainsi que ses précisions quant aux devoirs des juges internes en présence d'un arrêt de la Cour européenne (II) qui constituent l'apport principal de sa décision.

### I. – La place du droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme dans l'ordre juridique allemand

Plus de cinquante ans après la ratification de la Convention européenne des droits de l'homme par l'Allemagne on aurait pu s'attendre à ce que l'étendue des obligations qui en découlent n'ait plus besoin d'être clarifiée. A la lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle du 14 octobre 2004 on s'aperçoit cependant de l'ignorance de certains tribunaux internes vis-à-vis du contexte juridique international dans lequel s'intègre aujourd'hui l'Allemagne. Ce n'est donc pas sans raison que le deuxième Senat de la Cour constitutionnelle décide de conférer à la cour d'appel une véritable leçon magistrale. A la manière d'un manuel de cours il distingue soigneusement la question du rang de la Convention dans la hiérarchie des normes en Allemagne (A) de celle des effets des arrêts de la Cour européenne dans l'ordre interne (B).

#### *A. – Le rang de la Convention européenne des droits de l'homme dans la hiérarchie des normes*

Revêtant la forme de traités internationaux, la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles additionnels requièrent une loi fédérale afin de produire des effets dans l'ordre juridique allemand. Il s'ensuit que la Convention occupe en Allemagne simplement le rang d'une loi ordinaire (1). Les approches doctrinales visant à faire reconnaître à la Convention une valeur supra-législative voire constitutionnelle n'ont pas pu s'imposer pour l'instant (7). La Cour reconnaît néanmoins la signification constitutionnelle de la Convention européenne des droits de

(7) Voy. en ce sens Hans-Joachim CREMER, «Zur Bindungswirkung von EGMR-Urteilen», *EuGRZ*, 2004, p. 686 avec de nombreuses références à la doctrine allemande.

l'homme en la qualifiant de moyen d'interprétation des droits fondamentaux reconnus dans la Constitution allemande (2).

1. *La Convention européenne des droits de l'homme occupe le rang d'une loi ordinaire*

La Cour constitutionnelle rappelle à juste titre que la Convention européenne des droits de l'homme ne prédétermine pas la manière selon laquelle les Etats parties remplissent leur obligation de respecter ses dispositions (§31) (8). La Convention ne revendique en effet aucune place particulière dans la hiérarchie des normes internes (9). La situation de la Convention en droit interne est ainsi fort diverse. Pour ce qui est de sa position en droit allemand, la Cour constitutionnelle se fonde sans surprise sur la théorie dualiste. En tant que traité international et conformément à l'article 59, §2 de la Loi fondamentale, la Convention européenne des droits de l'homme ne peut déployer ses effets en droit allemand qu'en vertu d'une loi fédérale d'approbation.

En constatant que par une loi du 7 août 1952 le législateur allemand a transformé (*transformiert*) la Convention en droit allemand et donné l'ordre d'application (*Rechtsanwendungsbefehl*) correspondant, la Cour procède cependant à une curieuse combinaison de deux approches théoriques. La théorie de la transformation semblait pourtant avoir été délaissée par la doctrine ainsi que par la jurisprudence de la Cour constitutionnelle elle-même au bénéfice de la théorie de l'ordre d'application (*Vollzugslehre*). Cette dernière présente en effet l'avantage de respecter plus fidèlement l'origine conventionnelle des normes, leur originalité et leur interprétation dynamique par une Cour internationale. Il serait donc préférable que la Cour revienne sur cette réactivation de la théorie de la transformation (10).

Il est cependant incontestable, comme la Cour le rappelle, que la Convention européenne des droits de l'homme et ses protocoles additionnels occupent dans l'ordre juridique allemand le rang d'une

(8) Les chiffres entre parenthèses renvoient aux numéros de paragraphes de la décision de la Cour constitutionnelle du 14 octobre 2004.

(9) Voy. en ce sens les remarques récentes du Président de la Cour européenne, Luzius WILDHABER, «Europäischer Grundrechtsschutz aus der Sicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte», *EuGRZ* 2005, p. 690.

(10) Voy. Hans-Joachim CREMER, préc. p. 683 et de Eckart KLEIN, «Anmerkung zum Beschluß des 2. Senats des BVerfG zur Bindung staatlicher Organe an Entscheidungen des EGMR», *JZ* 2004, p. 1176.

simple loi fédérale. Par conséquent les tribunaux allemands doivent la respecter et l'appliquer comme d'autres actes législatifs dans le cadre «d'une interprétation méthodiquement admissible» (§32). En aucun cas les garanties offertes par la Convention ne peuvent constituer des normes de référence immédiates dans le cadre du contrôle de constitutionnalité.

Dans le cas – improbable – d'un conflit direct, une loi fédérale postérieure ou plus spéciale prévaudra en principe sur la loi d'approbation de la Convention. Cette conséquence fâcheuse a heureusement été atténuée par une décision de la Cour constitutionnelle du 26 mars 1987 dans laquelle elle institue une obligation d'interprétation conforme des lois allemandes par rapport au droit international (11). Dans la décision du 14 octobre 2004 cette obligation n'est cependant maintenue que «dans la mesure du possible» (*nach Möglichkeit*, §48). Par ailleurs, la Cour reconnaît tout de même, au moins en partie, la qualité substantiellement constitutionnelle de la Convention, considérée comme un moyen d'interprétation du droit constitutionnel allemand.

## 2. La Convention européenne des droits de l'homme sert de moyen d'interprétation constitutionnelle

Certes, un requérant ne pourra directement se plaindre devant la Cour constitutionnelle d'une violation d'un droit garanti par la Convention européenne des droits de l'homme par la voie du recours individuel. La Cour admet cependant que les garanties de la Convention exercent une certaine influence sur l'interprétation de la Loi fondamentale. Le texte de la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne sont ainsi qualifiés de moyen d'interprétation (*Auslegungshilfen*) pour la détermination du contenu et de la portée des droits fondamentaux et des principes de l'Etat de droit de la Loi fondamentale (§32). Parler à cet égard d'une «constitutionnalisation partielle de la Convention européenne des droits de l'homme» (12) ou d'un rang de la Convention qui «s'approche *de facto* d'un rang constitutionnel» (13) devance la réalité.

(11) Voy. *BVerfGE* 74, 358 (370). Voy. sur ce point Eckhard PACHE, «Die Europäische Menschenrechtskonvention und die deutsche Rechtsordnung», *EuR* 2004, pp. 400 et s.

(12) En ce sens Rainer ARNOLD, préc. p. 807.

(13) Heiko SAUER, «Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur, Zur Bindung deutscher Gerichte an die Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte», *ZaöRV* 2005, pp. 35-68 (39).

La Cour évoque en effet plus prudemment la «signification constitutionnelle» (*verfassungsrechtliche Bedeutung*) d'un traité international, signification qu'elle rattache au principe constitutionnel de «bienveillance internationale» (*Völkerrechtsfreundlichkeit*) de la Loi fondamentale qui justifie traditionnellement l'ouverture de l'ordre juridique allemand aux normes et principes du droit international. De manière assez surprenante ce principe de bienveillance internationale est à son tour relativisé par le principe de souveraineté (14). La Cour procède à une lecture de la Loi fondamentale qui met l'accent sur le fait que cette dernière n'aurait pas renoncé à la prérogative du dernier mot et qu'elle n'aurait pas voulu d'une subordination à des actes d'une autorité non-allemande (*nichtdeutsche Hoheitsakte*) soustraits à toute limitation et à tout contrôle de leur constitutionnalité. Ainsi, ne serait pas contraire au principe de bienveillance internationale la méconnaissance exceptionnelle d'une règle conventionnelle par le législateur en tant que seul moyen pour éviter une violation de principes fondateurs de la Constitution (§35). Bien qu'il soit difficile d'imaginer en quoi le respect de la Convention puisse constituer une violation d'un principe fondateur de la Loi fondamentale, c'est sur la base de ces considérations préalables que la Cour va s'attacher à déterminer l'effet des arrêts de la Cour.

#### B. – L'effet des arrêts de la Cour européenne

La Cour commence par constater de manière générale que l'effet des décisions d'un tribunal international créé par voie conventionnelle se mesure sur la base du contenu du traité incorporé et des dispositions de validation (*Geltungsanordnungen*) correspondantes de la Loi fondamentale (§37). Si elle se concentre ensuite sur la question de l'effet d'un arrêt dans un litige auquel l'Allemagne est partie (2), ses développements contiennent également un certain nombre d'enseignements relatifs à l'effet de la jurisprudence de la Cour européenne en général (1).

(14) Alors qu'on peut objecter que la Convention européenne des droits de l'homme ménage précisément la souveraineté des Etats et qu'en Europe «souveraineté» signifie aujourd'hui «respect des droits de l'homme». En ce sens Luzius WILDHABER, préc. p. 690. Voy. également la critique de Carl Otto LENZ, «An die Gewährleistungen der Konvention gebunden», Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts in der Rechtssache Görgülü», in Ch. GAITANIDES, S. KADELBACH, G. C. RODRIGUEZ (éds.), *Europa und seine Verfassung, Festschrift für Manfred Zuleeg*, Nomos, Baden-Baden 2005, pp. 234-239.



### 1. *L'effet général de la jurisprudence de Strasbourg*

La Cour reconnaît d'emblée la signification particulière des décisions de la Cour européenne pour le droit de la Convention en ce qu'elles « reflètent l'état de développement actuel » de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses protocoles. Elle précise par ailleurs que c'est la Convention « tel qu'interprétée par la Cour européenne » qui revêt le rang d'une loi fédérale formelle (§53). Les décisions de la Cour européenne rendues à l'encontre d'autres États devraient par conséquent conduire les États non concernés à examiner leur ordre juridique et à s'orienter par rapport à la jurisprudence pertinente de la Cour européenne pour opérer la modification éventuellement nécessaire.

Cet « effet d'orientation » des arrêts de la Cour de Strasbourg ne découle cependant pas de l'article 46, §1 Convention européenne des droits de l'homme qui ne vise que les seuls États parties à un litige (15). Il peut être déduit de l'obligation générale de respecter les droits de l'homme, énoncée à l'article premier, combinée avec la compétence de la Cour européenne pour interpréter la Convention, établie à l'article 32. On peut légitimement se demander pourquoi la Cour constitutionnelle insiste dans ce contexte sur l'absence d'une disposition conventionnelle qui rendrait les arrêts de la Cour européenne obligatoire pour toutes les juridictions et autorités à l'instar de ce que prévoit en Allemagne le §31, al. 1 de la loi sur la Cour constitutionnelle. Ne faut-il pas craindre que cela puisse être compris comme une habilitation à denier tout effet obligatoire à la jurisprudence de la Cour européenne ?

### 2. *L'effet d'un arrêt dans un litige auquel l'Allemagne est partie*

Dans l'hypothèse de l'article 46, §1 Convention européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire lorsque la Cour européenne a rendu un arrêt dans un litige auquel l'Allemagne est partie, elle est, en tant que Haute Partie contractante, tenue de se conformer à l'arrêt de la Cour. Il en découle, selon la Cour constitutionnelle, qu'un arrêt définitif a formellement force de chose jugée en vertu des articles 42 et 44 Convention européenne des droits de l'homme et aussi matériellement. Cette force de chose jugée matérielle (*materielle*

(15) Voy. Jens MEYER-LADEWIG et Herbert PETZOLD, « Die Bindung deutscher Gerichte an Urteile des EGMR », *NJW* 2005, pp. 15-20 (18) qui attribuent la paternité de la notion de « *Orientierungswirkung* » à Hermann Mosler.

*Rechtskraft*) ne vaut cependant que pour la *res judicata* et connaît de ce fait des limites personnelles, matérielles et temporelles.

En cas de constatation d'une violation de la Convention par la Cour européenne, la Cour constitutionnelle identifie de prime abord trois obligations incombant à une partie contractante : elle ne pourra plus alléguer que son comportement fut conforme à la Convention européenne des droits de l'homme ; elle devra en principe rétablir, dans la mesure du possible, la situation précédant la violation de la Convention (*restitutio in integrum*) ; elle devra faire cesser la violation si celle-ci perdure pour ne pas se rendre coupable d'une nouvelle transgression de la Convention européenne des droits de l'homme (§41). La Cour constitutionnelle souligne par ailleurs que la Convention accorde à la partie contractante concernée une certaine marge de manœuvre quant à l'exécution des arrêts de la Cour européenne puisqu'une satisfaction équitable peut être accordée si le droit interne ne permet qu'une réparation imparfaite. Elle n'ignore cependant pas qu'il ressort de la jurisprudence récente relative à l'article 41 Convention européenne des droits de l'homme qu'il appartient à l'Etat défendeur de faire disparaître tout obstacle dans son droit interne qui pourrait s'opposer au rétablissement de la situation du plaignant (16).

Après avoir ainsi décrit les effets juridiques d'une décision de la Cour européenne sur la partie contractante en tant que telle, la Cour de Karlsruhe va se tourner vers la question centrale de cet arrêt pour établir sans équivoque qu'en vertu des dispositions de la Convention, combinées avec la loi allemande d'approbation et les exigences découlant du principe de l'Etat de droit : toutes les institutions investies de la puissance publique allemande sont en principe liées par les décisions de la Cour européenne (§46). Il s'ensuit notamment un devoir des tribunaux allemands de prendre en considération les décisions de la Cour européenne.

(16) Référence aux arrêts de la Cour européenne du 8 avril 2004, *Assanidze* et du 17 février 2004, *Maestri*.

## II. – Le devoir de prise en considération (*Berücksichtigungspflicht*) des arrêts de la Cour européenne par des juridictions internes

La Cour énonce sans équivoque que, dans un Etat de droit démocratique, régi par le principe de la séparation des pouvoirs, l'application effective de toutes les dispositions de la Convention (art. 52 Convention européenne des droits de l'homme) implique que tous les pouvoirs soient liés par les garanties de la Convention. Cette confirmation d'une décision antérieure est à saluer (17). L'obligation de l'Etat défendeur de se conformer à l'arrêt (article 46, §1 Convention européenne des droits de l'homme) implique ainsi des obligations pour tous les organes internes. Les obligations concrètes sont différenciées selon les fonctions et les compétences respectives de chaque institution. Pour ce qui est des tribunaux allemands, la Cour constitutionnelle se prononce en faveur d'un devoir de prise en considération (*Berücksichtigung*) des décisions de la Cour européenne. Assez paradoxalement la Cour va cependant d'abord affaiblir la portée de ce devoir à travers un certain nombre de considérations ambiguës relatives à sa véritable substance (A) pour le renforcer ensuite en le déclarant justiciable dans le cadre du recours constitutionnel individuel (B).

### A. – *Un devoir ambigu*

Lorsque la Cour européenne a constaté, comme dans l'affaire *Gör-gülü*, une violation de la Convention par une décision de justice interne, la prise en considération de ce constat soulève des difficultés particulières. La Cour constitutionnelle remarque à juste titre que ni la Convention, ni la Loi fondamentale n'attachent aux arrêts de la Cour européenne un effet de cassation (§52). La possibilité d'obtenir la réouverture d'une procédure pour permettre la mise en conformité avec un arrêt de la Cour de Strasbourg se limite en droit allemand pour l'instant au domaine du droit pénal (18). En dehors de cette hypothèse, les tribunaux allemands sont néanmoins tenus de tenir compte d'un tel arrêt s'ils ont l'occasion de se prononcer à

(17) Voy. la décision d'un comité de filtrage du deuxième Senat du 11 octobre 1985, (2 BvR 336/85), *Pakelli*, *EuGRZ* 1985, p. 656.

(18) Voy. la réforme de la procédure pénale de 1998 qui a abouti à l'insertion d'une nouvelle cause de réouverture dans le §359, al. 6 de la *Strafprozessordnung* (StPO). *Gesetz zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts* du 9 juillet 1998, *BGBI* I, p. 1802.

nouveau sur le point litigieux. Que signifie alors «prendre en compte» (*berücksichtigen*)? En cherchant à envisager les différentes hypothèses qui peuvent se présenter, la Cour constitutionnelle ne parvient pas à fournir une définition convaincante de ce devoir qui demeure imprécis (1) et dont les limites apparaissent contestables (2).

### 1. *Un devoir imprécis*

Les critiques qui ont été exprimées dans la doctrine allemande sur l'arrêt du 14 octobre 2004 portent surtout sur son imprécision quant aux devoirs qui incombent aux tribunaux allemands en la matière (19). S'il est évident que le devoir de prendre en compte (*berücksichtigen*) est moins contraignant que celui de respecter (*beachten*), il est plus délicat de le définir de manière positive. La Cour constitutionnelle s'y risque à travers toute une série de «précisions» peu convaincantes. Elle indique en premier lieu que ce devoir requiert au moins de prendre connaissance (*zur Kenntnis nehmen*) de la disposition conventionnelle telle qu'interprétée par la Cour européenne (§§48 et 62). En second lieu le tribunal doit prendre en compte l'arrêt pertinent dans son processus de prise de décision (*in die Entscheidungsfindung einbeziehen*, §62). En troisième lieu, une «confrontation» (*Auseinandersetzung*) avec la décision de la Cour européenne doit avoir lieu (§49). Cette «confrontation» doit être convenable (*gebührend*) et intelligible (*nachvollziehbar*) (§§62 et 65).

Ces considérations ne sont pas à même de clarifier dans des cas concrets les obligations qui incombent aux juges internes. Elles introduisent tout au contraire une certaine confusion. La simple prise en compte d'un arrêt de la Cour européenne par un tribunal allemand ne permet pas à l'Allemagne de se conformer à un arrêt dans un litige auquel elle est partie. La violation de la Convention risque donc de perdurer. Ceci est d'autant plus probable que la Cour allemande assigne un certain nombre de limites au devoir de prendre en compte la jurisprudence de Strasbourg.

(19) Voy. notamment Hans-Joachim CREMER, *préc.* p. 683, Eckart KLEIN, *préc.* p. 1176 et Ernst BENDA, «Die Bindungswirkung von Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte», *AnwBl* 2005, p. 606.

## 2. *Un devoir aux limites contestables*

Le devoir de prise en compte des arrêts de la Cour européenne trouve ses limites là où leur exécution schématique (*schematische Vollstreckung*) dans l'ordre interne entrerait en conflit avec les droits fondamentaux combinés avec le principe de l'Etat de droit (§47). La Cour de Karlsruhe admet même explicitement que les autorités et juridictions allemandes puissent s'écarter de la position juridique adoptée par la Cour de Strasbourg à condition de le justifier de manière compréhensible (*nachvollziehbar begründen*, §50).

Les juges constitutionnels allemands justifient cette limitation contestable de l'effet contraignant des arrêts de la Cour européenne par une argumentation qui combine trois sortes de considérations. La première porte sur la nécessité de tenir compte du fait qu'en droit privé les tribunaux sont fréquemment confrontés à des situations mettant en présence plusieurs titulaires de droits fondamentaux (*mehrpöilige Grundrechtsverhältnisse*) alors que la procédure de recours individuel devant la Cour européenne se borne à décider des litiges dans une relation bilatérale entre le requérant et l'Etat défendeur. Pour cette raison, il n'est pas assuré, selon la Cour, que les droits fondamentaux des tiers soient suffisamment pris en compte. S'il est vrai que la procédure devant la Cour européenne, comme celle applicable devant la Cour constitutionnelle, ne connaît qu'un seul titulaire de droits fondamentaux, cela ne justifie pas encore une limitation générale de l'effet obligatoire des arrêts. L'une comme l'autre doit respecter la complexité de litiges mettant en présence plusieurs droits fondamentaux qu'il convient de concilier (20).

La seconde explication avancée par la Cour constitutionnelle pour justifier le cas échéant le non respect d'un arrêt de Strasbourg concerne l'existence de ce qu'elle appelle un sous-système équilibré de droit interne (*ausbalanciertes Teilsystem*) comme par exemple le droit de la famille, celui des étrangers ou encore la protection de la personnalité (21). En présence d'un tel sous-système qui se caracté-

(20) Voy. les critiques de Jochen Abr. FROWEIN, «Die traurigen Missverständnisse. Bundesverfassungsgericht und Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte», in K. DICKE et. al. (éds.), *Weltinnenrecht, Liber amicorum Jost Delbrück*, Berlin, Dunker & Humblot 2005, pp. 279-287.

(21) De manière assez surprenante la Cour constitutionnelle cite en ce lieu la décision de la Cour européenne, *Caroline de Hanovre c. Allemagne* du 24 juin 2004, qui ne présente toutefois aucun lien avec le problème juridique soulevé dans le cas présent.

rise par l'existence d'une jurisprudence interne différenciée, le juge interne aura pour tâche d'insérer (*einpassen*) la décision de la Cour européenne en procédant si nécessaire à une prise en compte considérée (*wertende Berücksichtigung*).

En troisième lieu, la Cour de Karlsruhe évoque encore l'éventualité de l'apparition de faits nouveaux comme raison pouvant amener un tribunal allemand à ne pas exécuter schématiquement une décision rendue à Strasbourg. Il est cependant difficile de comprendre en quoi le respect d'une décision de la Cour européenne pourrait méconnaître des dispositions législatives ou constitutionnelles allemandes et notamment les droits fondamentaux d'un tiers en raison d'une simple modification de la base factuelle ainsi que le laisse entendre l'arrêt (§62).

Lorsqu'elle applique son raisonnement à l'arrêt de la cour d'appel de Naumburg du 30 juin 2004, la Cour constitutionnelle estime encore qu'au moment de l'appréciation de faits nouveaux, de la conciliation de droits fondamentaux divergents et de l'insertion du cas isolé dans le cadre général de la jurisprudence relative au droit de la famille et au droit de visite, la cour d'appel n'est pas liée quant au résultat concret (*im konkreten Ergebnis nicht gebunden*). Cette formulation est particulièrement dommageable en raison du message qu'elle véhicule à destination des tribunaux en Allemagne et à l'étranger. En précisant par ailleurs que l'application du droit international par les juridictions spécialisées peut faire l'objet d'un contrôle de sa constitutionnalité, la Cour constitutionnelle parvient tout de même à terminer sur une note plus bienveillante au droit international.

#### B. – *Un devoir justiciable devant la Cour constitutionnelle*

Dans la mesure où la Convention européenne des droits de l'homme n'a pas de valeur constitutionnelle en droit allemand, sa méconnaissance par les autorités allemandes ne peut être directement visée par le recours constitutionnel. Il faut saluer le fait que la Cour constitutionnelle signale la possibilité de faire valoir la violation d'un droit garanti par la Convention en se fondant sur le droit fondamental correspondant de la Loi fondamentale allemande et le principe de l'Etat de droit (1). Ce faisant, la Cour accepte de veiller au respect du droit international et notamment de la Convention européenne des droits de l'homme (2).

### 1. *La possibilité d'introduire un recours constitutionnel individuel*

La Cour déduit le fondement d'un recours constitutionnel individuel – visant à faire sanctionner le non respect de la Convention européenne des droits de l'homme ou d'un arrêt de la Cour européenne par une juridiction allemande – d'une combinaison du droit fondamental pertinent et du principe de l'État de droit de l'article 20, §3 de la Loi fondamentale. Cette argumentation part du principe de la primauté de la loi qui découle du principe de l'État de droit et en raison duquel tous les organes de l'État sont soumis, dans le cadre de leur compétence, à la loi et au droit (§63). Dans la mesure où les tribunaux allemands doivent favoriser une interprétation conforme des droits fondamentaux à la lumière des exigences de la Convention européenne des droits de l'homme, le fait de méconnaître ou de ne pas prendre en compte les décisions de la Cour européenne peut donc constituer un manquement au domaine de protection du droit fondamental concerné (*Verstoß gegen das in seinem Schutzbereich berührte Grundrecht*, §30). Pour être recevable, un recours constitutionnel, qui fait valoir le non respect d'une décision de la Cour européenne par un organe allemand, doit donc toujours s'appuyer sur un droit fondamental «parallèle» de la Loi fondamentale (§63). Si cette avancée procédurale est unanimement saluée par la doctrine, la Convention européenne des droits de l'homme ne constitue pas pour autant un critère immédiat dans le contrôle exercé par la Cour de Karlsruhe (22).

En ce qui concerne l'intensité de son contrôle, elle souligne explicitement qu'elle s'écartera pour cela des standards habituels consistant à ne vérifier que si l'application et l'interprétation judiciaires d'un traité international sont arbitraires (*willkürlich*) ou reposent sur une vision fondamentalement incorrecte de la signification d'un droit fondamental. Se voyant au service du respect du droit international (*im Dienst der Durchsetzung des Völkerrechts*), la Cour se chargera donc d'un contrôle complet de l'application et de l'interprétation des traités par les tribunaux (§61). L'affaire *Görgülü* lui en fournit d'ailleurs amplement l'occasion.

Dans son premier arrêt *Görgülü* du 14 octobre 2004, la Cour constitutionnelle accueille l'argumentation du requérant et casse la décision de la Cour d'appel du 30 juin 2004 au motif que celle-ci constitue une violation de l'article 6 de la Loi fondamentale (mariage et

(22) Voy. notamment Hans-Joachim CREMER, préc. p. 698, Eckart KLEIN, préc. p. 1178, Jens MEYER-LADEWIG et Herbert PETZOLD, préc. p. 19.

famille, enfants naturels) en combinaison avec le principe de l'État de droit parce qu'elle ne tient pas compte de manière convenable de l'arrêt *Görgülü* de la Cour européenne. L'affaire est donc renvoyée devant une chambre civile de la cour d'appel.

Confrontée au refus réitéré de la cour d'appel de Naumburg de suivre la position de la Cour européenne et d'accorder le droit de garde ainsi qu'un droit de visite au père, la Cour constitutionnelle sera encore amenée à statuer à quatre reprises sur cette affaire. Saisi d'un recours constitutionnel contre le refus du droit de visite, le premier Senat de la Cour, compétent pour les affaires de droit de la famille, ordonnera d'abord en référé les conditions de ce droit de visite par une décision du 28 décembre 2004 (23), rejettera ensuite le 1<sup>er</sup> février 2005 (24) un recours en opposition de la part des parents adoptifs et de l'office régional pour la jeunesse (*Jugendamt*) et annulera finalement par une décision du 10 juin 2005 (25) l'arrêt litigieux de la Cour d'appel du 20 décembre 2004. En ce qui concerne le droit de garde, une autre décision de la Cour constitutionnelle du 5 avril 2005 (26) annule par ailleurs un arrêt de la Cour d'appel de Naumburg du 9 juillet 2004 (27).

Dans les quatre arrêts consécutifs, la Cour constitutionnelle conclut à la violation du devoir de prise en considération de l'arrêt de la Cour européenne fustigeant au passage le comportement arbitraire des juges de la Cour d'appel qui ont fini par inverser les prescriptions de la Cour européenne en leur contraire (28). La Cour constitutionnelle a donc effectivement veillé à ce que la Cour d'appel respecte l'arrêt de la Cour de Strasbourg.

## 2. La Cour constitutionnelle veille au respect de la Convention européenne des droits de l'homme

Dans l'arrêt initial du 14 octobre 2004, les juges constitutionnels allemands consacrent un passage intéressant au rôle du *Bundesverfassungsgericht* vis-à-vis du droit international en général et de la Convention européenne des droits de l'homme en particulier. Se

(23) BVerfG, 1 BvR 2790/04, 28 décembre 2004, *EuGRZ* 2004, p. 809.

(24) BVerfG, 1 BvR 2790/04, 1<sup>er</sup> février 2005, *EuGRZ* 2005, p. 186.

(25) BVerfG, 1 BvR 2790/04, 10 juin 2005.

(26) BVerfG, 1 BvR 1664/04, 5 avril 2005, *NJW* 24/2005, p. VIII.

(27) L'affaire *Görgülü* a donné pour l'instant lieu à 32 arrêts et décisions! Voy. B. FRITZ, «In den Fängen der Amtsgewalt», *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 14 janvier 2006.

(28) BVerfG, 1 BvR 2790/04, 10 juin 2005, point 37



voyant au service du respect du droit international, la Cour souligne l'importance des engagements découlant de la Convention européenne des droits de l'homme qui favorise en Europe le développement de droits fondamentaux communs (*gemeineuropäische Grundrechtsentwicklung*). La loi fondamentale accorde en effet au noyau des droits de l'homme reconnus en droit international une protection spéciale. Cela résulte de l'article 1, §2 qui indique que «le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde».

Combinée avec l'article 59, §2 de la Loi fondamentale relatif à l'approbation des traités, cette disposition constitue pour la Cour constitutionnelle la base d'un devoir constitutionnel d'avoir recours à la Convention européenne des droits de l'homme (telle que concrétisée par la jurisprudence) en tant que moyen d'interprétation des droits fondamentaux inscrits dans la constitution allemande. Ne pas prendre en compte le droit issu de la Convention européenne des droits de l'homme constitue donc non seulement une violation du droit international mais également une méconnaissance du droit constitutionnel allemand que la Cour constitutionnelle se doit de sanctionner (§62). Compte tenu de la volonté de la Cour allemande de renforcer par ce biais procédural l'effet contraignant des arrêts de la Cour européenne dont elle a pourtant relativisé la portée dans ses considérations relatives à l'étendue du devoir de prise en considération, il est légitime de penser que le véritable destinataire de certains passages est en fait la Cour de Strasbourg dont certaines prises de positions ont déplu à Karlsruhe. Il convient de ce fait de consacrer quelques réflexions aux conséquences qui en découlent quant à la coordination des systèmes de protection des droits fondamentaux en Europe.

### III. – Les conséquences quant à la coordination des systèmes de protection des droits fondamentaux

Les réactions à la décision *Görgülü* du 14 octobre 2004 furent très vives et presque unanimement critiques. Le président de la Cour européenne, Luzius Wildhaber, a notamment exprimé sa crainte quant à la résonance que cette décision aura à l'étranger et quant aux malentendus qu'elle pourrait produire notamment auprès de nouveaux adhérents (29). Le président de la Cour constitutionnelle,

(29) *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 23 octobre 2004, p. 5.

Hans-Jürgen Papier, quant à lui, a jugé utile de conseiller à la Cour de Strasbourg de ne s'occuper que des violations fondamentales et systématiques de la Convention (30). Une bonne coopération des deux juridictions exige néanmoins des efforts des deux côtés (31). A l'exigence d'une plus grande retenue de la part de la Cour européenne (A) correspondra alors idéalement une plus grande ouverture au droit international de la part des juges de Karlsruhe (B).

*A. – L'exigence d'une plus grande retenue  
de la part de la Cour de Strasbourg*

La Convention européenne des droits de l'homme est largement inspirée par le principe de subsidiarité. Cela se reflète notamment dans l'obligation des requérants d'épuiser les voies de recours internes, dans la liberté dont jouissent les Parties contractantes quant à l'incorporation de la Convention dans leur droit interne et finalement dans la marge de manœuvre dont elles bénéficient lorsqu'elles entreprennent de se conformer à un arrêt de la Cour européenne. Certaines voix réclament pourtant encore davantage de *judicial restraint* de sa part. Deux types d'arguments ont été avancés à cet égard en Allemagne. Le premier consiste au fond à lui dire qu'elle pourrait se «décharger» d'une partie du contentieux qui lui est soumis en faisant en quelque sorte davantage confiance aux systèmes de protection internes (1). Le second argument est tiré de la critique d'une pratique récente de la Cour européenne consistant, en outrepassant ses compétences, à préciser les effets juridiques de ses arrêts (2).

*1. La Cour européenne devrait-elle faire confiance aux systèmes de protection internes ?*

L'argument développé par le Président Hans-Jürgen Papier consiste à suggérer à la Cour de Strasbourg de se décharger d'une partie des quelques 40 000 requêtes annuelles en suivant le bon exemple de la Cour constitutionnelle allemande. Pour cela deux propositions sont avancées (32). En premier lieu, la Cour européenne pourrait,

(30) *Frankfurter Allgemeine Zeitung*, 9 décembre 2004, p. 5.

(31) La question (passionnante) de la coopération dans le triangle Karlsruhe-Luxembourg-Strasbourg ne pourra pas être approfondi dans ce cadre. Voy. notamment Jan BERGMANN, «Diener dreier Herren? – Der Instanzrichter zwischen BVerfG, EuGH und EGMR», *EuR* 2006, p.101 et Renate JAEGER, «Menschenrechtsschutz im Herzen Europas», *EuGRZ* 2005, p. 193.

(32) Voy. Hans-Jürgen PAPIER, «Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa», *ZSR/RDS* 2005 II, pp. 113 et s.

selon le président Papier, profiter de la procédure de filtrage (*Vorprüfungsverfahren*) qu'applique la Cour de Karlsruhe si le rejet d'un recours à Karlsruhe était pris en compte de manière adéquate dans le cadre de l'examen de la recevabilité par la Cour européenne (33). Si cela signifie que la Cour européenne devrait déclarer irrecevable – car manifestement mal fondée – une requête précédemment refusée par la Cour allemande, il faudrait au moins que le comité de filtrage démontre qu'à ses yeux il n'y a manifestement eu aucune violation de la Convention européenne des droits de l'homme (34). Or, dans l'affaire *Görgülü*, un premier recours individuel a précisément été rejeté par la Cour constitutionnelle le 31 juillet 2001 au stade de l'examen préalable et sans indication de motifs.

En second lieu le président Papier incite la Cour de Strasbourg à réduire son standard de contrôle. Elle ne devrait pas chercher à rendre justice dans des cas individuels mais plutôt se concentrer sur les cas qui lui permettent de rendre des décisions d'orientation et de développer un standard européen commun de protection des droits de l'homme. Là où existent des systèmes de protection nationaux efficaces, une certaine confiance de principe, mais non aveugle, de ces systèmes (*Systemvertrauen*) serait opportune. Une idée voisine a été développée par Jörg Paul Müller, qui se réfère à la notion de «protection équivalente» utilisée par la Cour européenne dans l'arrêt *Bosphorus contre Irlande* du 30 juin 2005 par rapport à la protection des droits fondamentaux assurée au sein de l'Union européenne (35). La comparaison paraît cependant boiteuse car à la différence de ses Etats membres, l'Union n'est pas partie à la Convention européenne des droits de l'homme.

On ne voit pas non plus à quel titre la Cour européenne pourrait refuser de statuer sur une requête individuelle à moins de se fonder sur l'article 37, §1, c) de la Convention qui permet la radiation d'une requête dont l'examen n'est plus justifié «pour tout autre motif». Mais bien que cette disposition permette de rayer des affaires «fantaisistes», elle ne justifie pas pour autant de refuser l'examen de requêtes «ordinaires» ne relevant pas d'une violation systématique ou fondamentale de la Convention européenne des droits de l'homme (36). L'objectif de la Convention n'est-il pas précisé-

(33) *Ibid.*, p. 125.

(34) En ce sens Renate JAEGER, «Menschenrechtsschutz im Herzen Europas», *EuGRZ* 2005, p. 200.

(35) Voy. Jörg Paul MÜLLER, «Koordination des Grundrechtsschutzes in Europa – Einleitungsreferat», *ZSR/RDS* 2005 II, p. 17.

(36) Voy. Jochen Abr. FROWEIN, préc. p. 279.

ment d'offrir une protection individuelle des droits de l'homme? (37)

## 2. La Cour européenne devrait-elle mieux respecter ses compétences?

L'argument tiré de l'incompétence de la Cour européenne pour décider des mesures d'exécution de ses arrêts dans l'ordre juridique interne de l'Etat défendeur est plus convaincant. L'arrêt de la Cour se limite en effet à constater une violation des droits garantis dans la Convention européenne des droits de l'homme. La Cour n'a pas de compétence pour annuler des actes de droit internes ou pour ordonner des mesures d'exécution. C'est encore une conséquence du principe de subsidiarité qui inspire le système de protection européen. Une tendance récente montre cependant que la Cour s'affranchit parfois de ce principe (38). S'agit-il seulement de cas exceptionnels, comme l'affirme Luzius Wildhaber? (39)

L'arrêt *Görgülü* du 26 février 2004 relève en tout cas également de cette catégorie «exceptionnelle». Il y a des raisons de croire que l'indication du fait que le requérant doit se voir reconnaître au moins un droit de visite de son fils ait fortement contribué à l'irritation des juges de la Cour de Karlsruhe. Cela expliquerait également une des formulations les plus controversées de la décision du 14 octobre 2004 précisant que la Cour d'appel ne serait pas liée quant au «résultat concret» (§70). Car, précisément il n'incombe pas à la Cour européenne de déterminer ce résultat concret à atteindre.

Certains auteurs allemands considèrent en effet que l'indication d'un résultat concret à atteindre ne relève pas de la compétence de la Cour européenne (40). D'autres se prononcent de manière plus nuancée sur ce point et saluent l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne tout en identifiant ses limites. Dans l'affaire *Görgülü*, la Cour européenne aurait ainsi dû préciser qu'un droit de

(37) Voy. Luzius WILDHABER, «Bemerkungen zum Vortrag von BVerfG-Präsident Prof. Dr. H.-J. Papier auf dem Europäischen Juristentag 2005 in Genf», *EuGRZ* 2005, p. 743.

(38) Voy. notamment les arrêts *Assanidze c. Géorgie* du 8 avril 2004, *Ilaşcu c. Moldavie et Russie* du 8 juillet 2004 et *Broniowski c. Pologne* du 22 juin 2004. Voy. aussi M. BREUER, «Zur Anordnung konkreter Abhilfemaßnahmen durch den EGMR», *EuGRZ* 2004, p. 257.

(39) Luzius WILDHABER, «Europäischer Grundrechtsschutz aus der Sicht des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte», *EuGRZ* 2005, p. 689.

(40) Voy. Jochen Abr. FROWEIN, préc. p. 282.

visite devrait être aménagé *en principe* au lieu de dire que le requérant devait se voir reconnaître *au moins* ce droit de visite (41).

B. – *L'utilité d'une plus grande ouverture  
de la Cour de Karlsruhe*

La Cour constitutionnelle allemande a employé dans son arrêt du 14 octobre 2004 un vocabulaire résolument «souverainiste». Cette insistance sur la souveraineté et la suprématie de la Loi fondamentale mériterait d'être davantage nuancée par le recours au principe de bienveillance internationale (1) et par un renforcement du statut des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme en droit constitutionnel allemand (2).

1. *La Cour pourrait accorder plus de poids au principe de  
«bienveillance internationale»*

Le principe de *Völkerrechtsfreundlichkeit* n'apparaît pas explicitement dans le texte de la Loi fondamentale, pas plus d'ailleurs que celui de la souveraineté. Il inspire néanmoins de nombreux articles ainsi que le préambule de la Constitution allemande qui évoque la volonté du peuple allemand «de servir la paix du monde en qualité de membre égal en droits dans une Europe unie». Une conception de la souveraineté qui justifie la méconnaissance d'un traité international librement consenti est étrangère à la Loi fondamentale (42).

La bienveillance internationale constitue le véritable fondement constitutionnel du devoir de prise en considération des arrêts de la Cour européenne. Le non respect d'un arrêt de la Cour européenne engage en effet la responsabilité internationale de l'Allemagne. Dans la mesure où les arrêts strasbourgeois ne peuvent cependant que constater l'existence d'une violation mais non y mettre fin, leur bonne exécution par les autorités internes revêt à cet égard une importance particulière (43).

(41) Voy. Jens MEYER-LADEWIG et Herbert PETZOLD, préc. p. 18.

(42) Voy. Carl Otto LENZ, «An die Gewährleistungen der Konvention gebunden», Zum Urteil des Bundesverfassungsgerichts in der Rechtssache Görgülü», in Ch. GAITANIDES, S. KADELBACH, G.C. RODRIGUEZ (éds.), *Europa und seine Verfassung, Festschrift für Manfred Zuleeg*, Nomos, Baden-Baden 2005, pp. 234-239.

(43) En ce sens Heiko SAUER, *Die neue Schlagkraft der gemeineuropäischen Grundrechtsjudikatur*, préc. p. 49.

2. *La Cour pourrait renforcer la place de la Convention européenne des droits de l'homme en droit constitutionnel allemand*

Un premier signe d'ouverture et d'apaisement à destination de la Cour européenne consisterait pour la Cour allemande à se référer explicitement non seulement au texte de la Convention européenne des droits de l'homme mais aussi plus fréquemment à la jurisprudence européenne. En citant les arrêts pertinents, la Cour constitutionnelle montrerait qu'elle accepte le fait que le dernier mot appartient à la Cour de Strasbourg et qu'elle s'efforce de se mettre en conformité avec la jurisprudence strasbourgeoise. Cela permettrait non seulement d'éviter des conflits mais aussi de faire valoir par avance sa propre interprétation (44).

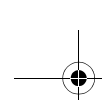
Il serait également bienvenu que la Cour constitutionnelle précise que la suprématie de la Loi fondamentale n'autorise les tribunaux allemands à ignorer un arrêt de la Cour européenne que dans les cas extrêmement rares lorsqu'une interprétation conforme est impossible, qu'une révision constitutionnelle sera donc nécessaire mais que celle-ci n'a pas encore eu lieu (45). Ceci en attendant que l'Allemagne se décide à l'instar par exemple de l'Autriche à conférer un rang constitutionnel à la Convention européenne des droits de l'homme. Les ordres juridiques nationaux des Etats membres du Conseil de l'Europe devraient en effet reconnaître une primauté de principe aux droits de l'homme qu'ils soient d'origine communautaire ou conventionnelle (46).

En Allemagne cela n'imposerait d'ailleurs aucune révision constitutionnelle. Car, comme le démontre de manière convaincante Manfred Zuleeg, il est possible de déduire la primauté des droits de l'homme garantis par la Convention européenne des droits de l'homme des dispositions existantes de la Loi fondamentale. Il suffit pour cela de combiner l'article 1, §2 de la Loi fondamentale selon lequel «le peuple allemand reconnaît à l'être humain des droits inviolables et inaliénables comme fondement de toute communauté humaine, de la paix et de la justice dans le monde» avec le principe de bienveillance internationale. Cela permet en tout cas de conclure

(44) Voy. sur ce point avec des références à la pratique du *Bundesverfassungsgericht*: Renate JAEGER, «Menschenrechtsschutz im Herzen Europas», *EuGRZ* 2005, p. 195.

(45) Voy. Jens MEYER-LADEWIG et Herbert PETZOLD, préc. p. 20.

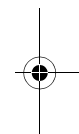
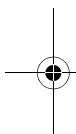
(46) Voy. le plaidoyer de Ulrich EVERLING, «Europäische Union, Europäische Menschenrechtskonvention und Verfassungsstaat – Schlusswort auf dem Symposium am 11. Juni 2005 in Bonn», *EuR* 2005, pp. 411 et s., (spéc. 418).



Jörg GERKRATH

727

que les droits de l'homme qui constituent aujourd'hui le patrimoine commun des Etats européens doivent occuper la place la plus élevée sur l'échelle des normes (47). C'est le seul moyen d'en garantir le respect effectif dans l'ordre juridique interne.



(47) Manfred ZULEEG, «Menschenrechte, Grundrechte und Menschenwürde im deutschen Hoheitsbereich», *EuGRZ* 2005, p. 682.

