

Impact du droit conventionnel sur le droit transitionnel

Inna SHVEDA

Dans une société internationale dominée par le libéralisme et la souveraineté des Etats, le droit conventionnel n'est qu'une prolongation du droit interne des anciennes démocraties. Se rattachant à la pratique et à *l'opinio juris* des puissances mondiales, les Etats de l'Europe de l'Est¹ ont largement importé des solutions juridiques internationales² grâce aux divers traités et accords ou encore des procédés d'inspiration et de collaboration. Cette importation spontanée peut paraître imposée de l'extérieur mais elle a changé de dimension et de nature avec l'adhésion au Conseil de l'Europe et la signature de la Convention européenne des droits de l'Homme. Cherchant à faire face à des abus du droit, les Etats de l'Europe de l'Est sont devenus demandeurs des projets constitutionnels et ont remplacé la doctrine marxiste³ par le système constitutionnel avec le principe de séparation des pouvoirs comme corollaire de la liberté politique. Cependant, la rupture avec le communisme par l'adoption de nouvelles Constitutions et les déclarations de l'indépendance n'a pas donné des résultats escomptés, car le poids de son héritage est trop lourd et la population désorientée a du mal à croire les politiques. C'est ainsi que la signature et la ratification des engagements internationaux jouent un rôle immense qui nous amène à étudier l'impact des règles conventionnelles sur le droit transitionnel.

En effet, les mutations auxquelles nous assistons à la fin des années 80 et au début des années 90 dans les pays de l'ex-Union soviétique manifestent la volonté de construire un Etat de droit. Bien qu'il soit impossible de supposer que « les démocraties transitionnelles » vont automatiquement et naturellement ou inévitablement devenir des « démocraties consolidées », il est néanmoins intéressant de s'interroger sur ce qui est nécessaire pour institutionnaliser le « nouveau régime-type » comme sur ce qui serait appelé « un ensemble de règles de jeu politique »⁴. Comment un nouvel Etat veut-il consolider le système démocratique pour que les acteurs principaux de la société acceptent volontiers ses règles et travaillent sous le nouveau système? Les réponses divergent, des théoriciens américains élaborent une approche particulière du processus transitionnel prenant en considération une action réciproque et complexe entre les legs, les institutions et les décisions⁵. Les legs font allusion à la dépendance associée au passé en incluant le passé communiste et le passé « profond » de l'ère pré-communiste. Les institutions font allusion à la configuration d'acteurs et décrètent ce qui a émergé sur la scène durant la période courte et ce qui a suivi la chute de l'ancien régime. Enfin, les décisions font allusion aux actions stratégiques des acteurs principaux tant politiques qu'économiques. L'interaction entre ces trois niveaux peut être fondée autant sur

¹ La spécificité du contentieux constitutionnel dans certains Etats d'Asie centrale (Ouzbékistan, Kazakhstan, Tadjikistan) et les particularités du processus transitionnel ont conduit à faire le choix d'étudier les Etats de la CEI.

² S. Milacic, *Les ambiguïtés du constitutionnalisme post communiste*, Cf. Gérard Conac, *Nouveau constitutionnalisme*, Economica, Paris, 2001, pp. 339 - 256.

³ « Du point de vue marxiste, les règles juridiques, et spécialement les règles constitutionnelles, sont des superstructures de la société. Le droit, loin d'être la catégorie d'organisation de la société, est en réalité, un reflet de celle-ci et une traduction du développement de la société [...]. Par conséquent, le droit ne peut être une valeur d'un niveau plus élevé que ne l'est la société elle-même et ce n'est que par une illusion mensongère que l'on a pris au sérieux les formules juridiques des sociétés occidentales... », Georges Vedel, *Les démocraties soviétiques et populaires*, fascicule II, Les cours de droit de l'Université de Paris, 1963 - 64, p. 176.

⁴ Arthur Bentley, *The process of government*, Chicago, University of Chicago press, 1908, Cf. David Truman, *The governmental process*, New York, Knopf, 1951.

⁵ Jon Elster, Claus Offe, Ulrich K.Preuss, *Institutional Design in Post-communist societies*, *Rebuilding the Ship at Sea*, (Le projet institutionnel dans les sociétés post communistes, la réparation d'un navire sur la mer), Cambridge University Press 1997, EECR, vol.1, N°3, été 1998.

les nouvelles bases que sur celles du passé. Au passé, les structures dominent en choisissant les agents et instaurent des cadres institutionnels qui à leur tour font des choix et prennent des décisions. Au présent, la transition s'accompagne de choix stratégiques mettant en place de nouveaux agents et des cadres institutionnels qui à leur tour, influencent les legs enracinés dans le passé jusqu'à les remplacer par de nouveaux. C'est ainsi qu'en induisant une nouvelle pédagogie formatrice dans la mentalité⁶, le droit transitionnel doit régler tout ce processus permettant aux institutions de fonctionner et aux citoyens de pouvoir défendre leurs droits et libertés. Dès lors, toute la difficulté de la transition est de gérer le « vol intersidéral » entre deux planètes que constituent « le capitalisme néolibéral et le marxisme triomphant, déjà affaibli en tant que « pouvoir » réel sur la société »⁷.

Outre la création de nouvelles instances, tout passage à une société radicalement nouvelle entraîne inévitablement l'instabilité exprimée sous forme de la lutte entre les structures du pouvoir, fondées à la fois sur l'ancienne et la nouvelle idéologie, en particulier entre le pouvoir représentatif et exécutif conduisant souvent à la paralysie de l'ensemble du système. L'objectif visant la construction d'un Etat de droit avec son corollaire relatif à la protection des droits et libertés des citoyens, est bien loin encore d'avoir le réalisé⁸ bien qu'il ait des résultats très sérieux par rapport à la période soviétique dans certains domaines, notamment en matière pénale. Selon Samuel Huntington « la caractéristique politique la plus importante des différentes sociétés est liée non pas à la forme de leur gouvernement, mais au degré de gouvernabilité »⁹. Il convient donc de s'interroger s'il y a eu un vecteur de développement démocratique ou au contraire un vecteur de développement autoritaire avec un impact néfaste sur l'établissement des droits de l'Homme dans les sociétés postsoviétiques d'autant plus que la démocratisation des Etats continue à croître une diversité entre ces derniers. Ainsi, certains Etats (Ukraine, Kirghizie et Géorgie) ont franchi la première étape de transition, alors que d'autres (la Russie, l'Azerbaïdjan ou l'Ouzbékistan) s'éloignent du post-totalitarisme empruntant la voie de l'autoritarisme, dans la direction de la démocratie ou dans la direction d'un autre type de régime autoritaire, fondé sur des bases économiques et idéologiques autres que celles existant sous le régime soviétique

Dès lors, une grande importance dans le progrès juridique à venir est dévolue aux engagements conventionnels. Ces derniers lient les Etats juridiquement, tout en les obligeant à s'y conformer entièrement et en laissant le soin de les appliquer dans leurs ordres internes. Malgré qu'ils ne soient pas tenus, du moins formellement, de reconnaître la primauté du droit international sur le droit national, ils doivent s'assurer de sa compatibilité avec le droit interne et notamment la Constitution avant d'accepter un engagement conventionnel international¹⁰. Exprimant leur consentement explicite pour les normes conventionnelles qui ne lient que les Etats parties, selon l'effet relatif des traités, les Etats de l'Europe de l'Est se sont donc engagés à respecter leurs dispositions, aux termes de l'article 26 (*pacta sunt servanda*) et l'article 27 (droit interne et respect des traités) de la Convention de Vienne de 1969¹¹. D'après

⁶ Toutes les branches du droit ont été concernées par ces transformations. Cf. G. Ajanu, *By Chance and Prestige: Legal Transplants in Russia and Eastern Europe*, American Journal of Comparative Law, vol. 43, 1995, pp. 93-117.

⁷ Xavier Boissy, *La séparation des pouvoirs dans l'œuvre jurisprudentielle sur la construction de l'Etat de droit post communiste*, Préface Slobodan Milacic, Bruyant, Bruxelles, 2003, p. 18.

⁸ Alexeï Semitko, Existe-t-il des instruments juridiques de stabilisation en Russie?, Doyen de la Faculté de Droit de l'Université des Sciences Humaines d'Ekaterinbourg, Directeur de la Chaire de Droit public, Professeur associé à l'Université d'Auvergne, RJCEE, n°3, 2004, p. 85.

⁹ Samuel Huntington, *Political Order in Changing Societies*, New Haven, 1968, p.1.

¹⁰ De plus, chaque Etat est tenu de veiller, par l'intermédiaire de son pouvoir exécutif et de son pouvoir législatif, à ne pas adopter des lois nouvelles qui pourraient enfreindre les dispositions des traités en vigueur déjà acceptés.

¹¹ La Convention a codifié les règles du droit international se rapportant aux actes conventionnels. Elle édicte des règles concernant l'élaboration, l'application, la modification et la fin des traités conclus entre les Etats.

son article 2, al.1 « l'expression traité s'étend d'un accord international conclu par écrit entre Etats et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un document unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière ». Bien que la terminologie reste floue en la matière et n'authentifie aucune appellation particulière, elle laisse le nom de l'engagement conclu entre les parties contractantes à leur entière disposition. Malgré une limite formelle à la qualification de « traité »¹², les Etats emploient souvent les termes : convention, accord, acte final, déclaration, etc.

Quant à la convention, étymologiquement, ce terme vient du latin « convenio », lui-même dérivé de convenir qui signifie venir ensemble, donc être d'accord, c'est-à-dire donner son consentement. Ainsi, il est possible de définir le droit conventionnel comme un ensemble des droits et des obligations qui résultent d'un engagement international écrit auquel les parties contractantes ont donné leur consentement. En tant qu'œuvre de la volonté des parties, ce dernier est à la fois un facteur d'harmonisation du droit international et un moteur d'évolution du droit transitionnel. Dans cette optique, presque tous les Etats de l'Europe de l'Est consacrent, au niveau constitutionnel¹³, la protection des droits de l'homme et des libertés fondamentales, protection corroborée souvent par la législation et la jurisprudence. La constitutionnalisation des traités de droits de l'Homme retranscrit donc un certain nombre de principes clés de la démocratie libérale et de l'Etat de droit. De surcroît, on rencontre, dans les Constitutions, des dispositions ordonnant une interprétation conforme à la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, à la CEDH et aux Pactes internationaux de 1966. Devenues directement génératrices de droits et devoirs des citoyens, les normes conventionnelles font non seulement une partie intégrante du système juridique, mais aussi elles priment sur le droit interne en cas d'un conflit des normes¹⁴. Comme tenu de importance dévolue à la protection des droits de l'Homme, le premier chapitre de la Constitution est souvent intouchable. D'autres dispositions établissent une mixité entre les conceptions de la souveraineté nationale et populaire, présentent l'élection et le suffrage universel comme mode normal de désignation des gouvernants ainsi qu'elles définissent la primauté du droit et la garantie juridictionnelle de la Constitution selon le modèle kelsenien. Ces dispositions rappellent donc les choix faits par le Constituant français de 1958 et se rapprochent de la liste des droits de l'Homme prévue par la Convention européenne des droits de l'Homme bien que certaines notions en soient différentes.

L'introduction de la norme internationale dans la législation nationale exprime aussi un souhait des Etats de définir des mécanismes qui ont *un lien* entre les valeurs universelles et les particularités nationales. Pour offrir des instruments de protection des normes conventionnelles, les Constitutions des Etats de l'Europe de l'Est introduisent donc de nouveaux principes et normes du droit international et des traités dans leur système juridique

¹² Au sens étroit du terme, le traité est un engagement international écrit qui produit des effets de droit.

¹³ Lors de la période soviétique, la Constitution énumérait des droits fondamentaux, essentiellement économiques et sociaux, qui si l'on regardait le texte, pourraient aisément faire croire que les Etats de l'Union étaient les plus protecteurs des droits de l'Homme dans le monde contrairement à la pratique. Cette inefficacité des dispositions constitutionnelles antérieures peut expliquer l'insertion de clauses dans de nouvelles Constitutions indiquant que les dispositions constitutionnelles relatives aux droits de l'Homme sont directement applicables. Ainsi, aujourd'hui, la plupart des Constitutions des Etats de la CEI admettent l'applicabilité directe de la totalité de leurs dispositions, en particulier celles portant sur les droits de l'Homme. Ainsi, l'article 6-2 de la Constitution arménienne du 5 juillet 1995 prévoit que ses dispositions opèrent directement. De même, l'article 147-2 de la Constitution azerbaïdjanaise du 12 novembre 1995 et l'article 15-1 de la Constitution russe du 1^{er} juillet 1993 reprennent les mêmes idées. Certaines Constitutions se limitent cependant à insister sur l'applicabilité directe des droits fondamentaux reconnus par elles, sans exclure celle des autres dispositions constitutionnelles. La Constitution ukrainienne du 28 juin 1996 prévoit dans son article 8-3 que les normes constitutionnelles sont d'effet direct et que le recours devant les tribunaux en vue de protéger les droits et libertés constitutionnels de l'individu et du citoyen, fondés sur la Constitution de l'Ukraine, sont garantis.

¹⁴ Articles 15.4 et 17.1 de la Constitution russe et article 12.2 de la Constitution d'Azerbaïdjan.

sans pour autant envisager une subordination complète du droit interne aux traités internationaux. Les dispositions du droit interne qui contreviennent aux traités ne perdent pas leur force juridique. Certes, elles ne seront pas appliquées dans un cas concret, autrement dit le traité n'annule pas une loi nationale mais il prime celle-ci. Ayant remarqué la référence des Constitutions des Etats de l'Europe de l'Est aux « principes [...] universellement reconnus » du droit international, la Commission européenne pour la démocratie par le droit s'interroge si de tels principes existent effectivement en droit international et, le cas échéant, quel pourrait être leur contenu¹⁵. Il n'y a pas de liste internationalement acceptée de ces principes et la Charte de l'ONU et la Déclaration de l'ONU de 1970 citent sept principes déclarant les principes de base du droit international alors que l'acte final de Helsinki en invoque dix. Davantage de divergences surgissent en ce qui concerne le contenu d'un principe et de son application. Cette absence d'harmonisation est susceptible d'entraîner des objections des Etats sur le plan politique, voire la remise en cause des traités et de leurs principes.

Les domaines de réglementation des principes du droit international sont désormais des relations entre les Etats et non pas celles entre les sujets de droit interne, à l'exception du principe de sauvegarde des droits de l'Homme. Ce dernier ne semble pas spécifier le contenu de chaque droit concret alors que l'objet de contrôle est souvent les actions et les actes normatifs qui concernent les droits et libertés concrets. Régissant avant tout les relations avec d'autres Etats et non pas les rapports de droit à l'intérieur d'un Etat qui font l'objet d'examen des tribunaux nationaux, ces principes sont peu appliqués par ces derniers. Nul ne doute que ceci est dû tant aux carences du droit conventionnel international qu'aux difficultés liées au droit transitionnel. Disposant désormais d'une liberté de choix des moyens pour donner effet aux droits reconnus par les traités, les Etats de l'Europe de l'Est manquent des dispositions pertinentes leur permettant d'honorer leurs engagements. Comment les responsabiliser davantage tout en préservant leur culture juridique ?

Par ailleurs, les normes conventionnelles régissent de plus en plus largement et profondément les questions qui, récemment encore, étaient considérées comme appartenant exclusivement à la compétence intérieure de l'Etat, notamment en matière de droits de l'Homme et de libertés. Bien que les Etats acceptent volontiers les déclarations générales ne contenant que des principes, ils sont assez réticents dès qu'il s'agit de transformer les déclarations en normes juridiques obligatoires et de les inclure dans leur système juridique. Ainsi, tous les membres de l'ONU partagent les principes de la Déclaration universelle des droits de l'Homme et les considèrent comme une obligation pour les membres de la communauté internationale. Or un bon nombre d'Etats s'abstiennent, jusqu'à présent, de donner à la Déclaration le caractère d'obligation juridique. Par ailleurs, le document de Vienne de la Conférence pour la sécurité et la coopération en Europe de 1986 souligne que seules les dispositions des pactes relatifs aux droits de l'Homme, et non pas celles de la Déclaration universelle sont juridiquement contraignantes. Dès lors, la transformation de la Déclaration en pactes juridiquement obligatoires a pris des années et même aujourd'hui les Etats qui l'ont adoptée, ont émis des réserves considérables.

Quant aux obligations souscrites par les Etats contractants de la CEDH, elles ont essentiellement un caractère objectif, du fait qu'elles visent à protéger les droits fondamentaux des particuliers contre les empiétements des Etats contractants plutôt qu'à créer des droits subjectifs et réciproques entre ces derniers¹⁶. La clause d'ordre public, énoncée par la CEDH et par le Pacte autorise l'Etat à limiter l'exercice du droit proclamé tout en laissant subsister le droit. Aux termes de cette clause, l'exercice d'un droit peut faire l'objet uniquement de restrictions prévues par la loi, à condition que cela soit nécessaire dans une société démocratique pour protéger l'ordre public. Pour être admissible, l'ingérence de l'Etat

¹⁵ Commission européenne pour la démocratie par le droit, CDL (94), p.6.

¹⁶ Requête N°788/60, Ann. de la CEDH, vol. 4, p.139.

dans le droit garanti est donc subordonnée à une triple restriction. Tout d'abord, elle doit être prévue par la loi, ensuite elle doit être accessible aux citoyens et définir avec précision les conditions et les modalités de la limitation au droit. Enfin, elle doit viser un but légitime et être nécessaire dans une société démocratique. Le strict contrôle de ces limitations relève de la compétence du juge constitutionnel qui se réfère de plus en plus aux normes internationales dans ses affaires. L'application des dispositions des traités par le juge constitutionnel leur confère une place particulière et une publicité au sein de l'ordre juridique interne améliorant leur connaissance par d'autres juges. De surcroît, ceci a créé un terrain favorable pour la Cour constitutionnelle lui permettant d'utiliser la Convention dans le cas où elle a besoin d'enrichir, de limiter ou de renforcer sa position juridique sur une question précise. Aucune Constitution ne l'oblige d'appliquer d'autres normes que celles de la Constitution, elle-même. Dès lors, la Cour, lors de l'examen d'une loi, pourrait se référer soit à la Constitution, soit aux principes universellement reconnus et normes du droit international, aux termes desquels l'exercice des droits constitutionnels doit être coordonné. Ainsi, « une décision sur dix est motivée à l'aide de références à des actes de droit international et à des décisions de la Cour EDH »¹⁷.

Dès lors, conditionné par la norme conventionnelle dont le respect est un des indicateurs de l'Etat de droit dans les Etats de l'Europe de l'Est, le droit transitionnel évolue soit dans un sens de plus de protection, soit dans un sens de restriction compte tenu de l'instabilité du système institutionnel. Nul ne doute qu'il soit impossible de supposer que « les démocraties transitionnelles » vont automatiquement et naturellement ou inévitablement devenir des « démocraties consolidées ». Il est fort utile de s'interroger comment un Etat postsocialiste puisse procéder à la consolidation du système démocratique grâce aux techniques juridiques du droit conventionnel. Nous limitant au sujet des droits et libertés, question capitale pour un Etat de droit et condition de base de la démocratie naissante, nous allons nous concentrer plus particulièrement, dans un premier temps, sur la concrétisation des droits de l'Homme et leur application dans des Etats de l'Europe de l'Est et, dans un second temps, sur l'humanisation du droit pénal, un élément clé pour la mise en œuvre des objectifs de la transition.

I : La concrétisation des Droits de l'Homme

La solidité de l'édifice et la validité du système tiennent au respect des principes fondateurs et au développement des droits affirmés. Ainsi, la concrétisation des droits de l'Homme via leur constitutionnalisation et leur protection juridictionnelle, est un instrument de base permettant de mettre en application le droit conventionnel au niveau interne.

A) La constitutionnalisation des droits et libertés

C'est pour la première fois dans l'histoire constitutionnelle des Etats de l'Europe de l'Est que la Constitution dispose d'un principe selon lequel l'Homme et ses droits, est une valeur suprême. L'article 2 de la Constitution russe prévoit que la reconnaissance, le respect et la protection des droits de l'Homme et du citoyen est un devoir de l'Etat. Inspiré des traités internationaux, tels que les Pactes de 1966 et la CEDH, cet article retranscrit les garanties essentielles des droits et libertés dans un texte fondateur au niveau national. Ayant créés de nouveaux droits, les Constitutions des Etats postsoviétiques rejettent donc l'ancien système des valeurs avec le rôle dirigeant du parti communiste. De même, elles confirment qu'aucune

¹⁷ Morchtachakova T., *L'application des normes de droit international relatives aux droits de l'Homme dans l'exercice de la justice constitutionnelle*, Revue de Justice constitutionnelle Est- européenne, N°3, 2003, p. 143.

idéologie ne peut être établie¹⁸ et que personne ne peut être contraint d'adhérer une association quelconque¹⁹.

Ainsi, les normes du droit international relatives aux droits et libertés²⁰ priment non seulement sur la loi nationale²¹ mais elles déterminent aussi le contenu des normes constitutionnelles. La constitutionnalisation du droit international dans le domaine des droits et libertés, autrement dit, l'octroi d'une valeur constitutionnelle à une norme internationale au sens matériel du terme, a eu lieu dans ces pays²². Les nouvelles normes constitutionnelles visent à surmonter les legs de l'époque soviétique, ce qui peut expliquer l'affirmation des droits et libertés de manière plus radicale par les Etats de l'Europe de l'Est que les dispositions de la Convention européenne des droits de l'Homme. Le choix européen est à la base du développement de l'Etat de droit dans ces Etats postsoviétiques. C'est ainsi que la signature des Conventions est un événement majeur pour ces derniers. Ayant reconnue obligatoire la jurisprudence de la Cour relative l'interprétation et l'application de la Convention européenne des droits de l'Homme, les Etats s'interrogent sur comment et dans quelle mesure ils doivent prendre en considération sa jurisprudence. Bien que les arrêts de la Cour EDH s'imposent à l'Etat impliqué dans un litige, ils ne lient pas les juridictions de l'Etat concerné qui ne sont soumises qu'à leur « influence morale ». Obligatoires et non exécutoires, les arrêts de la Cour EDH laissent à l'Etat toute latitude pour tirer les conséquences d'une violation des droits de l'Homme²³. Ainsi, la plupart des Cours constitutionnelles assurent non seulement la suprématie de la loi fondamentale mais aussi elles affirment que les traités internationaux en vigueur ratifiés par le Parlement sont une partie intégrante du système juridique²⁴. La reconnaissance par le juge constitutionnel des normes conventionnelles permet désormais d'assurer une surveillance permanente du respect des droits de l'Homme, conformément aux standards internationaux.

En Russie, en Ukraine et en Kirghizie, les dispositions constitutionnelles prévoient que si d'autres règles que celles prévues par la loi sont établies par un traité international, les règles du traité international s'appliquent. Au Moldova, s'il existe la non concordance entre les actes et les accords concernant les droits fondamentaux de l'Homme dont la République fait part et ses lois internes, les réglementations internationales ont la priorité. Outre la Constitution, cette norme est inscrite dans différents codes²⁵. Aux termes de l'article 603 du Code civil, si l'accord international, ratifié par l'Etat moldave contient d'autres règles que la législation de la République, alors sont appliquées les normes de l'accord international ».

Cependant, les Constitutions définissent nullement le statut hiérarchique de ces principes et normes de différentes parties du système. Pratiquement, il n'est pas impossible

¹⁸ Article 13 de la Constitution russe.

¹⁹ Article 30.2 de la Constitution russe, article 36 de la Constitution ukrainienne, article 40 de la Constitution moldave, article 28 de la Constitution arménienne, article 16 de la Constitution kirghize et article 26 de la Constitution géorgienne.

²⁰ Article 3 de la Déclaration universelle de droits de l'Homme, article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques et article 5 de la CEDH.

²¹ Articles 8 et 9 de la Constitution ukrainienne, article 15.4 de la Constitution russe et article 4 de la Constitution moldave.

²² T. Morchtchakova, *L'application des normes du droit international relatives aux droits de l'Homme dans l'exercice de la justice constitutionnelle*, Revue de Justice constitutionnelle Est- européenne, N°3, 2003, p. 142.

²³ Le bon vouloir des Etats est tout de même surveillé par le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe qui est responsable de la surveillance des exécutions des arrêts de la Cour EDH.

²⁴ Décision N°12-pr/98 de la Cour constitutionnelle de l'Ukraine du 9 juillet 1998 portant sur l'interprétation officielle de l'article 21.3 du Code de travail et décision de la Cour constitutionnelle de la République d'Azerbaïdjan du 6 janvier 2004 portant sur l'interprétation des dispositions des alinéas 2 et 3 de l'article 7 de la loi « Sur l'établissement et l'entrée en vigueur du Code de la procédure pénale de la République d'Azerbaïdjan et des questions en découlant ».

²⁵ Article 86 du Code de procédure civile et article 66 du Code de la famille.

d'envisager que les organes qui appliquent le droit dans les Etats de l'Europe de l'Est, y compris les tribunaux, ne seront pas tenus de préférer les normes internationales aux normes du droit interne. L'article 15 de la Constitution russe indique clairement que la priorité des règles de traités existe seulement par rapport aux règles des lois et elle ne concerne pas du tout la Constitution. La primauté de la Constitution est aussi confirmée au Moldova où la conclusion d'un accord international qui contient des dispositions contradictoires à la Constitution de la République de Moldova doit être précédée d'une révision de celle-ci. Ainsi, les normes du droit international relatives aux droits et libertés²⁶ priment non seulement sur la loi nationale²⁷, mais elles déterminent aussi le contenu des normes constitutionnelles. Garantissant l'intégration dans l'espace juridique international, certaines Constitutions reconnaissent que la réglementation du droit international et des libertés a un caractère constitutionnel supranational. Ceci lui confère une valeur constitutionnelle au sens formel du terme qui lie un Etat, en qualité de *jus cogens* avec la norme internationale. Dès lors, les traités du droit international de la Fédération de Russie relatifs aux droits et libertés ainsi que les principes universellement reconnus les concernant ne peuvent être modifiés par une loi interne. De plus, la Constitution fédérale russe interdit de réviser deux premiers chapitres relatifs aux fondements du système constitutionnel et aux droits de l'Homme et du citoyen²⁸. Le législateur fédéral ne peut donc pas procéder à la restriction des principes et normes universels du droit international en matière de droits de l'Homme.

Enfin, réservant leurs dispositions relatives aux rapports entre droit international conventionnel et droit interne en matière de droits de l'Homme certaines Constitutions restent muettes quant au régime juridique des autres traités en droit interne. D'autres prévoient que leur Etat s'engage à respecter la Charte des Nations Unies et les traités auxquels elle est partie, et à observer dans ses relations avec les autres Etats les principes et normes de droit international, reconnus unanimement et universellement²⁹. L'entrée en vigueur d'un traité international contenant des dispositions contraires à la Constitution doit être souvent précédée de la révision de cette dernière³⁰. En effet, cette disposition de la Constitution moldave aborde la question des traités internationaux de façon générale. Il aurait été souhaitable pour le constituant moldave de la compléter par une règle énonçant que tous les traités priment sur les lois nationales afin de lever toute ambiguïté. Bien que la Cour constitutionnelle s'est prononcée sur l'article 4³¹ par rapport à l'article 8 de la Constitution³², la lecture de cette décision n'apporte aucune réponse aux questions juridiques posées par la coexistence de ces deux dispositions.

De même, le conflit entre les dispositions constitutionnelles et un traité international existe dans l'autres Etats. Afin de le résoudre, la Cour constitutionnelle arménienne décide que la Constitution ne limite pas le droit des personnes à bénéficier d'autres droits et libertés

²⁶ Article 3 de la Déclaration universelle de droits de l'Homme, article 9 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, article 5 de la CEDH.

²⁷ Articles 8 et 9 de la Constitution ukrainienne, article 15.4 de la Constitution russe et article 4 de la Constitution moldave.

²⁸ Ce type de révision nécessite l'adoption d'une nouvelle Constitution par une assemblée constituante spéciale.

²⁹ Moldova et Ukraine.

³⁰ Article 8 de la Constitution moldave.

³¹ Aux termes de l'article 4 de la Constitution de la République de Moldova, les dispositions de la Constitution portant sur les droits de l'Homme et libertés sont interprétées et appliquées en accord avec la DUDH et les pactes et autres traités ratifiés par la République de Moldova et en cas d'une contradiction entre un traité ratifié et ses propres lois nationales, les réglementations internationales priment.

³² Décision de la Cour constitutionnelle de la République de Moldova du 14 octobre 1999, n°55, Monitorul Oficial n° 118-119/64 du 28 octobre 1999.

prévus par des traités internationaux³³. D'après la Cour, dans le cadre du droit international public, ce sont plutôt les droits de l'homme et les libertés fondamentales, reposant sur un système de conventions multilatérales, et non pas leurs droits et obligations à caractère bilatéral, qui constituent les normes objectives du comportement des États. Les obligations des États qui découlent d'instruments internationaux visent plutôt les particuliers relevant de la juridiction de ces États que les autres États parties. Dans ce contexte, la Convention du 4 novembre 1950 permet de protéger les personnes et les organisations non gouvernementales à l'égard des organes de la puissance publique, ce qui est à la fois un indice important de la primauté du droit énoncée à l'article 1 de la Constitution arménienne et de l'évolution de l'Etat de droit.

Par ailleurs, cette constitutionnalisation des règles du droit international nécessite un suivi permanent par un organe juridictionnel indépendant afin de rendre effectifs de nouveaux droits octroyés aux citoyens.

B) La protection juridictionnelle des droits et libertés

Pour mettre en exergue ses engagements internationaux permettant une meilleure protection des droits et libertés, les Etats de l'Europe de l'Est autorisent aux intéressés, après avoir épuisé les voies de recours internes, à s'adresser aux instances internationales compétentes dont le pays est partie ou auxquelles il participe, aux termes des dispositions constitutionnelles³⁴. Le recours individuel devant la Cour EDH est un des moyens de l'intégration européenne alors que la saisine directe de la Cour constitutionnelle est un des instruments de l'adaptation du droit interne aux standards européens. Concrétisant l'exercice des droits et libertés de l'Homme et assurant ainsi leur protection juridictionnelle deux juges européen et constitutionnel participent au processus de transition démocratique. Ainsi, la jurisprudence européenne devient une sorte de régulateurs juridiques comportant des normes du droit en vigueur dans un Etat. Se basant sur des normes constitutionnelles, les décisions des Cours constitutionnelles sont un fondement de base pour les tribunaux ordinaires permettant de combler des lacunes notables de la législation nationale en matière de protection des droits et libertés de l'Homme. Ayant permis un recours individuel aux citoyens, les Etats, de leur côté, se sont engagés de prendre des mesures non seulement d'ordre général mais aussi individuel³⁵. Le nombre important des plaintes devant la Cour EDH témoigne combien les citoyens sont sensibles à l'exercice des droits découlant de la Convention.

Il est fort utile de confronter la jurisprudence européenne avec celle de la Cour constitutionnelle et ceci non seulement du point de vue de la protection des droits individuels mais aussi du partage des compétences entre les Cours. Ainsi, les Cours constitutionnelles de certains Etats de l'Europe de l'Est (Azerbaïdjan et Russie) vérifient la conformité des accords internationaux par rapport à la Constitution avant la ratification de ces derniers. Dans d'autres (Géorgie, Lituanie, Lettonie, Moldova et Ukraine), elles peuvent effectuer un contrôle de constitutionnalité des traités internationaux en vigueur. Cependant, les autorités habilitées à saisir la Cour constitutionnelle en la matière sont le Président et le Cabinet des ministres dans les plupart des Etats. D'où une certaine restriction pour les citoyens.

Afin de lever toute ambiguïté concernant l'applicabilité des décisions des organisations internationales dont un Etat fait partie, la Cour constitutionnelle russe décide de

³³ Décision de la Cour constitutionnelle de la République d'Arménie n° DCC-350 du 22 février 2002, Sur la conformité avec la Constitution des obligations énoncées: dans la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et ses Protocoles.

³⁴ Article 55 de la Constitution ukrainienne, article 46.3 de la Constitution russe, etc.

³⁵ Rétablir la situation ayant lieu avant la violation de la Convention (*restitutio in integrum*), réexaminer l'affaire ou réparer le préjudice matériel/ moral causé si la violation est irréparable.

les rendre directement applicables³⁶. Allant plus loin dans son raisonnement, elle note que tous les tribunaux russes sont tenus d'apprécier une loi à appliquer par rapport à sa conformité aux principes et règles du droit international³⁷. Bien que les Cours constitutionnelles utilisent exclusivement le droit international comme une référence complémentaire leur permettant d'argumenter les décisions, une sorte d'interaction est créée entre le droit interne et européen. En tant que traité international, la Convention européenne des droits de l'Homme semble emprunter les traditions constitutionnelles des Etats membres. De leur côté, les Cours constitutionnelles utilisent la Convention et la jurisprudence de la Cour européenne comme un moyen d'orientation et d'optimisation du droit dans leurs Etats. Cependant, le processus d'harmonisation du droit interne n'est pas simple, diverses méthodes s'avèrent nécessaires³⁸ afin de déterminer par quel moyen, les juridictions nationales doivent prendre en considération les décisions de la Cour EDH sachant que les arrêts de la Cour EDH n'annulent, ni ne modifient aucun acte juridique des Etats condamnés. De plus, la Convention ne prévoit pas de limites précisant les compétences de la Cour. Elle ne précise pas non plus si le législateur des Etats membres doit apporter des modifications à des actes normatifs non conformes à la Convention.

Malgré ces limites des normes conventionnelles, les Cours constitutionnelles s'efforcent de développer et de soutenir l'instauration de la démocratie dans les Etats membres en se référant à la Convention pour illustration³⁹, ce qui est susceptible d'expliquer l'absence des détails concernant l'application du droit international dans leurs décisions. Selon le Professeur russe Danilenko⁴⁰, la Cour constitutionnelle applique la Convention comme d'autres normes du droit international. Ayant émis une critique concernant cette approche, ce dernier estime que la Cour constitutionnelle doit suivre les techniques d'application du droit international utilisées par des tribunaux internationaux. D'après lui, cette méthode sera conforme à l'article 31.3 de la Convention de Vienne, aux termes duquel, en interprétant des accords internationaux le juge doit prendre en considération non seulement son contexte, mais aussi la jurisprudence relative à cet accord. Ainsi, la règle du précédent semble avoir place dans la jurisprudence des Cours constitutionnelles bien que la doctrine russe la rejette. Plusieurs arguments sont invoqués, notamment la conception du système juridique russe. Selon le juge constitutionnel Nikolaï Vitrouk, « le système juridique de la Russie ne reconnaît pas le caractère obligatoire des précédents et la formation du droit par ceux-ci. C'est pour cette raison que les décisions de la Cour EDH ne peuvent pas servir de source du droit dans la Fédération de Russie »⁴¹. Néanmoins, ses décisions deviennent des orientations pour les juridictions nationales leur permettant d'aller dans le sens de la Convention. Dans une décision du 16 mai 2000, la Cour constitutionnelle russe a donné une interprétation précise des notions telles que l'intérêt public et l'intérêt privé. Ce faisant, elle s'est référée à la jurisprudence de la Cour EDH concernant d'autres Etats en appliquant le principe *erga omnes*. Dès lors, la référence à la CEDH dans le dispositif d'une décision

³⁶ Décision de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie du 2 février 1996.

³⁷ Décision de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie du 4 février 1992 sur la constitutionnalité du Code de travail, *Vesti* de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, 1993, n°1, p. 29.

³⁸ Beliaev S.I., L'application de la CEDH par des tribunaux russes, Université d'Ural, Ekaterinbourg, 2006, p.36. L'auteur distingue trois moyens d'application de la CEDH : moyen abstrait (la Cour constitutionnelle se réfère aux standards européens pour résoudre un différend dans une affaire concrète sans précision), moyen casuistique (la Cour cite des articles de la Convention et les affaires les plus importantes) et moyen contextuel et casuistique (la Cour présente non seulement le contexte de l'affaire mais aussi développe son contenu).

³⁹ Baglaï M.V., Les principes universels des normes du droit international, des accords internationaux et de la jurisprudence constitutionnelle, Moskva, 2004, p.11.

⁴⁰ Danilenko G, Implementation of international law in CIS states, p.62.

⁴¹ Cité par M-E Baudoin, La Cour EDH, la Cour constitutionnelle de Russie et le droit à un procès équitable, RJCEE, n° 3, 2004, p. 131.

illustre que la norme internationale n'est jamais la seule source du droit pour le juge constitutionnel, elle n'a qu'un caractère complémentaire. Il reste à noter que ce moyen laisse un certain pouvoir d'appréciation au juge lui permettant de faire coexister la règle conventionnelle avec la disposition constitutionnelle.

Toutefois, à côté de ces indubitables progrès, de sérieuses interrogations demeurent, voire s'amplifient, au sujet du développement démocratique et du principe même de la démocratisation, car le fossé entre les standards européens et la réalité politique des Etats de l'Europe de l'Est est loin d'avoir été comblé. Ces interrogations ont d'ailleurs été très vivement exprimées par les ONG impliquées dans la défense des Droits de l'Homme. Selon les conclusions de l'ensemble de ces organisations, le respect par le gouvernement des libertés et droits humains fondamentaux, en particulier dans le domaine des libertés politiques, a considérablement diminué dans certains Etats (Russie, Belarus ou Azerbaïdjan) au cours des dernières années »⁴². C'est ainsi que dans l'affaire Ilaşcu relative aux abus des services de sécurité⁴³, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe a dénoncé l'inaction de la Russie et l'absence « de résultats concluants en ce qui concerne la réparation des torts causés aux requérants, en menant des enquêtes effectives sur ces abus ». En effet, deux ans après le jugement, deux des quatre requérants étaient toujours emprisonnés en Transnistrie, région séparatiste de Moldova, bénéficiant du soutien des autorités russes. Nul ne doute qu'il fasse un engagement plus ferme de la part des Etats et un suivi plus approprié de leur application non seulement à travers l'action des seuls organes politiques mais également à travers l'action des organes administratifs et juridiques.

Ayant un impact politique fort important, la jurisprudence européenne complète la Convention européenne des droits de l'Homme alors que les décisions des Cours constitutionnelles jouent un rôle d'aiguilleur, que le Doyen Georges Vedel⁴⁴ avait assigné aux juridictions constitutionnelles, permettant de diriger des réformes sur la « bonne voie ». Malgré de nombreux obstacles que rencontrent les Etats de l'Europe de l'Est, la concrétisation des droits et libertés permet d'accélérer le processus de démocratisation encore bien chaotique et de créer un espace commun dit conventionnel avec des valeurs réciproques. Outre la concrétisation des droits et libertés, le droit conventionnel a permis d'humaniser le droit pénal des Etats de l'Europe de l'Est hérité de l'époque soviétique.

II : L'humanisation du droit pénal

Le processus d'humanisation du droit pénal est un facteur du développement du droit conventionnel ayant pour conséquence la mise en application de nouveaux droits garantis par la norme constitutionnelle. Bien que certaines règles échappent au droit conventionnel en raison de leur plus grande acuité politique, la réformation de procédure pénale et la mise en place de nouvelles garanties sont des instruments de transmission des règles conventionnelles en droit interne.

A) La réformation de procédure pénale

La réformation de procédure pénale visant l'humanisation du droit pénal dans les Etats de l'Europe de l'Est est un moyen de démocratisation du droit. Cherchant à permettre à l'individu de ne pas être à la merci du pouvoir, ni physiquement ni moralement, cette réforme

⁴² Conseil de l'Europe- Assemblée parlementaire, compte-rendu des débats.

⁴³ Affaire Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie, 48787/99, arrêt du 8 juillet 2004.

⁴⁴ Georges VEDEL, « Le Conseil constitutionnel, gardien du droit positif ou défenseur de la transcendance des droits de l'homme », *Pouvoirs*, n°13, Le Conseil constitutionnel, Nouvelle édition 1991, p. 211.

se traduit par l'instauration d'un certain nombre de principes⁴⁵ régissant le droit pénal et la procédure pénale dans un Etat de droit. Difficile à mettre en œuvre et susceptible de créer l'instabilité dans la réglementation des procédures pénales, cette réformation est inachevée à ce stade. Elément de base du droit pénal, les cours d'assises comme les tribunaux de paix⁴⁶ n'existent pas partout. Malgré la constitutionnalisation⁴⁷ du principe du droit international⁴⁸ *non bis in idem* aux termes duquel nul ne peut être poursuivi ou condamné en raison de faits pour lesquels il a déjà été acquitté ou condamné⁴⁹, son respect est loin d'être assuré la plupart des Etats. De plus, la Cour constitutionnelle russe estime que l'existence, dans la loi pénale, de différentes formes de prise en compte de la condamnation antérieure, y compris la réitération ou la récidive des infractions, ne signifie pas la possibilité de double prise en compte simultanée des mêmes circonstances dans la qualification des infractions et la détermination de la peine⁵⁰.

Afin de réformer le droit processuel pénal, le constituant de la plupart des Etats a constitutionnalisé la participation directe du peuple à l'exercice de la justice via l'institution de jurés⁵¹. L'inscription des normes relatives aux cours d'assises dans les Constitutions illustre la volonté de créer un système de la justice indépendant avec participation du peuple. Malgré ceci, peu de règles législatives portent sur la création de la cour d'assises alors que le juré de type soviétique participe souvent à l'examen de certaines affaires pénales par des cours d'appel en première instance⁵². Dès lors, l'instauration des cours d'assises visant à assurer l'exercice des droits garantis par la norme constitutionnelle est devenue une des priorités de cette réforme. Durant la période de sa mise en place, la Cour constitutionnelle russe décide qu'avant la mise en vigueur de la loi assurant, sur l'ensemble du territoire du pays, à chaque personne inculpée de la commission d'une infraction passible de la peine de mort, le droit à un renvoi devant les assises, la peine capitale ne peut pas être appliquée⁵³. Quant à la doctrine, elle note que la participation directe des citoyens à l'exercice de la justice est un principe constitutionnel⁵⁴. Il est même considéré que cette participation est un moyen de régulation constitutionnelle du pouvoir juridique⁵⁵. Ainsi, la constitutionnalisation de la cour d'assises et le moratoire de la peine capitale permettent de s'interroger sur la responsabilité juridique de l'Etat si ce dernier a dû mal à exercer les droits constitutionnels des citoyens. Cependant, l'institutionnalisation des assises n'assure toujours pas son fonctionnement. En République du Bélarus, l'article 8 de la loi « Sur l'organisation de la

⁴⁵ Droit à un procès équitable, principe du contradictoire, droit à un avocat ou défenseur de son choix, principe *non bis in idem*, etc.

⁴⁶ Juridiction de proximité.

⁴⁷ Article 50.1 de la Constitution russe, article 124 de la Constitution ukrainienne, article 57 de la Constitution arménienne.

⁴⁸ Article 14.7 du Pacte international relatif aux droits civils et politique, article 20 du traité relatif au Statut de la Cour pénale internationale, article 9 de la Convention européenne sur l'extradition et article 35 de la Convention européenne sur le transfert des criminels.

⁴⁹ Article 50 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne

⁵⁰ Décision de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie du 19 mars 2003, *Rossiyskaya Gazeta*, 02 avril 2003.

⁵¹ Articles 20, 47.2 et 123.7 de la Constitution russe, article 124 et 127 de la Constitution ukrainienne, article 76 de la Constitution kazakhe et article 91 de la Constitution arménienne.

⁵² Association américaine des juristes, Promoting the rule of law, Index de la réforme judiciaire en Ukraine, CEELI, déc. 2005.

⁵³ Décision de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie du 2 février 1999, *Rossiyskaya Gazeta*, 10 février 1999.

⁵⁴ Rjevskiy V.A., Tchepournova N.M., Principes constitutionnels de l'organisation et du fonctionnement du pouvoir judiciaire : question d'encadrement juridique et pratique, in *Droit constitutionnel et municipal*, Moscou, 1999, n°2, p.10.

⁵⁵ Kovershnikov E.M., Marchenko M.N., Stetchenko L.A., *Droit constitutionnel des Etats de la CEI*, Moscou, Norma Infra-M, 1999, p. 358.

justice et le statut des juges » du 13 janvier 1990 prévoit un collège mixte pour examiner des affaires du droit commun à certaines conditions⁵⁶ bien que la Constitution reste muette sur la question. Lors de l'adoption de la loi sur l'organisation de la justice en 1996, le Parlement reporte la création de cette institution et la loi du 11 mai 2000 exclut complètement cette possibilité à cause d'un veto présidentiel. Par conséquent, ni le Code de la justice et ni le statut des juges ne prévoient la création de cour d'assises au Bélarus qui continue à pratiquer la peine de mort⁵⁷. Un tel tournant de la réforme de procédure pénale est peu envisageable si la norme constitutionnelle envisageait l'instauration de la cour d'assises.

Dans le domaine du droit processuel jusqu'à une période encore récente, les actes adoptés à l'époque soviétique, bien que sensiblement modifiés et complétés tant par le législateur que par la Cour constitutionnelle, restaient en vigueur. Ainsi, le Code de Procédure Pénale du 27 octobre 1960, qui gardait des traces d'une approche répressive envers le condamné et les autres participants au procès n'a été remplacé par un nouveau Code de Procédure Pénale dans la plupart des Etats dans des années deux mille. Ce faisant, la Cour constitutionnelle décide que les décisions des organes de justice, y compris suprêmes, peuvent être réexaminées dans des affaires concrètes par des instances judiciaires supérieures⁵⁸. Intégrées dans le nouveau Code de procédure pénale, ces dispositions permettent l'annulation de la condamnation ou de la décision de justice entrée en vigueur et le réexamen de l'affaire selon les circonstances nouvellement ouvertes. De même, la Cour constitutionnelle russe note que le refus et le classement d'un grand nombre d'affaires avant procès ne sont pas dictés par le souci d'éviter les lenteurs de la justice, mais par d'autres considérations telles que la non élucidation du crime, la non identification du suspect et la peur des organes d'instruction de voir un jugement d'acquiescement⁵⁹. C'est une des premières dans la jurisprudence constitutionnelle des Etats de l'Europe de l'Est. Saisies à plusieurs reprises de ce type d'affaires, la Cour constitutionnelle azerbaïdjanaise, quant à elle, estime qu'au regard de l'article 6 de la CEDH, des valeurs universelles telles que la primauté du droit et de la justice, le respect du droit interne et les principes des procédures judiciaires et du droit international applicables dans les sociétés démocratiques contemporaines sont de la plus haute importance⁶⁰.

Un autre problème posé dans la réformation du système pénal est l'instabilité dans la réglementation des procédures pénales. Changées de manière plus ou moins radicale, les nouvelles règles peinent à être pratiquées par des juges, des avocats ou d'autres juristes. S'y ajoutent des lobbies dont les intérêts n'ont pas été pris en compte lors de l'adoption de la rédaction finale d'une loi. Ils commencent à spéculer sur les difficultés naissantes et à proposer au parlement de nombreux amendements qui avaient été rejetés auparavant. Dans la Fédération de Russie, en deux ans et demi depuis la signature par le Président, le 18 décembre 2001 du nouveau Code de Procédure Pénale, 11 lois portant amendement ont déjà été adoptées, d'autant plus que certaines lois soient composées de plusieurs centaines de modifications et adjonctions. De même, le nouveau Code Pénal de 1996 a connu près de cent

⁵⁶ Si l'accusé n'avoue pas et exige l'examen de son affaire par la cour d'assises.

⁵⁷ Martinovitch I. A., Instauration de la cour d'assises en République de Bélarus : question du temps, Justice russe, 2001, n°8, p. 54.

⁵⁸ Décision du 2 février 1996, Recueil des lois de la Fédération de Russie, 1996, n°7, p.701.

⁵⁹ Décision de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie du 14 mars 2002 portant sur la vérification des dispositions du CPP de la RSFSR selon lesquelles est admise la restriction de la liberté pour une période de 48 heures avec l'autorisation d'un procureur en absence d'un jugement.

⁶⁰ Décision du 25 janvier 2005 de la Cour constitutionnelle d'Azerbaïdjan, *Azerbaycan Respublikasi Konstitusiyası Mehkemesinin Melumati* (Recueil officiel), 1/13/2005.

amendements en 2003⁶¹. Si le processus de modification de la législation est un indicateur d'adaptation aux normes conventionnelles, la rapidité et l'ampleur de ces modifications créent l'instabilité de normes juridiques et par conséquent, la violation des droits de l'Homme. Dès lors, la Russie a été condamnée à plusieurs reprises par la Cour européenne, notamment pour la durée excessive de la détention (article 5.3 de la Convention), la durée excessive de la procédure pénale diligentée contre le requérant et la violation de la procédure judiciaire de placement à l'hôpital psychiatrique et le délai de séjour (article 6.1 de la Convention)⁶².

En dépit des modifications importantes dans le droit processuel, l'application de nouveaux Codes connaît encore des principes et les pratiques héritées de l'époque soviétique, ce qui contrevient à la jurisprudence de la Cour EDH. En particulier, le prévenu reste menotté lors de l'audience du tribunal, le requérant ou son représentant n'est pas toujours présent lors de l'examen de plainte en cassation, on continue à discuter sur la légalité de la détention provisoire et sur la durée de la garde à vue. Le précédent Kalashnikov contre la Russie du 15 juillet 2002 portant sur la détention de l'époque soviétique et de la mise à garde à vue du prévenu par le procureur et non pas par le juge, en est une illustration. Dans un arrêt du 7 mai 2002 contre la Fédération de Russie, la Cour EDH, apporte plusieurs éléments à la construction du droit effectif à l'exécution des jugements⁶³. Sa jurisprudence est dès lors directement à l'origine de l'abolition des châtiments corporels lors des gardes de vue, du recours à un défenseur de son choix ou de l'adoption d'une législation qui encadre la détention provisoire, autrement dit, elle permet la mise en place de nouvelles garanties dans un Etat de droit.

B) La mise en place de nouvelles garanties

Ayant passé du communisme au système de la démocratie pluraliste et étant devenus membres d'une série des institutions internationales, les Etats de l'Europe de l'Est ont mis en place de nouvelles garanties permettant de renforcer le système institutionnel national pour la prévention, la promotion et la protection des droits de l'Homme. Ce faisant, les Etats de l'Europe de l'Est ont créé de nombreuses structures, telles que l'institution de l'Ombudsman⁶⁴ et des ONG des protections de droits de la personne visant à établir de nouvelles relations entre l'administration et les administrés.

Après avoir reconnue la nécessité d'établir la durée raisonnable de l'enquête préliminaire, le législateur des Etats de l'Europe de l'Est l'encadre, prenant en considération de multiples facteurs tels que la portée et la complexité de l'affaire, la quantité des actes d'instruction, le nombre de victimes et de témoins, la nécessité d'expertise et de rapports

⁶¹ Alexei Semitko, *Existe-t-il des instruments juridiques de stabilisation en Russie?*, Doyen de la Faculté de Droit de l'Université des Sciences Humaines d'Ekaterinbourg, Directeur de la Chaire de Droit public, Professeur associé à l'Université d'Auvergne, RJCEE, n°3, 2004, p. 95.

⁶² Arrêt Kalachnikov c. Russie du 15 octobre 2002, arrêt Rakevich contre Russie du 28 octobre 2003, arrêt Smirnov contre Russie du 24 juillet 2003, etc.

⁶³ D'abord, elle pose un principe qu'une autorité de l'État ne saurait prendre prétexte de l'absence de crédit pour refuser d'exécuter une condamnation. Elle admet exceptionnellement qu'un retard dans l'exécution puisse être justifié par des circonstances particulières, même si la règle posée est celle d'une exécution dans un délai raisonnable [...]. Mais ce retard ne doit pas s'éterniser à un point tel qu'il porte atteinte à la substance même du droit protégé par l'article 6, § 1. On retrouve dans cette solution la limite traditionnelle à la marge d'appréciation des États : certes, les droits garantis ne sont pas absolus, mais lorsque les ingérences affectent la substance du droit, pour en nier totalement l'effectivité, la Cour européenne sanctionne les autorités». Cf. N. Fricéro, obs. sous CEDH, 7 mai 2002, D. 2002, somm. comm. p. 2574.

⁶⁴ Un certain nombre de constitutions ont constitutionalisé les Ombudsman : en Azerbaïdjan (articles 60 à 63), en Ouzbékistan (article 193), en Estonie (articles 139 à 145), en Géorgie (article 43), en Kirghizie (article 43), en Russie (article 103 sur la nomination par le Parlement) et en Ukraine (article 101).

relatifs, etc. Les Cours constitutionnelles l'ont consacré maintes fois dans leur jurisprudence pour limiter la durée des détentions provisoires dans un système complexe et instable. D'après la Cour constitutionnelle ukrainienne, l'enquête préliminaire doit être menée à bien dans le respect du droit à un procès équitable et du droit à un recours effectif garantis par les *articles 6 et 13* de la CEDH⁶⁵. Elle ne devra, en aucun cas, se prolonger au-delà de ce qui est nécessaire. Allant plus loin dans son raisonnement, la Cour constitutionnelle azerbaïdjanaise note que le délai raisonnable doit s'appliquer aux tribunaux de première instance comme aux juridictions d'appel, aux termes des dispositions de l'*article 6* de la CEDH⁶⁶. Une fois que la procédure est engagée, elle poursuit son cours, sans interruption jusqu'au règlement du litige. Il n'est pas toujours possible de mener rapidement la procédure à son terme. C'est ainsi que la suspension de la procédure judiciaire peut être ordonnée pour des motifs définis par la loi et en raison de circonstances survenues durant le procès. Selon le juge azerbaïdjanais, la procédure peut dès lors être suspendue jusqu'à ce que soient levés les obstacles temporaires qui s'opposent au règlement du litige⁶⁷.

En outre, l'obligation d'informer l'inculpé, instituée par la jurisprudence constitutionnelle, est autre garantie nouvelle permettant à ce dernier d'exercer son droit constitutionnel. Ce sont les décisions des Cours moldave et russe qui ont fixé le cadre dans lequel l'inculpé pouvait être informé des raisons de son arrestation. Sur saisine des députés, la Cour constitutionnelle moldave a censuré les dispositions de l'*article 43, alinéa 1* du Code de procédure pénale au motif que la personne détenue ou arrêtée doit être informée immédiatement des raisons de sa détention ou de son arrestation, de l'accusation dans le plus court délai. De même, dans sa décision du 31 décembre 1996, le juge constitutionnel russe estime que la prise de connaissance des matériaux de l'affaire par l'accusé et son défenseur ou la nécessité d'effectuer des recherches supplémentaires ne peut pas servir de fondement pour prolonger la garde à vue. Seules preuves suffisantes prouvant que l'accusé s'est soustrait à l'enquête ou s'oppose à l'établissement de la justice, peuvent servir de fondement pour permettre la prolongation de garde à vue⁶⁸.

Une autre garantie mise en place porte sur la constitutionnalisation du principe de la présomption d'innocence. Conformément à ce dernier, toute personne accusée d'avoir commis une infraction est présumée innocente tant que sa culpabilité n'a pas été prouvée soit selon la procédure prévue par la loi et établie par un jugement d'un tribunal ayant acquis force de chose jugée, soit lors d'un procès judiciaire, dans le cadre duquel la personne concernée bénéficie des garanties nécessaires à sa défense⁶⁹. Allant plus loin, certaines Constitutions prévoient que l'accusé n'est pas tenu de prouver son innocence⁷⁰. Aux termes de l'*article 63.4* de la Constitution azerbaïdjanaise, les preuves reçues de manière arbitraire ne peuvent pas être utilisées dans l'exercice de la justice. Toutes les incertitudes à l'égard des preuves de la culpabilité d'une personne sont interprétées en sa faveur⁷¹. Consacrées par la norme constitutionnelle, les garanties du droit à la présomption d'innocence sont donc assurées par le juge judiciaire dans les affaires de droit commun. L'attention portée par les Cours constitutionnelles aux garanties de la présomption d'innocence doit permettre de trouver un

⁶⁵ Décision *N°3-rp/2003* de la Cour constitutionnelle de l'Ukraine du 30 janvier 2003 portant sur la constitutionnalité des dispositions contenues aux *articles 120.3, 234.6 et 236.3* du Code de procédure pénale.

⁶⁶ Décision *N°7/15-8* de la Cour constitutionnelle de la République d'Azerbaïdjan du 1^{er} septembre 2000.

⁶⁷ Décision de la Cour constitutionnelle de la République d'Azerbaïdjan du 25 mars 2004.

⁶⁸ *Opredelenie* de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie du 25 décembre 1998 relatif à la vérification de la constitutionnalité de l'*article 97 §4, 5, 6* du CPP de la RSFSR en liaison avec les plaintes des citoyens P.V. Yancheva, B.A. Jerebenkova et M.I. Sapronova, VSK, 1999, N°2.

⁶⁹ *Article 49.1* de la Constitution russe et *article 21* de la Constitution moldave.

⁷⁰ *Article 49.2* de la Constitution russe et *article 62.2* de la Constitution ukrainienne, *article 26* de la Constitution biélorusse et *article 63.3* de la Constitution azérie.

⁷¹ *Article 62.3* de la Constitution ukrainienne.

équilibre entre le droit à la sûreté et le respect du droit à la sécurité. En effet, dans un Etat de droit, le droit à la sécurité doit être concilié avec le droit de sûreté, autrement dit, avec le droit de n'être ni poursuivi, ni arrêté, ni détenu arbitrairement, donc présumé innocent. Théoriquement, le droit constitutionnel à la liberté individuelle et à l'intégrité physique présuppose que nul ne peut être mis en détention provisoire, ni arrêté en l'absence d'un mandat d'arrêt. Ainsi, dans l'affaire *Samigulina et Apansenko*, la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie juge qu'il faut donner aux parties au procès, le droit de recours contre un arrêt de classement. Elle rend donc inconstitutionnelle la disposition du Code de procédure pénale selon laquelle une personne peut être arrêtée, mise en garde à vue ou en détention provisoire pour plus de 48 heures sans un jugement⁷². Elle ajoute que les garanties particulières établies constitutionnellement dans le domaine de la procédure pénale définissent le sens, le contenu et l'application des dispositions respectives de la législation sur la procédure pénale.

L'étude de ces décisions mettant en place de nouvelles garanties relève leur originalité respective. Elle soulève un mouvement parallèle et symétrique dans des différents Etats et opère une mise en concordance des jurisprudences constitutionnelle et européenne en matière de protection des droits de l'Homme. Par ses décisions, les Cours constitutionnelles parachèvent le processus transitoire que le pouvoir constituant a entrepris au début des années quatre vingt dix. En ce sens, le juge constitutionnel et le juge européen paraissent s'accorder parfaitement. Ainsi, les deux juges attachent une importance particulière aux délais de prescription⁷³. La Cour européenne note que « les délais de prescription, qui sont un trait commun aux systèmes juridiques des États contractants, ont plusieurs finalités, parmi lesquelles garantir la sécurité juridique en fixant un terme aux actions et empêcher une atteinte aux droits de la défense qui pourraient être compromis si les tribunaux étaient appelés à se prononcer sur le fondement d'éléments de preuve qui seraient incomplets en raison du temps écoulé »⁷⁴. De même en ce qui concerne le principe du contradictoire et de l'égalité entre les parties permettant à l'accusé d'assurer ses droits à la défense. Dans une décision du 10 décembre 1998, la Cour constitutionnelle ukrainienne a repris des arguments de la Cour EDH où elle a déclaré qu'une « des garanties indispensable à la protection judiciaire et du procès équitable réside dans l'octroi équitable aux parties d'une possibilité réelle de porter à la connaissance du tribunal leur point de vue avant qu'il ne se retire pour délibérer »⁷⁵. Toutefois, l'harmonie jurisprudentielle ne doit pas leurrer, car l'uniformité de position juridique est loin d'être assurée.

Devenues directement génératrices de droits et devoirs des citoyens, les normes conventionnelles, auxquelles se réfère le juge constitutionnel, influent donc sur l'évolution du droit transitionnel. Ayant pour effet la concrétisation des droits et l'humanisation des procédures pénales au niveau interne, elles sont peu respectées bien que leur respect soit un des indicateurs de l'Etat de droit. Nul ne doute que ceci est dû tant aux carences du droit conventionnel international qu'aux difficultés liées au droit transitionnel. Disposant donc d'une liberté de choix des moyens pour donner effet aux droits reconnus par les traités, les Etats de l'Europe de l'Est manquent des institutions pertinentes leur permettant d'honorer leurs engagements. Il est dès lors impossible de supposer que « les démocraties

⁷² Décision de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie du 14 mars 2002 portant sur la vérification des dispositions du CPP de la RSFSR selon lesquelles est admise la restriction de la liberté et de l'inviolabilité personnelle des personnes soupçonnées de la commission d'un crime pour une période de 48 heures avec l'autorisation d'un procureur en absence d'un jugement.

⁷³ Décision du 27 décembre 2006 de la Cour constitutionnelle d'Azerbaïdjan, *Azerbaijan Respublikasi Konstitusiyası Mehkemesinin Melumatı* (Recueil officiel) et arrêt *Coeme et autres c. Belgique*.

⁷⁴ §146 de l'arrêt *Coeme et autres c. Belgique*.

⁷⁵ Affaire *Borgers c/ Belgique*, arrêt du 30 octobre 1991, A, n°214-B, §25.

transitionnelles » vont automatiquement et naturellement ou inévitablement devenir des « démocraties consolidées ». Le processus transitoire est long et difficilement maîtrisable, il faut du temps pour consolider le nouveau système où des institutions acceptent volontiers les règles de droit et les citoyens peuvent protéger leurs droits constitutionnels.