



Strasbourg, le 22 septembre 2008

Avis n° 495/2008

CDL(2008)092*
or.anglais

COMMISSION EUROPEENNE POUR LA DEMOCRATIE PAR LE DROIT
(COMMISSION DE VENISE)

PROJET DE MEMOIRE AMICUS CURIAE

dans l'affaire

Bijelić contre Monténégro et Serbie
(Requête n°11890/05)

pendante devant
LA COUR EUROPEENNE DES DROITS DE L'HOMME

sur la base des observations de

M. Anthony BRADLEY (membre suppléant, Royaume-Uni)
M. Iain CAMERON (membre suppléant, Suède)

**Ce document a été classé en diffusion restreinte le jour de la diffusion ; il sera déclassifié un an après sa publication conformément à la Résolution CM/Res(2001)6 sur l'accès aux documents du Conseil de l'Europe sauf si la Commission de Venise en décide autrement.*

I. Introduction

1. Le 1^{er} juillet 2008, la Commission de Venise a demandé l'autorisation d'intervenir en qualité de tiers dans la procédure engagée devant la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après dénommée « la Cour ») dans l'affaire *Nadez Bijelić, Svetlana Bijelić and Ljiljana Bijelić contre le Monténégro et la Serbie* (requête n°1189 0/05)¹.

2. Cette affaire soulève la question de savoir si la République du Monténégro et/ou la République de Serbie peuvent être tenues responsables par la Cour de violations des droits des requérantes en application de la Convention européenne des droits de l'homme (ci-après dénommée « la Convention » ou la « CEDH ») qui se seraient produites au Monténégro entre le 3 mars 2004 et le 5 juin 2006. La Commission de Venise s'intéresse à cette question en raison de ses avis antérieurs sur des questions relatives à la fois au processus par lequel le Monténégro est parvenu à l'indépendance en juin 2006 et à la constitution actuelle du Monténégro².

3. Le 11 juillet, le président de la chambre compétente de la 2^e section de la Cour, a donné son autorisation.

4. Le présent mémoire *amicus curiae*, qui ne porte pas sur le fond de l'affaire, a été élaboré d'après les observations de MM. Anthony Bradley et Iain Cameron et a été adopté par la commission à sa... session plénière (Venise,...).

I. Eléments d'information

5. L'Union d'Etat de Serbie-Monténégro (ci-après dénommée « l'Union d'Etat ») a ratifié la convention le 26 décembre 2003 et cette ratification a pris effet dans les territoires de la Serbie-Monténégro le 3 janvier 2004. En droit international, l'adhésion de l'Union d'Etat à la convention est devenue effective le 3 mars 2004, date à laquelle l'instrument de ratification a été communiqué au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe. Tant qu'elle existait, l'Union d'Etat devait donner suite aux demandes faites au titre de la convention, que ces dernières découlent d'actes des autorités en Serbie, au Monténégro ou d'elle-même.

6. Le 3 juin 2006, le Parlement monténégrin a adopté une déclaration d'indépendance, ce qui a mis fin à l'existence de l'Union d'Etat. Le 14 juin 2006, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a noté que la République de Serbie continuerait d'assumer la qualité de membre du Conseil de l'Europe précédemment dévolue à l'Union d'Etat et qu'elle devenait partie à la convention du fait de l'adhésion de l'Union d'Etat à cette dernière.

7. Avec effet du 6 juin 2006, la République du Monténégro doit être considérée comme étant partie à la convention et aux protocoles y relatifs. Le Comité des ministres en a ainsi décidé dans une résolution datée du 7 et 9 mai 2007³.

¹ En résumé, les requérantes (Mme Bijelic et ses deux filles), ressortissantes serbes, résident actuellement à Belgrade après avoir résidé à Podgorica. Malgré les décisions fermes prises en leur faveur par les tribunaux du Monténégro en 1994, elles sont depuis cette date dans l'incapacité d'entrer en possession d'un appartement à Podgorica, où elles ont autrefois habité en qualité de locataires protégées et dont elles sont par la suite devenues propriétaires. L'ex-mari de la première requérante a refusé de quitter l'appartement, menaçant illicitement de passer à l'acte (y compris en faisant exploser l'immeuble) s'il était expulsé avec sa famille actuelle. Les requérantes affirment s'être plaintes à de nombreuses reprises mais sans résultat auprès des autorités monténégrines de la non-exécution permanente des décisions en leur faveur prononcées en 1994. Elles affirment en outre que ce défaut d'exécution pose des questions de fond concernant leurs droits en vertu des articles 6.1 et 8 de la convention et de l'article 1^{er} du premier protocole. Le fond de ces questions ne relève pas comme indiqué ci-dessus du champ d'application du présent avis.

² CDL-AD(2005)041, avis sur la compatibilité avec les normes internationales applicables de la législation en vigueur au Monténégro concernant l'organisation de référendums ; CDL-AD(2007)017, avis intérimaire sur le projet de constitution du Monténégro ; CDL-AD(2007)047, avis sur la constitution du Monténégro.

³ Résolution CM/Res(2007)7 invitant la République du Monténégro à devenir membre du Conseil de l'Europe, adoptée par le Comité des ministres le 9 mai 2007 lors de la 994 bis réunion.

II. Constitution de l'Union d'Etat de Serbie-Monténégro

8. La structure juridique de l'Union d'Etat reposait sur la Charte constitutionnelle de 2003. Cette charte consacrait le principe de l'égalité des deux Etats membres (article 2) auxquels elle reconnaissait un degré très élevé d'autonomie. Conformément à la charte, la compétence des autorités de l'Union d'Etat se limitait aux questions relatives à la défense, aux relations internationales et au maintien d'un marché commun. La compétence du Ministre des droits de l'homme et des droits des minorités de l'Union d'Etat (article 45) se limitait à veiller à l'exercice des droits de l'homme dans les deux Etats et à la coordination « avec les autorités compétentes des Etats membres » des activités aux fins du respect des conventions internationales relatives aux droits de l'homme. La compétence de la Cour de l'Union d'Etat était pour l'essentiel restreinte aux questions découlant de la charte constitutionnelle, mais elle s'appliquait aussi aux plaintes déposées par des citoyens affirmant qu'une institution de l'Union d'Etat avait porté atteinte à leurs droits garantis par la charte constitutionnelle. La charte de l'Union d'Etat sur les droits de l'homme, les droits des minorités et les libertés civiles a été adoptée en même temps que la charte constitutionnelle dont elle faisait partie intégrante.⁴

9. En raison de la compétence très restreinte de l'Union d'Etat, la quasi-totalité des questions d'administration interne relevait des compétences respectives des gouvernements distincts de la Serbie et du Monténégro. Cela valait pour le système judiciaire, le fonctionnement des juridictions civiles et pénales, la police⁵, le logement, les autorités chargées des services sociaux et de l'assistance sociale, l'autonomie locale et le maintien de l'ordre public.

10. Toutes les plaintes des requérantes semblent découler des relations avec les autorités publiques du Monténégro. Les autorités publiques de Serbie n'étaient pas compétentes en l'espèce. De plus, les requérantes semblent n'avoir jamais cherché à associer les autorités de l'Union d'Etat à leurs plaintes. On voit mal comment, si elles avaient essayé de le faire, leurs tentatives auraient pu, objectivement, déboucher sur un recours effectif. En particulier, au cours de sa brève existence, la Cour de l'Union d'Etat n'a jamais eu à connaître de recours concernant des questions relatives aux droits de l'homme introduits par des citoyens des deux Etats. Dans l'affaire *Matijasevic c. Serbie*,⁶ la Cour de Strasbourg a retracé l'histoire de la Cour de l'Union d'Etat et estimé que bien que la cour ait commencé à fonctionner en janvier 2005 et qu'elle ait été saisie de 200 requêtes concernant les droits de l'homme, elle ne s'est jamais prononcée dans des affaires dans lesquelles un citoyen invoquait une violation des droits de l'homme ; en conséquence, il a été affirmé que le requérant (Matijasevic) n'était "pas obligé d'épuiser un recours qui n'était pas disponible à l'époque des faits et était demeuré inopérant jusqu'à l'éclatement de l'Union d'Etat".⁷

III. Succession des obligations conventionnelles de l'Union d'Etat

11. D'après la Charte constitutionnelle de l'Union d'Etat (article 60), à l'expiration d'une période de trois ans, un Etat membre aurait le droit de se retirer de l'Union d'Etat. En outre, si le Monténégro se retirait de l'Union d'Etat à la suite d'un référendum, « *les documents internationaux relatifs à la République fédérale de Yougoslavie, en particulier la Résolution 1244 du Conseil de sécurité des Nations Unies, se rapporteraient et seraient intégralement applicables à l'Etat de Serbie en tant que successeur* » (article 60.4). Cette disposition ne s'appliquait pas à l'adhésion de l'Union d'Etat à la Convention européenne des droits de l'homme. En clair, l'idée était qu'en cas de retrait du Monténégro, la Serbie succéderait aux obligations conventionnelles de l'Union d'Etat. De plus, d'après l'article 60.5,

⁴ La Commission de Venise a pris part à l'élaboration de cette charte : voir CDL(2003)010fin, observations relatives au projet de charte sur les droits de l'homme, les droits des minorités et les libertés civiles de la Serbie-Monténégro. (en anglais seulement).

⁵ Voir, par exemple, la loi sur la police au Monténégro, Loi n°28/05 du 5 mai 2005.

⁶ Requête N°23037/04, arrêt du 19 septembre 2006. (en anglais seulement).

⁷ Ibidem, paragraphe 37.

un Etat membre qui se retire « *n'hérite pas du droit à la personnalité internationale et juridique, et toutes les questions litigieuses seront réglés séparément entre l'Etat successeur et l'Etat devenu indépendant* ». A la connaissance de la Commission de Venise, aucune question litigieuse pouvant être pertinente en l'espèce n'a été « réglée séparément » entre la Serbie et le Monténégro depuis juin 2006.

12. Par une décision du 14 juin 2006, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a accepté que la Serbie en tant qu'Etat successeur, succède aux conventions du Conseil de l'Europe. Il a noté que la Serbie continuerait d'assurer la qualité de membre du Conseil de l'Europe jusqu'alors dévolue à l'Union d'Etat ainsi que "les obligations et engagements qui en découlent" et qu'elle serait considérée comme étant partie aux conventions du Conseil de l'Europe auquel l'Union d'Etat était partie. Il en résulte que la Serbie a succédé notamment à l'Union d'Etat en tant que partie à la CEDH, ce qui doit, en l'absence d'autres circonstances, signifier que la Serbie assume la responsabilité des requêtes qui étaient pendantes contre l'Union d'Etat au moment où cette dernière a cessé d'exister en juin 2006⁸

13. Dans la lettre qu'il a adressée au Secrétaire Général du Conseil de l'Europe en date du 6 juin 2006, le Monténégro souhaitait établir qu'il succédait à tous les traités du Conseil de l'Europe auxquels l'Union d'Etat avait été partie. Sur cette base, il ne serait pas tenu de signer et de ratifier de nouveau les instruments européens en son nom propre. Le 14 juin 2006, le Comité des Ministres a décidé que cette méthode de procéder était appropriée. Cette décision a immédiatement pris effet à l'égard des « conventions ouvertes », c'est-à-dire des traités ouverts aux Etats, que ceux-ci soient ou non membres du Conseil de l'Europe. Quant aux « conventions fermées » (c'est-à-dire des traités comme la Convention européenne des droits de l'homme, restreints aux membres du Conseil de l'Europe), du 7 au 9 mai 2007, le Comité des Ministres a invité le Monténégro à devenir membre du Conseil de l'Europe et il a accepté que le Monténégro soit partie à ces conventions, avec effet rétroactif à la date de notification de l'indépendance du Monténégro, à savoir le 6 juin 2006.

IV. *Situation actuelle et solutions possibles*

14. Si les faits sur lesquels les requérantes se fondent étaient tous postérieurs au 3 mars 2004 et concernaient un bien situé en Serbie et non au Monténégro, il est certain que les actes ou omissions présumés des autorités serbes antérieurs au 6 juin 2006 auraient soulevé des questions relevant de la compétence de la Cour. La République de Serbie serait devenue la partie défenderesse par succession. La compétence de la Cour serait demeurée, malgré la décision du Monténégro de se retirer de l'Union d'Etat en juin 2006.

15. Etant donné que les requérantes se fondent sur des faits concernant un bien au Monténégro qui se sont produits pendant la même période, il faut se demander si :

(a) la République du Monténégro est responsable des violations de la Convention observés entre mars 2004 et juin 2006, ou si

(b) la République de Serbie est responsable de ces violations; ou si

(c) aucun Etat n'est responsable de ces violations tant que d'autres mesures ne sont pas prises (par exemple comme envisagé en application de l'article 60.5 de la Charte constitutionnelle de l'Union d'Etat).

16. Par ailleurs, si les droits conventionnels des requérantes ont été bafoués depuis juin 2006, on ne peut douter de la responsabilité du Monténégro.

⁸ Comme dans l'affaire *Matijasevic c. Serbie* (ci-dessus); voir les paragraphes 1 et 22 à 25 de l'arrêt (en anglais seulement).

17. La Commission de Venise souligne que la Cour est compétente pour statuer sur les questions présentées au paragraphe 15 ci-dessus. Le Comité des Ministres peut incontestablement, en application de l'article 4 du Statut du Conseil de l'Europe, inviter un Etat à devenir membre de l'Organisation. Une résolution au titre de l'article 4 a un « effet obligatoire ». De plus, aux termes de l'article 16 du Statut, le Comité est habilité à régler par résolution « avec effet obligatoire, *toute question relative à l'organisation et aux arrangements intérieurs du Conseil de l'Europe* » (non souligné dans le texte). Néanmoins, la compétence de la Cour, en application de l'article 32 de la Convention, de se prononcer sur *toutes* les questions concernant « l'interprétation et l'application de la Convention » (non souligné dans le texte) est claire. Ce point n'est pas modifié par le fait que l'article 54 de la Convention sauvegarde les pouvoirs décisionnels que le Comité des Ministres a en vertu du Statut.⁹ La question actuelle ne porte pas sur « l'organisation ou les arrangements intérieurs du Conseil de l'Europe », mais sur le moment auquel la CEDH commence à s'appliquer à un Etat, c'est-à-dire sur « l'application de la CEDH ». Il s'agit d'une question qui relève en dernier ressort de la Cour, ce que confirme le fait que l'article 32 de la CEDH prévoit la *kompetenz, kompetenz* de la Cour¹⁰.

VI. *Avis antérieurs exprimés pendant l'élaboration de la Constitution du Monténégro*

18. Dans l'Avis n°261 (2007), adopté en mai 2007, concernant l'adhésion du Monténégro au Conseil de l'Europe, l'Assemblée parlementaire se félicite de l'intention du Monténégro de respecter les traités internationaux auxquels l'Union d'Etat était partie et constate avec une satisfaction particulière (paragraphe 10) que, depuis le 3 juin 2006, le Monténégro se considère lié par les obligations découlant de la Convention européenne des droits de l'homme. L'Assemblée parlementaire note en outre que le Monténégro a accepté une obligation visant à garantir que la Constitution inclut des « dispositions transitoires établissant la possibilité d'application rétroactive de la protection des droits de l'homme aux événements passés », y compris des dispositions sur la possibilité d'application rétroactive de la Convention (paragraphe 19.2.1.6)

19. Dans son avis intérimaire sur le projet de constitution du Monténégro, adopté le 1er juin 2007, la Commission de Venise (paragraphe 98) a approuvé la nécessité de dispositions transitoires concernant la possibilité d'application rétroactive de la Convention et a ajouté « en l'absence de disposition claire en la matière, il est probable que des violations graves mais passées des droits de l'homme ne pourront être réparées avec la nouvelle Constitution.»

VII. *Constitution du Monténégro d'octobre 2007 et application*

20. En fait, ces points de vue de l'Assemblée parlementaire et de la Commission de Venise ne transparaissent pas dans le texte définitif de la Constitution. Toutefois, l'article 158 de cette dernière autorise l'adoption d'une loi constitutionnelle relative à la mise en œuvre de la Constitution, qui doit prendre effet en même temps que la Constitution. L'article 5 de la loi constitutionnelle énonce :

« Les dispositions des accords internationaux sur les droits de l'homme et les libertés auxquels le Monténégro a adhéré avant le 3 juin 2006 s'appliquent aux relations juridiques nées après la signature ».

21. Dans son Avis sur la Constitution du Monténégro adopté le 14 décembre 2007, la Commission de Venise a déclaré que l'article 5 de la Loi constitutionnelle était « assez obscur »¹¹. De plus, ayant été ajouté à la demande du Conseil de l'Europe, cet article pourrait et devrait être interprété comme suit :

⁹ L'article 54 dispose « Aucune disposition de la présente Convention ne porte atteinte aux pouvoirs conférés au Comité des Ministres par le Statut du Conseil de l'Europe ».

¹⁰ L'article 32.2 énonce : « En cas de contestation sur le point de savoir si la Cour est compétente, la Cour décide ».

¹¹ CDL-AD(2007)047, avis sur la Constitution du Monténégro, paragraphe 129.

« Les dispositions des accords internationaux sur les droits de l'homme et les libertés auxquels le Monténégro était partie (en tant qu'entité fédérée de l'Union d'Etat de Serbie-Monténégro) avant le 3 juin 2006 s'appliquent aux relations juridiques nées après la date de ratification de ces traités par l'Union d'Etat. »

22. La commission a fait observer que ce n'était que dans ce cas que l'article 5 était conforme à l'un des principaux engagements pris par le Monténégro à l'égard de l'Assemblée parlementaire (voir le paragraphe 17 ci-dessus) et a ajouté : « il faudrait clarifier le sens de cette disposition et en informer les juridictions monténégrines et le public ».

23. Avant le 3 juin 2006, le Monténégro n'était pas un Etat indépendant et n'était pas en mesure de conclure des accords internationaux en son nom propre. En conséquence, l'article 5 de la Loi constitutionnelle est vide de sens, sauf s'il est interprété comme s'appliquant aux traités intéressant le Monténégro conclus par l'Union d'Etat avant le 3 juin 2006.

24. Comme le Comité des droits de l'homme de l'Onu l'a clairement indiqué en ce qui concerne les obligations découlant du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, un principe important est le suivant : les droits fondamentaux protégés par des traités internationaux « appartiennent aux individus qui vivent sur le territoire de l'Etat partie ». Le Comité des droits de l'homme

« a constamment été d'avis,..., que dès lors que des individus se voient accorder la protection des droits qu'ils tiennent du Pacte, cette protection échoit au territoire et continue de leur être due, quelque modification qu'ait pu subir le gouvernement de l'Etat partie, y compris du fait d'un démembrement en plusieurs Etats ou d'une succession d'Etats »¹².

VIII. Décision du Comité des Ministres

25. Le 9 mai 2007, comme indiqué ci-dessus, le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a invité le Monténégro à devenir membre de l'Organisation. En ce qui concerne l'application de la Convention au Monténégro, le Comité des Ministres avait « *compte tenu de la déclaration de succession de la République du Monténégro, par lettre du 6 juin 2006* » décidé que le Monténégro était, « *avec effet rétroactif à compter du 6 juin 2006* », Partie à la Convention.

26. Cette résolution empêche-t-elle le Monténégro de succéder aux obligations de l'ancienne Union d'Etat en ce qui concerne les violations présumées des droits de l'homme postérieures au 3 mars 2004 ? De l'avis de la Commission de Venise, la réponse est négative pour plusieurs raisons.

27. Premièrement, lorsqu'un Etat devient partie à la Convention et que les individus placés sous sa juridiction relèvent de la Convention pour la première fois, l'Etat ne devient pas rétroactivement responsable des « violations de la Convention » antérieures, car au moment où les événements en question sont supposés s'être produits, ils ne constituaient pas des violations de la Convention. Tel n'est pas le cas en l'espèce. La question qui se pose est différente : si des violations de la Convention ont été observées au Monténégro entre mars 2004 et juin 2006, la République du Monténégro peut-elle aujourd'hui en être tenue responsable ?

28. Deuxièmement, comme indiqué précédemment, le Comité des Ministres a reconnu qu'en raison de la ratification antérieure de la Convention par l'Union d'Etat en décembre 2003, il n'était pas nécessaire que le Monténégro ratifie officiellement la Convention.

¹² Observation générale n°26 : continuité des obligations : 08/12/97, CCPR/C/21/Rev.1/Add. 8/Rev.1.

29. De plus, à un niveau purement pratique, toutes les preuves pertinentes en regard du fond de l'affaire qui nous occupe sont aux mains des autorités monténégrines et non en Serbie. Si l'on devait adopter le point de vue selon lequel la Serbie devrait répondre maintenant des actes et des omissions des autorités monténégrines entre mars 2004 et juin 2006, cela ne favoriserait certainement pas la rapidité et l'efficacité des procédures de la Cour.

30. En tout état de cause, si des violations ont continué d'être commises après juin 2006, la responsabilité en revient au Monténégro. D'après la jurisprudence établie de la Cour, un Etat est responsable des « violations continues » de la Convention, c'est-à-dire des incidents qui ont commencé à se produire dans un Etat contractant avant que ce dernier soit lié par la Convention mais qui se sont poursuivis après cette date¹³. En l'espèce, les requérantes se plaignent de la longueur excessive de la procédure et/ou du fait que les autorités ont refusé de leur garantir l'accès à leur bien, d'où un déni continu de leur droit à la protection de la propriété (article 1^{er}, Protocole 1) et/ou au respect du domicile (article 8). Des problèmes analogues se sont posés dans l'affaire Loizidou bien connue qui présentait aussi un aspect temporel¹⁴. Si l'on considère qu'il y a refus continu de reconnaître le droit à la protection de la propriété, la responsabilité des autorités monténégrines semble alors claire, ce qui renforce la conclusion selon laquelle répartir la responsabilité envers les requérantes entre la Serbie et la Monténégro serait artificiel et source de complication et ne présenterait pas d'avantage pratique.

31. Pour finir, bien que les circonstances de la création des républiques tchèque et slovaque en Etats distincts, le 1^{er} janvier 1993, n'aient pas été identiques, la réaction de la Cour à la dissolution de la République fédérative tchèque et slovaque est un important précédent pour ce qui est de la position que la Cour devrait aujourd'hui adopter. L'ex-république était partie à la convention depuis le 18 mars 1992. Le 30 juin 1993, le Comité des Ministres a admis les deux nouveaux Etats au sein du Conseil de l'Europe et décidé, comme ces derniers le souhaitaient, que ces deux Etats devaient être considérés comme succédant à la Convention rétroactivement avec effet à compter de la date de leur indépendance, c'est-à-dire le 1^{er} janvier 1993¹⁵. Toutefois la pratique de la cour a consisté à considérer que la date effective en cas de violations antérieures au 1^{er} janvier 1993 était le 18 mars 1992. Comme elle l'a déclaré dans l'affaire *Konecny c. République tchèque* (16 octobre 2004, paragraphe 62) :

*« La Cour observe que la période à prendre en considération n'a débuté que le 18 mars 1992, date à laquelle la reconnaissance par l'ex-République fédérative tchèque et slovaque, dont la République tchèque est l'un des Etats successeurs, du droit de pétition individuel a pris effet »*¹⁶.

¹³ Voir par exemple *Papamichalopoulos c. Grèce*, 24 juin 1993, A/260-B, paragraphe 40 ; *Ilaşcu et autres c. Moldova et Russie*, n°48787/99, 8 juillet 2004.

¹⁴ *Loizidou c. Turquie* n° 15138/89, 18 décembre 1996. Voir aussi les affaires *Yagci et Saragan c. Turquie* et *Mansur c. Turquie* du 8 juin 1995, paragraphes 40 et 44 respectivement dans lesquels la Cour a rejeté un argument de la Turquie selon lequel échappaient à sa compétence des faits postérieurs à la date de la déclaration turque acceptant la compétence obligatoire de la Cour (qui à l'époque était facultative) mais qui, de l'avis de la Turquie, n'étaient que le prolongement d'actes antérieurs à la date critique.

¹⁵ Traités en matière de droits de l'homme et succession d'Etats, M T Kamminga, dans le cadre du séminaire UNIDEM « Le statut des traités internationaux en matière de droits de l'homme », Portugal, 2005. Voir [www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-UD\(2005\)013rep-e.asp](http://www.venice.coe.int/docs/2005/CDL-UD(2005)013rep-e.asp)

¹⁶ Le professeur Kamminga y voit une « formule type » employée par la Cour dans des affaires analogues (*ibid*). Dans l'affaire *Konecny*, la requête portait sur des retards dans la procédure judiciaire. La Cour a limité la responsabilité de la République tchèque aux retards survenus après le 18 mars 1992 même si elle était prête à examiner l'ensemble de l'affaire *Konecny* pour décider du caractère raisonnable ou non des délais après le 18 mars 1992.

32. Un commentateur a fait valoir que cette position se justifiait parce qu'il était particulièrement important de donner effet aux obligations internationales découlant de traités relatifs aux droits de l'homme même si cela pouvait s'écarter des règles générales du droit international relatives à la succession en matière de traités¹⁷.

IX. *Éléments de droit international – analyse ultérieure*

33. Bien que la Cour ait déclaré que la Convention était un type particulier de traité, elle l'interprétera et l'appliquera, dans la mesure où elle le juge approprié, conformément aux règles générales du droit international public¹⁸. La question se pose donc de savoir si la solution susmentionnée est d'une quelconque façon incompatible avec le droit international général. On pourrait faire valoir que le principe de la « table rase » s'applique à un Etat nouvellement indépendant, lequel ne peut hériter d'une *quelconque* responsabilité du fait des actes illicites de ses prédécesseurs. Cependant, pour les raisons données ci-dessous, ce point de vue ne peut se défendre.

34. Le Comité des Ministres a fixé la date à laquelle le Monténégro *en tant qu'Etat* devient responsable en vertu de la Convention. Cette date correspond au point de vue prédominant en droit international, à savoir que la création d'un Etat est une question de fait¹⁹. Comme la déclaration d'indépendance du Monténégro date de juin 2006 et qu'à cette date les autorités monténégrines contrôlaient effectivement le territoire, il était donc conforme à ce point de vue prédominant de fixer la date à laquelle le Monténégro devenait lié par la CEDH en tant qu'Etat indépendant au mois de juin 2006, et non à la date à laquelle il est officiellement devenu membre, rétroactivement, du Conseil de l'Europe (mai 2007). Toutefois la déclaration du Comité des Ministres ne traite en aucune façon de la question de la *responsabilité d'un Etat successeur résultant d'actes illicites commis par un Etat prédécesseur*.

35. Il existe relativement peu de règles établies en matière de succession d'Etats²⁰. Le domaine de la succession d'Etats tend à se caractériser par des solutions *ad hoc*, motivées par des considérations pragmatiques²¹. La Convention de 1978 sur la succession d'Etats en matière de traités²² et la Convention de 1978 sur la succession d'Etats en matière de biens, archives et dettes d'Etat²³ comptent relativement peu de parties, ce qui témoigne de la prudence avec laquelle la majorité des Etats considèrent les règles énoncées dans ces traités²⁴. Le Traité de 1978 n'est pas encore en vigueur. La Serbie est partie au Traité de 1978 par succession, la RFY ayant ratifié la convention en 1980²⁵. Alors que le Monténégro n'était pas encore indépendant en 2004, le traité était contraignant pour l'Union d'Etat. Cela étant, la Cour européenne des droits de l'homme n'est de toute évidence pas liée par ce traité. Compte tenu du souhait de la Cour d'interpréter la convention, si possible, dans le cadre plus large du droit international public, la question se pose de savoir si le Traité de 1978 peut être considéré comme reflétant les règles générales du droit international. Il ressort de la discussion relative à l'adoption des deux traités que de nombreux Etats n'étaient pas certains que le principe de la « table rase » puisse s'appliquer totalement à un « Etat nouvellement indépendant ». Toutefois

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Voir par exemple Loizidou (op. cit), paragraphe 49.

¹⁹ Voir par exemple l'arbitrage dans l'affaire Tinoco, 1923, 1 RIAA 369.

²⁰ Voir par exemple, A. Jennings et A. Watts (eds), *Oppenheim's International Law*, Vol. 1, Peace, 9th ed., 1996, p. 210, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed., 2003, p. 622.

²¹ Comme un commentateur l'affirme : « A plusieurs égards, les catégories théoriques traditionnelles de l'identité, la continuité et la succession d'Etats semblent trop rigides, dépassées et éloignées de la réalité, car elles n'ont pas permis d'expliquer correctement les nombreux phénomènes dans la pratique ». Voir Bühler, K., *State Succession and Membership in International Organizations – Legal theories versus political pragmatism*, Kluwer, 2001, p. 309.

²² Recueil des Traités de l'Organisation des Nations Unies, 1946, p. 3

²³ Doc. A/CONF.117/14.

²⁴ Respectivement au 1^{er} janvier 2007, 21 parties, en vigueur au 6 novembre 1996 et 7 parties (informations du dépositaire, untreaty.un.org).

²⁵ D'après le dépositaire, la Serbie a succédé au traité le 12 mars 2001 (c'est-à-dire au moment où l'Union de Serbie-Monténégro existait).

(<http://untreaty.un.org/ENGLISH/bible/englishinternetbible/partI/chapterXXIII/treaty2.asp#N3>)

même si (ce qui n'est pas certain) le Traité de 1978 est considéré comme reflétant la coutume à cet égard, il dispose seulement (à l'article 16) ce qui suit :

« Un Etat nouvellement indépendant n'est *pas tenu* de maintenir un traité en vigueur ni d'y devenir partie *du seul fait* qu'à la date de la succession d'Etats le traité était en vigueur à l'égard du territoire auquel se rapporte la succession d'Etats » (non souligné dans le texte).

36. Ainsi, s'il existe une règle selon laquelle un certain type de traités demeure en vigueur en raison de sa nature et, comme indiqué ci-dessus (paragraphe 24), si tout porte à croire que cela s'applique à un traité aux fins de la protection des droits fondamentaux des habitants du territoire, et/ou si l'Etat nouvellement indépendant accepte expressément ou implicitement de succéder au traité, l'Etat continue alors d'être lié. L'acceptation implicite de la continuation est courante²⁶. La pratique étatique ne corrobore certainement pas, en l'occurrence, le principe de la table rase totale.

37. En tout état de cause, comme expliqué ci-dessous, la question essentielle concerne le transfert de la responsabilité étatique. A ce sujet, le Traité de 1978 ne donne pas véritablement d'orientation, car les questions relatives à la responsabilité des Etats ont délibérément été écartées du champ d'application du traité.²⁷

38. La question du transfert de la responsabilité d'un Etat s'est posée lorsque la Bosnie-Herzégovine a saisi la Cour internationale de Justice (CIJ) dans une affaire qui l'opposait à la RFY.²⁸ Lorsque l'affaire a été jugée, le Monténégro s'était séparé de l'Union d'Etat. La CIJ a accepté que le Monténégro ne reprenne pas la personnalité juridique de la RFY (plus tard la Serbie-Monténégro). Dans ces conditions s'est alors posée la question de savoir si le Monténégro avait reconnu la compétence de la CIJ en l'espèce. La cour ayant estimé qu'il ne l'avait pas, la conclusion était la suivante : elle n'était pas compétente à l'égard du Monténégro en l'espèce.²⁹

39. Il est fait observer que l'arrêt ne donne que des orientations très restreintes. L'affaire portait sur des allégations d'activités militaires extraterritoriales des forces de la RFY et de forces soutenues par cette dernière dans un autre Etat, à savoir la Bosnie-Herzégovine, et sur le comportement du régime de l'époque, celui de Milosevic, qui contrôlait la RFY. Les différences avec la situation factuelle dans l'affaire qui nous occupe sont évidentes.

40. De l'avis de certains, la responsabilité de certains types de violations du droit international n'incombe pas à l'Etat qui s'est séparé au motif que l'Etat auteur du fait illicite a cessé d'exister.³⁰ Cependant, pour reprendre Brownlie, ce raisonnement "ne peut être d'application générale".³¹ Il existe sans aucun doute des cas et des situations dans lesquels on a estimé que la responsabilité se transmettait.³²

41. La Commission de Venise estime que la bonne approche consiste à se prononcer dans chaque affaire particulière en faisant référence à l'ensemble des facteurs permettant de voir dans quelle mesure il est *raisonnable* de tenir un Etat successeur responsable d'un fait illicite

²⁶ Comme un commentateur le fait observer « Aucun Etat nouvellement indépendant ne saurait exister entièrement tout seul dans le vide, en faisant table rase des traités. La situation ne s'est jamais produite et elle est impensable dans la communauté des nations... » E. Bello, Reflections on Succession of states in the Light of the Vienna Convention on the Succession of States in Respect of Treaties, 23 GYIL (1989) 09.

²⁷ Voir l'article 39. Voir en outre l'explication donnée dans le cadre des travaux préparatoires, YBILC 1972, vol. II p. 228.

²⁸ Affaire concernant l'application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro) 26 février 2007.

²⁹ Ibid., paragraphes 76 et 77

³⁰ Voir par exemple la réclamation Robert E. Brown (réclamation 30) (1923) 6 R.I.A.A. 120, P. Dallier et A. Pellet, *Droit international public*, 6^{ème} édition, 1999, p.550.

³¹ Op. cit page 632.

³² Voir par exemple la sentence arbitrale rendue dans l'affaire des phares, 195 ILR, pages 90-93, dans laquelle il a été estimé qu'en raison de son comportement, la Grèce avait accepté le fait illicite d'un prédécesseur. Voir d'une manière générale P. Dumberry, State Succession to International Responsibility, Nijhoff, 2007.

donné commis par un Etat prédécesseur.³³ En l'espèce, il s'agit ici d'une activité (ou plutôt d'une inactivité) attribuable à des organes sous le contrôle total d'une entité qui devient par la suite le gouvernement d'un nouvel Etat. La Commission de Venise renvoie à cet égard à l'approche adoptée par la Commission du droit international dans ses articles sur la responsabilité des Etats.³⁴ L'article 10 traite du comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre (dans les parties pertinentes) :

« 1. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel qui devient le nouveau gouvernement de l'Etat est considéré comme un fait de cet Etat d'après le droit international. 2. Le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre, qui parvient à créer un nouvel Etat sur une partie du territoire d'un Etat préexistant ou sur un territoire sous son administration est considéré comme un fait de ce nouvel Etat d'après le droit international. »

42. D'après le commentaire relatif à ces articles³⁵ :

« 4) Le principe général selon lequel le comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre n'est pas attribuable à l'Etat part de l'hypothèse que les structures et l'organisation du mouvement sont et demeurent indépendantes de celles de l'Etat. Tel est le cas lorsque l'Etat écrase la révolte. En revanche, lorsque le mouvement parvient à ses fins, et soit devient le nouveau gouvernement de l'Etat, soit réussit à créer un nouvel Etat sur une partie du territoire de l'Etat préexistant ou sur un territoire sous son administration, il serait anormal que le nouveau régime ou le nouvel Etat ne soit pas tenu pour responsable de ses agissements antérieurs. Dans ces circonstances exceptionnelles, l'article 10 prévoit l'attribution à l'Etat du comportement du mouvement insurrectionnel ou autre ayant abouti. L'attribution à l'Etat du comportement d'un mouvement insurrectionnel ou autre ayant abouti est fondée en droit international sur la continuité entre le mouvement et le gouvernement qui en émanera.

.....

6) Lorsque le mouvement insurrectionnel ou autre réussit à créer un nouvel Etat sur une partie du territoire de l'Etat préexistant ou sur un territoire qui était précédemment sous son administration, l'attribution au nouvel Etat du comportement du mouvement insurrectionnel ou autre est à nouveau justifiée par la continuité entre l'organisation du mouvement et l'organisation de l'Etat auquel celui-ci a donné naissance. En effet, l'entité qui avait auparavant les caractéristiques d'un mouvement insurrectionnel ou autre est devenue le gouvernement de l'Etat pour la création duquel elle luttait. L'Etat prédécesseur ne peut être tenu pour responsable de ces actions. La seule possibilité est donc que le nouvel Etat soit tenu d'assumer la responsabilité du comportement adopté en vue de sa propre création, et telle est la règle acceptée. »

43. La Commission du droit international énonce ainsi une règle générale selon laquelle la responsabilité échoit à un mouvement d'indépendance couronné de succès tout en laissant la possibilité à un Etat successeur, en ce qui concerne une violation particulière, de montrer que cela ne serait pas raisonnable faute de continuité réelle entre le mouvement d'indépendance et le nouveau gouvernement. Si l'on applique cette règle aux faits avancés par les requérantes, il est manifestement raisonnable de tenir l'Etat nouvellement indépendant du Monténégro responsable de toutes les violations présumées de la CEDH qui ont été commises au Monténégro entre le 3 mars 2004 et le 6 juin 2006. A l'inverse, il ne serait pas raisonnable de tenir la Serbie, en tant qu' « Etat continueur » de l'ancienne Union d'Etat responsable de ces violations présumées. Comme expliqué ci-dessus (voir paragraphe 9), les services publics compétents au Monténégro étaient placés sous le contrôle total des autorités monténégrines. Il y a pleine continuité entre ces autorités et celles de l'Etat actuel du Monténégro. Si dans des circonstances de fait différentes, la Cour européenne des droits de l'homme avait la conviction, au-delà du doute raisonnable, qu'une violation présumée *spécifique* de la CEDH sur le territoire monténégrin était entièrement due à l'action, ou à l'inaction, des autorités de l'Union, elle serait en droit d'affirmer que cette responsabilité n'incombe pas *entièrement* aux autorités monténégrines.³⁶

³³ Cette approche est soutenue par une doctrine influente, voir par exemple Oppenheim, op. cit. page 210.

³⁴ GA Res/56/83 (2001)

³⁵ Rapport annuel de la Commission internationale du droit 2001, Ch. IV, page 118-121.

³⁶ Il est possible de faire un parallèle à ce sujet avec la façon dont la Cour aborde la question de l'attribution lorsque l'on ne sait pas si les auteurs d'une violation présumée des droits de l'homme sont des fonctionnaires. Voir par exemple *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, A/25.

44. D'autres arguments étaient la justesse de cette conclusion. Premièrement, on ne peut pas dire qu'une telle solution va à l'encontre des intérêts des autorités monténégrines (et certainement pas à l'encontre de ceux de la population du Monténégro). Comme indiqué précédemment, les institutions du Conseil de l'Europe ont souligné qu'il importait que l'indépendance du Monténégro ne crée aucun vide au niveau de la protection des droits de l'homme et les autorités monténégrines ont montré leur attachement à assurer une protection efficace des droits de l'homme à l'échelon supranational en cherchant, dans les meilleurs délais, à devenir membre du Conseil de l'Europe et en acceptant la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme. De plus, le Monténégro a accepté la compétence de la Cour (voir ci-dessus la situation dans l'affaire dont la CIJ a été saisie).³⁷ Deuxièmement, en tant que traité sur les droits de l'homme, la Convention européenne des droits de l'homme suppose non seulement des droits et des devoirs réciproques entre les Etats, mais aussi la création d'un type donné d'ordre public européen au bénéfice des individus.³⁸ Interpréter la résolution du Comité des ministres de mai 2007 d'une manière qui crée un vide de la responsabilité au Monténégro entre mars 2004 et juin 2006 ne permettrait pas de garantir la protection effective des droits de l'homme.

X. *Conclusion*

45. La Commission de Venise conclut en conséquence que la protection des droits de l'homme serait favorisée à l'échelle européenne et que la pratique antérieure de la Cour serait respectée si cette dernière devait tenir la République du Monténégro responsable des violations des droits conventionnels des requérantes ayant pu être commises entre le 3 mars 2004 et le 5 juin 2006.

46. De l'avis de la Commission, aucune difficulté liée au droit international ou constitutionnel ne devrait conduire la Cour à prendre une décision différente. En conséquence, la Commission juge inutile d'attendre, pour se prononcer, que l'on ait essayé de voir si la question pourrait être "réglée séparément" entre la Serbie et le Monténégro, comme envisagé dans la Charte constitutionnelle de l'Union d'Etat (article 60.5). Il n'est pas non plus nécessaire de demander au Comité des Ministres du Conseil de l'Europe de modifier la décision prise en mai 2007.

³⁷ Il est possible de faire une analogie avec la façon dont la Cour a traité la question des réserves dans l'affaire *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988, A/132, paragraphe 60. La question se posait de savoir si la déclaration interprétative conditionnelle de la Suisse, réputée non valide par la Cour, signifiait que l'instrument de ratification du pays était aussi non valide. La Cour a rejeté cette analogie : « Or, à n'en pas douter, la Suisse est et s'estime liée par la Convention indépendamment de la validité de la déclaration. Du reste, son Gouvernement reconnaît la compétence de la Cour pour trancher cette dernière question, dont il a traité devant elle ».

³⁸ Voir par exemple *Loizidou* (op. cit) paragraphe 49.