

REVUE TRIMESTRIELLE DES DROITS DE L'HOMME

<http://www.rtdh.eu>



NEMESIS



ANTHEMIS

Comité scientifique

Sous la présidence de **Pierre LAMBERT**, avocat honoraire, ancien directeur de la *revue*,
président d'honneur de l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles

R. BADINTER, ancien Garde des Sceaux.

FI. BENOÎT-ROHMER, professeure des Universités,
présidente de l'Université Robert Schuman à Strasbourg.

V. BERGER, ancien juriconsulte de la Cour européenne
des droits de l'homme, avocat au barreau de Paris,
professeur au Collège d'Europe.

Fr. BILTGEN, juge à la Cour de justice de l'Union
européenne.

M. BOSSUYT, président émérite de la Cour
constitutionnelle (b.) et professeur émérite de
l'Université d'Anvers.

E. BREMS, professeure à l'Université de Gand.

L. BURGORGUE-LARSEN, professeure à la Sorbonne.

J. CALLEWAERT, greffier adjoint de la Grande Chambre
de la Cour européenne des droits de l'homme et
professeur à l'Université de Spire et à l'Université
catholique de Louvain.

A.A. CANÇADO TRINDADE, ancien président de la
Cour interaméricaine des droits de l'homme et juge
à la Cour internationale de justice.

C. CHAINAIS, professeure à l'Université Panthéon-
Assas (Paris II).

Chr. CHARRIÈRE-BOURNAZEL, ancien bâtonnier
du barreau de Paris.

J.-P. COSTA, ancien président de la Cour européenne
des droits de l'homme et président de l'Institut
international des droits de l'homme – René Cassin.

J.-P. COT, professeur émérite de l'Université de Paris I
et juge au Tribunal international du droit de la mer.

V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, professeur émérite de
l'Université de Lille II.

E. DECAUX, professeur émérite de l'Université de Paris II.

P. de FONTBRESSIN, avocat au barreau de Paris et
maître de conférences à l'Université de Paris XI.

B. DEJEMEPPE, conseiller à la Cour de cassation (b.).

M. DELMAS-MARTY, professeure honoraire au Collège
de France et membre de l'Académie des sciences
morales et politiques.

Fr. DELPÉRÉE, député et professeur émérite de
l'Université catholique de Louvain.

M. DE SALVIA, ancien greffier et juriconsulte de la
Cour européenne des droits de l'homme.

O. DE SCHUTTER, professeur à l'Université catholique
de Louvain.

R. ERGEC, professeur émérite de l'Université libre de
Bruxelles et de l'Université du Luxembourg.

G. HAARSCHER, professeur émérite de l'Université
libre de Bruxelles.

M. HERTIG, professeure à l'Université de Genève.

M. HOTTELLIER, professeur à l'Université de Genève.

E. LEMMENS, ancien bâtonnier du barreau de Liège.

G. MALINVERNI, ancien juge à la Cour européenne
des droits de l'homme et professeur émérite de
l'Université de Genève.

J.-P. MARGUÉNAUD, professeur à l'Université de
Limoges, Institut européen des droits de l'homme
(Université Montpellier I).

P. MARTENS, président émérite de la Cour
constitutionnelle (b.) et chargé de cours honoraire de
l'Université de Liège et de l'Université libre de Bruxelles.

H. MOCK, ambassadeur de Suisse en République
socialiste démocratique du Sri Lanka et en République
des Maldives.

A. NUSSBERGER, vice-présidente de la Cour
européenne des droits de l'homme.

Y. OSCHINSKY, ancien bâtonnier et président de
l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles.

P. PARARAS, ancien vice-président du Conseil d'Etat
(gr.) et professeur émérite de l'Université Démocrite
de Thrace.

G. RAIMONDI, ancien président de la Cour
européenne des droits de l'homme.

L.-A. SICILIANOS, président de la Cour européenne
des droits de l'homme.

D. SPIELMANN, ancien président de la Cour
européenne des droits de l'homme et président de
chambre au Tribunal de l'Union européenne.

Fr. SUDRE, professeur émérite de l'Université
Montpellier I.

P. TAVERNIER, professeur émérite de l'Université Paris XI.

Fr. TEITGEN, ancien bâtonnier et président de l'Institut
des droits de l'homme du barreau de Paris.

H. TIGROUDJA, membre du Comité des droits de
l'homme des Nations Unies.

S. TOUZÉ, professeur à l'Université Panthéon-Assas
(Paris II) et directeur de l'Institut international des
droits de l'homme.

Fr. TULKENS, ancienne vice-présidente de la Cour
européenne des droits de l'homme et professeure
émérite de l'Université catholique de Louvain.

J. VAN COMPERNOLLE, professeur émérite de
l'Université catholique de Louvain.

P. VANDERNOOT, président de chambre au Conseil
d'Etat (b.) et maître de conférences à l'Université libre
de Bruxelles.

M. VERDUSSEN, professeur à l'Université catholique
de Louvain.

P. WACHSMANN, professeur à l'Université de Strasbourg.

L'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les États parties : un «défi permanent»*

PAR

Frédéric KRENC

Avocat au barreau de Bruxelles

Maître de conférences invité à l'Université catholique de Louvain

Chargé d'enseignement à l'Université Saint-Louis Bruxelles

Résumé

L'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les États membres du Conseil de l'Europe constitue un défi contemporain majeur pour les juges de Strasbourg. Après avoir tenté de circonscrire cette notion de l'«acceptabilité», la présente contribution entend discuter certains des moyens dont la Cour use ou serait susceptible d'user afin de relever ce défi. À cette fin, elle analyse les développements récents du droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Au terme de cette étude, il sera souligné que cette quête d'acceptabilité, aussi légitime et importante soit-elle, ne pourrait impliquer la démission de la Cour, ultime gardienne des promesses étatiques. Il sera suggéré d'intensifier plus encore le dialogue entre la Cour et l'ensemble des acteurs nationaux (au-delà des juges nationaux), mais aussi d'«oser la subsidiarité».

Abstract

Acceptability of the judgments of the European Court of Human Rights by the States parties to the European Council is a current

* La présente contribution a pour origine une communication présentée le 29 mars 2019 à l'invitation de Hélène Surrel et de Loïc Robert lors d'un colloque organisé à l'Université Lyon III sur le thème «Quel avenir pour le système européen de protection des droits de l'homme?». Le colloque organisé à Andorra la Vella le 12 juillet 2019 par le Tribunal constitutionnel d'Andorre, sous la direction de Laurence Burgorgue-Larsen, a été l'occasion d'approfondir le sujet initialement suggéré par nos collègues lyonnais que nous tenons à remercier.

major challenge for the Strasbourg judges. After briefly describing the notion of «acceptability», this paper will discuss some of the means that the Court is using or could use to meet this challenge. To this end, it will analyse the recent developments of the Court's case law. This paper will conclude that this quest for acceptability, however legitimate and important, could not involve the resignation of the Court. It will suggest increasing the dialogue between the Court and all national actors (not only national judges), and also «daring subsidiarity».

Introduction

1. L'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les États parties constitue un «défi permanent». Ainsi s'exprimait le Président Dean Spielmann lors de l'ouverture solennelle de l'année judiciaire 2015 de cette même Cour. On ne peut, en effet, perdre de vue que la Cour européenne des droits de l'homme est une juridiction internationale qui doit son existence, mais aussi sa survie¹, aux États qui l'ont créée. Or, cette Cour peut se montrer particulièrement ingrate envers ses créateurs lorsqu'elle les condamne aux termes d'arrêts qui sont juridiquement obligatoires.

2. Certes, le concept d'«acceptabilité» laisse *a priori* songeur. La Cour européenne des droits de l'homme est une juridiction indépendante qui n'a de comptes à rendre à personne. Pour autant, on aurait tort de minimiser cette question de l'acceptabilité des arrêts au motif que la Cour devrait demeurer insensible aux réactions que ceux-ci suscitent². La Cour ne statue pas du haut d'une tour de vue d'ivoire, en ignorant les difficultés comme les critiques que ses arrêts peuvent générer. En vérité, la question de l'acceptabilité des arrêts de la Cour par les États mérite l'attention en ce qu'elle croise cette question

¹ Notamment sa survie financière. La récente crise «russe» atteste de ce qu'il ne s'agit pas là d'une hypothèse purement théorique. Voy. M. DE SALVIA, «La Russie et le Conseil de l'Europe: clap de fin ou redémarrage?», *Rev. gén. dr. int. publ.*, 2019, vol. 123, n° 1, pp. 139 et s.; A. DRZEMCZEWSKI, «The absence of Russian Parliamentarians in PACE: a clarification», in K. Lemmens, S. Parmentier et L. Reyntjens (éd.), *Human Rights with a Human Touch – Liber amicorum Paul Lemmens*, Intersentia, Cambridge-Anvers-Portland, 2019, pp. 427 et s.

² Voy. déjà en doctrine D. SZYMCAK, «La question de l'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les États parties», in S. Touzé (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme – Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, 2016, pp. 123-139.

cruciale de l'exécution des arrêts. En effet, l'exécution «correcte et entière»³ des arrêts de la Cour par les États conditionne autant la crédibilité du système mis en place par la Convention que l'effectivité des droits et libertés qui y sont consacrés. Au demeurant, il serait erroné de penser que l'édifice européen de protection des droits fondamentaux peut se construire sans, voire «contre», les États.

3. Le «défi» pour la Cour est dès lors le suivant : faire accepter ses arrêts pour que ceux-ci soient exécutés et que les droits de la Convention européenne des droits de l'homme demeurent «concrets et effectifs»⁴, sans pour autant renoncer à sa mission de contrôle ni abaisser les standards de protection.

4. Ce défi pour la Cour est d'autant plus grand que la défiance manifestée par les États à son égard s'est considérablement intensifiée cette dernière décennie⁵. Certes, les critiques à l'endroit de la Cour ne sont pas neuves⁶. La Cour est, depuis son origine, la cible de critiques⁷. Mais ce qu'il y a de nouveau, c'est leur caractère massif, répété, structuré même. Il ne s'agit plus seulement d'une critique ponctuelle d'un État qui se plaint d'un arrêt de la Cour rendu à son égard. Force est de constater une remise en cause profonde par un certain nombre d'États de l'existence même du contrôle pratiqué par la Cour.

5. En réalité, il convient d'observer que cette remise en cause n'affecte pas uniquement la Cour européenne des droits de l'homme⁸. L'on relève aujourd'hui une franche réticence de plusieurs États à se soumettre à un contrôle international externe⁹, ceux-ci acceptant de moins en moins l'idée d'un tel contrôle,

³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *V.G.T. c. Suisse* (n° 2), 30 juin 2009, § 90.

⁴ Selon la formule du célèbre arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979 (§ 24).

⁵ Voy. P. POPELIER, S. LAMBRECHT et K. LEMMENS (éd.), *Criticism of the European Court of Human Rights*, Intersentia, Cambridge-Anvers-Portland, 2016.

⁶ En ce sens également, Fr. SUDRE, «Conclusions», in J. Andriantsimbazovina, L. Burgorgue-Larsen et S. Touzé (dir.), *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, Pedone, Paris, 2016, p. 266.

⁷ Voy. P. LAMBERT, «La Cour européenne des droits de l'homme à l'épreuve de quelques critiques... au fil du temps», *cette Revue*, 2010, pp. 5 et s.

⁸ Voy. également, à propos du système interaméricain, L. BURGORGUE-LARSEN, «Les systèmes européen et interaméricain à l'heure des défis», in N. Aloupi, D.P. Fernandez Arroyo, C. Kleiner, L.-A. Sicilianos et S. Touzé (dir.), *Les droits humains comparés. À la recherche de l'universalité des droits humains*, Pedone, Paris, 2019, pp. 85-108. Voy. aussi S. TOUZÉ, «La remise en cause de l'autorité des cours supranationales», in *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, op. cit., p. 195-210.

⁹ En ce sens également, voy. L. BURGORGUE-LARSEN, op. cit., p. 107 : «l'on assiste à un mouvement de fond, global, d'opposition étatique aux structures internationales en général et aux systèmes de garantie des droits en particulier».

qui plus est lorsque ce contrôle externe est juridictionnel et se traduit, comme c'est le cas pour la Cour de Strasbourg, par des arrêts obligatoires.

Plus largement encore, c'est la notion même de «droits fondamentaux» qui se voit foncièrement remise en cause¹⁰. Paul Martens n'hésite pas à parler d'une «défondamentalisation des droits humains»¹¹, pendant que le Président Jean-Paul Costa dresse le constat d'«une régression observée depuis quelques années»¹².

6. Dans ce contexte, la présente contribution envisage certains des moyens dont la Cour européenne des droits de l'homme – ci-après la Cour – use ou serait susceptible d'user en vue de rendre ses arrêts plus «acceptables» à l'égard des États parties à la Convention. Faire montre de retenue (I), prendre appui sur un consensus environnant (II), justifier ses méthodes interprétatives et ses solutions (III), assortir le constat de violation de signaux positifs à l'endroit de l'État condamné (IV), développer des lignes jurisprudentielles claires et cohérentes (V), pratiquer une interprétation «prudente et équilibrée» de la Convention (VI). Voilà autant de voies, assurément discutables pour certaines, qui seront précisément discutées dans les lignes qui suivent.

I. La retenue

7. De toute évidence, l'une des meilleures manières pour la Cour de rendre ses arrêts plus acceptables consiste à faire montre de «retenue». Cette retenue, lorsqu'elle s'observe, se manifeste par une atténuation du contrôle substantiel (A). Elle se traduit concomitamment par une expansion du contrôle procédural (B).

A. *L'atténuation du contrôle substantiel*

8. Dès 1968, et l'«*affaire linguistique belge*», la Cour a indiqué qu'elle «ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle

¹⁰ Voy. J. LACROIX et J.-Y. PRANCHÈRE, *Le procès des droits de l'homme*, Seuil, Paris, 2016, et, plus récemment encore, des mêmes auteurs, *Les droits de l'homme rendent-ils idiots?*, Seuil, Paris, 2019.

¹¹ P. MARTENS, «Sur la défondamentalisation des droits humains», *J.L.M.B.*, 2017, pp. 1380-1383.

¹² J.-P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme – Des juges pour la liberté*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 2017, p. 269. Il est remarquable de constater que ces mots ne figuraient pas dans la première édition de cet ouvrage publié en 2013 (voy. p. 256).

perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention»¹³. Depuis lors, la Cour n'a de cesse de répéter que «ce sont les autorités nationales qui sont responsables au premier chef de la mise en œuvre et de la sanction des droits et libertés garantis»¹⁴.

9. À l'aune de ces affirmations prétoriennes, force est de constater que le Protocole n° 15 ne fait point œuvre révolutionnaire en inscrivant au frontispice de la Convention (dans son Préambule, plus exactement) les principes de la subsidiarité et de la marge d'appréciation étatique¹⁵. Le Protocole n° 15 ne fait, en somme, que rappeler l'essence de la Convention (la subsidiarité) en même temps qu'il confirme une doctrine bien ancrée de la Cour (la marge d'appréciation des États). Pour autant, le message adressé par les États à la Cour est on ne peut plus clair : celle-ci n'est pas invitée à intensifier son contrôle ; la Cour est priée de faire montre de davantage de retenue.

10. À en croire la plupart des commentateurs, la Cour a manifestement entendu ce message. À l'examen de la jurisprudence intervenue ces dernières années – à vrai dire, la jurisprudence «*post* Brighton»¹⁶ –, d'aucuns ont pu relever une plus grande compréhension sinon bienveillance de la Cour. De toute évidence, il serait hasardeux de tirer des conclusions tranchées, tant la production judiciaire de la Cour est extraordinairement abondante et partant difficilement saisissable. Néanmoins, si l'on concentre l'analyse sur les arrêts rendus récemment par la Grande Chambre, on ne peut en inférer que les solu-

¹³ Cour eur. dr. h., arrêt dans l'affaire «*relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*», 23 juillet 1968, § 10 du point I.B.

¹⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, § 152.

¹⁵ Voy. G. MALINVERNI, «Le Protocole n° 15 à la Convention européenne des droits de l'homme», *cette Revue*, 2015, pp. 51 et s.

¹⁶ On rappellera que depuis 2010, plusieurs conférences intergouvernementales de haut niveau sur la réforme de la Cour ont été organisées : Interlaken (2010), Izmir (2011), Brighton (2012), Oslo (2014), Bruxelles (2015) et Copenhague (2018). La Conférence de Brighton a été particulièrement déterminante dans le processus de réformes et de réflexions relatives à la Cour. C'est notamment à sa suite qu'ont été adoptés les Protocoles n°s 15 et 16 de la Convention. Voy. notamment O. M. ARNARDÓTTIR, «The Brighton Aftermath and the Changing Role of the European Court of Human Rights», *Journal of International Dispute Settlement*, 2018, vol. 9, n° 2, pp. 223-239 ; Fr. SUDRE, «La subsidiarité, 'nouvelle frontière' de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention», *J.C.P.*, éd. G., 2013, n° 1086, pp. 1912 et s. On observera par ailleurs que l'objectif présidant au processus de réforme concernant la Cour a sensiblement évolué au fil du temps. Alors que l'arriéré de la Cour était au cœur des préoccupations dans les années 2000, l'esprit de la réforme vise davantage, depuis 2010 et l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 (1^{er} juin 2010), à répondre à la défiance étatique qui s'est intensifiée.

tions retenues ont fait pièce à la marge d'appréciation des États¹⁷. Cela n'est guère contestable, même si – ici encore – on se gardera de toute caricature¹⁸.

11. Quoi qu'il en soit, il est remarquable d'observer que la Cour n'a pas attendu l'entrée en vigueur du Protocole n° 15 pour dupliquer d'ores et déjà dans ses attendus les termes appelés à figurer prochainement dans le Préambule de la Convention. Devançant cette entrée en vigueur – comme pour en relativiser la valeur ajoutée –, la Cour répète désormais expressément que «conformément au principe de subsidiarité, il incombe en premier lieu aux Parties contractantes de garantir le respect des droits et libertés définis dans la Convention et ses Protocoles, et [qu']elles disposent pour ce faire d'une marge d'appréciation soumise au contrôle de la Cour»¹⁹.

12. D'innombrables pages ont déjà été dédiées à cette marge d'appréciation²⁰. Celle-ci est, depuis toujours, éminemment controversée, en ce compris

¹⁷ Voy. notamment Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *S.A.S. c. France*, 1^{er} juillet 2014 (à propos de l'interdiction du port du voile intégral); Gde Ch., arrêt *Parrillo c. Italie*, 27 août 2015 (s'agissant de l'interdiction du don d'embryons à des fins de recherche scientifique); Gde Ch., arrêt *Dubská et Krejzová c. République tchèque*, 15 novembre 2016 (relatif à l'impossibilité pratique d'accoucher à domicile en République tchèque); Gde Ch., arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janvier 2017 (concernant l'interdiction de la gestation pour autrui); Gde Ch., arrêt *Nait-Liman c. Suisse*, 15 mars 2018 (à propos du refus des juridictions suisses de connaître d'une action civile en réparation d'actes allégués de torture commis en Tunisie); Gde Ch., arrêt *Correia de Matos c. Portugal*, 4 avril 2018 (concernant le droit d'assurer sa propre défense en matière pénale); Gde Ch., arrêt *Zubac c. Croatie*, 5 avril 2018 (concernant des restrictions apportées à l'accès à un tribunal et fondées sur la valeur du litige).

¹⁸ On ne peut affirmer par exemple que la Grande Chambre de la Cour ait fait prévaloir la marge d'appréciation étatique dans l'affaire *Baka* (Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Baka c. Hongrie*, 23 juin 2016, s'agissant de la cessation prématurée du mandat du requérant en tant que Président de la Cour suprême hongroise) ou dans l'affaire *Perincek* (Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Perincek c. Suisse*, 15 octobre 2015, à propos d'une condamnation pénale encourue par un ressortissant turc pour avoir nié le génocide des Arméniens). On ne peut pas davantage considérer que la Cour ait renoncé à son contrôle dans l'affaire *Roman Zakharov* (Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Roman Zakharov c. Russie*, 4 décembre 2015, à propos de la compatibilité de mesures de surveillance secrète avec les exigences du droit au respect de la vie privée). Voy. aussi à propos d'arrêts plus récents de chambre, Cour eur. dr. h., arrêt *Cordella e.a. c. Italie*, 24 janvier 2019 (sanctionnant l'insuffisance des mesures prises par les autorités italiennes face une situation préoccupante de pollution environnementale); arrêt *Khan c. France*, 28 février 2019 (condamnant la France en raison du sort d'un mineur étranger livré à lui-même dans la «jungle» de Calais); etc. On pourrait multiplier les exemples à l'envi.

¹⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Garib c. Pays-Bas*, 6 novembre 2017, § 137; *Correia de Matos c. Portugal*, préc., § 116.

²⁰ Voy. dans la littérature récente, J. GERARDS, «Margin of Appreciation and Incrementalism in the Case Law of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, 2018, vol. 18, n° 3, pp. 495-515; S. SMET, «When Human Rights Clash in 'The Age of Subsidiarity':



au sein même de la Cour. On ne peut manquer de rappeler ici la célèbre diatribe lancée par le juge De Meyer en marge de l'arrêt *Z c. Finlande* du 25 février 1997²¹. En réalité, la marge d'appréciation concédée par la Cour part du double constat selon lequel «les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe en ce qui concerne la protection des droits de l'homme» et que «grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour évaluer les besoins et le contexte locaux»²².

13. La reconnaissance d'une marge d'appréciation étatique s'est ainsi effectuée relativement à des droits qui peuvent faire l'objet de restrictions. Assez rapidement, la question s'est posée de savoir si la marge d'appréciation concerne l'ensemble des droits garantis par la Convention. La marge d'appréciation n'étant censée opérer que là où une «appréciation» des États est possible, une réponse négative paraît *a priori* s'imposer pour les droits qui ne laissent aucune marge de manœuvre aux États²³. Il reste que la Cour a concédé

←

What Role for the Margin of Appreciation?», in P. Agha (éd.), *Human Rights Between Law and Politics: The Margin of Appreciation in Post-National Contexts*, Hart Publishing, Oxford, 2017, pp. 55-70.

²¹ «Dans le présent arrêt, la Cour invoque, une fois de plus, la 'marge d'appréciation' des autorités nationales. Je crois qu'il est grand temps de la bannir de nos raisonnements: nous avons déjà trop tardé à nous débarrasser de cette rengaine et à abjurer le relativisme qu'elle implique. L'existence d'une marge d'appréciation peut se concevoir en certaines matières. C'est ainsi qu'il est tout à fait naturel que, dans une affaire pénale, le juge puisse, selon l'idée qu'il se fait de la gravité du cas, fixer la peine entre le minimum et le maximum prévus par le législateur. Mais, lorsqu'il s'agit des droits de l'homme, il n'y a pas de place pour une marge d'appréciation qui permettrait aux États de déterminer ce qui est acceptable et ce qui ne l'est pas. En cette matière, la limite à ne pas franchir doit être aussi nette et claire que possible. Ce n'est pas aux États qu'il peut appartenir d'en décider, chacun en ce qui le concerne, mais à nous et ce que nous en pensons doit valoir pour toutes les personnes relevant de la juridiction de chacun d'entre eux. Les formules creuses que nous répétons dans nos arrêts depuis déjà trop longtemps au sujet de la marge d'appréciation des États ne sont que des circonlocutions inutiles, qui ne nous servent qu'à indiquer, d'une manière abstruse, que les États peuvent faire tout ce que nous ne considérons pas comme incompatible avec les droits de l'homme. Il est urgent d'abandonner cette phraséologie, aussi fausse sur le plan des principes que vaine dans la pratique».

²² Voy. notamment *Dubská et Krejzová c. République tchèque*, préc., § 175; arrêt *Belcemi et Oussar c. Belgique*, 11 juillet 2017, § 51.

²³ Voy. D. SPIELMANN, «Allowing the Right Margin: the European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?», *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012, vol. 14, p. 390: «The right to life or the prohibition of torture are hardly conducive to the application of a margin of appreciation», ainsi

→

une marge d'appréciation sur des terrains relevant notamment tantôt de l'article 2²⁴, tantôt de l'article 3²⁵ de la Convention.

14. Lorsqu'elle entre en jeu, la marge d'appréciation, loin d'être uniforme, présente une intensité variable. Elle peut être tantôt ample (ou large), tantôt réduite (ou restreinte). La Cour enseigne à cet égard que «l'étendue de la marge d'appréciation dont disposent les États varie selon les circonstances, les domaines et le contexte et que la présence ou l'absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent»²⁶.

15. Quels que soient le périmètre et l'intensité de la marge d'appréciation, son objet n'est, en tout cas, pas de reconnaître un «droit à l'erreur» au profit des États²⁷. La marge d'appréciation ne peut en effet conduire à déclarer compatible avec la Convention une législation ou une pratique contraire à celle-ci. Il s'agit seulement – ce qui n'est pas rien – de concéder aux autorités nationales une liberté d'action dans les limites tracées par la Convention.

←

que p. 395 : «the margin of appreciation is virtually inexistent when it comes to the non-derogable rights (right to life, prohibition of torture, prohibition of slavery and forced labour, prohibition of retrospective legislation, the *ne bis in idem* rule)».

²⁴ Voy., de manière tout à fait explicite, Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Vo c. France*, 8 juillet 2004, § 82 : «le point de départ du droit à la vie relève de la marge d'appréciation des États dont la Cour tend à considérer qu'elle doit leur être reconnue dans ce domaine». Dans son arrêt *Lambert e.a. c. France* du 5 juin 2015, la Cour a considéré – cette fois à propos de la fin de vie – qu'«il y a lieu d'accorder une marge d'appréciation aux États, non seulement quant à la possibilité de permettre ou pas l'arrêt d'un traitement maintenant artificiellement la vie et à ses modalités de mise en œuvre, mais aussi quant à la façon de ménager un équilibre entre la protection du droit à la vie du patient et celle du droit au respect de sa vie privée et de son autonomie personnelle [...]». Cette marge d'appréciation n'est toutefois pas illimitée [...], la Cour se réservant de contrôler le respect par l'État de ses obligations découlant de l'article 2 (§ 148).

²⁵ Voy. par exemple Cour eur. dr. h., arrêt *Talpis c. Italie*, 2 mars 2017, § 103 : «il n'entre pas dans les attributions de la Cour de se substituer aux autorités nationales et d'opérer à leur place un choix parmi le large éventail de mesures propres à garantir le respect des obligations positives que l'article 3 de la Convention leur impose [...]». [Néanmoins, l]a question de l'adéquation de la réponse des autorités peut soulever un problème au regard de la Convention [...].

²⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, § 77.

²⁷ Nous regrettons de ne pas pouvoir suivre ici Mireille Delmas-Marty et Jean-François Coste lorsqu'ils écrivent que la marge nationale d'appréciation constitue «un droit pour chaque État à invoquer sa différence pour justifier d'un certain écart par rapport à la Convention» et qu'elle tend «à admettre qu'une norme nationale non conforme à la Convention peut être jugée néanmoins compatible» («Les droits de l'homme : logiques non standards», *Interdisciplinarité. Le genre humain*, 1998, n° 33, p. 136 et p. 140).

16. Concrètement, écrit Dean Spielmann avec une plume autorisée, «la théorie de la marge d'appréciation nationale permet à la Cour européenne des droits de l'homme de s'imposer une autolimitation dans l'exercice de son contrôle en acceptant que les autorités nationales sont mieux placées pour résoudre un litige»²⁸. Cette «autolimitation» de la Cour tend de plus en plus à se manifester à l'égard des choix législatifs (1) comme des décisions judiciaires (2).

1. La retenue à l'égard des choix législatifs

17. La Cour peut, tout d'abord, faire montre de retenue à l'égard des normes législatives, lorsque celles-ci participent de questions de «politique économique et sociale» ou de politique pénale, de «questions morales ou éthiques délicates» ou, plus encore, d'un «choix de société».

18. L'arrêt *Garib c. Pays-Bas* du 6 novembre 2017 illustre le premier cas de figure. Afin de juger compatible avec l'article 2 du Protocole n° 4 à la Convention le refus d'une autorisation de résidence en raison d'une politique de «gentrification» de certains quartiers de Rotterdam, la Cour a confirmé sa ligne jurisprudentielle inaugurée par l'arrêt *James*²⁹ : «lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national [...]. Le législateur doit disposer d'une grande latitude pour mener une politique économique et sociale»³⁰. Cette latitude est plus grande encore lorsque les mesures adoptées par le législateur visent à répondre à une crise économique «exceptionnelle et sans précédent»³¹.

19. L'arrêt *Khamtokhu et Aksenchik c. Russie* du 24 janvier 2017 souligne, de la même manière, la «grande latitude» du législateur national dans ses choix de politique pénale³², pendant que les arrêts *Hämäläinen c. Finlande* du

²⁸ D. SPIELMANN, «Consensus et marge d'appréciation nationale», *J.T.*, 2012, p. 592. Voy. aussi du même auteur, «En jouant sur les marges – La Cour européenne des droits de l'homme et la théorie de la marge d'appréciation nationale: abandon ou subsidiarité du contrôle européen?», *Journal des tribunaux Luxembourg*, 2010, spéc. p. 118.

²⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *James e.a. c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, § 46.

³⁰ *Garib c. Pays-Bas*, préc., § 137.

³¹ Cour eur. dr. h., décision (rec.) *Koufaki et Adedy c. Grèce*, 7 mai 2013. Voy. aussi postérieurement, dans un sens identique, Cour eur. dr. h., arrêt *Mamatas e.a. c. Grèce*, 21 juillet 2016; décision (rec.) *P. Plaisier B.V. c. Pays-Bas*, 14 novembre 2017; décision (rec.) *Aielli e.a. c. Italie*, 10 juillet 2018.

³² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Khamtokhu et Aksenchik c. Russie*, 24 janvier 2017, § 85: «La Cour estime normal que les autorités nationales, qui se doivent aussi de prendre en considération,

16 juillet 2014 et *Lambert et autres c. France* du 5 juin 2015 sont révélateurs, parmi d'autres, de l'importante marge d'appréciation concédée lorsque sont en cause «des questions morales ou éthiques délicates»³³.

20. La Cour indique même devoir faire preuve de «réserve» lorsqu'elle se voit confrontée à des «choix de société». Dans son arrêt *S.A.S. c. France* du 1^{er} juillet 2014 relatif à l'interdiction, par la loi française du 11 octobre 2010, du port du voile intégral dans l'espace public, la Cour a ainsi estimé que «la question de l'acceptation ou non du port du voile intégral dans l'espace public constitue un choix de société». Or, «dans un tel cas de figure, la Cour se doit de faire preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionnalité dès lors qu'il la conduit à évaluer un arbitrage effectué selon des modalités démocratiques au sein de la société en cause»³⁴.

Cette réserve de la Cour contraste singulièrement avec le contrôle strict de proportionnalité que le Comité des droits de l'homme a, pour sa part, pratiqué à l'égard de la même législation dans ses constatations *Sonia Yaker et Miriana Hebbadj c. France* du 17 juillet 2018³⁵. Alors que la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que la loi française était compatible avec la Convention au nom du «vivre ensemble», le Comité des droits de l'homme a objecté

←

dans les limites de leurs compétences, les intérêts de la société dans son ensemble, disposent d'une grande latitude lorsqu'elles sont appelées à se prononcer sur des questions sensibles telles que les politiques pénales». Voy. aussi Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Stummer c. Autriche*, 7 juillet 2011, à propos du non-assujettissement des détenus au régime des pensions de retraite : «la question de l'affiliation des détenus exerçant un travail au régime des pensions de retraite est étroitement liée à des questions de politique pénale, telles que la perception des buts généraux de l'emprisonnement, le système du travail pénitentiaire, sa rémunération et les priorités dans l'utilisation de celle-ci, mais également à des questions de politique sociale qui se reflètent dans le système de sécurité sociale tout entier. Bref, elle est associée à des questions et choix complexes de stratégie sociale, domaine dans lequel les États jouissent d'une ample marge d'appréciation, la Cour n'intervenant que lorsqu'elle considère que le choix politique du législateur se révèle 'manifestement dépourvu de base raisonnable'» (§ 101).

³³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Hämäläinen c. Finlande*, 16 juillet 2014, spéc. §§ 67 et 75 (à propos de l'exigence de modification du statut marital d'une personne transsexuelle afin que celle-ci puisse obtenir la reconnaissance de son nouveau genre); *Lambert e.a. c. France*, préc., spéc. §§ 144-148 et § 181 (s'agissant de l'arrêt de l'alimentation et de l'hydratation d'une personne en état végétatif depuis plusieurs années).

³⁴ *S.A.S. c. France*, préc., § 154. Voy., dans un sens identique, *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, préc., § 54; arrêt *Dakir c. Belgique*, 11 juillet 2017, § 57.

³⁵ Com. dr. h., constatations *Sonia Yaker c. France*, 17 juillet 2018, communication 2747/2016 et constatations *Miriana Hebbadj c. France*, 17 juillet 2018, communication 2807/2016. Sur ces constatations, voy. H. TIGROUDJA, «Ports de signes religieux, 'discrimination croisée' et ingérence de l'État dans la liberté de manifester sa religion», *cette Revue*, 2019, pp. 477 et s.

que «la notion du ‘vivre ensemble’ est très vague et abstraite»³⁶. Au final, le Comité de Genève a même abouti à une conclusion diamétralement opposée à celle retenue par la Cour de Strasbourg, estimant que l’interdiction portée par la loi française violait non seulement l’article 18 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (liberté de religion) mais aussi l’article 26 du même Pacte (interdiction de la discrimination fondée sur le sexe et la religion).

21. Ces divergences observées entre la Cour et le Comité dans le contentieux du «voile intégral» illustrent la tension qu’il peut y avoir entre la marge d’appréciation, d’un côté, et le principe de proportionnalité, de l’autre. Dans la rigueur du principe, la proportionnalité induit une exigence de stricte nécessité, que mettent précisément en exergue les constatations *Yaker*³⁷ et *Hebbadj*³⁸ précitées. Selon cette exigence, une mesure limitative d’un droit fondamental n’est admissible que s’il n’existe pas une autre mesure qui, tout aussi efficace pour parvenir à l’objectif souhaité, est cependant moins préjudiciable pour le droit en cause³⁹. La palette des mesures pouvant être adoptées par les États se voit de la sorte sensiblement réduite. Néanmoins, l’examen de la jurisprudence de la Cour montre que si l’exigence de nécessité se trouve au cœur de certains raisonnements⁴⁰, le contrôle de son respect se voit, en revanche, mis de côté lorsque la marge d’appréciation reconnue à l’État est ample.

Toute la question est alors de savoir exactement dans quels cas s’opère ce contrôle de nécessité, dès lors que la Cour énonce que «les États jouissent d’une marge d’appréciation généralement étendue lorsqu’ils doivent ménager un équilibre entre des intérêts privés et des intérêts publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention»⁴¹. Libellée en des termes éminemment larges, cette affirmation est en effet susceptible de couvrir un champ infini de domaines.

³⁶ Constatations *Hebbadj*, préc., point 7.10; constatations *Yaker*, préc., point 8.10.

³⁷ Constatations *Yaker*, préc., point 8.11.

³⁸ Constatations *Hebbadj*, préc., point 7.11.

³⁹ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l’homme – Prendre l’idée simple au sérieux*, Bruylant/F.U.S.L., Bruxelles, 2001, pp. 167 et s.

⁴⁰ Voy., de manière tout à fait explicite, Cour eur. dr. h., arrêt *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009, § 94: «La Cour estime que, pour qu’une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, l’existence d’une mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d’arriver au même but doit être exclue». Pour d’autres affirmations en ce sens, voy. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Sejdic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, 22 décembre 2009, § 48; arrêt *Abdulayeva c. Russie*, 16 janvier 2014, § 34; arrêt *Centre biblique de la république de Tchouvachie*, 12 juin 2014, § 58. Voy. également de manière tout aussi explicite, Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Barbulescu c. Roumanie*, 5 septembre 2017, § 136.

⁴¹ Cour eur. dr. h., décision (rec.) *Glaisen c. Suisse*, 25 juin 2019, § 51, renvoyant à Gde Ch., arrêt *S.H. e.a. c. Autriche*, 3 novembre 2011, § 94.

2. La retenue à l'égard des décisions judiciaires

22. Non seulement la Cour peut-elle faire montre de réserve à l'égard de certains choix législatifs, mais elle tend également à faire montre de retenue à l'égard de décisions judiciaires.

23. Outre qu'elle rappelle qu'«eu égard à la nature subsidiaire de sa mission, [...] elle doit se montrer prudente quant à assumer le rôle d'un tribunal de première instance compétent pour apprécier les faits, sauf si cela est rendu inévitable par les circonstances d'une affaire particulière»⁴², la Cour entend plus fondamentalement promouvoir l'approche suivante : lorsque le juge national tranche le litige en prenant en considération l'ensemble des droits et intérêts en présence au regard de la Convention et en appliquant la jurisprudence pertinente de la Cour, la Cour estime qu'il lui faut des «raisons sérieuses» pour substituer son appréciation à celle du juge national.

24. Cette approche a été originellement consacrée en matière de conflits de droits, spécialement ceux opposant le droit au respect de la vie privée, d'un côté, et la liberté d'expression, de l'autre. Ayant fourni, dans ses arrêts *Von Hannover n° 2*⁴³ et *Axel Springer*⁴⁴ du 7 février 2012, différents critères pour arbitrer pareils conflits⁴⁵, la Cour précise depuis lors que «si la mise en balance de ces deux droits s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes»⁴⁶. Aujourd'hui, cette approche paraît dépasser le seul cadre des conflits de droits.

25. Encore s'agit-il de veiller à ce que cette retenue ne se mue pas en une abdication par la Cour de son contrôle. À cet égard, l'arrêt *Ndidi c. Royaume-Uni* du 14 septembre 2017 a été fustigé par une doctrine autorisée qui y a vu une «démission» dans le chef de la Cour⁴⁷. Cet arrêt concerne une mesure d'expulsion prise à l'encontre d'un étranger pour des motifs tirés de l'ordre public. La Cour a considéré qu'elle n'avait pas à effectuer elle-même un contrôle de proportionnalité au regard du droit au respect de la vie privée et familiale dès

⁴² Cour eur. dr. h., arrêt *Camekan c. Turquie*, 28 janvier 2014, § 45; arrêt *Chebab c. France*, 23 mai 2019, § 72.

⁴³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)*, 7 février 2012, §§ 108-113.

⁴⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Axel Springer AG c. Allemagne*, 7 février 2012, §§ 89-95.

⁴⁵ Voy. à cet égard M. AFROUKH, «Les critères 'Von Hannover n° 2' dans la jurisprudence récente de la Cour européenne : une attractivité équivoque», *cette Revue*, 2018, pp. 593-611.

⁴⁶ Voy. par exemple Cour eur. dr. h., arrêt *Kaboglu et Oran c. Turquie*, 30 octobre 2018.

⁴⁷ Fr. SUDRE, «Droit de la Convention européenne des droits de l'homme», *J.C.P.*, éd. G., 2018, p. 49 et p. 52. Voy. aussi S. SAROLEA, «L'arrêt *Ndidi c. Royaume-Uni* ou le coup de règle de la Cour européenne des droits de l'homme», *cette Revue*, 2018, pp. 503-521.

lors que des juridictions nationales indépendantes et impartiales avaient déjà soigneusement examiné les faits de la cause, en appliquant la Convention et la jurisprudence y afférente⁴⁸.

26. Un récent arrêt *I.M. c. Suisse* du 9 avril 2019 résume l'approche de la Cour en ce domaine. Après avoir rappelé que «les juridictions internes doivent motiver leurs décisions de manière suffisamment circonstanciée, afin notamment de permettre à la Cour d'assurer le contrôle européen qui lui est confié»⁴⁹, la Cour enseigne que «s'il s'avère que les autorités internes ont procédé à un examen suffisant et convaincant des faits et considérations pertinents, y englobant une pesée adéquate entre les intérêts personnels du requérant et les intérêts plus généraux de la société, il n'appartient pas à la Cour de se substituer à l'appréciation faite par celles-ci, y compris par rapport à l'examen de la proportionnalité de la mesure litigieuse, sauf s'il existe des raisons importantes pour le faire [...]»⁵⁰. Dans l'affaire *I.M.*, la Cour a cependant conclu à la violation de l'article 8 en cas d'expulsion du requérant, au motif que «le Tribunal administratif fédéral a effectué un examen superficiel de la proportionnalité de la mesure de renvoi [litigieuse]»⁵¹.

27. Il ne pourrait être question de vouer la Cour aux gémonies lorsqu'elle tend à responsabiliser les juridictions et les autorités nationales. Telle est l'essence de la subsidiarité. Celle-ci signifie que la protection de la Convention est avant tout une affaire nationale – pour le dire plus clairement encore : une affaire d'États –, que l'action de ceux-ci est première et prioritaire, tandis que l'intervention de la Cour est secondaire et supplétive. Partant, lorsque les autorités et juridictions nationales assurent la protection requise par la Convention, l'intervention subsidiaire, supplétive, de la Cour n'a pas lieu d'être.

28. Dans l'hypothèse où les autorités et juridictions nationales assureraient une protection allant au-delà des standards fixés par la Convention, la Cour ne pourrait freiner ces autorités et juridictions dans leurs heureuses initiatives. Il s'agit de rappeler que la Convention fixe un seuil minimal de protection que les

⁴⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Ndidi c. Royaume-Uni*, 14 septembre 2017, § 76.

⁴⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *I.M. c. Suisse*, 9 avril 2019, § 72.

⁵⁰ *Ibid.*, § 73.

⁵¹ *Ibid.*, § 78. Voy. dans un sens comparable, Cour eur. dr. h., arrêt *Mehmet Resit Arslan et Orhan Bingöl c. Turquie*, 18 juin 2019, où la Cour relève, sous l'angle de l'article 2 du premier Protocole additionnel à la Convention (droit à l'instruction), que «les juges ont failli à leur obligation de se livrer à un exercice de mise en balance entre l'intérêt des requérants et les impératifs de l'ordre public» (§ 71) en sorte qu'elle se déclare dans l'impossibilité «d'exercer effectivement son contrôle européen sur la question de savoir si les autorités nationales ont appliqué les normes établies par sa jurisprudence concernant la mise en balance des intérêts en jeu» (§ 70).

États sont tenus impérativement de respecter mais qu'ils sont habilités, encouragés même, à dépasser⁵².

B. *L'expansion du contrôle procédural*

29. La retenue de la Cour sur le plan substantiel se voit « compensée » par une expansion corrélative du contrôle procédural⁵³. Dans cette perspective, la Cour s'attache moins à contrôler la substance de la mesure critiquée devant elle, que le processus ayant conduit à son adoption. Autrement dit, davantage que la décision, c'est la qualité du processus décisionnel qui focalise l'attention de la Cour⁵⁴.

1. Le contrôle procédural des mesures législatives

30. La Cour a tendance à faire montre de davantage de retenue à l'égard des choix législatifs lorsque ceux-ci ont été précédés de ce que nous appellerons une « étude préalable d'incidences conventionnelles ». À plusieurs reprises, en effet, la Cour a conclu à l'absence de violation de la Convention en soulignant la qualité du travail législatif opéré en amont de l'adoption de la norme.

31. Tel fut le cas dans le très controversé arrêt *Animal Defenders International* du 22 avril 2013. La Cour y a salué l'« examen exceptionnel, effectué par les organes parlementaires, de tous les aspects culturels, politiques et juridiques » de l'interdiction de la publicité politique payante à la télévision⁵⁵, pour conclure au final à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention⁵⁶. Il en a été de

⁵² Voy. en ce sens l'article 53 de la Convention : « *Aucune des dispositions de la présente Convention ne sera interprétée comme limitant ou portant atteinte aux droits de l'homme et aux libertés fondamentales qui pourraient être reconnus conformément aux lois de toute Partie contractante ou à toute autre Convention à laquelle cette Partie contractante est partie* ».

⁵³ Voy. P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, « Subsidiarity post-Brighton : procedural rationality as answer? », *Leiden Journal of International Law*, 2017, vol. 30, n° 1, pp. 5-23.

⁵⁴ Voy., dans la littérature récente, E. BREMS et J. GERARDS (dir.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017 ; Th. KLEINLEIN, « The procedural approach of the European Court of Human Rights : between subsidiarity and dynamic evolution », *International and Comparative Law Quarterly*, 2019, vol. 68, n° 1, pp. 91-110.

⁵⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, § 114.

⁵⁶ Voy., sur cet arrêt, P. DUCOULOMBIER, « *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* : victoire du dialogue institutionnel ou déférence injustifiée à l'égard des principes du droit britannique? », *Journal européen des droits de l'homme*, 2014, n° 1, p. 3-28. Voy. également P. POPELIER, « Procedural rationality review after *Animal Defenders International* : a constructively critical approach », *European Constitutional Law Review*, 2019, vol. 15, n° 2, pp. 272-293.

même dans l'arrêt *Parrillo* du 27 août 2015. Pour conclure en l'espèce que l'interdiction faite à la requérante de faire don, à des fins de recherche scientifique, de ses embryons issus d'une fécondation *in vitro* est compatible avec le droit au respect de la vie privée, la Cour a relevé que «lors du processus d'élaboration de la loi litigieuse, le législateur avait déjà tenu compte des différents intérêts ici en cause»⁵⁷. *A contrario*, le célèbre arrêt *Hirst* (n° 2) de la Grande Chambre du 6 octobre 2005 a stigmatisé l'absence d'un tel débat législatif pour conclure à la violation de l'article 3 du premier Protocole: «rien ne montre que le Parlement ait jamais cherché à peser les divers intérêts en présence ou à apprécier la proportionnalité d'une interdiction totale de voter visant les détenus condamnés»⁵⁸.

2. Le contrôle procédural des mesures individuelles

32. L'arrêt *Karacsony c. Hongrie* du 17 mai 2016 constitue un bel exemple du contrôle procédural pratiqué par la Cour lorsqu'une mesure individuelle est en cause⁵⁹. Dans cette affaire, la Cour était appelée à statuer sur la compatibilité avec l'article 10 de la Convention de sanctions disciplinaires infligées à des députés en raison de leur comportement au sein de l'hémicycle. Réunie en Grande Chambre, la Cour s'est abstenue de s'aventurer sur le terrain glissant du contrôle substantiel de la proportionnalité de la sanction disciplinaire pour exercer un contrôle exclusivement procédural. À son estime, les parlements se trouvent «mieux placés que le juge international pour apprécier la nécessité d'agir face à un député dont le comportement perturberait le bon ordre des débats parlementaires et risquerait de nuire à l'intérêt fondamental consistant à assurer le bon fonctionnement du parlement dans une démocratie»⁶⁰. Aussi la Cour a-t-elle jugé «plus utile d'axer son analyse sur la question de savoir si la restriction à la liberté d'expression des requérants s'accompagnait de garanties effectives et adéquates contre les abus»⁶¹. Sous cet angle, la Cour a constaté que deux garanties procédurales essentielles avaient été méconnues dans le cas des requérants: le droit de ceux-ci d'être entendus préalablement au prononcé de leur sanction et la motivation de celle-ci⁶². En raison de la méconnaissance

⁵⁷ *Parrillo c. Italie*, préc., § 188.

⁵⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Hirst c. Royaume-Uni* (n° 2), 6 octobre 2005, § 79.

⁵⁹ Voy. M. BORRES et M. SOLBREUX, «La liberté d'expression des parlementaires et le maintien de l'ordre dans l'hémicycle», *cette Revue*, 2017, pp. 585-605.

⁶⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Karacsony e.a. c. Hongrie*, 17 mai 2016, § 143.

⁶¹ *Ibid.*, § 151.

⁶² *Ibid.*, §§ 156-162.

de ces deux garanties, la Cour a – unanimement, il importe de le préciser⁶³ – conclu à la violation de l'article 10 de la Convention.

33. Cet arrêt *Karacsony* met particulièrement bien en lumière la manière dont la Cour évite, dans le respect du principe de subsidiarité gouvernant son office, de se substituer à l'autorité nationale compétente dans l'appréciation du bien-fondé de la sanction litigieuse, tout en ne renonçant point à son contrôle, concluant même *in fine* à la violation de la Convention. À vrai dire, loin de concerner le seul article 10 de la Convention, ce contrôle procédural concerne pratiquement l'ensemble des droits substantiels de la Convention⁶⁴.

34. Ce contrôle procédural pratiqué par la Cour a ses vertus. Mais il a aussi ses limites⁶⁵. On ne peut en effet perdre de vue qu'une décision inique et foncièrement liberticide peut découler d'un processus parfaitement respectueux de l'équité procédurale.

II. L'appui sur un consensus

35. Lorsqu'elle se voit saisie d'une question délicate, la Cour cherche très souvent à établir s'il existe, sur cette question, une « communauté de vues »⁶⁶ ou une « norme européenne commune »⁶⁷. *A priori*, on peut penser que la recherche de pareil consensus est un facteur d'acceptabilité des arrêts de la Cour dans la mesure où celle-ci ne ferait qu'entériner une norme ou une pratique bien répan-

⁶³ Aucune opinion séparée n'assortit, du reste, l'arrêt, ce qui témoigne d'une convergence *a priori* totale de vues entre les dix-sept juges de la Grande Chambre, ce qui est pour le moins rare.

⁶⁴ Voy. pour une illustration plus récente, Cour eur. dr. h., arrêt *G.K. c. Belgique*, 21 mai 2019, §§ 56-65 (contrôle opéré par la Cour sur le terrain de l'article 3 du premier Protocole additionnel à la Convention s'agissant de la perte par la requérante de son mandat de sénatrice). Voy., pour davantage d'illustrations, M.-A. BEERNAERT et Fr. KRENC, *Le droit à un procès équitable dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*, Anthemis, Limal, 2019, pp. 27-30. Voy. plus largement la thèse de N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2017.

⁶⁵ Voy. Fr. TULKENS, « Conclusions générales », in Fr. Sudre (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. « Droit et justice », n° 108, Nemesis-Anthemis, Bruxelles-Limal, 2014, p. 406 : « le danger de la procéduralisation est que le contrôle de la Cour s'épuise dans le constat qu'il est satisfait aux impératifs procéduraux et ne comporte plus d'aspect substantiel. La procéduralisation risque alors d'être un alibi d'un contrôle sur le fond et pourrait faire le jeu de ceux qui veulent alléger la surveillance de la Cour sur les décisions étatiques ».

⁶⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Demir et Baykara c. Turquie*, 12 novembre 2008, § 86.

⁶⁷ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Tănase c. Moldova*, 27 avril 2010, § 176.

due au sein de la communauté des États parties (A) ou emboîter le pas d'autres juridictions ou organes internationaux (B).

A. *Le consensus observable au sein de la communauté des États parties*

36. La Cour peut, tout d'abord, s'appuyer sur un «consensus» pour fonder une nouvelle interprétation d'un droit garanti par la Convention. L'arrêt *Micallef c. Malte* du 15 octobre 2009 a ainsi pris appui sur le «large consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe quant à l'applicabilité de l'article 6 aux mesures provisoires, y compris les injonctions»⁶⁸ pour revoir la jurisprudence antérieure de la Cour et assujettir, en règle, les procédures en référé aux exigences du procès équitable. Loin d'être révolutionnaire car déjà largement ancré en droit interne, cet enseignement n'a, en raison de ce «consensus», guère suscité de levées de boucliers de la part des États.

37. Lorsqu'elle examine une requête dirigée contre un État, la Cour peut par ailleurs «se pencher sur la situation qui prévaut dans d'autres pays membres relativement aux questions soulevées en l'espèce pour évaluer s'il existe un 'consensus européen' ou au moins une certaine tendance parmi les États membres»⁶⁹. Un «consensus»⁷⁰ ou même une «tendance»⁷¹ peuvent de la sorte asseoir un constat de violation de la Convention. Pour une illustration récente, on peut mentionner l'arrêt *Molla Sali c. Grèce* du 19 décembre 2018 concernant l'application contraignante de la charia en Thrace occidentale. En soutien de son constat d'une discrimination, la Cour a épinglé «le fait que la Grèce est le seul pays en Europe qui, jusqu'à l'époque des faits, appliquait la charia à une partie de ses citoyens contre leur volonté»⁷².

⁶⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009, § 78.

⁶⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Belli et Arquier-Martinez c. Suisse*, 11 décembre 2018, § 109.

⁷⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Kiyutin c. Russie*, 10 mars 2011, § 65 : «il apparaît [...] que le refus d'accorder un permis de séjour aux demandeurs séropositifs ne reflète pas l'existence d'un consensus européen établi et que cette politique ne trouve guère d'appui parmi les États membres du Conseil de l'Europe».

⁷¹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Vallianatos e.a. c. Grèce*, 7 novembre 2013, § 91 : «bien qu'il n'y ait pas de consensus au sein des ordres juridiques des États membres du Conseil de l'Europe, une tendance se dessine actuellement quant à la mise en œuvre de formes de reconnaissance juridique des relations entre personnes de même sexe».

⁷² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Molla Sali c. Grèce*, 19 décembre 2018, § 158.

B. *Le consensus observable au sein d'autres enceintes internationales*

38. On peut tout autant concevoir qu'un arrêt sera mieux accepté s'il s'inscrit à la suite de positions analogues adoptées par d'autres cours internationales ou d'autres organes internationaux. La Cour procède régulièrement de la sorte lorsqu'elle est amenée à circonscrire l'interprétation qu'il y a lieu de donner à une disposition de la Convention ou de ses protocoles.

On pense à l'arrêt *Zolotoukhine c. Russie* du 10 février 2009 dans lequel la Cour, à propos de la portée à conférer au principe *non bis in idem*, s'est appuyée sur la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne ainsi que sur celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme⁷³. On songe à l'arrêt *Bayatyan c. Arménie* du 7 juillet 2011 en ce que la Cour s'est notamment fondée sur «la jurisprudence» du Comité des droits de l'homme pour interpréter l'article 9 de la Convention et admettre l'applicabilité de cette disposition aux objecteurs de conscience⁷⁴. On peut encore citer l'arrêt *Magyar Helsinki Bizottsag c. Hongrie* du 8 novembre 2016 dans lequel la Cour a indiqué, en s'appuyant – parmi de nombreuses sources – sur la «jurisprudence» du Comité des droits de l'homme ainsi que sur celle de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, que l'article 10 de la Convention peut être interprété comme fondant, dans certaines circonstances, un droit d'accès aux documents détenus par l'administration⁷⁵.

39. Toutefois, dans certains cas, la Cour s'écarte de la position d'autres organes internationaux pourtant suivie dans d'autres affaires. Cette prise de distance se traduit alors – mais pas toujours – par une position de retrait.

Ainsi, dans l'affaire *R.M.T.* relative à l'interdiction, en vigueur au Royaume-Uni, d'organiser des actions collectives secondaires, la Cour a délibérément refusé de prendre en considération les positions critiques émises en la matière par les organes de contrôle de l'O.I.T. et de la Charte sociale européenne. Pareille prise de distance n'a pas manqué de surprendre dès lors qu'elle contraste avec la pratique interprétative solennisée par la Cour dans son arrêt *Demir et Baykara*⁷⁶.

⁷³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009, § 79.

⁷⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Bayatyan c. Arménie*, 7 juillet 2011, § 105.

⁷⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Magyar Helsinki Bizottsag c. Hongrie*, 8 novembre 2016, §§ 140-148.

⁷⁶ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, Fr. KRENC et O. VAN DER NOOT, «Questions of method: the use of external sources in *R.M.T. v. United Kingdom*», in E. Brems et E. Desmet (éd.), *Integrated Human Rights in Practice. Rewriting Human Rights Decisions*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, 2017, pp. 31-70.

De même, alors que le Comité européen pour la prévention de la torture et des traitements inhumains ou dégradants (C.P.T.) prescrit une surface minimale de 4 m² quant à l'espace personnel dont doit bénéficier une personne détenue dans une cellule collective, la Cour, dans son arrêt *Mursic c. Croatie* du 20 octobre 2016, s'est ostensiblement écartée de ce standard pour retenir une « norme minimale » de 3 m² de surface au sol⁷⁷.

Un dernier exemple : dans son arrêt *Correia de Matos c. Portugal* du 4 avril 2018, la Cour a pris expressément ses distances par rapport au Comité des droits de l'homme concernant la portée du droit de tout accusé de se défendre seul.

40. Néanmoins, la prise de distance par la Cour par rapport à d'autres instruments ou à d'autres organes peut aussi se traduire par l'octroi d'une protection plus grande sous l'angle de la Convention, comme en attestent les arrêts *Adefdromil et Matelly c. France* du 2 octobre 2014. Dans ces affaires portant sur la liberté syndicale des militaires, la Cour a refusé de prendre en considération la référence faite par le gouvernement français à la Charte sociale européenne, telle qu'interprétée par le Comité européen des droits sociaux⁷⁸, pour juger que « si la liberté d'association des militaires peut faire l'objet de restrictions légitimes, l'interdiction pure et simple de constituer un syndicat ou d'y adhérer porte à l'essence même de cette liberté, une atteinte prohibée par la Convention »⁷⁹.

III. La justification des méthodes interprétatives et des solutions

41. On incline naturellement à penser que plus une solution est justifiée, plus grande est la chance qu'elle sera acceptée. La Cour le martèle à l'adresse des juridictions nationales : l'une des finalités de la motivation de la décision de justice consiste à « contribuer à une meilleure acceptation de [celle-ci] »⁸⁰.

En tant que justiciables devant la Cour, les États peuvent dès lors légitimement aspirer à ce que les constats de violation reposent sur une motivation

⁷⁷ Voy. Fr. TULKENS, « Cellule collective et espace personnel – Un arrêt en trompe-l'œil », *cette Revue*, 2017, pp. 989 et s. Voy. aussi Fr. KRENC et S. VAN DROOGENBROECK, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *J.T.*, 2017, p. 476.

⁷⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Adefdromil c. France*, 2 octobre 2014, § 59 ; arrêt *Mattely c. France*, 2 octobre 2014, § 74.

⁷⁹ *Adefdromil c. France*, préc., § 60 ; *Mattely c. France*, préc., § 75.

⁸⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Taxquet c. Belgique*, 16 novembre 2010, § 91.

solide et convaincante (A). Cela dit, des justifications peuvent également être livrées en marge des arrêts (B).

A. La justification dans les arrêts

42. La doctrine n'a pas manqué d'«inviter la Cour à faire preuve de plus de rigueur dans ses raisonnements pour renforcer la motivation de ses arrêts et leur autorité»⁸¹. Au sein même du Palais des droits de l'homme, des voix se font également entendre pour réclamer davantage de rationalité et de cohérence dans les choix interprétatifs opérés par la Cour⁸².

43. Deux techniques interprétatives de la Convention mobilisées par la Cour alimentent plus particulièrement les controverses. Il s'agit de l'interprétation dite «globalisante», d'une part, et de l'interprétation «consensuelle», d'autre part.

44. L'interprétation «globalisante»⁸³ consiste, pour la Cour, à se référer à des sources externes à la Convention, ces sources externes pouvant relever tantôt du *hard law* (autres conventions internationales, par exemple), tantôt du *soft law* (droit «recommandatoire»)⁸⁴. Nous ne reviendrons plus ici sur l'arrêt *Demir et Baykara c. Turquie* du 12 novembre 2008 ni sur les multiples commen-

⁸¹ Fr. SUDRE, «Les moyens de renforcement de la motivation de la Cour», in *La Cour européenne des droits de l'homme – Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, op. cit., p. 213.

⁸² Voy. l'opinion commune des juges De Gaetano et Wojtyczek sous l'arrêt *S., V. et A. c. Dane-mark* du 22 octobre 2018 : «rien ne permet de comprendre pourquoi dans certaines affaires la Cour adopte une interprétation évolutive du texte s'écartant de l'intention originale des parties et de la lettre du traité et pourquoi dans d'autres affaires, telles que celle-ci, elle suit l'approche inverse. Le résultat est qu'elle ne livre pas de théorie cohérente de l'interprétation des traités propre à servir de base à ses arrêts et qu'elle n'explique pas non plus ses propres choix quant aux règles d'interprétation qu'elle applique».

⁸³ Pour reprendre le terme de Patrick Wachsmann («Réflexions sur l'interprétation globalisante de la Convention européenne des droits de l'homme», in *La conscience des droits. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, 2011, pp. 667-676).

⁸⁴ Voy., concernant la mobilisation du *soft law* par la Cour, Fr. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. KRENC, «Le *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme – Questions de légitimité et de méthode», *cette Revue*, 2012, pp. 433-489. Voy. plus récemment A. NUSSBERGER, «Hard Law or Soft Law – Does it matter? Distinctions between different sources of international law in the jurisprudence of the ECtHR», in A. Van Aaken et J. Motoc (éd.), *The European Convention on Human Rights and General International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2018, pp. 41 et s.

taires, en sens divers, qui l'ont suivi⁸⁵. Nous voudrions simplement souligner ce qui suit. Dans un monde globalisé, caractérisé non plus par une structure pyramidale mais articulé autour du modèle du réseau⁸⁶, ce recours à ces sources externes est naturel, inéluctable et, pour tout dire, bienvenu. Le décloisonnement des ordres juridiques conduit à une circularité accrue des normes et des jurisprudences, et c'est heureux. La difficulté tient dans le choix des sources externes mobilisées pour interpréter la Convention⁸⁷. La Cour affirme que «c'est à [elle] qu'il appartient de décider des instruments et rapports internationaux qu'elle juge dignes d'attention ainsi que du poids qu'elle entend leur accorder»⁸⁸. Il est cependant légitime d'attendre en retour de la rigueur et de la transparence dans la sélection et l'usage de ces sources externes. Le respect du contradictoire est tout aussi essentiel lorsque la Cour se réfère d'office et de manière déterminante à une source externe, ceci afin d'éviter que les parties ne soient prises «par surprise»⁸⁹.

45. L'interprétation dite «consensuelle» suscite pareillement d'intarissables discussions⁹⁰. La Cour elle-même se montre plus que partagée⁹¹. En particulier,

⁸⁵ Voy. S. VAN DROOGHENBROECK, «Les frontières du droit et le temps juridique: la Cour européenne des droits de l'homme repousse les limites», *cette Revue*, 2009, pp. 811-849. Pour une approche plus critique, voy. P. WACHSMANN, *op. cit.*, pp. 667-676. Comp. L. BURGORGUE-LARSEN, «*Nothing is perfect*. Libres propos sur la méthodologie interprétative de la Cour européenne», in *L'homme et le droit. Mélanges en hommage à Jean-François Flauss*, Pedone, Paris, 2014, pp. 129-143.

⁸⁶ Fr. OST et M. VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, Bruxelles, 2002.

⁸⁷ Pourquoi faire appel à une source dans une affaire et rejeter cette même source dans une autre? Pourquoi, par exemple, la Cour suit-elle le Comité des droits de l'homme dans les affaires *Py c. France* ou *Bayatyan c. Arménie* mais refuse-t-elle de faire de même dans les affaires *A c. Royaume-Uni* ou *Correia de Matos c. Portugal*?

⁸⁸ *Tănase c. Moldova*, préc., § 176.

⁸⁹ Conformément à la jurisprudence de la Cour sur le terrain de l'article 6 de la Convention: Cour eur. dr. h., arrêt *Cepek c. République tchèque*, 5 septembre 2013, § 48; arrêt *Liga Portuguesa de Futebol Profissional c. Portugal*, 17 mai 2016, § 59.

⁹⁰ Voy. Fr. SUDRE, «La mystification du 'consensus' européen», *J.C.P.*, éd. G., 2015, pp. 2293-2299; B. PASTRE-BELDA, «Et si la Cour européenne des droits de l'homme renonçait à l'interprétation consensuelle?», *cette Revue*, 2015, pp. 89-113.

⁹¹ Voy. de manière explicite, l'opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Hirvelä, Lazarov Trajkovska et Tsotsoria sous l'arrêt *S.H. e.a. c. Autriche*, préc.: «Les divergences dans la jurisprudence de la Cour quant à la valeur déterminante du consensus européen et le manque de rigueur des critères retenus pour contrôler celui-ci atteignent ici leur limite, créant une profonde insécurité juridique». Voy. aussi L. WILDHABER, A. HJARTARSON et S. DONNELLY, «No consensus on consensus? The practice of the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Journal*, 2013, vol. 33, n° 7-12, pp. 248-263.

ce sont la mesure du «consensus»⁹² et les conséquences qu'il convient d'en tirer au niveau de la marge d'appréciation étatique, qui attisent les controverses. Sur ce point, on sait que traditionnellement, l'existence d'un consensus européen restreint la marge d'appréciation des États, alors que l'absence de consensus accroît généralement cette marge. Toutefois, des arrêts de la Cour octroient une large marge d'appréciation aux États, nonobstant un large et franc consensus⁹³. Inversement, l'absence de consensus n'implique pas automatiquement une ample marge d'appréciation⁹⁴.

46. Nous ne nous appesantirons pas davantage sur les techniques interprétatives mobilisées par la Cour, renvoyant aux nombreux écrits consacrés à ces questions. Il est en tout cas certain que la transparence, la rigueur et la cohérence constituent autant de vecteurs d'acceptabilité des arrêts de la Cour.

B. *La justification dans les opinions séparées*

47. Si la motivation des arrêts favorise indubitablement leur acceptation par ceux qui en sont les destinataires, les opinions séparées que les juges sont libres d'adjoindre à ces arrêts, et singulièrement les opinions concordantes, peuvent

⁹² Voy. par exemple *S.A.S. c. France*, préc. Alors que seuls deux États (la France et la Belgique) sur les quarante-sept États parties, ont décidé d'interdire le port du voile intégral dans l'espace public, la Cour constate qu'«il n'y a pas de consensus européen contre l'interdiction» (§ 156). *Contra*: l'opinion en partie dissidente commune aux juges Nussberger et Jäderblom: «Le fait que quarante-cinq États membres sur quarante-sept – donc une écrasante majorité – n'aient pas estimé nécessaire de légiférer dans ce domaine est un indicateur très fort de l'existence d'un consensus européen».

⁹³ L'un des arrêts les plus notables à cet égard est l'arrêt *A, B et C c. Irlande* du 16 décembre 2010 dans lequel la Cour, à propos de l'interdiction de l'avortement, a considéré que «le consensus observé [en faveur d'un accès plus large à l'avortement] ne réduit pas de manière décisive l'ample marge d'appréciation des États» (§ 236). Voy. à cet égard la critique des juges Rozakis, Tulkens, Fura, Hirvelä, Malinverni et Poalelungi dans leur opinion commune émise en marge de l'arrêt: «en l'occurrence, il existe bien un consensus européen – et un consensus très net. C'est sans doute l'une des rares fois dans sa jurisprudence que la Cour considère que le consensus en question ne restreint pas l'ample marge d'appréciation de l'État concerné» (point 6).

⁹⁴ Ainsi, par exemple, dans son premier avis consultatif rendu le 10 avril 2019 sur la base du Protocole n° 16, la Cour a estimé que, bien qu'«il n'y [ait] pas consensus en Europe» sur la question de la reconnaissance juridique d'un lien de filiation entre les enfants nés d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et les parents d'intention, la marge d'appréciation étatique devait se voir réduite dès lors qu'«un aspect particulièrement important de l'identité d'un individu se trouve en jeu» (Cour eur. dr. h., Gde Ch., avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, 10 avril 2019, §§ 43-45).

également être le lieu de justifications ou d'éclairages complémentaires. L'opinion concordante constitue alors un moyen d'expression qui peut être mis à profit par un ou plusieurs juges pour expliquer, avec une plus grande liberté de parole, la solution retenue par l'arrêt de condamnation afin de rendre celui-ci plus « acceptable » pour l'État condamné.

48. L'exemple de la « déclaration » émise par le juge Costa sous l'arrêt *Papon c. France* du 25 juillet 2002 nous paraît topique à cet égard. Même s'il ne s'agit pas formellement d'une « opinion » mais d'une « déclaration », le juge Costa y justifie, avec un souci manifeste de pédagogie, la condamnation de la France en indiquant qu'elle était inévitable au vu de la jurisprudence *Poitrinol*. Dans un passé plus récent, on songe à l'opinion concordante du juge Paul Lemmens émise sous l'arrêt *Paposhvili c. Belgique* du 13 décembre 2016⁹⁵. Le juge Lemmens y éclaire les raisons pour lesquelles la Cour a revu sa jurisprudence *N. c. Royaume-Uni*, en mettant en exergue le rôle déterminant joué en l'occurrence par le juge national (en l'espèce, le Conseil du contentieux des étrangers).

49. Il n'est pas inintéressant d'observer que dans l'une comme dans l'autre affaire, la déclaration et l'opinion précitées émanaient des juges dits « nationaux ». Davantage que ses collègues, le juge national assumerait-il, dans les cas les plus critiques, un rôle de « porte-parole » de la Cour vis-à-vis de l'État au titre duquel il est élu ?

IV. L'atténuation du constat de violation par une note positive

50. Afin de rendre l'arrêt de condamnation plus « acceptable » pour l'État concerné, il arrive aussi que la Cour émette des « signaux positifs » à destination de l'État condamné, voire assortisse son constat de violation d'un brevet – nécessairement provisoire – de conventionnalité du droit interne.

51. L'arrêt *Toubache c. France* du 7 juin 2018 peut être cité en ce que la Cour, après avoir conclu à la violation de l'article 2 de la Convention, « note que, postérieurement à la présente espèce, la France a adopté, le 28 février 2017, une loi qui, intégrant les principes dégagés par la jurisprudence de la

⁹⁵ Voy. sur cet arrêt M. BOSSUYT, « La Cour de Strasbourg souhaite que les États parties instaurent une procédure d'asile médical », *cette Revue*, 2017, pp. 651-668 et P. MARTENS, « L'honneur perdu puis retrouvé de la Cour européenne des droits de l'homme », *cette Revue*, 2017, pp. 669-680.

Cour, énonce que les forces de l'ordre ne peuvent faire usage de leur arme qu'en cas d'absolue nécessité et de manière strictement proportionnée»⁹⁶.

L'arrêt *Karacsony c. Hongrie* du 17 mai 2016 se ponctue dans un sens analogue. S'il constate, en l'espèce, une violation de l'article 10 de la Convention, cet arrêt relève qu'«une modification de la loi relative à l'Assemblée [...] est entrée en vigueur le 4 mars 2014, et que les garanties procédurales minimales qui s'imposaient en l'espèce apparaissent donc avoir été mises en place»⁹⁷.

Dans certains cas, l'État condamné aura donc déjà tiré anticipativement les conséquences d'un arrêt de violation avant même son prononcé, en sorte que les effets «dommageables» d'un tel constat s'avèreront limités pour l'État concerné. Le fait que la Cour ne se limite pas à prendre acte de la nouvelle réglementation, mais qu'elle en cautionne également *a priori* la conventionnalité, contribue immanquablement à une meilleure acceptabilité de l'arrêt de condamnation par son destinataire.

Inversement, une réforme opérée en droit interne amènera plus facilement la Cour à constater une violation de la Convention du fait d'une situation antérieure à cette réforme⁹⁸. Celle-ci vaudrait, en quelque sorte, aveu d'inconventionnalité.

V. Une jurisprudence claire et cohérente

52. Lors des conférences intergouvernementales consacrées depuis 2010 à la réforme du système de la Convention, il a été insisté, à de multiples reprises⁹⁹, sur «la clarté et la cohérence» des arrêts de la Cour. La déclaration de Copenhague adoptée à l'issue de la Conférence qui s'est tenue les 12 et 13 avril 2018, énonce en ce sens que «la qualité et en particulier la clarté et la cohérence des arrêts de la Cour sont importantes pour l'autorité et l'effectivité du système de la Convention. Ils fournissent aux autorités nationales un cadre pour appliquer et faire respecter les normes de la Convention au niveau national»¹⁰⁰.

⁹⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Toubache c. France*, 7 juin 2018, § 51.

⁹⁷ *Karacsony e.a. c. Hongrie*, préc., § 160.

⁹⁸ Voy. par exemple Cour eur. dr. h., arrêt *Coëme e.a. c. Belgique*, 22 juin 2000, § 107.

⁹⁹ Voy. la Déclaration d'Interlaken du 19 février 2010, la Déclaration de Brighton du 20 avril 2012, ainsi que la Déclaration de Bruxelles du 27 mars 2015.

¹⁰⁰ Point 27 de la Déclaration de Copenhague. Voy. plus largement sur cette Conférence, l'analyse de D. SZYMCAK, «Putsch manqué ou marché de dupes? Retour sur la Conférence de Copenhague des 12 et 13 avril 2018», *cette Revue*, 2018, pp. 813 et s.

Comment ne pas faire siennes pareilles affirmations? Pour pouvoir appliquer correctement la Convention telle qu'elle est interprétée par la Cour, il faut savoir ce que dit exactement celle-ci. La Cour doit dès lors être comprise. Cela suppose des lignes jurisprudentielles claires (A) et cohérentes (B). La clarté et la cohérence vont d'ailleurs souvent de pair.

53. À cet égard, le rôle joué par la Grande Chambre est capital tantôt pour «clarifier»¹⁰¹, tantôt pour «harmoniser»¹⁰² la jurisprudence, sans oublier celui, plus méconnu mais essentiel, du jurisconsulte de la Cour¹⁰³.

A. La clarté

54. Assumant son rôle régulateur, la Grande Chambre est intervenue dans un certain nombre de domaines pour «clarifier», «éclaircir», «préciser» la jurisprudence de la Cour¹⁰⁴. On songe notamment à ses interventions successives à propos du droit à l'assistance d'un avocat¹⁰⁵ ou du principe *non bis in idem*¹⁰⁶.

¹⁰¹ Voy. par exemple Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Murtazaliyeva c. Russie*, 18 décembre 2018 où «la Cour juge utile en l'espèce de clarifier les principes généraux régissant l'audition des témoins à décharge tels qu'ils sont formulés dans sa jurisprudence relative à l'article 6 §§ 1 et 3 d) de la Convention» (§ 152; nous soulignons).

¹⁰² *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, préc., § 78: «La Cour estime que la diversité des approches adoptées pour vérifier si l'infraction pour laquelle un requérant a été poursuivi était en fait la même que celle pour laquelle il avait déjà été acquitté ou condamné par un jugement définitif est source d'une insécurité juridique incompatible avec ce droit fondamental qu'est le droit de ne pas être poursuivi deux fois pour la même infraction. C'est dans ce contexte que la Cour est à présent appelée à harmoniser l'interprétation de la notion de 'même infraction' – l'élément *idem* du principe *non bis in idem* – aux fins de l'article 4 du Protocole n° 7» (nous soulignons).

¹⁰³ La fonction de jurisconsulte est prévue et décrite à l'article 18 B du Règlement de la Cour de la manière suivante: «Aux fins de la qualité et de la cohérence de sa jurisprudence, la Cour est assistée d'un jurisconsulte. Celui-ci fait partie du greffe. Il fournit des avis et des informations, notamment aux formations de jugement et aux membres de la Cour». La fonction de jurisconsulte a donc précisément été instituée aux fins de veiller à la qualité et à la cohérence de la jurisprudence de la Cour.

¹⁰⁴ Tels sont les termes précisément employés dans l'arrêt *Rooman c. Belgique* rendu par la Grande Chambre le 31 janvier 2019: voy. le § 188.

¹⁰⁵ Voy. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Saldüz c. Turquie*, 27 novembre 2008; Gde Ch., arrêt *Dvorski c. Croatie*, 20 octobre 2015; Gde Ch., arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni*, 13 septembre 2016; Gde Ch., arrêt *Simeonovi c. Bulgarie*, 12 mai 2017; Gde Ch., arrêt *Beuze c. Belgique*, 9 novembre 2018.

¹⁰⁶ *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, préc.; Gde Ch., arrêt *A et B c. Norvège*, 15 novembre 2016; Gde Ch., arrêt *Mihalache c. Roumanie*, 8 juillet 2019.

55. Pour autant, certains pans de la jurisprudence restent encore brumeux. Il en est notamment ainsi de la jurisprudence de la Cour relative à la liberté d'expression¹⁰⁷, en particulier lorsque la religion est en cause. L'arrêt *E.S. c. Autriche* du 25 octobre 2018 n'a pas manqué de raviver les controverses à ce sujet, en jugeant compatible avec la liberté d'expression la condamnation pénale d'une ressortissante autrichienne à une amende de 480 euros pour avoir accusé Mahomet de «pédophilie»¹⁰⁸. Cet arrêt renoue avec la très controversée jurisprudence *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*¹⁰⁹ que l'on croyait pourtant abandonnée¹¹⁰. La Cour paraissait en effet s'être écartée de ces lignes jurisprudentielles en adoptant une posture plus libérale¹¹¹. Sans doute serait-il heureux qu'exerçant sa fonction régulatrice¹¹², la Grande Chambre clarifie prochainement les contours de la liberté d'expression lorsque son exercice cible les religions¹¹³.

¹⁰⁷ Voy. Fr. KRENC, «La liberté d'expression vaut pour les propos qui 'heurtent, choquent ou inquiètent'. Mais encore?», *cette Revue*, 2016, pp. 311-350.

¹⁰⁸ Voy. les vives critiques de G. HAARSCHER, «Le blasphémateur sous les fourches caudines des juges de Strasbourg», *cette Revue*, 2019, pp. 505-517.

¹⁰⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Otto-Preminger-Institut c. Autriche*, 20 novembre 1994.

¹¹⁰ Pour rappel, la Cour avait estimé en cette affaire que l'article 10 de la Convention n'avait pas été violé par la saisie suivie de la confiscation du film «Das Liebeskonzil» («Le concile d'amour»), tiré de la pièce satirique d'Oskar Panizza. La Cour avait, en substance, entériné la position des juridictions autrichiennes qui avaient vu dans ce film «une attaque injurieuse contre la religion catholique romaine». L'arrêt *E.S.* peut par ailleurs être rapproché de l'arrêt *I.A. c. Turquie* du 13 septembre 2005. Dans cet arrêt, tout aussi contestable et contesté, la condamnation pénale d'un éditeur d'un ouvrage contenant certains passages jugés blasphématoires par les juridictions turques, fut jugée compatible avec la liberté d'expression. À l'appui de sa conclusion, la Cour fit valoir que certains passages de cet ouvrage constituaient «une attaque injurieuse contre la personne du prophète de l'islam», des personnes de confession musulmane ayant pu «légitimement se sentir attaqué[e]s de manière injustifiée et offensante».

¹¹¹ Ainsi, dans un arrêt *Sekmadienis c. Lituanie* du 30 janvier 2018, la Cour a considéré qu'une amende infligée à une société de vêtements pour avoir mené une campagne publicitaire parodiant des personnages de la religion catholique était contraire à l'article 10 de la Convention.

¹¹² Voy. H. SURREL, «La Grande chambre joue-t-elle son rôle régulateur dans la détermination des limites de la liberté d'expression?», in *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, LexisNexis, Paris, 2018, pp. 751-759.

¹¹³ La ligne de démarcation entre l'admissible et l'interdit repose-t-elle sur l'incitation à l'intolérance religieuse? La distinction «faits» – «jugements de valeur» est-elle réellement pertinente lorsqu'il s'agit de religion? Une distinction doit-elle être faite selon que l'expression litigieuse est émise dans un espace public ouvert à tous (rue, par exemple) ou dans un lieu certes public mais dont l'accès suppose une démarche davantage volontaire (cinéma, théâtre ou salle de conférence)? Dans quelle mesure convient-il d'avoir égard au caractère «majoritaire» ou «minoritaire» de la religion visée (comparer sur ce point l'arrêt *Otto-Preminger-Institut* et l'arrêt *Sekmadienis*)? Enfin, le recours à l'arme pénale est-il adéquat pour sanctionner les propos susceptibles de heurter les convictions religieuses d'autrui? Il y a là autant de questions qui mériteraient des éclaircissements.

B. La cohérence

56. Depuis son arrêt *Chapman* du 18 janvier 2001, la Cour répète que « sans être formellement tenue de suivre l'un quelconque de ses arrêts antérieurs, [...] il est dans l'intérêt de la sécurité juridique, de la prévisibilité et de l'égalité devant la loi qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable des précédents ». Mais elle tempère aussitôt : « la Convention étant avant tout un mécanisme de défense des droits de l'homme, la Cour doit cependant tenir compte de l'évolution de la situation dans les États contractants et réagir, par exemple, au consensus susceptible de se faire jour quant aux normes à atteindre »¹¹⁴. C'est que les objectifs de cohérence et de sécurité juridique ne peuvent faire obstacle à la lecture dynamique – et non statique – propre à la Convention, celle-ci étant « un instrument vivant »¹¹⁵ dont le sens est à construire jour après jour, dans une quête permanente d'effectivité.

57. Reconnaissons-le : assurer la cohérence de sa jurisprudence constitue une véritable gageure pour la Cour, compte tenu de l'abondance du contentieux – qui s'inscrit au départ d'irréductibles cas d'espèce – ainsi que du traitement de celui-ci par des formations de jugement différentes¹¹⁶. Du reste, la Cour elle-même n'est pas un lieu de pensée unique.

58. L'affaire *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal* a précisément donné lieu à un débat au sein de la Grande Chambre au regard de l'impératif de cohérence de la jurisprudence de la Cour.

On le sait : celle-ci enseigne depuis son premier arrêt *Le Compte* du 23 juin 1981 que des autorités disciplinaires ou administratives, qui ne sont pas des tribunaux au sens classique du droit interne, ne sont pas tenues de rencontrer toutes les exigences de l'article 6 de la Convention – alors même que cette disposition est applicable à la procédure en cause – pour autant que les décisions de ces autorités puissent faire l'objet d'un contrôle de « pleine juridiction » par un « tribunal » réunissant, pour sa part, toutes les qualités requises par cet article 6¹¹⁷. La portée de cette « pleine juridiction » a suscité, pendant longtemps, d'âpres discussions. Au fil de sa jurisprudence, la Cour a fini par préciser que la « pleine juridiction » n'implique pas la substitution à l'autorité

¹¹⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2001, § 70.

¹¹⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, § 31.

¹¹⁶ Voy. V. BERGER, « Mieux vaut prévenir que guérir, ou comment assurer la cohérence de la jurisprudence de Strasbourg ? », in *L'homme dans la société internationale. Mélanges en hommage au professeur Paul Tavernier*, Bruylant, Bruxelles, 2013, pp. 559-566.

¹¹⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique*, 23 juin 1981, § 51.

administrative ou disciplinaire. En d'autres termes, il faut un contrôle de la décision, mais non un réexamen complet¹¹⁸.

L'arrêt *Ramos Nunes de Carvalho e Sá* rendu par la Grande Chambre le 6 novembre 2018 a toutefois ravivé les doutes autant que les controverses. Considérant que «le contrôle d'une décision imposant une sanction disciplinaire diffère du contrôle d'une décision administrative ne comportant pas un tel aspect punitif»¹¹⁹, la Cour a jugé que le contrôle de «pleine juridiction» doit se révéler «suffisamment poussé» lorsque des points de fait capitaux demeurent contestés par la personne sanctionnée disciplinairement¹²⁰. Sur cette base, la Cour a stigmatisé, dans le cas d'espèce, les lacunes du contrôle opéré par la Cour suprême portugaise sur les sanctions prises par le Conseil supérieur de la magistrature à l'égard d'une magistrate dans la mesure où la Cour suprême s'était déclarée incompétente pour procéder à un réexamen des faits, pourtant contestés par la requérante, laquelle n'avait, du reste, pas pu bénéficier d'une audience, ni devant le Conseil supérieur de la magistrature (autorité disciplinaire), ni devant la Cour suprême (juridiction de contrôle).

Cette approche de la Cour quant à la portée de la «pleine juridiction» requise au titre de l'article 6 de la Convention a emporté une vive critique de la part de ses membres les plus éminents. Emmenés par le Président Raimondi et la vice-présidente Nussberger, six des dix-sept juges composant la Grande Chambre ont dénoncé un «écart mal avisé par rapport à la jurisprudence établie de la Cour». Objectant que le contrôle de «pleine juridiction» implique selon cette «jurisprudence bien établie» «de vérifier la décision et non de réexaminer l'affaire», ces juges estiment que l'arrêt *Ramos Nunes de Carvalho e Sá* «risque fort d'être source de confusion et d'incertitude». Des précisions sont dès lors attendues en vue de préserver la clarté et la cohérence de la jurisprudence. Ces attentes des autorités et juridictions nationales sont parfaitement légitimes.

VI. Une «interprétation prudente et équilibrée de la Convention»

59. Si «les efforts faits par la Cour pour améliorer la clarté et la cohérence de ses arrêts» ont été «salués» par les États lors de la Conférence de Copenhague

¹¹⁸ Voy., pour un arrêt récent, Cour eur. dr. h., arrêt *S.A. Patronale hypothécaire c. Belgique*, 17 juillet 2018, §§ 47-48.

¹¹⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, 6 novembre 2018, § 196.

¹²⁰ *Ibid.*, § 206.

d'avril 2018¹²¹, ceux-ci ont également déclaré «[apprécier] les efforts de la Cour pour veiller à une interprétation prudente et équilibrée de la Convention»¹²².

60. Ainsi que nous l'avons déjà souligné plus haut (*supra*, n° 10), il serait inexact d'affirmer que l'ensemble de la jurisprudence récente de la Cour se voit dominé par la prudence, voire par la pusillanimité. Il n'est que de songer – si l'on se limite à la seule jurisprudence émanant de la Grande Chambre relative à la Belgique – à l'arrêt *Bouyid* dans lequel la Cour a considéré qu'une gifle infligée dans un commissariat bruxellois constituait un traitement dégradant contraire à l'article 3 de la Convention¹²³, à l'arrêt *Paposhvili* précité où la Cour a abandonné sa jurisprudence *N.* concernant la problématique liée au renvoi d'étrangers gravement malades¹²⁴ ou encore, plus récemment, à l'arrêt *Rooman* par lequel la Cour subordonne désormais la «régularité» – au sens de l'angle de l'article 5, § 1^{er}, e), de la Convention – d'un internement à la mise en place d'un parcours thérapeutique adéquat et personnalisé¹²⁵.

61. Il reste que certains arrêts récents, rendus en formation solennelle de Grande Chambre, traduisent bien cette «interprétation prudente et équilibrée» que les États ont tenu à saluer. Cette interprétation se manifeste tantôt par le souci d'opérer une lecture globale de la Convention qui tente de prendre en considération les différents droits qui y sont garantis en vue de les concilier (A), tantôt par le souci de ne pas enserrer l'action du juge national par des critères trop stricts (B).

A. La lecture holistique de la Convention

62. L'«interprétation prudente et équilibrée» saluée à Copenhague paraît, dans un certain nombre de cas, procéder du souci de la Cour de pratiquer une lecture holistique de la Convention. La Cour entend, en d'autres termes, appréhender la Convention «comme un tout»¹²⁶. Ce souci est perceptible dans l'arrêt *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni* du 13 septembre 2016 ainsi que dans l'arrêt *S., V. et A. c. Danemark* du 22 octobre 2018. Dans ces deux arrêts rendus par

¹²¹ Point 29 de la Déclaration de Copenhague.

¹²² Point 30 de la Déclaration de Copenhague.

¹²³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Bouyid c. Belgique*, 28 septembre 2015, obs. Fr. SUDRE, «Tolérance zéro pour la gifle du policier», *cette Revue*, 2016, pp. 541 et s.

¹²⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Paposhvili c. Belgique*, 13 décembre 2016.

¹²⁵ *Rooman c. Belgique*, préc.

¹²⁶ Voy. notamment *Mihalache c. Roumanie*, préc., § 92: «la Convention doit se lire comme un tout et s'interpréter en veillant à l'harmonie et à la cohérence interne de ses différentes dispositions».

la Grande Chambre, la Cour se montre également sensible à la situation des autorités nationales confrontées tantôt à la menace terroriste (*Ibrahim*), tantôt aux phénomènes de violence de masse dans l'espace public (*S., V. et A.*).

63. Dans l'affaire *Ibrahim c. Royaume-Uni*, la Cour a sensiblement nuancé – sinon révisé¹²⁷ – sa jurisprudence *Salduz* pour considérer que l'article 6 de la Convention ne se trouve pas nécessairement violé lorsque le défaut d'accès à un avocat lors des premiers interrogatoires du suspect ne peut être justifié par des « raisons impérieuses ». En l'absence de telles raisons, il y a encore lieu, selon la Cour, de pratiquer une appréciation globale de l'équité sur l'ensemble de la procédure¹²⁸. Cette appréciation globale est dès lors susceptible de faire échapper l'État concerné à un constat de violation de l'article 6.

Dans l'affaire *S., V. et A. c. Danemark*, la Cour a jugé que l'article 5, § 1^{er}, c), de la Convention ne s'oppose pas à des privations de liberté « purement préventives »¹²⁹ de courte durée, sans présentation à un juge¹³⁰.

64. Il est particulièrement éclairant de lire la motivation présidant à ces deux arrêts¹³¹. La Cour entend prendre en considération dans l'interprétation des articles 5 (arrêt *S., V. et A.*) et 6 (arrêt *Ibrahim*) de la Convention les obligations positives concurrentes qui s'imposent aux autorités nationales sur le

¹²⁷ Voy. en ce sens l'opinion en partie dissidente, en partie concordante des juges Sajo et Laffranque, sous *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni*, préc. Ces deux juges estiment que cet arrêt *Ibrahim* constitue une « reculade » par rapport à la jurisprudence *Salduz*.

¹²⁸ *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni*, préc., spéc. §§ 258-265, obs. C. MACQ, « Accès différé à l'assistance d'un avocat : la Cour confirme et précise sa jurisprudence », *cette Revue*, 2017, pp. 421 et s.

¹²⁹ En dehors de toute accusation pénale.

¹³⁰ *S., V. et A. c. Danemark*, préc., obs. Ch. PETTITI, « La lutte contre les hooligans justifie la détention sans contrôle du juge », *Droit du sport*, février 2019, n° 264, pp. 1-4.

¹³¹ *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni*, préc., § 252 : « [...] il ne faut pas appliquer l'article 6 d'une manière qui causerait aux autorités de police des difficultés excessives pour combattre par des mesures effectives le terrorisme et d'autres crimes graves, comme elles doivent le faire pour honorer l'obligation, découlant pour elles des articles 2, 3 et 5, § 1^{er} de la Convention, de protéger le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique des membres de la population [...] » ; *S., V. et A. c. Danemark*, préc., §§ 123-124 : « Comme la Cour l'a déjà dit, l'article 5 ne saurait s'interpréter de manière à empêcher la police de remplir ses devoirs de maintien de l'ordre et de protection du public, sous réserve qu'elle respecte le principe qui sous-tend cette disposition, à savoir la protection de l'individu contre l'arbitraire [...]. La police doit jouir d'une certaine marge d'appréciation dans l'adoption de décisions opérationnelles. Pareilles décisions sont presque toujours compliquées et la police, qui a accès à des informations et renseignements non accessibles au grand public, est généralement la mieux placée pour les prendre [...]. La Cour tient compte également du fait qu'elle a progressivement étendu sa jurisprudence concernant l'obligation de protéger le public contre les infractions qui incombent aux États en vertu des articles 2 et 3 de la Convention [...] ».

fondement des articles 2¹³², 3¹³³ et 8¹³⁴ de la Convention. Manifestement, la Cour recherche un point d'équilibre. Elle promeut une approche « globale » de la Convention et elle fait preuve de compréhension à l'égard des États, dont les autorités se plaignent parfois d'être assujetties à des obligations qui leur paraissent soit inconciliables sur le terrain, soit beaucoup trop lourdes à assumer. D'aucuns ont toutefois objecté que ces arrêts *Ibrahim et S., V. et A.* sont surtout l'expression d'une jurisprudence plus restrictive des droits de la personne.

B. *L'approche holistique propre à l'article 6 de la Convention*

65. Le souci de ne point brider la liberté d'action des États par l'encadrement de critères trop stricts est particulièrement prégnant dans la jurisprudence récente de la Cour relative au droit à un procès équitable en matière pénale (art. 6 de la Convention). Sur le terrain de plusieurs garanties – qu'il s'agisse du droit à l'assistance d'un avocat¹³⁵ ou du droit de faire interroger les témoins à charge¹³⁶ comme à décharge¹³⁷ –, la Cour a en effet infléchi sa jurisprudence traditionnelle pour y substituer une approche plus souple, consistant à apprécier au cas par cas si la procédure a été équitable dans son ensemble. Cette montée en puissance de la notion d'« équité globale de la procédure » en matière pénale constitue un marqueur fort de la jurisprudence récente de la Cour relative à l'article 6 de la Convention¹³⁸.

¹³² Voy. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, § 115 : « la première phrase de l'article 2, § 1^{er} astreint l'État non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière mais aussi à prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie des personnes relevant de sa juridiction ».

¹³³ Voy. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *O'Keeffe c. Irlande*, 28 janvier 2014, § 144 : « combinée avec l'article 3, l'obligation que l'article 1 de la Convention impose aux Hautes Parties contractantes de garantir à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés consacrés par la Convention leur commande de prendre des mesures propres à empêcher que lesdites personnes ne soient soumises à des tortures ou à des peines ou traitements inhumains ou dégradants, même administrés par des particuliers ».

¹³⁴ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Sandra Jankovic c. Croatie*, 5 mars 2009, § 45 : « au regard de l'article 8 les États ont le devoir de protéger l'intégrité physique et morale des personnes à l'égard d'autres individus » (traduction libre).

¹³⁵ Voy., outre *Ibrahim*, préc., *Beuze c. Belgique*, préc.

¹³⁶ Voy. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Al-Khawaja et Taheri c. Royaume-Uni*, 15 décembre 2011 et, ultérieurement, Gde Ch., arrêt *Schatschaschwili c. Allemagne*, 15 décembre 2015.

¹³⁷ *Murtazaliyeva c. Russie*, préc.

¹³⁸ Voy., pour une illustration récente, Cour eur. dr. h., arrêt *Doyle c. Irlande*, 23 mai 2019.

66. Pour le vice-président Spano, «la notion d'équité globale [que la Cour] applique vise à préserver la primauté du rôle du juge pénal national dans l'application de l'article 6, en laissant aux juridictions internes une certaine marge de manœuvre dans la conduite de la procédure, conformément à la répartition institutionnelle des rôles entre les tribunaux nationaux et la Cour telle qu'elle se manifeste dans le principe de subsidiarité»¹³⁹.

Cependant, comme l'observe Marie-Aude Beernaert, «cette approche holistique traduit aussi une protection conventionnelle plus faible, l'appréciation de l'équité globale de la procédure étant mise en avant par la Cour non pas pour relever mais bien pour abaisser le niveau de protection des droits fondamentaux. L'approche suivie ces dernières années par la Grande Chambre a en effet consisté, non pas à considérer que même lorsqu'il est satisfait à certaines règles strictes, la procédure peut encore être globalement inéquitable, mais bien au contraire à admettre que le non-respect de certaines exigences minimales n'empêche pas la procédure de rester globalement équitable»¹⁴⁰.

De surcroît, on ne peut manquer d'observer que ce concept d'équité globale se caractérise par son indétermination intrinsèque. Cette imprévisibilité s'avère problématique pour les juridictions nationales. Certes, ces dernières se voient conférer de la sorte une plus grande marge de manœuvre. Néanmoins, il est impératif d'encadrer celle-ci afin de garantir un certain degré de sécurité juridique, indispensable à une protection effective des droits de la Convention¹⁴¹.

¹³⁹ COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, Séminaire «Dialogue entre juges», «Les cours internationales et nationales face aux violations massives des droits de l'homme», 2016, p. 31.

¹⁴⁰ M.-A. BEERNAERT, «Droit d'accès à un avocat et relativité toujours plus grande des garanties du droit à un procès équitable», obs. sous *Beuze c. Belgique*, préc., *cette Revue*, 2019, p. 528. Voy. également L. MILANO, «Le critère de l'équité globale du procès», un critère régressif», *J.C.P.*, éd. G., 2019, n° 9-10, p. 253; D. ROETS, «Le droit d'accès à un avocat phagocyté par le droit à une procédure pénale 'globalement' équitable», *Rev. sc. crim.*, 2019, p. 174.

¹⁴¹ Voy. l'opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque sous l'arrêt *Murtazaliyeva c. Russie* du 18 décembre 2018, qui objecte que «le critère de l'équité globale est par nature subjectif et donc extrêmement malléable. Cette caractéristique le rend très difficile à appliquer par la Cour d'une manière un tant soit peu prévisible. Pour la même raison, ce critère est particulièrement peu adapté pour orienter les juridictions internes lorsqu'elles doivent apprécier le respect des exigences de la Convention. Dire à une juridiction interne que les procédures devraient être menées d'une manière 'globalement équitable' ajoute peu à la bonne volonté des juges nationaux. Le sens à attribuer au terme 'équitable' au cas par cas ou de manière générale pourrait raisonnablement diverger entre les juridictions internes, entre celles qui mènent la procédure et celles qui procèdent à son réexamen, mais aussi entre les juridictions internes et la Cour. Rejeter l'appréciation de l'équité faite au niveau national semble moins compatible avec le principe de subsidiarité que de simplement constater des violations de certains droits procéduraux tels qu'ils sont énoncés par la Convention que les États membres ont ratifiée».

Conclusion : restaurer un climat de confiance sans renoncer

67. Nous l'avons relevé d'emblée : l'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les États est une question majeure que l'on aurait tort de négliger. La Cour s'adresse en effet à ses créateurs qui sont priés et même tenus de respecter ses décisions. La position de la Cour se révèle aujourd'hui d'autant plus délicate que celle-ci est appelée à exercer sa mission de contrôle alors que « les vents sont contraires »¹⁴².

68. Pour autant, il ne s'agit pas de sombrer dans le pessimisme. Ne prédisait-on pas, il y a peu, l'asphyxie et même la disparition de la Cour en raison de son arriéré ? Or, la Cour est parvenue à contenir le flot contentieux dans des proportions telles que sa survie n'est désormais plus en cause. Aussi, si le contexte est difficile, la Cour est parfaitement à même de relever ce défi qui consiste à restaurer la confiance¹⁴³ (A) sans toutefois renoncer à sa mission de contrôle, plus que jamais indispensable (B).

A. Restaurer un climat de confiance

69. Restaurer la confiance suppose une intensification du dialogue avec les États (1) ainsi qu'un renforcement de l'office subsidiaire de la Cour (2).

1. Intensifier le dialogue

70. Intensifier le dialogue participe d'une évidence.

Les vertus du dialogue entre la Cour et les juges nationaux – non seulement les juridictions suprêmes mais aussi celles qui statuent en première ligne – ont déjà été amplement soulignées¹⁴⁴. Nous n'y reviendrons plus, d'autant que les

¹⁴² Fr. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme : le chemin parcouru, les défis de demain », *Cahiers de droit*, 2012, vol. 52, n° 3, p. 420. Voy. également P. LEMMENS, « Conclusions », in *Les droits de l'homme, une réalité quotidienne*, Anthemis, Limal, 2014, p. 231 : « la Cour fonctionne depuis un certain temps dans un environnement qui n'est plus très favorable au respect des droits 'de l'autre', ni à un contrôle supranational de décisions prises (ou à prendre) par des autorités nationales. La situation économique n'y est d'ailleurs pas pour rien ».

¹⁴³ Sur cette notion de « confiance », voy. S. TOUZÉ (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme – Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, op. cit.

¹⁴⁴ Pour un exemple récent de dialogue entre la Cour et la Cour suprême britannique, voy. *S., V. et A. c. Danemark*, préc., auquel a fait suite la décision d'irrecevabilité rendue le 5 mars 2019 dans l'affaire *Eiseman-Renyard c. Royaume-Uni*.

conditions tendant à l'établissement et à l'approfondissement de ce « dialogue des juges » sont déjà, pour une large part, mises en place¹⁴⁵.

Nous voudrions davantage insister sur la nécessité d'intensifier le dialogue avec l'ensemble des acteurs étatiques et notamment avec les parlements, dans le respect de l'indépendance de la Cour¹⁴⁶. Pareil dialogue, qui reste encore à construire, est indispensable si l'on veut réellement assurer une meilleure prise en compte de la Convention et de la jurisprudence de la Cour dès le stade de l'élaboration de la norme, en amont de tout contentieux. C'est à ce stade, en effet, que l'objectif de prévention des violations de la Convention peut être plus efficacement atteint, alors que, lorsque le juge connaît d'un contentieux relatif à une violation, son intervention se situe *ex post* et ne peut, par hypothèse, être que curative.

Ce dialogue avec les parlements se révèle d'autant plus nécessaire que la Cour tend de plus en plus à évaluer le travail législatif, en particulier la prise en compte par le législateur des exigences de la Convention telle qu'interprétée par la Cour (*supra*, n^{os} 30-31).

Par ailleurs, ce dialogue avec les parlements est tout aussi important en aval du contentieux, lorsqu'un arrêt de condamnation a été rendu par la Cour. Dans un nombre important de cas, il appartient, en effet, au législateur de modifier un texte ou d'adopter de nouvelles dispositions en vue de se conformer à cet arrêt. La prise en compte des arrêts de la Cour empêche alors la survenance de nouvelles violations mais aussi de nouvelles saisines de la Cour.

2. Oser la subsidiarité

71. Renforcer l'office subsidiaire de la Cour relève tout autant d'une nécessité. On ne peut que le répéter : la subsidiarité est au cœur, au fondement même de la Convention. La Cour n'a pas vocation à légiférer en lieu et place du législateur national ; son rôle n'est pas davantage de devancer le juge interne ni de le neutraliser.

¹⁴⁵ Ce dialogue entre le juge national et la Cour s'engage, d'abord et avant tout, par la voie contentieuse à l'occasion de l'épuisement par le requérant des voies de recours internes. Mais il se noue parallèlement et efficacement en marge de l'activité judiciaire. On songe au « Réseau des cours supérieures » qui ne cesse de croître, ainsi qu'aux « Dialogues entre juges » qui ont lieu chaque année au Palais des droits de l'homme lors de l'ouverture de l'année judiciaire de la Cour.

¹⁴⁶ On garde à l'esprit la remarquable intervention du Président Spielmann et du juge Potocki, le 17 juin 2015, devant les députés de la Commission des lois constitutionnelles, de la législation et de l'administration générale de la République française.

Il est, en outre, manifeste que la Cour est entrée – pour reprendre les mots du vice-président Spano – «dans une nouvelle ère»¹⁴⁷. De toute évidence, la Cour n'est plus celle des origines. Le contexte a sensiblement évolué; la masse contentieuse a explosé; l'office de la Cour s'en est trouvé altéré¹⁴⁸. Dans ce contexte, la réaffirmation de la subsidiarité permet d'inscrire la Convention et la Cour dans le long terme afin de garantir l'efficacité de la première et d'assurer la pérennité de la seconde.

72. Encore faut-il que cette subsidiarité soit bien comprise et qu'elle ne soit pas dévoyée de sa finalité. Deux précisions cardinales s'imposent afin que la subsidiarité demeure un principe crédible.

73. Premièrement, la subsidiarité n'est pas synonyme de régression ni, moins encore, de destruction des droits fondamentaux. La subsidiarité a, en réalité, une visée fonctionnelle. Elle tend à promouvoir une application décentralisée de la Convention au sein du Conseil de l'Europe en instaurant un partage des responsabilités entre les États et la Cour, les États assumant la responsabilité première et principale. Si la subsidiarité valorise de la sorte l'action étatique, ce n'est point dans le but de réduire le niveau de protection conventionnelle, mais c'est, au contraire, pour le consolider et l'élever, en tenant dûment compte de l'autonomie des autorités nationales (*supra*, n^{os} 27-28). Par conséquent, loin d'impliquer l'affaiblissement des droits de la Convention dans l'ordre interne, la subsidiarité postule leur «sauvegarde» et, plus encore, leur «développement» conformément aux vœux inscrits dans le Préambule¹⁴⁹.

74. Deuxièmement, le renforcement de la subsidiarité ne peut aller de pair qu'avec un renforcement corrélatif de l'indépendance des juges au sein des différents États parties à la Convention. L'un ne va pas sans l'autre. L'indépendance du juge national¹⁵⁰ est une condition *sine qua non* du contrôle subsidiaire de la Cour.

La Cour de justice de l'Union européenne a, à cet égard, posé d'importantes balises dans son arrêt *LM* du 25 juillet 2018, en jugeant qu'un manque structu-

¹⁴⁷ R. SPANO, «Universality or diversity of Human Rights? Strasbourg in the age of subsidiarity», *Human Rights Law Review*, 2014, vol. 14, n° 3, pp. 487-502.

¹⁴⁸ Voy. Fr. KRENC, «'Dire le droit', 'rendre la justice'. Quelle Cour européenne des droits de l'homme?», *cette Revue*, 2018, pp. 311-346.

¹⁴⁹ Notons que le Préambule de la Convention demeure inchangé sur ce point par le Protocole n° 15.

¹⁵⁰ Voy. Fr. KRENC et Fr. TULKENS, «L'indépendance du juge. Retour aux fondements d'une garantie essentielle d'une société démocratique», in *Regards croisés sur la protection nationale et internationale des droits de l'homme. Mélanges en l'honneur de Guido Raimondi*, Wolf Legal Publishers, Tilburg, 2019, pp. 377-399.

rel d'indépendance des juridictions nationales d'un État membre peut justifier une exception au principe de reconnaissance mutuelle et, en particulier, fonder un refus d'exécution d'un mandat d'arrêt européen¹⁵¹. La Cour européenne des droits de l'homme pourrait-elle, à son tour, s'engager dans cette même voie en exerçant un contrôle plus poussé au motif que les juridictions nationales d'un État partie ne présenteraient pas – ou plus – toutes les garanties d'indépendance requises? Sa jurisprudence donne des indications en ce sens¹⁵².

B. *Ne pas renoncer*

75. Le débat concernant la posture de la Cour ne peut se résumer en termes d'audace, d'un côté, et de prudence, de l'autre, ni se réduire à une opposition entre les adeptes d'un «judicial activism» et les promoteurs d'un «judicial self-restraint». En réalité, la mission de la Cour a été clairement circonscrite par les États eux-mêmes. Elle est expressément définie dans la Convention, en son article 19: «*assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la [...] Convention et de ses protocoles*». Et l'article 32 de préciser que cette mission concerne tant «*l'interprétation*» que «*l'application de la Convention et de ses protocoles*».

En l'occurrence, ces engagements des États ne sont rien d'autre que ceux arrêtés délibérément au sortir de la Seconde Guerre mondiale afin de prévenir le retour de régimes liberticides ou illibéraux. Aujourd'hui plus que jamais, ces engagements conservent tout leur sens. La Cour est appelée à veiller, en dernier recours, à leur respect. Elle est l'ultime gardienne des promesses étatiques¹⁵³.

¹⁵¹ C.J.U.E., Gde Ch., arrêt *LM*, 25 juillet 2018, aff. C-216/18 PPU. Voy. C. RIZCALLAH, «Arrêt *LM*: un risque de violation du droit fondamental à un tribunal indépendant s'oppose-t-il à l'exécution d'un mandat d'arrêt européen?», *Journal de droit européen*, 2018, pp. 348-352.

¹⁵² Voy. *Ndidi c. Royaume-Uni*, préc., § 76: «The requirement for 'European supervision' does not mean that in determining whether an impugned measure struck a fair balance between the relevant interests, it is necessarily the Court's task to conduct the Article 8 proportionality assessment afresh. On the contrary, in Article 8 cases the Court has generally understood the margin of appreciation to mean that, where the *independent and impartial* domestic courts have carefully examined the facts, applying the relevant human rights standards consistently with the Convention and its case-law, and adequately balanced the applicant's personal interests against the more general public interest in the case, it is not for it to substitute its own assessment of the merits (including, in particular, its own assessment of the factual details of proportionality) for that of the competent national authorities. The only exception to this is where there are shown to be strong reasons for doing so» (nous soulignons).

¹⁵³ Pour reprendre la métaphore d'Antoine GARAPON, *Le gardien des promesses. Justice et démocratie*, préface de P. Ricœur, Odile Jacob, Paris, 1996.

76. Par conséquent, si nous pensons pour les raisons exposées ci-avant que l'acceptabilité des arrêts constitue une préoccupation légitime, nous restons tout autant convaincu par la nécessité de ce contrôle externe, indépendant et ultime opéré par la Cour, et auquel celle-ci ne pourrait renoncer sous peine de méconnaître sa fonction et perdre, en définitive, sa raison d'être.

Conditions d'abonnement pour 2020

Édition

Anthemis

Abonnement

4 numéros par an

250 pages par numéro

Abonnement annuel (papier et électronique): 234 € HTVA

Abonnement annuel Europe (papier et électronique): 274 € HTVA

Abonnement annuel hors Europe (papier et électronique): 314 € HTVA

Abonnement électronique: 187,2 € HTVA

Prix au numéro: 61,32 € HTVA

Commandes

Anthemis

Place Albert I, 9

B-1300, Limal

Belgique

T.: +32 (0)10 42 02 93

F.: +32 (0)10 40 21 84

abonnement@anthemis.be

Les années antérieures sont disponibles depuis l'origine (1990).

D/2020/10.622/6

ISSN: 2-0777-3579

Imprimé en Belgique

Éditeur responsable: P. Lambert - avenue de la Ferme rose, 11/4 - B 1180 Bruxelles - Belgique

Sommaire

Éditorial	3
Hommage à Robert Badinter	7
Hommage à Georges de Kerchove	11
<i>In memoriam</i> – Louis Joinet (1934-2019)	17

LES 60 ANS DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME (TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL D'ANDORRE, 12 JUILLET 2019)

Propos introductifs par Dominique Rousseau	25
I. La construction de la jurisprudence La création d'un standard européen ou l'époque des « arrêts fondateurs » par Itziar Gómez Fernández	31
Déférence internationale, imprécision de la marge nationale d'appréciation et procédure raisonnable de décision par Javier García Roca	71
La révolution annoncée des Protocoles n° 11, 14, 15 et 16 ou la métamorphose judiciaire espérée par Michel de Salvia	107
Les adaptations procédurales ou l'accélération du traitement des requêtes par Pascal Dourneau-Josette	121
II. L'adhésion à la jurisprudence Rétrospective sur la reconnaissance internationale de l'État andorran par Josep Dallerès	145
La prise en compte de la jurisprudence européenne par le Tribunal constitutionnel d'Andorre par Jordane Arlettaz	155
L'interaction parlementaire ou le dialogue institutionnel entre l'Assemblée parlementaire et les parlements nationaux par Pierre-Yves Le Borgn'	173
L'interaction judiciaire ou l'institutionnalisation du dialogue avec le Protocole n° 16 (analyse de la première saisine par la Cour de cassation de France) par Daniel Ludet	179
III. La contestation de la jurisprudence La contestation épisodique de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme: le cas espagnol par Marc Carrillo	199
L'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les États parties: un « défi permanent » par Frédéric Krenc	217
Conclusions générales par Laurence Burgogues-Larsen	255