

Une nouvelle compétence consultative pour la Cour européenne des droits de l'homme : une fausse bonne idée?

1. Longtemps débattue, l'idée visant à institutionnaliser un dialogue entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales semble aujourd'hui se préciser. Soutenue sous des formes diverses et variées par d'éminents spécialistes¹, elle avait retenu l'attention du « Groupe des sages » chargé en 2005 de réfléchir à « l'efficacité à long terme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme ». Ignorée par la Conférence d'Interlaken tenue en 2009, elle fut relancée en avril 2011 à l'occasion de la Conférence d'Izmir, avant d'épouser une forme plus concrète à la faveur de la dernière Conférence sur l'avenir de la Cour, réunie à Brighton les 19 et 20 avril 2012.

Cette Conférence de Brighton suggère « l'introduction dans la Convention d'un pouvoir supplémentaire de la Cour, que les États parties pourraient accepter à titre optionnel, de rendre sur demande des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention dans le contexte d'une affaire particulière au niveau national, sans préjudice du caractère non contraignant de ces avis pour les autres États parties ». Et la Conférence d'« [inviter] le comité des ministres à rédiger le texte d'un protocole facultatif à la Convention à cet effet d'ici fin 2013 ».

2. Deux observations peuvent d'emblée être formulées. Premièrement, l'idée d'instaurer un mécanisme de renvoi préjudiciel, calqué sur le modèle luxembourgeois (article 267 TFUE), semble aujourd'hui exclue². En second lieu, il convient de rappeler que la Convention est déjà

pourvue d'un mécanisme d'avis consultatif. Régi par les articles 47 à 49 de la Convention, ce mécanisme est cependant fort peu utilisé dès lors qu'il ne peut être activé que par le seul comité des ministres du Conseil de l'Europe et que l'avis sollicité ne peut porter « ni sur les questions ayant trait au contenu ou à l'étendue des droits et libertés définis au titre I de la Convention et dans les Protocoles ni sur les autres questions dont la Cour ou le comité des ministres pourraient avoir à connaître par suite de l'introduction d'un recours prévu par la Convention »³.

3. De toute évidence, toute initiative visant à renforcer le dialogue entre juges nationaux et juges européens est bienvenue. Pour le dire très franchement : qui ne préfère pas le dialogue à la « guerre » des juges?

Pour autant, l'on ne pourrait affirmer que ce dialogue est inexistant à l'heure actuelle. Celui-ci se noue efficacement en marge de l'activité judiciaire, à l'occasion de visites officielles, de rencontres informelles, de colloques et autres séminaires. Il se produit également à travers l'activité contentieuse. L'arrêt *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* du 15 décembre 2011 en est une illustration insigne et récente. Du reste, la Cour est naturellement, par l'effet de l'épuisement des voies de recours internes, appelée à interagir avec les juges nationaux ayant connu du litige dont elle se trouve saisie.

4. Au-delà de cette observation liminaire, la proposition actuelle tendant à doter la Cour du pouvoir de rendre des avis consultatifs à la demande d'une juridiction nationale suscite plusieurs interrogations. À défaut de pouvoir disposer d'un texte précis sur le mécanisme projeté, nous nous risquons, en première approximation, à en relever sommairement quelques-unes.

Tout d'abord, il est allégué que ce mécanisme permettra, à terme, de réduire la charge de travail de la Cour et partant son arriéré. Bien qu'il ressorte des débats actuellement en cours qu'elle sera vraisemblablement réservée aux juridictions de dernière instance, il n'est pas improbable que cette procédure alourdisse davantage encore cette charge. En tout cas, elle ne paraît pas constituer la « solution miracle » à même de juguler l'arriéré.

En réalité, c'est l'articulation de cette nouvelle compétence avec la fonction contentieuse de la Cour, qui laisse songeur. Il y va tout à la fois d'une question de moyens et de philosophie du système strasbourgeois. Conçue pour juger des cas individuels sur requête, la Cour peut-elle cumuler cette fonction avec une nouvelle compétence consultative, sans éroder la « pierre

angulaire » de la Convention, qu'est le droit de recours individuel? Cette ouverture directe à l'individu — et non au juge — constitue la singularité de la Cour, ce qui la différencie sur ce point de la Cour de justice de l'Union européenne dont le prétoire a, à l'inverse, été pensé en vue d'être essentiellement accessible au juge via le mécanisme de renvoi préjudiciel.

La procédure consultative envisagée est, en outre, de nature à modifier l'office de la Cour européenne des droits de l'homme. Répondre à une demande d'avis portant sur une question d'interprétation de la Convention implique un mode de raisonnement différent de celui qui préside actuellement au contrôle exercé sur requête, lequel est individuel et essentiellement concret, alors que la procédure consultative requiert un examen davantage général et abstrait. C'est peu dire que la Cour n'est pas habituée à raisonner de la sorte, elle qui procède, depuis plus de cinquante ans, à un contrôle contextualisé, ancré dans les particularités de l'espèce.

Assurément, l'octroi de cette nouvelle compétence consultative peut être vu comme une étape supplémentaire visant à faire de la Cour une cour « constitutionnelle », soit une cour qui tend à privilégier l'enseignement du droit à la protection individuelle des droits⁴.

5. Certes, en ce qu'il s'adresse aux juridictions nationales, le mécanisme envisagé d'avis consultatif est souvent présenté comme renforçant le principe de subsidiarité, lequel est censé irriguer la Convention et son système de contrôle.

Toutefois, ne peut-on pas, à l'inverse, voir dans ce mécanisme un renversement de la logique subsidiaire? Le juge de Strasbourg répète inlassablement que les juridictions nationales « sont responsables au premier chef de la mise en œuvre et de la sanction des droits et libertés garantis »⁵. Autrement dit, c'est au juge national qu'il incombe prioritairement de lire, de dire et d'appliquer le droit de la Convention, la Cour n'intervenant qu'en « dernière instance » pour livrer un ultime regard⁶. Vue sous cet an-

(1) Voy. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme : instrument de dialogue? », *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité?*, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 53, 2004, p. 192; F. BENOÎT-ROHMER, « Les perspectives de réformes à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme : *certiorari* versus renvoi préjudiciel », *Rev. univ. dr. h.*, 2002, p. 314; H. GOLSONG, « L'effet direct, ainsi que le rang en droit interne, des normes de la Convention européenne des droits de l'homme et des décisions prises par les organes institués par celle-ci », *Le recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, Larcier, 1978, p. 78; D. SPIELMANN, « Quelques réflexions au sujet d'un recours préjudiciel éventuel devant la Cour européenne des droits de l'homme », *Boletim do Ministério da Justiça*, n° 31/32, Gabinete de Documentação e Direito Comparado, Lisbonne, 1987, p. 527; D. SZYMCAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 322-324; K. VASAK, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, L.G.D.J., 1964, p. 248. Voy. aussi les discours de MM. Canivet, Sauvé et Jacqué prononcés lors des séminaires « Dialogue entre juges » organisés à la Cour européenne des droits de l'homme respectivement en 2005, 2010 et 2012 en marge de l'ouverture de l'année judiciaire.

(2) Elle a été explicitement écartée par le Groupe des sages dans son rapport rendu public le 15 novembre 2006 (§ 80). On relira également avec intérêt sur ce sujet R. St. J. MACDONALD, « The Luxembourg preliminary ruling procedure and its possible application in Strasbourg », *Mélanges en hommage à Louis Edmond Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p. 593.

(3) Outre une décision d'incompétence prononcée le 2 juin 2004, la Cour a rendu à ce jour deux avis qui portaient, tous deux, sur les conditions d'élection de ses juges (avis du 12 février 2008 et du 22 janvier 2010).

(4) Pour un plaidoyer en ce sens, voy. L. WILDHABER, « Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme? », *Rev. univ. dr. h.*, 2002, p. 1 et P.-H. IMBERT qui estime que « la fonction essentielle de la Cour est de dire le droit, pas de rendre la justice » (« L'avenir du passé - Une Cour européenne des droits de l'homme : pour quoi faire? », *Trente ans de droit européen des droits de l'homme - Études à la mémoire de Wolfgang Strasser*, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, coll. « Droit et justice », n° 74, 2007, p. 132). Comp. F. TULKENS, « La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme - Attentes, réalités et perspectives », *Revue québécoise de droit international*, 2000, p. 357 : « la Cour doit dire le droit et rendre la justice » (souligné par Mme la juge Tulkens).

(5) C.E.D.H., arrêt *Kudla c. Pologne* du 26 octobre 2000, § 152.

(6) Ainsi que la dédicataire de ces lignes l'a très justement souligné, « les autorités nationales assument la responsabilité première du respect des droits de l'homme (...) tandis que la Cour européenne des droits de l'homme, qui exerce le contrôle du "tiers", en assume la res-

gle, la procédure d'avis consultatif ne risque-t-elle pas de « déresponsabiliser » le juge national qui, face à une question un tant soit peu complexe, sera tenté de s'en remettre à la Cour? On sait que le juge national peut, et a pu, se montrer audacieux et proposer de nouvelles évolutions interprétatives dont la Cour ne manque pas de se nourrir⁷. Il y a là une saine émulation entre juges nationaux et européens : « la Cour n'a pas le monopole de l'intelligence de la Convention »⁸.

Au demeurant, si le juge national sollicite la Cour pour arbitrer les droits et intérêts en litige au regard de la Convention, la Cour répondra vraisemblablement qu'« elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes »⁹ 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 »¹⁰. Tout au plus la Cour pourra-t-elle rappeler les lignes directrices de sa jurisprudence, sans trancher le litige à la place du juge national. Ici encore, c'est à celui-ci qu'il appartient de prendre ses responsabilités et d'opérer les arbitrages requis par la Convention sous le contrôle ultime de la Cour.

6. Enfin, il est fait grand cas du caractère « préventif » du mécanisme consultatif projeté, la Cour intervenant *a priori* en l'occurrence, alors qu'elle statue *a posteriori* lorsqu'elle est saisie d'une requête après l'épuisement des voies de recours internes.

En vérité, qu'il s'agisse d'une procédure consultative ouverte par un juge national ou d'une procédure diligente par requête, l'intervention de la Cour se situera toujours *a posteriori*, c'est-à-dire après la commission de l'acte prétendument contraire à la Convention. Par hypothèse, le mal est déjà fait puisque le litige est déjà soumis à un juge.

Si l'on veut véritablement pousser cette logique préventive jusqu'au bout — laquelle doit indubitablement être préférée à la logique curative — ne conviendrait-il pas de dépasser le « dialogue des juges » pour ouvrir le dialogue en amont, en permettant au législateur ou au gouvernement de s'adresser à la Cour¹¹ lors-

qu'à l'occasion de la confection de la norme, l'un ou l'autre se trouve confronté tantôt à une question importante et inédite d'interprétation de la Convention, tantôt à un manque de clarté dans la jurisprudence de la Cour¹²? Il n'est que de songer ici à la problématique du port de signes convictionnels ou aux nombreuses difficultés suscitées par la transposition de la jurisprudence *Salduz*. En l'occurrence, l'éclairage de la Cour aurait pu être très précieux, au-delà même des frontières de notre Royaume.

Dans l'immédiat, une voie médiane pourrait consister en la révision de l'article 47 de la Convention¹³ afin d'élargir la liste des autorités habilitées à saisir la Cour¹⁴ et de lui permettre de se prononcer sur l'interprétation des droits et libertés de la Convention. L'on ne peut guère donner tort au doyen Cohen-Jonathan lorsqu'il écrit que la fonction consultative actuellement inscrite à l'article 47 constitue « une fonction inutile et inutilisée, car conçue en des termes restrictifs jusqu'à l'absurde »¹⁵...

7. Entendons-nous bien : il ne s'agit pas, en quelques lignes, de clouer au pilori le projet es-

quissé à Brighton. Il s'agit simplement de montrer que nonobstant ses indéniables vertus, le mécanisme consultatif envisagé suscite un lot de questions¹⁶ et qu'il ne constitue point la panacée en termes de dialogue et de prévention.

Aussi, si ces quelques notes très sommaires ont précisément pour toile de fond le thème du « dialogue », c'est avant tout pour saluer l'œuvre et la personnalité hors du commun d'un juge qui personnifie à merveille ce concept. Un juge qui peut se targuer d'avoir contribué, au sein de la Cour, à l'écriture de fort belles pages du droit de la Convention. Un juge, mais aussi notre professeur, dont la passion et la force des convictions suscitent toute notre admiration et notre profond respect.

Frédéric KRENC

Avocat au barreau de Bruxelles

Assistant aux F.U.S.L.

Maître de conférences invité à l'U.C.L.

(12) Si l'on veut réellement s'investir dans cette logique préventive, ne pourrait-on pas habilitier des institutions comme la section de législation du Conseil d'État à interroger la Cour? Cette question mérite d'être examinée plus avant.

(13) Cette piste a déjà été avancée par Françoise Tulkens (« La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme... », *op. cit.*, p. 356).

(14) Pourquoi ne pas permettre au commissaire aux droits de l'homme de pouvoir interroger la Cour, d'autant qu'il bénéficie, depuis l'entrée en vigueur du protocole n° 14, du droit d'intervenir dans toute affaire pendante devant une chambre ou la grande chambre (article 36, § 3 de la Convention)?

(15) « La journée de réflexion au Palais des droits de l'homme de Strasbourg sur l'efficacité du système de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2000, p. 646.

(16) Encore n'avons-nous pas abordé l'épineuse problématique du concours entre le renvoi préjudiciel luxembourgeois et le mécanisme consultatif strasbourgeois. Ainsi, le juge national devrait-il s'adresser à Luxembourg ou à Strasbourg lorsqu'il se trouve confronté à une législation transposant une directive et sujette à des critiques au regard de la Convention européenne des droits de l'homme? Par ailleurs, nous n'avons pas davantage envisagé, en aval, la force des avis rendus par la Cour. En principe, un avis consultatif est... un avis. Il ne s'agit pas d'une décision juridiquement contraignante. En pratique cependant, cette discussion peut sembler stérile. On voit mal en effet une juridiction nationale interroger spontanément la Cour et dénier ensuite toute valeur à la réponse donnée. Au demeurant, ces avis sont naturellement appelés à s'intégrer dans la jurisprudence de la Cour et cette dernière, à l'instar des juges nationaux, ne manquera pas de s'y référer, de la même manière qu'elle se réfère abondamment au *soft law* des droits de l'homme (voy. F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK et F. KRENC, « La *soft law* et la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2012, pp. 433 et s.).

ponsabilité dernière » (F. TULKENS et S. VAN DROOGHENBROECK, « La Cour de cassation et la Cour européenne des droits de l'homme - Les voies de la banalisation », *Imperat Lex - Liber amicorum Pierre Marchal*, Bruxelles, Larcier, 2003, p. 141). Il s'ensuit que « le premier juge des droits de l'homme est le juge national » (F. TULKENS, « Des passerelles pour l'avenir », *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire - Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, p. 933).

(7) Voy. F. TULKENS, « Préface », in O. DE SCHUTTER et S. VAN DROOGHENBROECK, *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 9. L'on peut citer à titre d'exemple l'arrêt *Micallef c. Malte* du 15 octobre 2009 qui s'inspire de la jurisprudence de notre Cour de cassation pour consacrer l'applicabilité de l'article 6 de la Convention aux procédures en référé.

(8) F. TULKENS, introduction au séminaire organisé le 29 janvier 2010 à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire de la Cour, p. 6 (texte disponible sur le site www.echr.coe.int).

(9) C.E.D.H., arrêt dans l'affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique » du 23 juillet 1968, § 10 du point I.B.

(10) C.E.D.H., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni* du 7 décembre 1976, § 48.

(11) Des propositions semblables ont déjà été examinées dans le passé, sans avoir pu déboucher sur un accord. Voy. A. DRZEMCZEWSKI, « Protocole n° 2 », L.-E. PETTITI, E. DECAUX et P.-H. IMBERT (dir.), *La Convention européenne des droits de l'homme - Commentaire article par article*, Paris, Economica, 1995, pp. 1028-1036.



Exemplaire imprimé
gratuit sur demande :
info@larcier.be

JOURNAL DE DROIT EUROPÉEN (J.D.E.)

Rédacteur en chef : Paul Nihoul

Abonnement 2012 : 170,00 €

Mensuel, 10 numéros, ± 320 pages par an

Cette revue propose :

- une étude de qualité concernant les grandes matières communautaires ;
- des commentaires pratiques sur l'actualité législative et jurisprudentielle ;
- des chroniques éclairantes paraissant sur une base annuelle et couvrant toutes les matières du droit ;
- de la jurisprudence essentielle ;
- un contenu accessible en un clin d'œil pour une utilisation ciblée.

 **larcier**
www.larcier.com

commande@deboekservices.com • Larcier c/o De Boeck Services sprl
Fond Jean-Pâques 4 • 1348 Louvain-la-Neuve • Belgique
0800/99 613 • 0800/99 614

strada
lex
Revue disponible en
version électronique sur
www.stradalex.com