

Chronique de jurisprudence constitutionnelle comparée

Les cours constitutionnelles vues depuis Strasbourg –
L’européanisation des procédures, de l’interprétation
des dispositions conventionnelles et constitutionnelles,
et du test de proportionnalité

PAR

Morgane BORRES, Céline ROMAINVILLE et
Marc VERDUSSEN¹

*Avec la collaboration de Mustapha AFROUKH, Véronique BOILLET,
Julien BONNET, Marc CARILLO, Natasa DANELCIUC-COLODROVSCHI,
Clémence DEMAY, Mathieu FASEL, Lech GARLICKI, Peter KRUSZLICZ,
Luisa NETO, Niels PETERSEN, Paolo PASSAGLIA, Céline ROYNIER et
Sophie WEERTS²*

Résumé

La présente contribution étudie les décisions qui ont pu être adoptées par la Cour européenne des droits de l’homme vis-à-vis des juridictions constitutionnelles nationales de différents États. Nous passerons en revue des arrêts dans lesquels la Cour s’est prononcée sur la

¹ Morgane Borres est assistante à l’UCLouvain et juriste au sein d’Unia. Céline Romainville est professeure à l’UCLouvain. Marc Verdussen est professeur à l’UCLouvain et directeur du Centre de recherche sur l’État et la Constitution.

² Mustafa Afroukh est maître de conférences à l’Université de Montpellier. Véronique Boillet est professeure associée à l’Université de Lausanne. Julien Bonnet est professeur à l’Université de Montpellier. Marc Carillo est professeur à l’Université Pompeu Fabra de Barcelone. Natasa Danelciuc-Colodrovschi est assistante de recherche à l’Université d’Aix-Marseille. Clémence Demay est assistante-doctorante à l’Université de Lausanne. Mathieu Fasel est assistant-doctorant à l’Université de Lausanne. Lech Garlicki est professeur émérite de l’Université de Varsovie. Peter Kruszlicz est professeur à l’Université de Szeged. Luisa Neto est professeure associée à l’Université de Porto. Niels Petersen est professeur à l’Université de Münster. Paolo Passaglia est professeur à l’Université de Pise. Céline Roynier est professeure à l’Université de Cergy-Pontoise. Sophie Weerts est professeure associée à l’Université de Lausanne.

procédure suivie devant les cours constitutionnelles, sur la nécessité d'épuiser le recours constitutionnel avant de la saisir, mais également sur le contrôle, par la Cour européenne, de l'interprétation qui est faite par les cours constitutionnelles des dispositions constitutionnelles et de la Convention ainsi que de la façon dont celles-ci exécutent le test de proportionnalité.

Abstract

This contribution focuses on the way the European Court of Human Rights perceives national constitutional courts. We will review and highlight the position of the European Court of Human Rights on the existing procedures applicable to national constitutional courts, the necessity – or lack thereof – to lodge a constitutional appeal in order to exhaust all domestic remedies, and the way the European Court monitors the interpretation of constitutional and conventional rights, as well as the correct application of the proportionality test by constitutional courts.

Présentation de la Chronique de jurisprudence constitutionnelle comparée

L'objectif de la Chronique de jurisprudence constitutionnelle comparée est de participer au riche débat intellectuel sur les interactions entre droit constitutionnel et droit de la Convention européenne des droits de l'homme, en prenant comme corpus d'analyse la jurisprudence des juridictions constitutionnelles, placée dans une perspective comparée systématique.

L'une des principales questions auxquelles la Chronique entend répondre est de savoir si les discours sur le droit dénonçant une montée en puissance de la souveraineté exclusive et de la résistance au droit européen des droits de l'homme peuvent se prévaloir d'une base empirique dans la jurisprudence des juridictions constitutionnelles, ou si elles procèdent davantage d'une représentation des évolutions du droit des droits fondamentaux, voire d'une extrapolation de quelques cas emblématiques. On prendra également la mesure dans laquelle les juridictions constitutionnelles participent au débat sur la légitimité de la Cour européenne des droits de l'homme et de sa jurisprudence, en contrastant la jurisprudence des juridictions constitutionnelles avec les positions défendues par les pouvoirs exécutifs et législatifs des pays concernés. Il s'agit également de s'interroger sur la question de savoir si les évolutions

qu'ont connues certains ordres juridiques ne trouvent pas de développements parallèles dans d'autres ordres juridiques.

Cet objectif implique d'analyser la manière dont sont reçues les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme par les juridictions constitutionnelles nationales et de dégager des évolutions en la matière. Par «juridiction constitutionnelle», nous entendons les cours constitutionnelles dans le modèle de justice constitutionnelle concentré, et les juridictions suprêmes dans le modèle déconcentré. Les auteurs qui travailleront dans le modèle déconcentré de justice constitutionnelle devront privilégier les arrêts relatifs à des questions de constitutionnalité des lois.

Même si le matériau de base de chaque chronique est limité aux arrêts de principe, qui façonnent le régime juridique propre aux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme en droit national, il a pour ambition d'aller au-delà de la poignée d'arrêts systématiquement analysés dans les contributions scientifiques concernant les relations entre juridictions constitutionnelles et Convention européenne des droits de l'homme.

Afin d'éclairer ce phénomène, les méthodes analytiques et historiques seront mobilisées. La perspective analytique permettra de décrire et d'expliquer les paramètres de l'accueil du droit de la Convention européenne des droits de l'homme dans les jurisprudences des juridictions constitutionnelles. Il s'agit de décrire et d'expliquer le droit positif ainsi que d'analyser «les métadiscours s'y rapportant»³. La méthode historique invite à examiner l'évolution de ces paramètres dans le temps.

Il nous reste, avant d'inaugurer la première Chronique, à en préciser la méthode de rédaction particulière. L'équipe de la Chronique est constituée d'un comité de pilotage, composé de Morgane Borres, Céline Romainville et Marc Verdussen (UCLouvain – CRECO) et d'une vaste équipe de rapporteuses et rapporteurs nationaux. Ces dernières et derniers rédigent, à partir d'un questionnaire, un rapport sur l'état de la situation dans leur pays respectif. Le comité de pilotage procède ensuite à l'intégration de ces différents rapports dans l'ensemble le plus cohérent et synthétique possible, qui constitue la Chronique finale.

³ V. CHAMPEIL-DESPLATS, *Théorie générale des droits et libertés*, Dalloz, Paris, 2019, p. 22, et plus globalement, sur la perspective analytique, pp. 20-26, et *Méthodologie du droit et des sciences du droit*, Dalloz, Paris, 2016, notamment pp. 17, 132, 133-138.

Introduction – Le contrôle par la Cour européenne des droits de l’homme de la procédure et de l’argumentation des juridictions constitutionnelles nationales

La première Chronique de jurisprudence constitutionnelle comparée s’intéresse au processus d’eupéanisation qui résulte du contrôle exercé par la Cour européenne des droits de l’homme sur la procédure encadrant l’activité des différentes juridictions constitutionnelles nationales et sur certains paramètres de l’argumentation de celles-ci. Cette Chronique développe donc un angle d’analyse différent de celui qui sera privilégié dans les prochaines chroniques : il s’agit ici de se concentrer sur les décisions adoptées par la Cour européenne des droits de l’homme vis-à-vis des cours constitutionnelles nationales.

Nous abordons successivement le contrôle de la procédure devant la juridiction constitutionnelle et celui de la configuration des décisions de la juridiction constitutionnelle par la Cour européenne des droits de l’homme (I), l’analyse des contrôles de constitutionnalité dans le contrôle de l’exigence d’épuisement des voies de recours internes (II), le contrôle, par la Cour européenne des droits de l’homme, de l’interprétation qui est faite d’une disposition de la Convention ou d’une disposition constitutionnelle (III) et, enfin, le contrôle, par la Cour européenne des droits de l’homme, des paramètres du test de proportionnalité mobilisés par la juridiction constitutionnelle (IV).

I. Le contrôle par la Cour européenne des droits de l’homme de la composition des juridictions constitutionnelles, de la procédure devant celles-ci et de la motivation de leurs décisions

On aborde ici l’applicabilité de l’article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l’homme (ci-après : « la Convention ») aux juridictions constitutionnelles (A) et le respect des différentes garanties prévues par cet article par les juridictions constitutionnelles (B).

A. Quant au respect des différentes garanties de l’article 6, § 1^{er}, de la Convention par les juridictions constitutionnelles

La jurisprudence étudiée conduit à distinguer deux questions : d’une part, l’applicabilité de l’article 6, § 1^{er}, de la Convention aux litiges constitutionnels (1) et d’autre part, son applicabilité aux juridictions constitutionnelles et assimilées (2).

1. L'article 6, § 1^{er}, de la Convention est-il applicable à tous les litiges constitutionnels?

Dans l'arrêt *Ruiz-Mateos c. Espagne*⁴, la Cour européenne des droits de l'homme a conclu que l'article 6 de la Convention peut s'appliquer aux procédures constitutionnelles lorsqu'il ressort des circonstances spécifiques de l'espèce que lesdites procédures touchent à des droits protégés par l'article 6. La Cour a, en l'espèce, considéré qu'un lien étroit existait entre la procédure civile et la procédure constitutionnelle préjudicielle : « l'annulation, par le Tribunal constitutionnel, des normes controversées aurait amené les juges civils à accueillir les prétentions de la famille Ruiz-Mateos »⁵. Vu l'imbrication des deux procédures, « à les dissocier on verserait dans l'artifice et l'on affaiblirait à un degré considérable la protection des droits des requérants »⁶. La Cour se prononce ensuite sur la portée de la protection offerte par l'article 6 dans des procédures constitutionnelles. Les requérants alléguaient une violation de l'égalité des armes, en ce que leur adversaire, c'est-à-dire l'État, avait pu participer à la procédure devant le Tribunal constitutionnel alors que cette faculté fut rejetée pour les requérants. La Cour reconnaît la spécificité des procédures constitutionnelles, qui « présentent des caractéristiques propres qui tiennent compte de la spécificité de la norme à appliquer tout comme de l'importance de la décision à rendre pour le système juridique en vigueur ; elles visent aussi à permettre à un organe unique de statuer sur un grand nombre d'affaires touchant à des sujets très divers »⁷. Elle estime néanmoins que ces spécificités

⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Ruiz-Mateos c. Espagne*, 23 juin 1993. Sur cet arrêt, voy. notamment G. COHEN-JONATHAN, « Justice constitutionnelle et Convention européenne des droits de l'homme. L'arrêt *Ruiz-Mateos c. Espagne* », *R.F.D.C.*, 1994, pp. 175-183 ; M. VERDUSSEN, « Le juge constitutionnel face à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention européenne des droits de l'homme », *R.B.D.C.*, 1994, pp. 131-146 ; M. WOUTERS, « De toepasselijkheid van artikel 6, lid. 1, E.V.R.M. op de prejudiciële rechtspleging voor een grondwettelijk hof », *R.W.*, 1994, pp. 848-951 ; D. SZYMCAK, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel*, Bruylant, Bruxelles, 2007, p. 391 ; J.-Fr. FLAUSS, « Convention européenne des droits de l'homme et contentieux constitutionnel », *R.F.D.C.*, 1993, pp. 207-241 ; L. FAVOREU, « Cours constitutionnelles nationales et Cour européenne des droits de l'homme », in *Libertés, justice, tolérance : Mélanges en hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, t. I, Bruylant, Bruxelles, 2004, pp. 789-811 ; G. MALINVERNI, « Droit à un procès équitable et cours constitutionnelles », *R.U.D.H.*, 1994, pp. 389-395.

⁵ *Ruiz-Mateos c. Espagne*, préc., § 59.

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*, § 63.

ne justifient pas une exclusion des exigences en matière d'égalité des armes devant la juridiction constitutionnelle⁸.

Les enseignements de cet arrêt *Ruiz-Mateos* ont été confirmés à de multiples reprises⁹. Le test déterminant l'application de l'article 6 aux procédures constitutionnelles concerne le caractère décisif de l'issue des procédures constitutionnelles pour la détermination de droits et d'obligations de nature civile¹⁰. La Cour a en outre encore récemment confirmé que l'applicabilité de l'article 6 ne dépendait pas du mode de saisine de la Cour constitutionnelle, que ce soit sur recours en annulation ou questions préjudicielles¹¹.

Une autre décision mérite une attention particulière: l'arrêt *Pierre-Bloch*¹². Candidat aux élections législatives françaises de mars 1993, Jean-Pierre Pierre-Bloch fut élu député à l'Assemblée nationale. À la suite du scrutin, il déposa son compte de campagne devant la Commission nationale des comptes de campagne et des financements politiques. Cette dernière le rejeta en raison du dépassement du plafond légal de dépenses électorales et, en application de l'article 136-1 du Code électoral, elle saisit le Conseil constitutionnel, qui déclara l'intéressé inéligible pendant un an et démissionnaire d'office de son mandat de député. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, invoquant l'article 6, § 1^{er}, le requérant soutint ne pas avoir bénéficié d'un procès équitable devant le Conseil constitutionnel, notamment en raison de l'absence de débats contradictoires et publics. En vain. Selon la Cour, la procédure en cause n'avait pas trait à une contestation sur des droits et obligations de caractère civil, le droit de se porter candidat à une élection parlementaire et de conserver son mandat étant de caractère politique, de telle sorte que les litiges relatifs à l'organisation de son exercice – tels ceux portant sur l'obligation des candidats de limiter leurs dépenses électorales – sortent du champ d'application de cette disposition¹³. Toujours selon la Cour – qui fonde son analyse sur les trois cri-

⁸ *Ibid.*: lorsque ces procédures concernent directement «un cercle restreint de personnes» et lorsque «la question de la constitutionnalité de la loi est déférée au Tribunal constitutionnel dans le cadre d'une procédure relative à un droit de caractère civil et à laquelle sont parties des personnes de ce cercle», la Cour estime qu'il faut garantir à ces personnes leur «libre accès aux observations des autres parties et une possibilité véritable de les commenter».

⁹ Voy., entre autres, Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Süssmann c. Allemagne*, 16 septembre 1996, §§ 38-41; arrêt *Pammel c. Allemagne*, 1^{er} juillet 1997, §§ 46-58; arrêt *Probstmeier c. Allemagne*, 1^{er} juillet 1997, §§ 41-53.

¹⁰ Voy., entre autres, *Süssmann c. Allemagne*, préc., § 41; *Pammel c. Allemagne*, préc., § 53; arrêt *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Pologne*, 7 mai 2021, § 191.

¹¹ *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Pologne*, préc., §§ 189-190.

¹² Cour eur. dr. h., arrêt *Pierre-Bloch c. France*, 21 octobre 1997.

¹³ *Ibid.*, §§ 49-51.

tères traditionnels: la qualification juridique de l'infraction litigieuse en droit national, la nature même de celle-ci et la nature et le degré de sévérité de la sanction –, l'article 6, § 1^{er}, n'entraîne pas non plus en jeu sous son aspect pénal¹⁴.

Cette position a été confirmée au sujet de la compétence du Conseil constitutionnel en matière de contrôle des dépenses électorales¹⁵. Cette exclusion des garanties du procès équitable semble tout de même problématique dès lors que l'angle mort de la Convention en la matière n'est pas suffisamment comblé par le droit interne.

2. L'article 6, § 1^{er}, de la Convention est-il applicable à toutes les juridictions constitutionnelles ou assimilées?

On mentionnera ici deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs à la Suisse, les arrêts *Belilos*¹⁶ et *Weber*¹⁷, dans le cadre desquels la Cour a examiné la déclaration interprétative ainsi qu'une des réserves émises par la Suisse lors de son adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme. Ces affaires ont conduit la Suisse à renoncer à l'une et à l'autre¹⁸.

Dans l'arrêt *Belilos*, la Cour européenne s'est penchée sur la déclaration de la Suisse selon laquelle: « Pour le Conseil fédéral suisse, la garantie d'un procès équitable figurant à l'article 6, paragraphe 1 (art. 6-1), de la Convention, en ce qui concerne soit les contestations portant sur des droits et obligations de caractère civil, soit le bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre la personne en cause, vise uniquement à assurer un contrôle judiciaire final des actes ou décisions de l'autorité publique qui touchent à de tels droits ou obligations ou à l'examen du bien-fondé d'une telle accusation ». La Cour européenne a jugé qu'une telle déclaration avait pour effet de soustraire certains litiges du champ d'application de l'article 6, § 1^{er}, et de limiter ainsi la portée de cette dernière disposition. Elle a d'abord considéré que la déclaration devait en substance être qualifiée de « réserve »¹⁹. Elle a enfin décidé que ladite réserve n'était pas valable, faute de respecter les exigences de l'article 64 de la Convention, à savoir qu'elle manquait de clarté dès lors que l'on ne pouvait pas déter-

¹⁴ *Ibid.*, §§ 53-61. Notons que, dans une opinion dissidente, le juge De Meyer a regretté qu'en interprétant ainsi l'article 6, § 1^{er}, la Cour se soit crue obligée de « se replier frileusement dans le cocon d'une interprétation étreinte et pusillanime ».

¹⁵ Cour eur. dr. h., décision *Cheminade c. France*, 26 janvier 1999.

¹⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Belilos c. Suisse*, 29 avril 1988.

¹⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Weber c. Suisse*, 22 mai 1990.

¹⁸ Ces réserves ont été formellement retirées par arrêté fédéral du 8 mars 2000, *Recueil Officiel*, 1, 2002, p. 142.

¹⁹ *Belilos c. Suisse*, préc., § 49.

miner quelles étaient les lois qui n'étaient pas compatibles avec l'article 6, § 1^{er}, de la Convention²⁰. L'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Belilos* a donné lieu à de vives discussions au sein du Parlement²¹. Si le gouvernement fédéral a accepté de mettre en œuvre ce jugement dans le domaine pénal, il a en revanche estimé qu'il ne visait pas les domaines civil et administratif. Sur ce point, il a alors adressé une clarification au Conseil de l'Europe ainsi qu'une liste des lois affectées²². C'est finalement le Tribunal fédéral qui a tranché ultérieurement la question de l'application de l'article 6 de la Convention au domaine civil en mettant en œuvre l'arrêt *Belilos* rendu par la Cour européenne²³.

Quant à l'arrêt *Weber*, il visait la réserve de la Suisse relative à la publicité des audiences²⁴. En l'occurrence, le gouvernement n'avait pas fourni un extrait de la loi en cause comme exigé par l'article 64, § 2, de la Convention. La réserve a ici également été jugée invalide²⁵.

Les deux arrêts précités ont eu un impact direct sur la jurisprudence du Tribunal fédéral à l'égard des cantons, mais également sur l'accès même au Tribunal fédéral pour certains types de litiges²⁶. Ils ont finalement entraîné une réforme judiciaire importante, laquelle a abouti à la consécration du droit

²⁰ Les termes litigieux ne permettant ni de déterminer les catégories de litiges visés ni de savoir si le «contrôle judiciaire final» s'exerce ou non sur les faits d'une cause, ils constituent une réserve à caractère général qui est prohibée par l'article 64, § 1^{er}, de la Convention. Par ailleurs, ils ne contiennent pas de bref exposé de la loi en cause au sens de l'article 64, § 2, de la Convention. Voy. l'arrêt *Belilos c. Suisse*, préc., §§ 55 et 59.

²¹ H. KELLER, «Reception of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ECHR) in Poland and Switzerland», *ZaöRV*, 2005, n° 65, pp. 293 et s.; D. THURNHERR, «The Reception Process in Austria and Switzerland», in H. Keller et A. Stone Sweet (dir.), *A Europe of Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 320. Dans le cadre de ces discussions, il a même été proposé de dénoncer la Convention pour y adhérer à nouveau en formulant une nouvelle réserve. Cette proposition a été rejetée à une voix près (voy. BO CE 1988 554 ss et BO CE 1988 561).

²² D. THURNHERR, *op. cit.*, p. 320, notes 60 et 61.

²³ ATF 118 Ia 473, c. 6, trad. JdT 1995 I 523.

²⁴ *Weber c. Suisse*, préc.: «Le principe de la publicité des audiences proclamé à l'article 6, paragraphe 1 (art. 6-1), de la Convention ne sera pas applicable aux procédures qui ont trait [...] au bien-fondé d'une accusation en matière pénale et qui, conformément à des lois cantonales, se déroulent devant une autorité administrative».

²⁵ *Ibid.*, § 38.

²⁶ Ce fut ainsi le cas des recours relatifs aux plans de zones de protection des eaux souterraines qui furent déferés à la compétence du Tribunal fédéral au lieu d'être jugés par le gouvernement fédéral (ATFer 120 Ib 224, c. 1, trad. JdT 1996 I 394, et 121 II 39, c. 2b), cités par A. BENOÎT, «La garantie de l'accès au juge: l'art. 29a Cst. et ses répercussions sur la révision de l'organisation judiciaire fédérale», in S. Besson, M. Hottelier et Fr. Wero (éd.), *Les droits de l'homme au centre / Human Rights at the Center*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2006, p. 163.

d'accès au juge dans la Constitution fédérale²⁷, soit le pendant de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention²⁸.

B. Quant au respect des différentes garanties de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention par les juridictions constitutionnelles

On constate que les arrêts rendus par la Cour européenne quant au respect des garanties du procès équitable par les juges constitutionnels se distribuent très inégalement entre les États. C'est ainsi que plusieurs arrêts concernent l'Allemagne, tandis qu'aucun ne vise l'Italie et la Russie, par exemple.

Le nombre d'arrêts de la Cour européenne sur le droit à l'indépendance et à l'impartialité des juridictions constitutionnelles est pour le moins faible.

Potentiellement, des contestations sont néanmoins envisageables. Ainsi, en France, en dépit des règles de déport et de récusation prévues par un règlement intérieur du Conseil constitutionnel, il n'est pas inconcevable qu'un justiciable puisse contester à Strasbourg le fait qu'un membre du Conseil ait pu participer à l'élaboration de la loi dans ses fonctions antérieures ou se permette de prendre des positions publiques en lien avec l'affaire tranchée en l'espèce. Par exemple, le Président du Conseil constitutionnel Laurent Fabius a multiplié ces dernières années des déclarations offensives au sujet de l'environnement.

La question de l'indépendance et de l'impartialité des juges a fait l'objet d'un arrêt de la Cour européenne qui concerne la Pologne. L'affaire concernait la compatibilité avec l'article 6, § 1^{er}, de la Convention de la participation, comme juge au Tribunal constitutionnel, d'un ancien membre du Sénat dans une affaire relative à la constitutionnalité d'une loi adoptée pendant son mandat de sénateur. Toutefois, avant que la Cour ne se prononce sur le fond de l'affaire, une loi répondant aux prétentions de la requérante a été votée et, en 2010, la requérante a informé le greffe qu'elle ne souhaitait plus maintenir sa requête devant la Cour. L'affaire a ainsi été rayée du rôle²⁹.

Toujours en ce qui concerne la Pologne, on doit épinglez l'arrêt *Xero Flor w Polsce sp. z o.o.*, qui concerne la responsabilité de l'État pour les dommages

²⁷ Art. 29a Const. féd.: «Toute personne a droit à ce que sa cause soit jugée par une autorité judiciaire. La Confédération et les cantons peuvent, par la loi, exclure l'accès au juge dans des cas exceptionnels». Disposition acceptée en votation populaire du 12 mars 2000, en vigueur depuis le 1^{er} janvier 2007, RS 101.

²⁸ D. THURNHERR, *op. cit.*, p. 321.

²⁹ Cour eur. dr. h., décision *Église orthodoxe autocéphale de Pologne c. Pologne*, 27 avril 2010.

causés sur le gazon de la société requérante par des sangliers et des cerfs. N'ayant pas obtenu gain de cause devant les juridictions ordinaires, cette dernière a déposé une plainte constitutionnelle arguant de l'inconstitutionnalité des dispositions applicables de la loi sur la chasse. Le Tribunal constitutionnel a accepté, dans un premier temps, la recevabilité de la plainte, mais, en définitive, le collège de cinq juges a adopté une position contraire et la plainte a été rejetée sans examen au fond. La société a introduit une requête auprès de la Cour européenne en alléguant, entre autres, que son droit à un procès équitable avait été violé parce que le Tribunal constitutionnel avait examiné sa plainte dans une formation composée en violation de la Constitution. En particulier, la formation de cinq juges du Tribunal était composée en violation de l'article 194, § 1^{er}, de la Constitution, le juge M.M. ayant été élu par la Diète (le *Sejm*, c'est-à-dire la chambre basse du Parlement) alors que le poste avait déjà été attribué à un autre juge qui avait été élu par la Diète précédente. Dans son arrêt rendu le 7 mai 2021, la Cour européenne des droits de l'homme conclut, de manière unanime, à la violation de l'article 6, § 1^{er}, en l'espèce. Refusant de botter en touche, la Cour rappelle l'existence de lignes rouges et estime que la plainte des requérants n'a pas été entendue de manière équitable mais également que la formation du Tribunal constitutionnel qui a examiné leur plainte n'était pas un tribunal «établi par la loi».

Pour parvenir à ce dernier constat d'illégalité du tribunal constitutionnel, la Cour se fonde sur le test en trois étapes forgé dans l'arrêt *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, rendu en Grande Chambre le 1^{er} décembre 2020, établi par la Cour pour «affiner et clarifier» la notion de «tribunal établi par la loi»³⁰. Premièrement, la Grande Chambre précise qu'un «tribunal» «se caractérise au sens matériel par son rôle juridictionnel: trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence», et ce, de manière indépendante. Selon la Cour, «la notion même de 'tribunal' implique que celui-ci se compose de juges sélectionnés sur la base du mérite – c'est-à-dire de juges qui, grâce à leurs compétences professionnelles et à leur intégrité morale, sont capables d'exercer les fonctions judiciaires associées à cette charge dans un État régi par la prééminence du droit»³¹. La Grande Chambre souligne l'importance cruciale (notamment pour «la confiance du public dans la justice») du processus de nomination des juges ordinaires. Elle admet que «les juges non professionnels peuvent être soumis à des critères de sélection différents, en ce qui concerne en particulier les compétences profes-

³⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, 1^{er} décembre 2020, § 218.

³¹ *Ibid.*, § 220.

sionnelles requises»³². Deuxièmement, la Cour interprète l'expression «établi par la loi» comme concernant «non seulement la base légale de l'existence même du 'tribunal' mais encore le respect par celui-ci des règles particulières qui le régissent et la composition du siège dans chaque affaire», c'est-à-dire comme englobant aussi les règles de droit interne relatives aux nominations des juges³³. Elle souligne que «la corrélation entre la procédure de nomination d'un juge et la 'légalité' de la formation au sein de laquelle celui-ci siège ensuite» apparaît clairement lorsque l'on prend en compte le but poursuivi par l'exigence d'un tribunal établi par la loi. La Cour estime qu'il s'agit d'une exigence qui reflète «le principe de la prééminence du droit» et «vise à préserver le pouvoir judiciaire de toute influence extérieure irrégulière émanant en particulier du pouvoir exécutif, bien qu'il ne soit pas exclu que le pouvoir législatif, voire le pouvoir judiciaire lui-même, puissent exercer une telle influence». Vu cet objectif, l'exigence d'un tribunal établi par la loi «englobe aussi toutes les dispositions de droit interne – y compris en particulier celles qui garantissent l'indépendance des membres d'un tribunal – dont le non-respect rendrait 'irrégulière' la participation d'un ou de plusieurs juges à l'examen d'une affaire»³⁴. Troisièmement, la Cour estime que l'exigence d'un «tribunal établi par la loi» ne concerne pas seulement la question de savoir si une juridiction saisie d'une affaire a une base légale en droit interne mais également de savoir si les dispositions légales internes relatives à la composition et au fonctionnement de cette juridiction avaient été respectées. Ainsi, l'expression «tribunal établi par la loi» signifie aussi un «tribunal établi conformément à la loi»³⁵.

Appliquant les enseignements de *Guðmundur Andri Ástráðsson* au contexte polonais, la Cour européenne des droits de l'homme constate que la formation de cinq juges qui a traité l'affaire a été composée en violation manifeste des règles de droit interne, violation clairement identifiée par la Cour constitutionnelle polonaise³⁶. Elle estime que cette violation était d'une gravité telle qu'elle a affecté la légitimité de la procédure suivie et «l'essence même» du droit qui était en jeu³⁷.

Le droit d'être jugé dans un délai raisonnable est certainement l'une des garanties du procès équitable les plus mobilisées dans le contexte du contrôle des procédures constitutionnelles.

³² *Ibid.*, § 222.

³³ *Ibid.*, §§ 223-228.

³⁴ *Ibid.*, § 226.

³⁵ *Ibid.*, §§ 229-230.

³⁶ *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Pologne*, préc., §§ 255-275.

³⁷ *Ibid.*, § 287.

En Allemagne, un nombre important des arrêts de la Cour constitutionnelle fédérale (C.C.F.A.) pour lesquels la Cour européenne constate une violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention concerne la durée de la procédure constitutionnelle. Dans l'affaire *Klein*, la Cour européenne a même constaté dans le chef de la C.C.F.A. une « surcharge chronique [...] depuis la fin des années 1970 »³⁸. Dans la plupart des cas, la Cour européenne a estimé que la durée du recours constitutionnel était excessive en elle-même³⁹. Dans d'autres cas, les juges européens ont trouvé que la C.C.F.A. avait l'obligation de limiter la durée de traitement du recours constitutionnel car la durée de la procédure devant les tribunaux d'instance avait déjà été significative⁴⁰.

Le non-respect du droit d'accès à la juridiction constitutionnelle a également été invoqué à quelques reprises.

En Allemagne, dans deux arrêts, la Cour européenne a été saisie de requêtes dénonçant une violation de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention pour défaut d'accès à la C.C.F.A.⁴¹. Les deux cas concernaient le transfert des requérants dans leur pays d'origine à la suite d'une procédure pénale. En l'espèce, les requérants avaient consenti à une procédure pénale en Allemagne après que le parquet leur eut garanti un transfert dans leur pays d'origine en vertu de la Convention sur le transfèrement des personnes condamnées⁴². Cependant, à la suite de leur condamnation, le ministère fédéral de la Justice avait refusé le transfert promis. Contre cette décision ministérielle, les requérants avaient déposé un recours constitutionnel. Cependant, la C.C.F.A. avait rejeté les recours comme irrecevables, argumentant que les requérants auraient d'abord dû avoir épuisé d'autres recours juridiques. La Cour européenne a jugé que ces décisions violaient l'article 6, § 1^{er}. Ni le gouvernement allemand ni la Cour constitutionnelle n'avaient indiqué quel recours juridique aurait été recevable contre la décision

³⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Klein c. Allemagne*, 27 juillet 2000, § 43.

³⁹ *Ibid.*, §§ 43-48; arrêt *Becker c. Allemagne*, 26 septembre 2002, § 23; arrêt *Hesse-Anger c. Allemagne*, 6 février 2003, § 32; arrêt *Kind c. Allemagne*, 20 février 2003, §§ 51-53; arrêt *Niederböster c. Allemagne*, 27 février 2003, §§ 39-47; arrêt *Trippel c. Allemagne*, 4 décembre 2003, §§ 19-36; arrêt *Voggenreiter c. Allemagne*, 8 janvier 2004, § 52; arrêt *Wimmer c. Allemagne*, 24 février 2005, §§ 23-35; arrêt *Klasen c. Allemagne*, 5 octobre 2006, §§ 36-39; arrêt *Leela Förderkreis e.v. e.a. c. Allemagne*, 6 novembre 2008, § 65; arrêt *Kaemena et Thöneböhn c. Allemagne*, 22 janvier 2009, § 64; arrêt *Hoffer et Annen c. Allemagne*, 13 janvier 2011, § 57; arrêt *Kuhlen-Rafsandjani c. Allemagne*, 20 janvier 2011, § 85.

⁴⁰ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Kirsten c. Allemagne*, 15 février 2007, § 46; arrêt *Döring c. Allemagne*, 8 juillet 2010, § 72; arrêt *Tsikakis c. Allemagne*, 10 février 2011, § 67.

⁴¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Smith c. Allemagne*, 1^{er} avril 2010, §§ 60-62, et arrêt *Buijen c. Allemagne*, 1^{er} avril 2010, §§ 61-63.

⁴² Entrée en vigueur le 1^{er} juillet 1985, STE n° 112.

du ministère de la Justice. De plus, la contestabilité de la décision ministérielle devant les tribunaux d'instance avait été très controversée⁴³. En outre, la Cour européenne a constaté que le requérant dans l'affaire *Buijen* avait même demandé une révision auprès de la cour d'appel, demande qui avait été rejetée comme irrecevable⁴⁴. Par conséquent, la Cour européenne a décidé que l'existence d'une possibilité de révision effective des décisions ministérielles n'avait pas été prouvée. Pour cette raison, le refus de la C.C.F.A. d'analyser le fond des affaires devait être considéré comme un refus d'accès à un tribunal pour les requérants⁴⁵.

Le grief porté devant la Cour européenne des droits de l'homme peut-il être imputable à un refus par une juridiction nationale de renvoyer une question préjudicielle à la juridiction constitutionnelle? Dans trois affaires concernant la Belgique⁴⁶, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que le refus par la Cour de cassation de poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle n'avait pas porté atteinte au principe de l'équité de la procédure de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention et, plus particulièrement, au «droit à un tribunal», dont le droit d'accès constitue un aspect particulier. Il pourrait en être autrement si le refus de renvoi préjudiciel était entaché d'arbitraire.

En France, la décision *Renard* du 25 août 2015 est la première décision concernant la compatibilité de la procédure de filtrage des questions prioritaires de constitutionnalité (QPC) au regard de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention⁴⁷. Il s'agit d'une décision d'irrecevabilité, pour défaut manifeste de fondement. La Cour y estime que le refus de la Cour de cassation de renvoyer la QPC au Conseil constitutionnel ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit d'accès du requérant au Conseil constitutionnel. La loi organique confère en effet au Conseil d'État et à la Cour de cassation «un certain pouvoir d'appréciation, visant à réguler l'accès au Conseil constitutionnel» et «ce pouvoir n'est pas en contradiction avec la Convention»⁴⁸. Pour autant, aucun brevet global n'est conféré à la procédure de filtrage, la Cour se réservant à l'avenir la possibilité de prononcer, selon les circonstances, un constat de violation en cas de pratique «arbitraire de nature à affecter l'équité des procédures en

⁴³ *Smith c. Allemagne*, préc., § 60, et *Buijen c. Allemagne*, préc., § 61.

⁴⁴ *Buijen c. Allemagne*, préc., § 61.

⁴⁵ *Smith c. Allemagne*, préc., § 62, et *Buijen c. Allemagne*, préc., § 63.

⁴⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Coëme c. Belgique*, 22 juin 2000, §§ 114-115; arrêt *Wynen c. Belgique*, 5 novembre 2002, §§ 41- 42; arrêt *Ernst e.a. c. Belgique*, 15 juillet 2003, §§ 74- 75. Voy. également arrêt *Ullens de Schooten c. Belgique*, 20 septembre 2011, §§ 57- 61, et décision *Vergauwen c. Belgique*, 10 avril 2012, § 89.

⁴⁷ Cour eur. dr. h., décision *Renard c. France*, 25 août 2015.

⁴⁸ *Ibid.*, § 23.

cause»⁴⁹. Autant dire que la motivation des décisions de non-renvoi doit obéir au standard européen et inciter les juges du filtrage à une vigilance accrue en la matière.

En ce qui concerne l'Espagne, des arrêts ont également été rendus concernant la procédure d'*amparo* prévue devant le Tribunal constitutionnel espagnol. Il faut savoir que la Constitution espagnole prévoit ce recours d'*amparo* non pas comme un recours ordinaire mais bien comme une demande constitutionnelle spéciale, qui a un caractère extraordinaire et subsidiaire par rapport à la voie juridictionnelle ordinaire, et que la demande du requérant doit présenter une «importance constitutionnelle spéciale» pour être acceptée.

La Cour européenne des droits de l'homme a eu l'occasion de se prononcer sur la conformité de cette exigence avec la substance du droit d'accès à un tribunal dans son arrêt *Arribas Anton c. Espagne*. Elle a estimé qu'«[e]u égard à la spécificité du rôle que joue le Tribunal constitutionnel en tant que juridiction de protection ultime des droits fondamentaux [...] l'on peut admettre que la procédure suivie devant ledit tribunal soit assortie davantage de formalisme. Par ailleurs, elle estime que le fait de subordonner la recevabilité d'un recours d'*amparo* à l'existence de circonstances objectives et à leur justification par l'auteur du recours, qui sont des critères prévus par la loi et interprétés par la jurisprudence constitutionnelle – tels que l'importance de la cause pour l'interprétation, l'application ou l'efficacité générale de la Constitution ou pour la détermination du contenu et de la portée des droits fondamentaux (paragraphe 29 ci-dessus) –, n'est pas, en tant que tel, disproportionné ou bien contraire au droit d'accès au Tribunal constitutionnel»⁵⁰.

Dans son arrêt *Ferré Gisbert c. Espagne*, la Cour a estimé que le fait que le Tribunal constitutionnel ait rejeté le recours d'*amparo* introduit par le requérant en raison de sa tardiveté, en prenant en compte le délai écoulé depuis la décision prise par le juge de première instance, et pas celle de la décision prise par les juridictions saisies par la suite par le requérant afin de statuer sur la même affaire, avait privé le requérant de son droit d'accès à un tribunal⁵¹.

L'affaire *Saqueti Iglesias c. Espagne* a quant à elle amené la Cour à se prononcer sur la nature du *Tribunal Constitucional* en tant que juridiction qui ne fait pas partie du pouvoir judiciaire. Appelée à se prononcer sur la question de savoir si le requérant en cause avait bénéficié du droit à un double degré de juridiction garanti par l'article 2 du Protocole n° 7, la Cour a estimé qu'à la

⁴⁹ *Ibid.*, §§ 22 et 24.

⁵⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Arribas Anton c. Espagne*, 20 janvier 2015, § 50.

⁵¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Ferré Gisbert c. Espagne*, 13 octobre 2009, §§ 26-34.

lumière des compétences attribuées au Tribunal constitutionnel dans le cadre du recours d'*amparo*, «cette juridiction ne peut être considérée comme une deuxième instance aux fins de l'article 2 du protocole n° 7»⁵².

En ce qui concerne les règles d'organisation de la Cour constitutionnelle albanaise, la Cour européenne des droits de l'homme estime que le fait que le recours du requérant ait été rejeté en raison du fait que la Cour n'est pas parvenue à une majorité sur l'une des solutions proposées a pour conséquence que la Cour a en fait refusé de se prononcer, et que cette situation a privé le requérant d'un jugement définitif sur son affaire et a porté atteinte à son droit d'accès à un tribunal dans sa substance même⁵³. La Cour souligne à cette occasion que, contrairement aux systèmes adoptés dans d'autres États membres, le système albanais «règle la question du partage des voix devant la Cour constitutionnelle dans un sens excluant une décision définitive formelle sur l'objet du recours», puisque dans un tel cas, les recours sont automatiquement rejetés, et constate dès lors que «les dispositions sur le partage des voix de l'article 74 de la loi sur l'organisation de la Cour constitutionnelle ne servent pas l'intérêt de la sécurité juridique et peuvent priver un requérant d'un droit effectif à ce que son recours constitutionnel soit définitivement tranché»⁵⁴.

En ce qui concerne le droit à la motivation des jugements, relevons un arrêt.

Dans l'une des rares affaires où était en cause la motivation adoptée par le Conseil constitutionnel français, la Cour européenne en a profité pour poser les bases d'un contrôle du pouvoir d'abrogation des dispositions législatives déclarées contraires à la Constitution en QPC. L'article 62 de la Constitution française habilite, en effet, le Conseil à abroger la loi immédiatement ou de manière différée, tout en lui permettant de préciser et de moduler les effets de l'abrogation. Évidemment, tout le débat consiste à équilibrer les considérations de sécurité juridique, justifiant parfois le report de l'abrogation, avec l'effectivité des droits et libertés des justiciables. Dans la décision d'irrecevabilité *Chessa* du 1^{er} mars 2018, la Cour européenne rappelle qu'une juridiction constitutionnelle peut, dans l'intérêt de la sécurité juridique, maintenir provisoirement une disposition en vigueur après l'avoir annulée, jusqu'à ce que le législateur adopte une nouvelle législation. En l'espèce, elle estime que «la motivation avancée par le Conseil constitutionnel [...] était de nature à justifier le report en cause et n'apparaît pas arbitraire»⁵⁵. La Cour relève également le

⁵² Cour eur. dr. h., arrêt *Saqueti Iglesias c. Espagne*, 30 juin 2020, § 57.

⁵³ Cour eur. dr. h., arrêt *Marini c. Albani*, 18 décembre 2007, §§ 121-122.

⁵⁴ *Ibid.*, § 123.

⁵⁵ Cour eur. dr. h., décision *Chessa c. France*, 1^{er} mars 2018, § 32.

vote rapide de la nouvelle législation deux mois après la décision du Conseil constitutionnel. En exigeant une motivation justifiée et non arbitraire de la part du Conseil constitutionnel, la jurisprudence européenne devrait réduire les hypothèses de motivation elliptique des abrogations différées, hélas encore trop nombreuses en l'état.

II. L'épuisement des voies de recours devant la juridiction constitutionnelle

Toute requête individuelle à la Cour européenne des droits de l'homme doit répondre aux conditions de recevabilité déterminées par l'article 35 de la Convention. Parmi ces conditions, figure la règle de l'épuisement préalable des voies de recours dans l'ordre juridique national, directement inspirée du principe de subsidiarité. En vertu de cette règle, un requérant est tenu d'épuiser les voies de recours disponibles, effectives et suffisantes, étant entendu que c'est à l'État défendeur d'établir que le recours était susceptible d'offrir au requérant le redressement de ses griefs et présentait des perspectives raisonnables de succès.

La question de savoir si la règle de l'épuisement préalable des voies de recours internes concerne les recours ouverts devant les juridictions constitutionnelles n'en est pas moins fort délicate. Elle donne lieu à une jurisprudence nourrie mais aussi très diverse. On se limite ici à quelques affaires significatives, tout en constatant, de manière générale, que là où elle se justifie, l'extension à l'instance constitutionnelle de la règle de l'épuisement préalable des recours internes est une étape supplémentaire sur la route vers Strasbourg, mais elle «procède du souci, non seulement de ménager les souverainetés étatiques, mais aussi de forcer les individus à recourir prioritairement aux mécanismes qui sont les plus aptes à garantir une préservation efficace de leurs droits fondamentaux»⁵⁶.

A. En ce qui concerne la saisine par voie d'action

S'agissant de la saisine de la juridiction constitutionnelle par voie d'action, il n'est pas étonnant que certains arrêts concernent l'Allemagne. Le recours

⁵⁶ M. VERDUSSEN, «La Cour européenne des droits de l'homme et l'épuisement préalable du recours interne au juge constitutionnel», in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 451.

constitutionnel direct (*Verfassungsbeschwerde*) devant la C.C.F.A. réunit normalement les conditions requises par la jurisprudence de la Cour européenne, à savoir être effectif et propre à redresser la violation alléguée par le requérant, de telle sorte qu'il est nécessaire de l'actionner avant de saisir cette dernière⁵⁷. Toutefois, les juges européens ont admis des hypothèses dans lesquelles le recours constitutionnel devant la C.C.F.A. n'était pas effectif, notamment en cas de durée excessive de la procédure litigieuse⁵⁸. Outre ces cas, la nécessité d'un recours constitutionnel dépend des circonstances. En effet, d'après la Cour européenne, il n'est pas nécessaire de lancer un recours constitutionnel pour épuiser les voies de recours internes si la procédure devant la C.C.F.A. n'a pas au moins «quelque chance de succès»⁵⁹. Ainsi, dans l'affaire *Englert*, la Cour européenne a considéré un recours constitutionnel comme inefficace parce que la C.C.F.A. avait déclaré irrecevable un recours antérieur concernant la même matière⁶⁰.

En Pologne, la Constitution de 1997 a introduit une procédure de «plainte constitutionnelle»⁶¹. Il s'agit d'un recours ouvert à «toute personne», mais qui ne permet que des réclamations fondées sur l'inconstitutionnalité présumée des dispositions législatives qui ont constitué la base juridique d'une décision dans un cas individuel. Par ailleurs, la plainte ne peut pas contester la manière dont les dispositions législatives sont appliquées, en particulier la manière dont elles sont interprétées par les tribunaux. De plus, la décision d'inconstitutionnalité n'invalide pas automatiquement la décision qui a donné lieu à la plainte constitutionnelle, mais prévoit seulement la réouverture de la procédure⁶². La question s'est posée de savoir si la règle de l'épuisement des voies de recours internes englobait cette procédure de plainte constitutionnelle. Dans la décision *Szott-Medynska* de 2003, la Cour européenne a donné une réponse équilibrée⁶³. La Cour a observé «que le modèle polonais de plainte constitutionnelle est caractérisé par deux limitations importantes : quant à sa portée et quant à la forme

⁵⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Englert c. Allemagne*, 25 août 1987, § 32; arrêt *Teuschler c. Allemagne*, 4 octobre 2001.

⁵⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Sürmeli c. Allemagne*, 8 juin 2006, §§ 103-108; arrêt *Herbst c. Allemagne*, 11 janvier 2007, §§ 62-63.

⁵⁹ *Englert c. Allemagne*, préc., § 32.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Art. 77-1 : «Toute personne dont les libertés ou les droits ont été violés, a le droit, conformément aux principes définis par la loi, de porter plainte devant le Tribunal constitutionnel en matière de conformité à la Constitution de la loi ou d'un autre acte normatif en vertu duquel l'autorité judiciaire ou l'autorité de l'administration publique se sont définitivement prononcées sur les libertés ou les droits de cette personne ou sur ses devoirs définis par la Constitution».

⁶² M. GRANAT et K. GRANAT, *The Constitution of Poland*, Bloomsbury, Oxford, 2019, pp. 135-138.

⁶³ Cour eur. dr. h., décision *Szott-Medynska c. Pologne*, 9 octobre 2003.

de réparation qu'il offre». Ceci a conduit la Cour à la conclusion suivante : «cette voie de recours peut constituer un recours effectif, au sens de la Convention, uniquement lorsque : a) une décision individuelle susceptible d'avoir violé la Convention a été adoptée en application directe d'une disposition de la législation nationale jugée inconstitutionnelle et b) les dispositions procédurales applicables à la révision d'une telle décision individuelle permettent, à la suite de l'adoption d'un arrêt de la Cour constitutionnelle constatant l'inconstitutionnalité d'une loi, soit d'annuler ladite décision soit de rouvrir la procédure à l'issue de laquelle celle-ci a été adoptée». En conséquence, l'introduction d'une plainte constitutionnelle doit être exigée en vertu de l'article 35, § 1^{er}, de la Convention dans les situations où les deux conditions susmentionnées sont réunies. Le test «Szott-Medynska» a été suivi dans la jurisprudence ultérieure sur la recevabilité⁶⁴. L'approche de la Cour européenne à l'égard de la plainte constitutionnelle en Pologne a toujours été réservée, mais la Cour s'est attachée à encourager l'utilisation nationale de cette procédure dans toutes les affaires où elle pouvait réellement contribuer à leur issue. En d'autres termes, la Cour européenne a accueilli favorablement la participation et la contribution de la Cour constitutionnelle dans les affaires concernant l'interprétation des droits fondamentaux.

En Russie, il doit d'abord être noté qu'en vertu de l'article 125, alinéa 4, a, de la Constitution, qui concerne le droit des justiciables de déposer une plainte constitutionnelle, la Cour constitutionnelle exerce uniquement, à l'égard des actes soumis à son contrôle, un contrôle de constitutionnalité⁶⁵. L'utilisation

⁶⁴ Voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Maciejewski c. Pologne*, 13 janvier 2015, §§ 92-93 : «92. The Court notes that the applicant's complaint is directed against Article 359 (2) of the Code of Criminal Procedure. In these circumstances it finds that the applicant should have seized the Constitutional Court by means of a constitutional complaint. He could have challenged the compatibility of the impugned provision of the Code of Criminal Procedure with Article 45 §§ 1-2 of the Constitution (see, *Szott-Medynska v. Poland* (dec.), no. 47414/99, 9 October 2003; *Pachla v. Poland* (dec.), no. 8812/02, 8 November 2005; *Urban v. Poland* (dec.), no. 29690/06, 7 September 2010 and *Hösl-Daum and Others v. Poland* (dec.), no. 10613/07, 7 October 2014). The latter provision provides similar guarantees to those of Article 6 § 1 of the Convention. 93. It follows that that this complaint must be rejected under Article 35 §§ 1 and 4 of the Convention for non-exhaustion of domestic remedies».

⁶⁵ La Cour constitutionnelle exerce le contrôle de constitutionnalité des lois constitutionnelles fédérales, des lois fédérales, des actes réglementaires émis par le Président de la Fédération, par le Conseil de la Fédération, par la Douma d'État, par le gouvernement de la Fédération, mais aussi le contrôle des Constitutions et Statuts des Sujets fédérés, tout comme des lois et actes réglementaires adoptés par les pouvoirs exécutifs et législatifs des Sujets fédérés portant sur les questions liées à la compétence des organes du pouvoir d'État de la Fédération de Russie et sur les compétences conjointes des organes du pouvoir d'État de la Fédération de Russie et des organes du pouvoir d'État des entités fédérées.

de la Convention ou la référence à la jurisprudence de la Cour européenne intervient comme un argument d'appui. En l'absence d'une compétence spécifique en matière de contrôle de conventionnalité, l'opposabilité généralisée du non-épuisement du recours constitutionnel apparaîtrait comme infondée. En outre, à la différence du contrôle de constitutionnalité exercé en Allemagne ou en Espagne dans le cadre de la procédure de plainte constitutionnelle, celui réalisé par la Cour constitutionnelle russe implique un contrôle *in abstracto* et ne lui permet donc pas de statuer sur la constitutionnalité des décisions judiciaires rendues par d'autres juridictions. Conformément à la jurisprudence *Rolim Comercial, S.A. c. Portugal*⁶⁶, un recours constitutionnel, lorsqu'il porte sur les dispositions législatives uniquement et non pas sur les décisions des juridictions de droit commun, est considéré comme ineffectif au regard de l'article 35 de la Convention si ce sont ces dernières qui font l'objet de la requête individuelle. Le spectre de cas où l'exercice préalable du contrôle de constitutionnalité serait obligatoire pour les ressortissants russes est, par conséquent, très réduit.

L'hypothèse de l'introduction en droit russe d'un recours préalable obligatoire devant la Cour constitutionnelle, comme une sorte de mécanisme de filtrage permettant l'examen à l'échelon national des griefs fondés sur la Convention, dont le but était aussi de réduire le nombre de requêtes individuelles devant la Cour européenne, a été évoquée par les autorités politiques à plusieurs reprises, mais les projets de réforme n'ont pas abouti⁶⁷. La saisine de la Cour constitutionnelle russe préalablement à celle de la Cour de Strasbourg pourrait donc être très rarement obligatoire et les tentatives, certes peu nombreuses, du gouvernement de soulever l'exception de non-épuisement du recours constitutionnel se sont soldées par des rejets de la part de la Cour.

Dans l'affaire *Roman Zakharov c. Russie*⁶⁸, le gouvernement de la Fédération de Russie a invoqué l'existence de recours internes permettant de dénoncer aussi bien l'insuffisance alléguée des garanties contre les mesures opérationnelles d'investigation prévues par la loi n° 144-FZ du 12 août 1995 que toute mesure de surveillance particulière appliquée à un individu. La Cour européenne s'est dite non convaincue par l'argument du gouvernement s'agissant de la possibilité de mettre en cause ladite loi devant la Cour constitutionnelle, dès lors que celle-ci avait déjà maintes fois examiné la constitutionnalité de cette loi, la déclarant conforme à la Constitution, de telle manière qu'il est peu

⁶⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Rolim Comercial, S.A. c. Portugal*, 16 avril 2013.

⁶⁷ Voy. notamment la Résolution du Comité des ministres ResDH(2004)85 relative à l'arrêt *Bourdov c. Russie* (n° 1) du 7 mai 2002.

⁶⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Roman Zakharov c. Russie*, 4 décembre 2015.

probable qu'une plainte constitutionnelle du requérant «soulevant des points identiques à ceux déjà examinés» puisse aboutir.

Dans l'affaire *Sakhnovski c. Russie*⁶⁹, la Cour a rappelé que le recours en révision prévu en droit russe – par lequel un requérant peut demander la révision d'une décision prise à son encontre sur la base de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle – n'était pas un «recours effectif» au titre de l'article 35, § 1^{er}, de la Convention, du fait de la non-soumission d'une telle procédure à un délai précis⁷⁰.

En ce qui concerne la Belgique, le recours en annulation ouvert à l'encontre d'une loi a déjà été considéré comme une voie de recours interne qu'il s'agit d'épuiser avant de pouvoir saisir la Cour de Strasbourg⁷¹. Par contre, une fois qu'un tel recours a été rejeté par la Cour constitutionnelle, il ne peut être reproché aux requérants de ne pas avoir introduit, ou de ne pas avoir attendu l'issue d'autres recours internes. En effet, «eu égard au rang et à l'autorité de cette cour dans le système juridictionnel du Royaume, de tels motifs pouvaient passer pour vouer à l'échec tout autre recours que les requérants auraient pu engager»⁷².

En Hongrie, on peut considérer, de manière générale, que les trois voies de recours constitutionnels ouvertes aux requérants individuels pour chercher un redressement au préjudice subi en raison de la violation de leurs droits fondamentaux devant la Cour constitutionnelle de Hongrie⁷³, sont des recours *a priori* considérés comme accessibles, effectifs et propres à offrir un tel redressement suffisant. Mais, comme on le sait, l'identification des voies de recours internes qu'il s'agit d'épuiser et de leur caractère accessible, effectif et adéquat est fonction des circonstances de l'espèce; on ne peut donc se satisfaire de cette

⁶⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Sakhnovski c. Russie*, 2 novembre 2010.

⁷⁰ Voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Choulepov c. Russie*, 26 juin 2008; arrêt *Adzhigovich c. Russie*, 8 octobre 2009; arrêt *Shilbergs c. Russie*, 17 décembre 2009.

⁷¹ Voy. notamment Cour eur. dr. h., décision *S.B. c. Belgique*, 6 avril 2004, § 7, dans laquelle le recours du requérant est rejeté en raison du fait qu'il n'a pas introduit de recours en annulation à l'encontre de la disposition qu'il critique devant la Cour européenne. Voy. également Cour eur. dr. h., décision *Epstein e.a. c. Belgique*, 8 janvier 2008, et décision *Eeg-Slachthuis Verbist c. Belgique*, 10 novembre 2005.

⁷² Cour eur. dr. h., arrêt *Pressos Compania Naviera S.A. e.a. c. Belgique*, 20 novembre 1995, § 27; voy. également la décision *Eeg-Slachthuis Verbist c. Belgique*, préc., dans laquelle la Cour souligne que «[...] le requérant qui a exercé un recours de nature à remédier directement à la situation litigieuse, comme en l'espèce le recours en annulation devant la Cour d'arbitrage, n'est pas tenu d'en engager d'autres qui peuvent lui être également ouverts».

⁷³ Ces voies de recours sont sommairement présentées dans l'avis de la Commission de Venise, n° CDL-AD(2012)009, sur la loi CLI de 2011 relative à la Cour constitutionnelle de Hongrie.

première conclusion. C'est la raison pour laquelle la Cour européenne des droits de l'homme examine au cas par cas les voies de recours constitutionnels introduites par les réformes de 2011 et appliquées depuis le 1^{er} janvier 2012, en tenant compte des circonstances pertinentes dans l'affaire en question.

B. *En ce qui concerne la saisine par renvoi préjudiciel*

S'agissant de la saisine de la juridiction constitutionnelle par renvoi préjudiciel, la question s'est posée assez naturellement en Italie, où les juges peuvent poser à la Cour constitutionnelle, de manière incidente et à titre préjudiciel, des questions dites « de légitimité constitutionnelle ». L'arrêt rendu par la Cour européenne dans l'affaire *Parrillo c. Italie*⁷⁴ porte précisément sur cette question, en reprenant une ligne de jurisprudence bien établie : « la Cour a rappelé à maintes reprises que, dans l'ordre juridique italien, le justiciable ne jouit pas d'un accès direct à la Cour constitutionnelle », seule une juridiction qui connaît du fond d'une affaire ayant « la faculté de la saisir, à la requête d'un plaideur ou d'office », de telle sorte que « pareille requête ne saurait s'analyser en un recours dont la Convention exige l'épuisement »⁷⁵.

Eu égard à cette jurisprudence, la Cour constitutionnelle, par ses arrêts n^{os} 348 et 349 de 2007, a apporté « des précisions sur la différence des rôles respectifs de la Cour de Strasbourg et de la Cour constitutionnelle en indiquant qu'il [appartenait] à la première d'interpréter la Convention et qu'il [revenait] à la seconde de rechercher s'il exist[ait] un conflit entre telle ou telle norme nationale et les droits garantis par la Convention, à la lumière notamment de l'interprétation fournie par la Cour européenne des droits de l'homme » (§ 98). Par contre, la Cour européenne a exclu « que le système d'interprétation obligatoire de la norme interne à la lumière de la Convention établi par les arrêts n^{os} 348 et 349 constitue un tournant de nature à réfuter [la] conclusion » selon laquelle « le recours devant la Cour constitutionnelle ne figure pas parmi les voies de recours internes à prendre en considération comme condition pour la recevabilité du recours à la Cour européenne » (§ 102).

Concernant toujours le renvoi préjudiciel en Italie, la validation d'une loi par la Cour constitutionnelle ne peut en aucun cas avoir une influence sur la

⁷⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Parrillo c. Italie*, 27 août 2015.

⁷⁵ Voy. en ce sens Cour eur. dr. h., arrêt *Brozicek c. Italie*, 19 décembre 1989, § 34; arrêt *Spadea et Scalabrino c. Italie*, 28 septembre 1995, § 24; Gde Ch., arrêt *Immobiliare Saffi c. Italie*, 28 juillet 1999, § 42; arrêt *C.G.I.L. et Cofferati c. Italie*, 24 février 2009, § 48; Gde Ch., arrêt *Scoppola c. Italie* (n^o 2), 17 septembre 2009, § 75; arrêt *M.C. e.a. c. Italie*, 3 septembre 2013, § 47.

question de l'épuisement des voies de recours pour la simple et bonne raison que, dans le contentieux constitutionnel italien – et la situation n'est pas différente en Belgique, par exemple –, la Cour ne valide jamais une loi : soit elle la déclare inconstitutionnelle, soit elle constate le caractère infondé de la question de constitutionnalité dont elle a été saisie. Cela veut dire qu'une décision de rejet par la Cour constitutionnelle ne donne pas un «brevet de constitutionnalité» à la disposition législative soumise au contrôle; par conséquent, tout juge peut soulever à nouveau la question de constitutionnalité. Autrement dit, la décision de rejet de la question n'a qu'un effet de précédent pour les juges amenés à appliquer la loi contestée. Ils peuvent donc très bien soulever à nouveau une question de constitutionnalité ayant comme objet une disposition déjà contrôlée par la Cour constitutionnelle, vraisemblablement en faisant référence à de nouveaux arguments.

En ce qui concerne le système de question préjudicielle belge, la Cour européenne des droits de l'homme ne s'est, à notre meilleure connaissance, jamais prononcée explicitement sur la nécessité d'interroger la Cour constitutionnelle à titre préjudiciel avant de pouvoir saisir valablement la Cour de Strasbourg. Toutefois, s'appuyant sur la jurisprudence qui concerne l'Italie que l'on vient de rappeler, la doctrine estime qu'un tel mécanisme «incident de renvoi préjudiciel devant le juge constitutionnel ne constitue pas un 'recours' à épuiser dans la mesure où les individus ne peuvent y accéder sans la médiation d'un juge»⁷⁶. Ce qui importe n'est donc pas qu'une question préjudicielle soit effectivement posée au juge constitutionnel, mais bien que le grief pris de la violation du droit fondamental en cause ait été soulevé devant les juridictions de fond⁷⁷.

En France, le même constat est de mise : la Cour européenne ne s'est jamais prononcée sur la question de savoir si la QPC constitue un recours à épuiser au sens de l'article 35 de la Convention. À nouveau, en l'état, si l'on raisonne

⁷⁶ Fr. KRENC, «Évolutions et actualités du contentieux devant la Cour européenne des droits de l'homme», in Fr. Krenc et al. (dir.), *Contentieux des droits fondamentaux*, Anthemis, Limal, 2021, p. 127; également du même auteur, «La question préjudicielle à la Cour constitutionnelle et l'épuisement des voies de recours internes», in S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Larcier, Bruxelles, 2014, pp. 123 et s.; M. VERDUSSEN, «La Cour européenne des droits de l'homme et l'épuisement préalable du recours interne au juge constitutionnel», *op. cit.*, p. 448; voy., pour une critique de cette position, notamment M. MELCHIOR, «Les cours constitutionnelles et l'épuisement des voies de recours internes au regard de la Convention européenne des droits de l'homme», in *Avancées et confins actuels des droits de l'homme aux niveaux international, européen et national. Mélanges offerts à Silvio Marcus Helmons*, Bruylant, Bruxelles, 2003, spéc. pp. 239-240.

⁷⁷ G. ROSOUX, «Panorama de la protection juridictionnelle nationale des droits fondamentaux : qui est le juge des droits fondamentaux en Belgique?», in Fr. Krenc et al. (dir.), *op. cit.*, p. 40.

sur la base de jurisprudences concernant des recours comparables à la QPC, comme en Italie précisément, il est possible d'avancer sans grand risque que la QPC n'est pas une voie de droit à épuiser. En effet, l'exigence d'épuisement concerne des recours que les justiciables peuvent exercer directement. Cette dernière condition fait défaut s'agissant de la QPC, la saisine du Conseil étant laissée à la libre appréciation du Conseil d'État et de la Cour de cassation.

Par ailleurs, la question de l'épuisement des voies de recours sur un sujet ayant déjà donné lieu à une interprétation défavorable de la juridiction constitutionnelle s'est déjà posée devant la Cour dans deux affaires. Dans la décision d'irrecevabilité *Charron et Merle-Motet c. France* du 16 janvier 2018 relative au refus d'une demande de PMA par insémination avec donneur ou fécondation *in vitro* opposé à un couple homosexuel, les requérantes faisaient valoir que le recours pour excès de pouvoir devant le juge administratif aurait été inefficace eu égard aux motifs d'une décision du Conseil constitutionnel n° 2013-669 DC du 17 mai 2013. En réponse, le juge européen est d'avis que le Conseil ne s'est pas prononcé sur la compatibilité de la disposition issue de la loi bioéthique interdisant l'accès à la PMA aux couples homosexuels avec les droits garantis par la Constitution. Surtout, la Cour ne manque pas de vanter les mérites du contrôle de conventionnalité *in concreto* en déclarant la requête irrecevable au motif que les requérantes ont délaissé le recours pour excès de pouvoir, voie de recours qui aurait pu conduire à l'exercice d'un contrôle de proportionnalité (C.E., 31 mai 2016, *Gonzalez Gomez*). La différence de nature des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité est au cœur du raisonnement de la Cour. Dans le même sens, la décision d'irrecevabilité *Graner c. France* du 5 mai 2020 met en exergue cette plus-value du contrôle *in concreto* de conventionnalité par rapport au contrôle *in abstracto* exercé par le Conseil constitutionnel. En l'occurrence, le requérant, qui s'était vu opposer un refus de consulter certaines archives de la présidence de la République, faisait valoir qu'en raison d'une décision QPC (n° 2017-655) déclarant les dispositions législatives litigieuses conformes à la Constitution, un recours devant le Conseil d'État n'avait aucune chance d'aboutir. Récusant cette argumentation, la Cour souligne au contraire la différence d'objet et de nature des contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité. Pour la première fois, elle souligne qu'un contrôle de conventionnalité *in abstracto* ne constituerait pas une voie de recours interne à épuiser.

III. Le contrôle, effectué par la Cour européenne des droits de l'homme, de l'interprétation des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme par la juridiction constitutionnelle nationale et des dispositions constitutionnelles nationales

La Cour européenne des droits de l'homme procède relativement fréquemment au contrôle – généralement de façon implicite ou indirecte, comme on aura l'occasion d'y revenir *infra* – de l'interprétation qui a été faite d'une ou plusieurs dispositions de la Convention par la juridiction constitutionnelle nationale (A).

S'il est plus rare que la Cour européenne des droits de l'homme se prononce sur l'(in)compatibilité de dispositions constitutionnelles des États membres avec la Convention, elle s'y est également résolue à plusieurs reprises (B).

A. Le contrôle, par la Cour européenne des droits de l'homme, de l'interprétation des dispositions de la Convention par les cours constitutionnelles nationales

La Cour européenne des droits de l'homme a très fréquemment l'occasion de contrôler l'interprétation qui a été faite de la Convention par les cours constitutionnelles nationales: il n'est en effet pas rare que la Cour européenne ait à connaître d'une problématique dans laquelle sont invoquées des dispositions de la Convention et qui a déjà, antérieurement, été tranchée par la juridiction constitutionnelle de l'État en cause.

Dans une grande majorité des cas, fort heureusement, la Cour européenne des droits de l'homme partage l'interprétation de la juridiction constitutionnelle nationale, et confirme dès lors le raisonnement tenu par cette dernière. Cette validation se fait généralement de façon indirecte: dans son arrêt – très souvent, dans la partie dans laquelle les faits de l'affaire, et le droit interne pertinent, sont abordés – la Cour mentionne le fait que la situation ou la disposition en cause devant elle a été soumise à la juridiction constitutionnelle nationale et résume la teneur du raisonnement et de l'arrêt rendu par celle-ci. Elle tranche ensuite elle-même le litige dont elle est saisie dans le même sens, et valide implicitement le raisonnement tenu par la juridiction constitutionnelle.

On peut citer, à titre d'exemple, l'arrêt *Cottin c. Belgique*, dans lequel la question des différences procédurales entre une expertise ordonnée, d'une part, dans le cadre d'une procédure civile et, d'autre part, dans le cadre d'une pro-

cédure pénale a été examinée par la Cour européenne des droits de l'homme : comme celle-ci le rappelle⁷⁸ dans un premier temps, la Cour constitutionnelle belge (alors «Cour d'arbitrage») avait tranché cette question par un arrêt n° 24/97 du 30 avril 1997, dans lequel elle avait estimé qu'il n'était pas justifié qu'une expertise effectuée dans le cadre de la procédure pénale n'ait pas un caractère contradictoire. Ayant à se prononcer sur la même question, la Cour européenne a jugé que le respect du droit à un procès équitable, garanti par l'article 6, § 1^{er}, de la Convention, exigeait que le requérant eût la faculté de soumettre efficacement ses commentaires sur un élément de preuve jugé essentiel par les juges du fond pour leur appréciation des faits – validant ainsi le raisonnement qu'avait tenu la Cour constitutionnelle belge avant elle⁷⁹.

Il arrive également que la Cour européenne fasse expressément référence, dans le cadre de son propre raisonnement, à un arrêt ou à la jurisprudence de la juridiction constitutionnelle nationale⁸⁰, voire qu'elle base sa propre analyse – presque – exclusivement sur le raisonnement tenu, dans la même affaire, par ladite juridiction.

⁷⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Cottin c. Belgique*, 2 juin 2005, § 23.

⁷⁹ Voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Silvester's Horeca Service c. Belgique* du 4 mars 2004, dans lequel la Cour européenne estime, dans le même sens que la Cour constitutionnelle belge l'avait fait auparavant (Cour const., arrêt n° 22/99, 24 février 1999, cité au § 19 de l'arrêt de la Cour européenne), que le recours ouvert, en droit belge, devant le tribunal de première instance à l'encontre d'amendes fiscales T.V.A. n'était pas conforme à l'article 6 de la Convention. Dans le même sens, voy. Cour eur. dr. h., arrêt *S.A. Patronale Hypothécaire c. Belgique* du 17 juillet 2018, dans lequel la Cour européenne cite plusieurs arrêts de la Cour constitutionnelle liés au recours en annulation ouvert devant le Conseil d'État en droit belge et le fait que ce recours respecte les exigences de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention (§ 24 de l'arrêt), puis arrive également à la même conclusion (§§ 40 et suivants de l'arrêt). Pour un commentaire de cet arrêt, voy. L. DEMEZ, «Le Conseil d'État est-il un juge effectif de pleine juridiction lorsqu'il contrôle les sanctions administratives?», *A.P.T.*, 2020, pp. 494 et s.

⁸⁰ Voy. par exemple *Ernst e.a. c. Belgique*, préc., § 85, dans lequel «la Cour relève que la Cour d'arbitrage (paragraphe 43 ci-dessus) a considéré, à plusieurs reprises, que le privilège de juridiction applicable aux magistrats avait été instauré en vue de garantir à l'égard de ces personnes une administration de la justice impartiale et sereine et que les règles spécifiques qu'impliquait ce privilège tendaient à éviter, d'une part, des poursuites injustifiées, téméraires ou vexatoires à l'encontre des magistrats et, d'autre part, que ces personnes soient traitées avec trop de sévérité ou trop de clémence. Il ressort de ces motifs que la distinction critiquée poursuit un but légitime, à savoir mettre les magistrats à l'abri de poursuites inconsidérées et leur permettre d'exercer la fonction juridictionnelle en toute quiétude et indépendance. Dans la mesure où les requérants, indépendamment de l'attitude du ministère public, ont conservé le droit d'introduire une action en responsabilité civile contre l'État belge, la Cour n'aperçoit pas que l'exigence d'un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens utilisés par le législateur belge et l'objectif visé ait été méconnue».

Une telle façon de procéder peut être mise en lien avec le phénomène de procéduralisation⁸¹, de plus en plus répandu, du raisonnement de la Cour. En effet, on s'aperçoit que la Cour européenne des droits de l'homme a tendance à avoir recours, de plus en plus, à un contrôle marginal : lorsqu'elle s'aperçoit que les cours constitutionnelles – et, plus généralement, les instances nationales – ont usé de critères pertinents⁸² et pesé les intérêts en présence de manière raisonnable, elle ne s'aventurera pas à réexaminer elle-même la mesure ou la décision prise par la Cour constitutionnelle⁸³ mais entérinera la décision nationale – seules des « raisons sérieuses » étant susceptibles de la pousser à substituer son appréciation à celle portée par les instances nationales⁸⁴.

On peut notamment citer à cet égard les arrêts *Belcacemi et Oussar* ainsi que *Dakir c. Belgique*⁸⁵ : la Cour européenne y valide la conventionnalité de la loi belge du 1^{er} juin 2011 interdisant le port de tout vêtement cachant totalement ou de manière principale le visage en s'appuyant largement sur le raisonnement

⁸¹ À ce sujet, voy. notamment P. POPELIER, « Procedural Rationality Review after *Animal Defenders International*: A Constructively Critical Approach », *Eur. Const. Law Rev.*, 2019, pp. 288 et s. ; J. GERARDS et E. BREMS, *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017 ; M. BORRES et M. SOLBREUX, « L'arrêt *Paposhvili c. Belgique* et les potentialités d'une procéduralisation des droits de l'homme par les Cours constitutionnelles nationales », *R.B.D.C.*, 2017, n° 1-2, pp. 173-199.

⁸² Et ce, d'autant plus, lorsque la Cour a elle-même défini les critères à prendre en compte dans sa jurisprudence et que les autorités nationales ont basé leur raisonnement sur ces critères.

⁸³ « When faced with a Convention issue, [national courts] are required to apply the Convention in the light of the Court's well-established case-law taking into account the margin of appreciation. The presumption is that if they do this, the Court will not repeat the proportionality test which has been carried out by the domestic courts », in ECTHR Background paper, « Subsidiarity, a two-sided coin? », Seminar to mark the official opening of the judicial year, 30 janvier 2015, consultable à l'adresse www.echr.coe.int/documents/seminar_background_paper_2015_eng.pdf, p. 4.

⁸⁴ Voy. notamment Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2), 7 février 2012, § 107 ; voy. également arrêt *Lillo-Stenberg and Saether c. Norvège*, 16 janvier 2014, § 44, dans lequel la Cour a exclusivement eu égard au fait que la Cour suprême norvégienne avait effectué la conciliation des droits en cause en prenant explicitement en compte l'ensemble des critères développés par la Cour dans sa jurisprudence et conclut que : « The Court therefore finds reason to point out that, although opinions may differ on the outcome of a judgment, where the balancing exercise has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts ».

⁸⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, 11 juillet 2017 ; arrêt *Dakir c. Belgique*, 11 juillet 2017.

tenu par la Cour constitutionnelle belge⁸⁶, qui avait été saisie auparavant d'un recours en annulation portant sur cette même loi⁸⁷.

Sur la même problématique, en se plaçant sous les auspices du principe de subsidiarité, le juge européen accorde un brevet de conventionnalité à la loi française relative à l'interdiction du voile intégral dans l'espace public⁸⁸, qui avait suscité d'immenses polémiques en France et qui avait également été validée par le Conseil constitutionnel français dans le cadre de son contrôle *a priori* des lois⁸⁹. Les positions de ces deux instances coïncident, au niveau notamment de l'étendue de leur contrôle. Aussi, l'affirmation de la Cour selon laquelle elle doit «faire preuve de réserve dans l'exercice [du] contrôle de conventionnalité [lorsqu'est en cause] un arbitrage effectué selon des modalités démocratiques au sein de la société en cause»⁹⁰, fait écho à celle rituellement répétée par le Conseil constitutionnel selon laquelle il ne dispose pas d'un pouvoir d'appréciation de même nature que celui du Parlement.

Dans le même ordre d'idées, l'arrêt *Delecolle c. France*, relatif au droit pour une personne âgée placée en curatelle renforcée de se marier sans l'autorisation de son curateur ou du juge des tutelles, illustre cette harmonisation des contrôles. Le juge européen reprend à son compte la motivation d'une décision rendue par le Conseil constitutionnel⁹¹, à savoir que «le régime de curatelle a pour finalité l'intérêt de la personne protégée et favorise, dans la mesure du possible, l'autonomie de celle-ci»⁹².

En Pologne, Cour constitutionnelle et Cour européenne des droits de l'homme ont à plusieurs reprises été saisies des mêmes questions et ont pu dialoguer et agir de manière coordonnée, notamment en ce qui concerne les affaires liées à la problématique de la perte de certains territoires polonais situés aux alentours de la rivière Bug et de la compensation des propriétaires ayant

⁸⁶ Voy. notamment les nombreuses références à l'analyse qui a été effectuée par la Cour constitutionnelle aux §§ 46, 48, 50, 53, 54, 57, et 67 de l'arrêt *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, préc.

⁸⁷ Voy. Cour const., arrêt n° 145/2012, 6 décembre 2012.

⁸⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *S.A.S. c. France*, 1^{er} juillet 2014.

⁸⁹ Cons. const., décision n° 2010-613 DC, 7 octobre 2010.

⁹⁰ *S.A.S. c. France*, préc., § 154.

⁹¹ Cons. const., décision n° 2012-260 QPC, 29 juin 2012.

⁹² Cour eur. dr. h., arrêt *Delecolle c. France*, 25 octobre 2018, § 64. Pour d'autres exemples d'harmonisation, voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Gas c. France*, 15 mars 2012; arrêt *Segame c. France*, 7 juin 2012; arrêt *Cadene c. France*, 8 mars 2012.

dû abandonner leur propriété⁹³, de même qu'en ce qui concerne les problématiques des appartements à loyer contrôlé⁹⁴ et de la surpopulation carcérale⁹⁵.

Il existe cependant des cas dans lesquels, au contraire, juridiction constitutionnelle et Cour européenne des droits de l'homme n'ont pas eu la même interprétation des dispositions en cause.

Ainsi, dans le contexte du droit à un procès équitable, la Cour européenne a récemment corrigé l'interprétation donnée à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention par la Cour constitutionnelle allemande dans l'affaire *Akbay*⁹⁶. Le requérant avait été condamné par des tribunaux pénaux allemands pour trafic de stupéfiants, mais son activité criminelle avait été provoquée par un agent de police infiltré. Les tribunaux allemands n'avaient, toutefois, pas considéré la provocation policière comme une raison de ne pas utiliser la preuve obtenue par l'agent infiltré, mais uniquement pris ce fait en compte dans le cadre de la détermination de la peine à infliger.

Saisie d'un recours constitutionnel de la part du requérant, la C.C.F.A. a analysé la jurisprudence de la Cour européenne en détail⁹⁷. En effet, dans un arrêt antérieur concernant l'Allemagne (rendu dans le cadre de l'affaire *Furcht*), la Cour européenne avait déjà eu l'occasion de juger que les preuves obtenues

⁹³ La Cour constitutionnelle avait jugé que les provisions de la loi prévoyant la compensation des propriétaires lésés étaient trop vagues et dès lors, inconstitutionnelles, par son arrêt du 19 décembre 2002. Appelée à se prononcer sur la situation d'un requérant qui n'avait obtenu qu'une compensation de 2% de la valeur de la propriété perdue, la Cour a conclu, dans Cour eur. dr. h., arrêt *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004, à la violation de l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1. Voy. également l'arrêt subséquent de la Cour constitutionnelle du 15 décembre 2004, qui a mené à l'adoption d'une nouvelle législation, approuvée par la Cour de Strasbourg en 2005 (Cour eur. dr. h., décision *Broniowski c. Pologne*, 25 septembre 2005 – radiation du rôle).

⁹⁴ La législation y relative avait déjà été déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle notamment dans ses arrêts des 12 janvier 2000 (P 11/98, OTK ZU 2000), 2 octobre 2002 (K 48/01, OTK ZU 2002) et 12 mai 2004 (SK 34/02, OTK ZU 2004), avant que la Cour européenne des droits de l'homme ne confirme la violation de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel dans ses arrêts des 22 février 2005 et 19 juin 2006 (Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Hutten-Czapska c. Pologne*, 19 juin 2006).

⁹⁵ Dans ses arrêts *Orchowski et Sikorski c. Pologne*, la Cour européenne juge que la situation de surpopulation dans les prisons est contraire à l'article 3 de la Convention, en faisant référence à plusieurs reprises à l'arrêt rendu dans le même sens par la Cour constitutionnelle polonaise un an plus tôt (voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Orchowski c. Pologne*, 22 octobre 2009; également arrêt *Sikorski c. Pologne*, 22 octobre 2009; et l'arrêt de la Cour constitutionnelle polonaise du 26 mai 2008 (SK 25/07, OTK ZU 2008)).

⁹⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Akbay e.a. c. Allemagne*, 15 octobre 2020.

⁹⁷ C.C.F.A., 18 décembre 2014, app. n° 2 BvR 209/14, *Neue Juristische Wochenschrift*, 2015, p. 1083, §§ 40-53.

par une provocation policière active ne pouvaient être utilisées dans la procédure pénale⁹⁸. Cependant, dans le cadre de l'affaire *Akbay*, la C.C.F.A. a estimé que l'approche des tribunaux d'instance allemands, consistant à prendre en compte l'incitation policière dans le contexte de la détermination de la sanction, était conforme avec l'article 6 de la Convention, et avec l'interprétation qu'en faisait la Cour européenne.

La Cour européenne a rejeté cette argumentation⁹⁹. Si elle a reconnu que la C.C.F.A. cherchait à distinguer l'affaire *Akbay* de l'affaire *Furcht*¹⁰⁰, elle a rejeté cette tentative d'emblée, estimant que «sur la base des éléments disponibles et exposés ci-dessus, la Cour ne voit aucune raison de distinguer les deux affaires»¹⁰¹. Par conséquent, contrairement à ce qu'avait jugé la C.C.F.A., il n'est pas suffisant de prendre en compte la provocation policière comme circonstance atténuante lors de la détermination de la sanction du requérant, étant donné que les tribunaux pénaux allemands auraient dû exclure toutes les preuves obtenues à la suite de ladite provocation¹⁰².

Dans une série d'arrêts importants¹⁰³, la Cour européenne a également corrigé l'interprétation, faite par la C.C.F.A., du terme «peine» repris à l'article 7 de la Convention.

L'affaire *M. c. Allemagne* a trait à une réforme pénale effectuée par le législateur allemand, qui avait ouvert la possibilité d'une prolongation rétroactive de la détention de sûreté du requérant – celle-ci était en effet d'un maximum de dix ans lorsque le requérant avait été condamné, mais ce maximum avait été supprimé par la suite. Le requérant se plaignait dès lors du fait que la prolongation rétroactive de sa détention de sûreté pour une durée illimitée avait méconnu dans son chef le droit garanti par l'article 7, § 1^{er}, de la Convention, de ne pas se voir infliger une peine plus forte que celle qui était applicable au moment de la commission de l'infraction.

La Cour constitutionnelle allemande avait jugé que cette prolongation rétroactive ne violait pas la prohibition de peines rétroactives garantie par

⁹⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Furcht c. Allemagne*, 23 octobre 2014, §§ 66-70. Voy. également Cour eur. dr. h., arrêt *Teixeira de Castro c. Portugal*, 9 juin 1998, §§ 34-39; Gde Ch., arrêt *Ramanauskas c. Lituanie*, 5 février 2008, §§ 49-73.

⁹⁹ *Akbay e.a. c. Allemagne*, préc.

¹⁰⁰ *Ibid.*, § 134.

¹⁰¹ *Ibid.*, § 138.

¹⁰² *Ibid.*, § 139.

¹⁰³ Cour eur. dr. h., arrêt *M. c. Allemagne*, 17 décembre 2009; arrêt *Glien c. Allemagne*, 28 novembre 2013; arrêt *Bergmann c. Allemagne*, 7 janvier 2016; Gde Ch., arrêt *Ilhseher c. Allemagne*, 4 décembre 2018.

la Constitution allemande parce qu'une détention de sûreté ne pouvait être considérée comme une « peine » au sens de la Constitution allemande¹⁰⁴. Dans son arrêt, la Cour européenne a quant à elle eu une interprétation différente, estimant que la détention de sûreté était très similaire à une peine d'emprisonnement tant dans sa nature que dans ses modalités, si bien qu'elle devait être qualifiée de peine au sens de l'article 7 de la Convention¹⁰⁵.

Dans un arrêt subséquent rendu sur la détention de sûreté en 2011, la Cour constitutionnelle fédérale allemande a accepté l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme dans son principe¹⁰⁶. Même si la C.C.F.A. n'a pas modifié son interprétation du terme « peine » contenu dans la Constitution allemande, elle a estimé que l'imposition rétroactive d'une détention de sûreté devait être considérée comme une violation du principe de confiance légitime¹⁰⁷, et a mis en place une « exigence de différenciation » (*Abstandsgebot*) d'après laquelle le législateur a l'obligation de structurer la détention de sûreté différemment de la peine d'emprisonnement, afin de les différencier¹⁰⁸. Dans l'affaire *Ilseher*, la Grande Chambre de la Cour européenne a analysé si les réformes de la détention de sûreté par les autorités allemandes à la suite de cet arrêt étaient suffisantes pour ne plus qualifier la détention de sûreté de « peine ». Elle a estimé qu'une détention de sûreté « ordinaire » continuait de constituer une peine au sens de l'article 7 de la Convention, mais que, dans le cas du requérant, une détention de sûreté visant à traiter un trouble mental ne pouvait quant à elle être interprétée comme une peine au sens de l'article 7 précité¹⁰⁹.

Dans ce contexte, il est intéressant de noter que les deux Cours utilisent la notion de dialogue pour décrire leur relation en matière de détention de sûreté. Dans son arrêt de 2011, la C.C.F.A. a expliqué que « le 'dernier mot' de la Constitution allemande ne fait pas obstacle à un *dialogue international et européen* entre les tribunaux, mais constitue sa base normative »¹¹⁰. La Cour européenne a quant à elle affirmé, dans l'affaire *Ilseher*, « que la réforme du système allemand de détention de sûreté a été conduite et mise en œuvre dans le contexte d'un *dialogue* entre elle-même et la Cour constitutionnelle fédérale »¹¹¹.

¹⁰⁴ C.C.F.A., 5 février 2004, *Rec. des décisions de la C.C.F.A.* (BverfGE) 109, p. 133.

¹⁰⁵ *M. c. Allemagne*, préc., §§ 122-137.

¹⁰⁶ C.C.F.A., 8 février 2011, *BVerfGE* 128, p. 326.

¹⁰⁷ *Ibid.*, pp. 388-403.

¹⁰⁸ *Ibid.*, pp. 372-388.

¹⁰⁹ *Ilseher c. Allemagne*, préc., § 236; voy. également *Bergmann c. Allemagne*, préc., § 182.

¹¹⁰ C.C.F.A., 8 février 2011, préc. (note 106), p. 369 (l'auteur met en italique).

¹¹¹ *Ilseher c. Allemagne*, préc., § 224 (l'auteur met en italique).

De même, dans son arrêt de Grande Chambre *De Tommaso c. Italie*, la Cour européenne a remis en cause l'appréciation de la Cour constitutionnelle italienne quant à la possibilité – prévue par la loi n° 1423 du 27 décembre 1956 – d'appliquer aux « personnes dangereuses pour la sécurité et pour la moralité publique » des mesures de « prévention », emportant restriction de diverses libertés, qui était contestée devant la Cour européenne en raison de son manque de précision et de prévisibilité.

En effet, dans son arrêt n° 177 de 1980, la Cour constitutionnelle italienne avait « invalidé la loi pour autant qu'elle concernait une catégorie de personnes jugée insuffisamment définie, à savoir celle des personnes 'que certains signes extérieurs port[ai]ent à considérer enclines à la délinquance' ». Pour toutes les autres catégories de personnes auxquelles les mesures de prévention étaient applicables, la Cour constitutionnelle avait « formulé la conclusion que la loi n° 1423/1956 contenait une description suffisamment précise des comportements considérés comme socialement dangereux »¹¹².

La Cour européenne a, quant à elle, constaté que, « nonobstant le fait que la Cour constitutionnelle soit intervenue à plusieurs reprises afin de préciser les critères à employer pour apprécier la nécessité des mesures de prévention, l'application de celles-ci rest[ait] liée à une appréciation prospective par les juridictions internes, étant donné que ni la loi ni la Cour constitutionnelle n'[avaient] identifié clairement les 'éléments factuels' ou les comportements spécifiques qui [devaient] être pris en compte pour évaluer la dangerosité sociale de l'individu et qui [pouvaient] donner lieu à l'application de telles mesures »¹¹³. Par conséquent, la Cour de Strasbourg a estimé que la loi en cause ne prévoyait pas de manière suffisamment détaillée quels comportements étaient à considérer comme socialement dangereux. En ce qui concerne les mesures qui avaient, *in casu*, été appliquées au requérant, et qui concernaient l'obligation de « vivre honnêtement et dans le respect des lois » et de « ne pas prêter à soupçon », la Cour européenne a estimé qu'« elles [étaient] libellées de façon très générale et que leur contenu [était] extrêmement vague et imprécis » et qu'elle n'était pas convaincue que ces obligations « aient été suffisamment délimitées par l'interprétation de la Cour constitutionnelle », en expliquant par la suite les raisons à la base de cette conclusion¹¹⁴.

¹¹² Cour eur. dr. h., arrêt *De Tommaso c. Italie*, 23 février 2017, § 116, ainsi que les §§ 45 à 55 et la jurisprudence de la Cour constitutionnelle italienne qui y est citée.

¹¹³ *Ibid.*, § 117.

¹¹⁴ *Ibid.*, § 122.

En Suisse, lorsque le Tribunal fédéral a été invité à se prononcer sur plusieurs lois fédérales et cantonales qui ne garantissaient pas aux individus un droit de recours devant une juridiction indépendante, il a privilégié une interprétation en conformité avec le système juridique suisse : la clause d'immunité consacrée à l'article 190 de la Constitution fédérale – qui interdit au Tribunal fédéral de refuser l'application d'une loi fédérale en raison de son inconstitutionnalité – et l'assimilation des droits conventionnels aux droits constitutionnels suisses¹¹⁵ l'ont conduit à considérer que les requêtes étaient irrecevables¹¹⁶. Une telle interprétation a, quant à elle, amené la Cour européenne à admettre la recevabilité de requêtes contre la Suisse, alors même que la juridiction suprême n'avait pas été saisie en dernière instance¹¹⁷. Il n'en reste pas moins qu'au regard des procédures pénales cantonales – notamment en matière de détention préventive –, l'interprétation du Tribunal fédéral ne correspondait déjà pas à la portée qu'entendait leur donner la Commission européenne¹¹⁸.

La Cour européenne a rapidement pointé la faiblesse du système de garanties offertes par l'ordre juridique suisse. L'arrêt *Zimmermann et Steiner*, rendu en 1983, met ainsi en lumière la lenteur de la procédure judiciaire suisse¹¹⁹. L'interprétation par la Cour européenne des notions de « contestations sur ses droits et obligations de caractère civil » et d'« accusation en matière pénale » a également eu des conséquences sur le plan de la procédure en matière d'assurances sociales¹²⁰, d'expropriation¹²¹ ou de droit pénal fiscal¹²². Ce mouvement en faveur de la protection des garanties de procédure a également touché le terrain du droit administratif. L'arrêt *Minelli*¹²³, prononcé en 1983, a d'ailleurs

¹¹⁵ ATF 101 Ia 67, c. 2c; M. HERTIG RANDALL, *L'internationalisation de la juridiction constitutionnelle : défis et perspectives*, R.D.S., II, 2010, p. 247.

¹¹⁶ Arrêts non publiés du Tribunal fédéral des 11 février 1985, 18 octobre 1984 et 14 juin 1983 partiellement reproduits dans l'*Annuaire suisse de droit international* (ASDI), 1986, p. 127; ASDI, 1985, p. 250 et ASDI, 1984, pp. 203 et s.; M. HERTIG RANDALL, *op. cit.*, 2010, p. 247.

¹¹⁷ Par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *Linnekogel c. Suisse*, 1^{er} mars 2005, §§ 30 et 38.

¹¹⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Eggs c. Suisse*, 4 mars 1978, qui se réfère à une résolution du Comité des ministres du 19 octobre 1979 et au rapport de la Commission européenne des droits de l'homme du 4 mars 1978; Cour eur. dr. h., arrêt *Santschi c. Suisse*, 13 octobre 1981.

¹¹⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Zimmermann et Steiner c. Suisse*, 13 juillet 1983.

¹²⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Schuler-Zraggen c. Suisse*, 24 juin 1984.

¹²¹ Il a fallu attendre que le Tribunal fédéral déclare invalide la nouvelle déclaration interprétative relative à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention : ATF 118 Ia 473, c. 6, trad. *JdT*, 1995, I 523; D. THURNHERR, *op. cit.*, p. 353; voy. également ATF 120 Ia 19, trad. *JdT*, 1996, I 544.

¹²² Cour eur. dr. h., arrêt *J.B. c. Suisse*, 3 mai 2001; arrêt *E.L., R.L. et J.-O.-L. c. Suisse*, 29 août 1997.

¹²³ Cour eur. dr. h., arrêt *Minelli c. Suisse*, 25 mars 1983.

entraîné une modification de la pratique relative aux frais et dépens¹²⁴ et l'affaire *Lüdi*¹²⁵, une modification législative relative au recours à des agents infiltrés¹²⁶. En conséquence, la jurisprudence du Tribunal fédéral a effectivement fini par évoluer : la juridiction suprême a accepté de se fonder sur l'article 6 de la Convention pour se saisir de litiges en l'absence de compétence expresse, mais également de reconnaître la primauté de la Convention sur les lois fédérales¹²⁷. En 1986, elle s'est directement fondée sur deux arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme rendus à l'encontre de la Belgique (*De Cubber et Piersack*¹²⁸) pour juger que les fonctions de juge d'instruction et de juge au fond ne pouvaient pas être exercées par la même personne au regard de la garantie de l'article 6, § 1^{er}, de la Convention¹²⁹. Elle a aussi appliqué l'article 6, § 1^{er}, de la Convention à l'ensemble des décisions administratives rendues par les autorités dès lors qu'elles avaient un impact sur les droits privés¹³⁰. En outre, le Tribunal fédéral a pris en compte la jurisprudence conventionnelle à l'encontre de la Suisse¹³¹ afin de faire évoluer sa pratique restrictive en matière de droit de réponse¹³². Plus encore, les effets de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme se sont fait ressentir dans le droit positif. Une révision fondamentale de l'organisation judiciaire a été opérée en 2005 et un nouveau droit fondamental consacrant le droit au juge a été inscrit dans le texte constitutionnel¹³³.

Les arrêts *Emre* ont également illustré un problème d'interprétation du droit conventionnel et de mise en œuvre de la jurisprudence de la Cour européenne

¹²⁴ ATF 109 Ia 160, c. 4; 114 Ia 299, c. 2, trad. *JdT*, 1990, IV 27; 116 Ia 162, c. 2a, trad. *JdT*, 1992, IV 52.

¹²⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Lüdi c. Suisse*, 15 juin 1992.

¹²⁶ D. THURNHERR, *op. cit.*, p. 352.

¹²⁷ M. HERTIG RANDALL, *op. cit.*, 2010, p. 256.

¹²⁸ D. THURNHERR, *op. cit.*, p. 352.

¹²⁹ ATF 112 Ia 290, trad. *JdT* 1989 IV 157.

¹³⁰ ATF 118 Ia 353 c. 2a; 117 Ia 527 c. 3c/aa; 114 Ia 14, c. 2c; D. THURNHERR, *op. cit.*, p. 365.

¹³¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Spang c. Suisse*, 11 novembre 2005; arrêt *Contardi c. Suisse*, 12 juillet 2005; arrêt *Ressegatti c. Suisse*, 13 juillet 2006.

¹³² ATF 133 I 100 c. 4.3 à 4.6, trad. *JdT* 2008 I 368; D. THURNHERR, *op. cit.*, p. 365.

¹³³ P. MAHON, « Les litiges justiciables en droit suisse à l'aune de la reconnaissance constitutionnelle du droit d'accès au juge », in V. Donier et B. Lapérou-Schneider (dir.), *L'accès au juge. Recherche sur l'effectivité d'un droit*, Larcier, Bruxelles, 2013, pp. 72-90. Voy., par exemple, Cour eur. dr. h., arrêt *Mäder c. Suisse*, 8 décembre 2015 (modification du Code civil pour permettre l'accès au juge des personnes sous curatelle) et arrêt *Hurter c. Suisse*, 15 mars 2006 (modification de la loi sur la libre circulation des avocats afin de garantir l'accès à un tribunal pour toutes les différentes causes).

par la plus haute juridiction suisse¹³⁴. Dans un second arrêt, la Cour a une nouvelle fois condamné la Suisse pour violation de l'article 8 de la Convention en combinaison avec l'article 46 de la Convention. Il a été reproché au Tribunal fédéral d'avoir procédé à un examen incomplet des considérations formulées par la Cour européenne des droits de l'homme dans son premier arrêt.

En France, la première censure conventionnelle d'une interprétation du Conseil constitutionnel a trait à la question des lois de validation législative. En 1999, dans un arrêt *Zielinski c. France* qui restera gravé dans les annales conventionnelles, la Cour européenne a censuré l'intervention d'une loi de validation rétroactive¹³⁵ – estimant que celle-ci constituait une ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige, et était dès lors contraire à l'article 6, § 1^{er}, de la Convention –, alors que le Conseil constitutionnel l'avait quant à lui jugée conforme à la Constitution. La Cour juge ainsi que la décision du Conseil constitutionnel «ne suffit pas à établir la conformité [...] de la loi [...] avec les dispositions de la Convention»¹³⁶.

Ce même cas de figure s'est ensuite produit à de nombreuses reprises, révélant une différence de positionnement des juges européen et constitutionnel face au contrôle des lois de validation législative¹³⁷. Là où le premier exige, dans le cadre d'un contrôle rigoureux, un impérieux motif d'intérêt général, le second s'accommodait de lois de validation législative adoptées «pour des raisons d'intérêt général»¹³⁸, puis poursuivant «un but d'intérêt général suffisant»¹³⁹. Avec sa décision n° 2013-366 QPC du 14 février 2014, le Conseil a cependant finalement fait sien le critère européen et exige désormais que la loi de validation se justifie par un «motif impérieux d'intérêt général».

Une autre discordance, la première depuis l'entrée en vigueur de la QPC, a porté sur la non-motivation des verdicts de cour d'assises : alors que, saisi d'une

¹³⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Emre c. Suisse*, 22 mai 2008 ; arrêt *Emre c. Suisse (n° 2)*, 11 octobre 2011.

¹³⁵ Sur cette problématique, voy. notamment J. ROUX, «La jurisprudence du Conseil constitutionnel – mise en perspective avec la CEDH – sur les validations législatives et les autres lois rétroactives», *Titre VII*, octobre 2020, n° 5, consultable à l'adresse www.conseil-constitutionnel.fr/; de même que, du même auteur, «Du 'but d'intérêt général suffisant' au 'motif impérieux d'intérêt général' : les mots et les choses», *A.J.D.A.*, 2014, n° 21, pp. 1204-1208.

¹³⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Zielinski e.a. c. France*, 28 octobre 1999, § 59.

¹³⁷ Voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Lecarpentier c. France*, 14 février 2006, §§ 48-53 ; arrêt *Joubert c. France*, 23 juillet 2009, §§ 62-69 ; arrêt *Lilly France c. France (n° 2)*, 25 novembre 2010, §§ 49-58.

¹³⁸ Voy. notamment Cons. const., décision n° 80-119 DC, 22 juillet 1980.

¹³⁹ Par exemple, Cons. const., décision n° 98-404 DC, 18 décembre 1998.

question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel avait jugé qu'une telle absence de motivation ne méconnaissait pas le droit à une procédure juste et équitable¹⁴⁰, la Cour strasbourgeoise a quant à elle estimé que ce système ne contenait pas de garanties suffisantes permettant au requérant de comprendre le verdict de condamnation¹⁴¹.

En Belgique également, c'est à la suite de l'adoption par le Parlement d'une loi exonérant rétroactivement de toute responsabilité des organisateurs de services de pilotage de navires¹⁴² que la Cour européenne des droits de l'homme a corrigé l'interprétation qu'avait faite la Cour constitutionnelle de l'article 1^{er} du Premier protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme¹⁴³.

Plusieurs requérants avaient dénoncé cette loi devant la Cour constitutionnelle. Celle-ci avait cependant rejeté leurs recours¹⁴⁴, en faisant valoir que l'article 16 de la Constitution et l'article 1^{er} du Protocole additionnel n° 1 ne couvraient que la propriété déjà acquise.

La Cour européenne des droits de l'homme, saisie par la suite dans le cadre de la même affaire, s'est départie de l'exigence d'une créance certaine et, contre-disant la Cour constitutionnelle belge, a estimé que pour qu'une créance ait le caractère d'un « bien », au sens de l'article 1^{er}, il suffit qu'elle puisse s'analyser en une valeur patrimoniale et qu'il existe une espérance légitime de voir concrétiser cette créance¹⁴⁵.

En Pologne, alors que la Cour constitutionnelle avait considéré que la disposition qui imposait à un journaliste qui souhaitait citer quelqu'un *verbatim* de disposer de l'accord de la personne en cause, sous peine de sanctions pénales, n'était pas contraire à la Constitution, la Cour européenne a quant à elle considéré que le requérant avait vu son droit à la liberté d'expression violé,

¹⁴⁰ Cons. const., décision n° 2011-113/115 QPC, 1^{er} avril 2011.

¹⁴¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Agnelet c. France*, 10 janvier 2013, §§ 63-73.

¹⁴² Loi du 30 août 1988 modifiant la loi du 3 novembre 1967 sur le pilotage des bâtiments de mer, *M.B.*, 17 septembre 1988.

¹⁴³ Voy., en ce qui concerne cet arrêt, S. DEPRÉ et M. VERDUSSEN, « Le dénouement européen de l'affaire du pilotage des bâtiments de mer dans l'estuaire de l'Escaut », *cette Revue*, 1996, pp. 587 et s.

¹⁴⁴ Cour const., arrêt n° 25/90, 5 juillet 1990, particulièrement 9.B.4. Voy. également, dans le même sens, l'arrêt n° 36/90 du 22 novembre 1990.

¹⁴⁵ *Pressos Compania Naviera S.A. e.a. c. Belgique*, préc., § 31. Voy., de manière plus générale, sur la définition de la propriété et des « biens » protégés par les dispositions conventionnelles et constitutionnelles, G. ROSOUX, *Vers une dématérialisation des droits fondamentaux?*, Bruylant, Bruxelles, 2015, particulièrement le chapitre réservé aux variations du droit de propriété, pp. 873-894.

et a pointé du doigt, dans son arrêt, certains défauts du raisonnement qui avait été tenu par la Cour constitutionnelle¹⁴⁶.

*B. Le contrôle, par la Cour européenne des droits de l'homme,
de dispositions constitutionnelles nationales et de leur conformité
avec la Convention*

S'ils sont plus rares, nous abordons cependant ci-après différents arrêts dans lesquels la Cour européenne s'est prononcée – implicitement ou directement – sur des dispositions à valeur constitutionnelle.

En Suisse, bien que plusieurs normes problématiques aient été inscrites dans le texte constitutionnel par le biais des initiatives populaires, une seule de celles-ci a donné lieu à un arrêt d'irrecevabilité de la Cour: il s'agit de la décision *Ouardidri c. Suisse*. Dans le cadre de cette affaire, le requérant estimait que la disposition constitutionnelle interdisant la construction de minarets, adoptée à la suite d'une initiative populaire, violait les articles 9 et 14 de la Convention. Il se plaignait également de l'absence de recours effectif lui permettant d'obtenir la constatation que la modification constitutionnelle litigieuse est contraire à la Convention.

Cependant, la Cour européenne a jugé la requête de celui-ci irrecevable: celle-ci ayant «pour seul but de contester une disposition constitutionnelle applicable de manière générale en Suisse, la Cour considère que le requérant n'a pas apporté la preuve de circonstances tout à fait exceptionnelles susceptibles de lui conférer la qualité de victime. Bien au contraire, sa requête s'apparente à une action populaire au travers de laquelle il cherche à faire contrôler *in abstracto*, au regard de la Convention, la disposition constitutionnelle litigieuse»¹⁴⁷. La Cour note par ailleurs qu'au vu de l'arrêt du Tribunal fédéral du 21 janvier 2010, les juridictions suisses seraient en mesure d'examiner la compatibilité avec la Convention d'un éventuel refus d'autoriser la construction d'un minaret.

En France, dans l'affaire *Py c. France* où était en cause la condition de résidence pour participer aux élections en Nouvelle-Calédonie, le juge européen a directement contrôlé les dispositions de la loi organique relative à la Nouvelle-Calédonie n° 99-209 du 19 mars 1999, reprenant les termes de l'accord de Nouméa, qui dispose d'une valeur constitutionnelle en vertu de l'article 77 de la

¹⁴⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Wizerkaniuk c. Pologne*, 5 juillet 2011, notamment § 86.

¹⁴⁷ Cour eur. dr. h., décision *Hafid Ouardiri c. Suisse*, 28 juin 2011.

Constitution française¹⁴⁸, et ce, alors que les deux juridictions suprêmes françaises avaient refusé de prendre position sur la conventionnalité de ces dispositions au motif que la suprématie conférée aux engagements internationaux ne s'appliquait pas dans l'ordre interne aux dispositions de valeur constitutionnelle.

Le requérant se plaignait de l'exigence selon laquelle, afin de participer à l'élection du Congrès et des Assemblées de province de Nouvelle-Calédonie, il faut pouvoir justifier d'une durée de résidence de dix ans. En l'occurrence, tout en admettant que «l'exigence de dix années de résidence pourrait paraître disproportionnée au but poursuivi»¹⁴⁹ (§ 57), la Cour reconnaît *in fine* la compatibilité de cette condition avec les exigences de l'article 3 du Premier protocole additionnel de la Convention. L'absence de censure s'explique par une posture judiciaire très respectueuse de l'identité constitutionnelle. La Cour a en effet été très sensible à la situation politique propre à cette partie du territoire – le statut actuel de la Nouvelle-Calédonie correspond à une phase transitoire avant l'accession à la pleine souveraineté et s'inscrit dans un processus d'auto-détermination – et a pris en considération les «nécessités locales» justifiant la réglementation spécifique applicable à la Nouvelle-Calédonie¹⁵⁰.

En Belgique, le système électoral belge – et plus particulièrement, le système de vérification des pouvoirs et de résolution des litiges post-électorales – et sa compatibilité avec le droit à des élections libres, garanti par l'article 3 du Premier protocole additionnel, ainsi qu'avec le droit à un recours effectif, a fait l'objet de plusieurs arrêts.

Le principe du contrôle des pouvoirs et de la régularité des opérations électorales belges est inscrit à l'article 48 de la Constitution : «*Chaque Chambre vérifie les pouvoirs de ses membres et juge les contestations qui s'élèvent à ce sujet*». Ce sont donc les parlementaires eux-mêmes qui contrôlent la validité de leur élection, et ce, sans recours juridictionnel, les différentes juridictions belges

¹⁴⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Py c. France*, 11 janvier 2005.

¹⁴⁹ *Ibid.*, § 57.

¹⁵⁰ *Ibid.*, §§ 62-64 dont notamment, le fait qu'«après une histoire politique et institutionnelle tourmentée, cette condition de dix ans de résidence fixée par le statut du 19 mars 1999 a constitué un élément essentiel à l'apaisement du conflit meurtrier. La situation locale, reposant sur des problèmes plus profonds et lourds de conséquences pour l'avenir que les différends linguistiques à l'origine des affaires précitées *Polacco et Garofalo* et *Mathieu-Mohin et Clerfayt*, a permis à la Nouvelle-Calédonie de connaître aujourd'hui une situation politique apaisée et de poursuivre son développement politique, économique et social».

s'étant déclarées incompétentes – en application de l'article 48 précité – pour connaître de tels contentieux¹⁵¹.

Notamment au vu du fait que la Cour européenne avait déjà eu l'occasion de critiquer un tel système de contrôle dans son arrêt *Grosaru c. Roumanie*¹⁵², la doctrine avait déjà anticipé, et appelait de ses vœux une remise en cause du système belge en la matière¹⁵³. La Cour a ensuite eu l'occasion de se pencher explicitement sur le système belge dans deux arrêts.

Dans l'affaire *G.K. c. Belgique*, une sénatrice se plaignait de n'avoir pu introduire aucun recours pour contester la décision du Sénat d'accepter sa démission – qu'elle avait ensuite retirée – et d'entendre la prestation de serment de son successeur, ainsi que de l'absence d'indépendance et d'impartialité du Bureau du Sénat, qui est l'organe qui avait examiné sa démission.

Dans son arrêt, la Cour européenne des droits de l'homme conclut à la violation de l'article 3 du Premier protocole additionnel, mettant en cause le fait que dès lors «qu'au moment des faits litigieux ni la loi ni le règlement du Sénat ne prévoyaient une procédure pour les cas de rétractation de la démission d'un sénateur [...] le pouvoir autonome d'appréciation du Sénat n'était pas circonscrit par les dispositions du droit interne à un niveau suffisant de précision»¹⁵⁴. Elle estime également que la «procédure devant le Sénat n'a pas présenté des garanties procédurales contre l'arbitraire»¹⁵⁵, au vu du fait que la requérante et son conseil n'ont pas été entendus, que le Bureau n'a pas motivé les raisons pour lesquelles il a rejeté la thèse de la requérante et décidé de ne pas remettre en cause la validité de sa démission, et qu'il était notamment composé de séné-

¹⁵¹ Notamment Cour const., arrêt n° 152/2009 du 13 octobre 2009; arrêt n° 20/2000 du 23 février 2000; C.E. (b.), arrêt n° 227.344 du 12 mai 2014, *Van de Caute*; Cass. (b.), 11 juin 2004, *C.D.P.K.*, 2004, p. 553; dans le cas soumis à la Cour européenne des droits de l'homme dans l'arrêt *G.K. c. Belgique* du 21 mai 2019, la requérante avait saisi le président du Tribunal de première instance de Bruxelles en référé, lui demandant de dire pour droit que le Sénat ne pouvait laisser une autre personne qu'elle prêter le serment de sénateur comme son successeur, lequel s'était déclaré incompétent, et de confirmer qu'elle pouvait poursuivre son mandat de sénatrice (voy. le § 17 de l'arrêt en cause).

¹⁵² Cour eur. dr. h., arrêt *Grosaru c. Roumanie*, 2 mars 2010.

¹⁵³ Voy. notamment K. MUYLLE, «L'autonomie parlementaire à l'abri des droits de l'homme?», *cette Revue*, 2012, particulièrement pp. 72 et s.; M. VERDUSSEN, «Prendre au sérieux le contrôle des élections», *R.B.D.C.*, 2014, pp. 461 et s.; S. VAN DROOGHENBROECK et Fr. BELLEFLAMME, «Les assemblées, juges du contentieux post-électoral, une institution en sursis?» in A. Rezsöhazi et M. Van Der Hulst (dir.), *Le droit parlementaire et les droits fondamentaux*, la Charte, Bruxelles, 2010, pp. 2 et s.

¹⁵⁴ *G.K. c. Belgique*, préc., §§ 58-59.

¹⁵⁵ *Ibid.*, § 61.

teurs directement mis en cause par la requérante¹⁵⁶. Elle ne condamne cependant pas le système belge de vérification des pouvoirs dans sa globalité, préférant insister sur le fait que c'est « eu égard à l'ensemble des circonstances de l'espèce » que « la Cour estime que la démission de la requérante de son mandat de sénatrice a été acceptée par le Sénat sans qu'elle eût bénéficié de garanties procédurales contre l'arbitraire, ce qui a porté atteinte à la substance même de ses droits garantis par l'article 3 du Protocole n° 1 »¹⁵⁷, ce que la doctrine a d'ailleurs déploré¹⁵⁸.

Cette condamnation interviendra un an plus tard, dans l'arrêt de Grande Chambre *Mugemangango c. Belgique*¹⁵⁹. Le requérant, qui s'était présenté aux élections du Parlement wallon de mai 2014, soutenait dans son recours devant la Cour européenne des droits de l'homme une violation de son droit de se porter candidat aux élections et de son droit à un recours effectif, en raison de diverses erreurs et dysfonctionnements lors des élections, ainsi que du fait que ses contestations à ce sujet n'avaient pas été examinées de façon effective.

La Cour examine dès lors, dans son arrêt, si le processus décisionnel concernant la contestation de résultats électoraux était bien entouré de garanties adéquates et suffisantes permettant notamment d'éviter l'arbitraire, et estime que l'organe et la procédure en cause ne contenaient pas suffisamment de garanties en matière d'impartialité, de pouvoir d'appréciation, ainsi que de garanties permettant d'aboutir à une décision objective, équitable et motivée. La Cour « en déduit que ses griefs n'ont pas fait l'objet d'une procédure offrant des garanties adéquates et suffisantes pour exclure l'arbitraire et en assurer un examen effectif, conforme aux exigences de l'article 3 du Protocole n° 1 »¹⁶⁰.

¹⁵⁶ *Ibid.*, §§ 61-63.

¹⁵⁷ *Ibid.*, § 64. Également au § 69.

¹⁵⁸ Voy. notamment Th. GAUDIN, « À propos de l'arrêt *G.K. c. Belgique* et de la vérification des pouvoirs: reculer pour mieux sauter? », *cette Revue*, 2019, pp. 979 et s.; J. CLARENNE, « *G.K. v. Belgium*: post-electoral disputes of a political nature once again in the spotlight », *Strasbourg Observers*, 9 juin 2019; M. LELOUP, « G.(emiste) K.(ans)/België: het EHRM ontwijkt een uitspraak over de bestaansbaarheid van artikel 48 van de Grondwet met het EVRM », *T.B.P.*, 2019, n° 74, pp. 414 et s.

¹⁵⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Mugemangango c. Belgique*, 10 juillet 2020.

¹⁶⁰ *Ibid.*, § 122. Pour un commentaire de cet arrêt, voy. notamment M. LELOUP, « *Mugemangango v. Belgium*: finally a grand chamber judgment on post-election disputes », *Strasbourg Observers*, 6 août 2020; E. HOLMØYVIK, « Strasbourg slams old democracies on elections », *Verfassungsblog*, 1^{er} août 2020; C. ROMAINVILLE, « Quel contrôle post-électoral? », *A.P.T.*, 2020/1, pp. 150-157; M. VERDUSSEN, « Le droit à un contrôle électoral impartial, effectif et équitable: l'arrêt *Mugemangango* met la Belgique au pied du mur », *cette Revue*, 2021, pp. 621 et s. Notons que si, dans son arrêt, la Cour n'exclut pas de façon absolue qu'un organe composé de parlementaires puisse statuer sur de telles contestations, les juges Lemmens et Turkovic soulignent cependant dans leur opinion

→

Ce message a, semble-t-il, été reçu par le gouvernement belge, puisque, dans le cadre de l'affaire *Verzin et autres c. Belgique* dans laquelle les requérants soulevaient des griefs similaires, le gouvernement a communiqué à la Cour une déclaration par laquelle il reconnaît notamment que «l'application des règles en vigueur a abouti dans la présente affaire à ce que les requérants n'aient pas à leur disposition un recours interne effectif au sens de l'article 13 de la Convention, au travers duquel ils auraient pu formuler leur grief de méconnaissance de l'article 3 du Protocole n° 1. En effet, l'organe devant lequel ils ont pu contester la validité des opérations électorales – la commission de validation des opérations électorales – composé d'élus eux-mêmes ne bénéficiait pas de l'apparence d'impartialité et d'indépendance que l'on peut attendre d'un organe de recours, ces élus étant directement intéressés par l'issue du contentieux». Dans cette déclaration, le gouvernement s'est engagé à ce que «la procédure d'examen des recours électoraux soit modifiée et mise en conformité avec les principes énoncés dans l'arrêt *Mugemangango c. Belgique*»¹⁶¹. Reste à savoir la façon dont celui-ci envisage une telle mise en conformité¹⁶².

←

concordante que «[s]i théoriquement, selon l'arrêt, les États ont le choix entre une réclamation devant le parlement et un recours devant une instance juridictionnelle ou quasi-juridictionnelle, à tout le moins en dernier ressort, il y a de bonnes raisons de penser qu'en pratique, seule la seconde voie est ouverte [...]. En effet, on ne voit guère comment le parlement issu des élections dont le résultat est contesté pourrait être considéré comme objectivement impartial, alors pourtant que l'impartialité est une des conditions auxquelles l'instance décisionnaire doit répondre». Voy. également l'opinion concordante du juge Wojtyczek, qui juge que «[s]i l'autonomie parlementaire constitue une composante du noyau du patrimoine constitutionnel européen commun, le pouvoir de statuer sur les litiges relatifs aux élections des membres du parlement n'en fait certainement pas partie. [...] Le pouvoir reconnu au parlement de statuer sur les contentieux électoraux est un vestige constitutionnel des débuts du constitutionnalisme. Il ne reflète pas un choix axiologique ou politique fondamental. Il ne constitue nullement un enjeu de société. Il ne sert aucun objectif juridique particulier et reconnu qui pourrait se justifier, par exemple, par l'idée selon laquelle certaines questions ne sont pas susceptibles de contrôle juridictionnel ou par la nécessité de tenir les juges éloignés du 'maquis du politique' (*political thicket*). Il n'y a pas non plus de raisons axiologiques ou politiques solides de défendre un tel système, dont l'abandon conforterait grandement les principes fondamentaux de l'État de droit et l'effectivité de la démocratie politique», et qui déduit des paragraphes 98 et 137 de l'arrêt en cause que «les recours électoraux doivent être examinés, à tout le moins en dernier ressort, par un organe indépendant extérieur au parlement. Seul un tel organe est en mesure de présenter des garanties suffisantes d'impartialité. Un organe composé de parlementaires souffrirait nécessairement des défauts fondamentaux relevés dans la motivation».

¹⁶¹ Cour eur. dr. h., décision *Verzin e.a. c. Belgique*, 18 février 2021. Voy. également l'affaire *Verbauwhede et Parti du Travail de Belgique*, qui a fait l'objet d'un règlement amiable (Cour eur. dr. h., décision du 4 février 2021).

¹⁶² Voy. à ce sujet les réflexions de M. VERDUSSEN, «Le droit à un contrôle électoral impartial, effectif et équitable: l'arrêt *Mugemangango* met la Belgique au pied du mur», *op. cit.*, spécialement

→

IV. Le contrôle du test de proportionnalité des juridictions constitutionnelles par la Cour européenne des droits de l'homme

Nous envisagerons ici le contrôle, par la Cour européenne des droits de l'homme, de la façon dont les cours constitutionnelles nationales effectuent un test de proportionnalité, en abordant successivement (A) le contexte normatif national déterminant l'accueil du test de proportionnalité, le contrôle de légalité (B), de légitimité (C) et de proportionnalité au sens strict (D).

A. *Les effets à géométrie variable de l'introduction du standard européen de la proportionnalité*

Le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme des paramètres du test de proportionnalité développé par les juridictions constitutionnelles a eu des implications à géométrie variable selon les États membres considérés. Un des éléments qui fait considérablement varier l'impact du contrôle européen de la correcte application du test de proportionnalité sur le plan national est évidemment celui de l'existence préalable dans l'ordre juridique national d'un test similaire au test de proportionnalité.

Ainsi, en Suisse, l'application du standard européen de la proportionnalité n'a pas véritablement posé de difficultés¹⁶³. En effet, le Tribunal fédéral dispose d'une longue tradition en la matière. Dans un arrêt de 1926, il procédait déjà à un tel contrôle¹⁶⁴. Depuis, la Constitution fédérale de 1999 a expressément consacré l'exigence de légalité et de proportionnalité en ses articles 5 et 36¹⁶⁵. Il n'en reste pas moins que la jurisprudence fédérale peut encore faire l'objet de critiques en ce qui concerne l'analyse effectuée dans les cas particuliers.

Par contre, si l'on envisage la situation du Royaume-Uni, l'introduction en droit britannique du standard européen de la proportionnalité en matière de *judicial review* des décisions administratives a eu un effet notable sur la justice des droits de l'homme au Royaume-Uni. En droit britannique, il avait été établi par la célèbre décision *Wednesbury*¹⁶⁶ que le juge ne pouvait jamais se

←

pp. 638-642, ainsi que, du même auteur, «Le contrôle des élections: quelles perspectives?», *Les Cahiers de l'U.L.B. et du P.F.W.B.*, 2015, n° 3, de même que C. ROMAINVILLE, *op. cit.*, pp. 150-157.

¹⁶³ D. THURNHERR, *op. cit.*, p. 377.

¹⁶⁴ ATF 52 I 222, cité par D. THURNHERR, *op. cit.*, p. 377.

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ *Associated provincial Picture Houses v Wednesbury Corporation* [1948] 1KB 223.

substituer à l'autorité publique ayant pris la décision sauf dans le cas où celle-ci était «déraisonnable» et irrationnelle. C'est avec l'entrée en vigueur du *Human Rights Act* (HRA) en 2000 que la proportionnalité a fait son entrée en droit britannique, à côté des usages qui en étaient déjà faits en droit de l'Union européenne, afin de mesurer la justifiabilité (*justifiability*) de la limitation d'une liberté fondamentale¹⁶⁷. Depuis une série de décisions dont l'une des principales est l'arrêt *Daly*¹⁶⁸, les juridictions britanniques connaissent d'un test de proportionnalité relativement similaire à celui effectué par la Cour européenne des droits de l'homme.

La réception du test de proportionnalité dans la jurisprudence belge en matière de droits et libertés a également eu un impact considérable. La Constitution belge ne contient aucune clause transversale en matière de droits et libertés: elle ne précise donc pas le régime juridique des restrictions à ces droits et libertés. Le texte constitutionnel belge ne précise pas davantage la manière d'appréhender les interactions entre le droit constitutionnel et le droit international/européen des droits fondamentaux. Dans un tel contexte normatif, les juges constitutionnels ont puisé dans les ressources du droit européen des droits et libertés les éléments nécessaires pour développer des standards d'appréciation des restrictions dans les droits et libertés. Parmi ceux-ci, la proportionnalité tient une place centrale.

B. *Le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme du test de légalité pratiqué par les juridictions nationales*

Au regard du critère de la légalité, la Suisse a été condamnée à plusieurs reprises par la Cour européenne des droits de l'homme. Ces affaires concernaient principalement des situations de surveillance¹⁶⁹.

En France, dans l'arrêt *Ebrahimian* du 26 novembre 2015¹⁷⁰, la Cour tient compte de la pluralité des interprètes de la Constitution dans le système français afin de déterminer si l'ingérence est «prévue par la loi». L'affaire concernait

¹⁶⁷ Décision antérieure soulignant que le domaine des *Human Rights* posait des questions particulières: *R v Home Secretary*, ex parte Smith [1996] QB 517, 554.

¹⁶⁸ *R v Secretary of State for the Home department*, ex p Daly [2001] UKHL 26, [2001] 2 AC 532; Cour eur. dr. h., arrêt *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1999; arrêt *Smith and Grady c. Royaume-Uni*, 27 septembre 2009.

¹⁶⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Kopp c. Suisse*, 25 mars 1998; arrêt *Amann c. Suisse*, 16 février 2000; arrêt *Vukota-Bojić c. Suisse*, 18 octobre 2016.

¹⁷⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Ebrahimian c. France*, 26 novembre 2015.

l'interdiction du port d'un signe religieux faite aux agents publics dans l'exercice de leurs fonctions, à l'origine d'une mesure disciplinaire à l'encontre de la requérante. La compatibilité avec l'article 9 de la Convention est retenue au terme d'un raisonnement fondé sur l'interprétation de l'article 1^{er} de la Constitution par l'avis du Conseil d'État *Marteaux*¹⁷¹ et la décision du Conseil constitutionnel du 21 février 2013¹⁷². Ainsi, estime la Cour, «la jurisprudence du Conseil d'État et du Conseil constitutionnel constituaient une base légale suffisamment sérieuse pour permettre aux autorités nationales de restreindre la liberté religieuse de la requérante» (§ 50). Ce pluralisme interprétatif de la Constitution ne doit pas surprendre dès lors que le système de justice constitutionnelle français ne confère aucun monopole de l'interprétation de la Constitution au Conseil constitutionnel. Les juridictions judiciaires et administratives, dans leur office de droit commun et *a fortiori* dans le cadre du filtrage des QPC, interprètent et concrétisent la norme constitutionnelle. Il est donc logique que la Cour de Strasbourg en tienne compte dans le cadre du test de légalité.

Au Portugal, la jurisprudence constitutionnelle a utilisé à plusieurs reprises les décisions de la Cour européenne au titre de l'article 8 de la Convention pour étayer les exigences légales relatives aux écoutes téléphoniques au cours d'une enquête pénale¹⁷³. Par exemple, en particulier, *Valenzuela Contreras c. Espagne* (1998), *Klass et autres c. Allemagne* (1978), *Malone c. Royaume-Uni* (1984), *PG et JH c. Royaume-Uni* (2001), *Prado Bugallo c. Espagne* (2003), *Kruslin c. France* (1990) et *Huvig c. France* (1990), qui a servi de guide, entre autres, aux arrêts n^{os} 407/97, 347/01 et 528/0328 de la Cour constitutionnelle qui ont imposé plusieurs demandes afin de considérer comme légale l'interception d'appels téléphoniques lors d'une enquête pénale, à savoir l'autorisation et le suivi par une autorité judiciaire.

L'analyse de jurisprudence belge en matière de légalité des ingérences dans les droits et libertés est riche d'enseignements sur l'impact parfois étonnant du test de légalité développé par la jurisprudence strasbourgeoise sur celui pratiqué par les juridictions nationales. La distribution des pouvoirs organisée par la Constitution belge consacre le principe de l'intervention du Parlement, c'est-à-dire d'une assemblée délibérante démocratiquement élue, pour fixer les éléments essentiels d'une réglementation¹⁷⁴. En ce qui concerne plus particuliè-

¹⁷¹ C.E. (fr.), avis n° 217017, *Marteaux*, 3 mai 2000.

¹⁷² Cons. const., décision n° 2012-297 QPC, 21 février 2013.

¹⁷³ L'énumération et l'analyse des décisions de la Cour constitutionnelle sur ce sujet seront réalisées dans une autre Chronique, mais on doit identifier au moins les arrêts n^{os} 7/87 et 595/2018.

¹⁷⁴ J. VELAERS, «Het 'recht op de wetgever': beschouwingen over de voorbehouden en de residuaire bevoegdheden», in *En hommage à Francis Delpérée. Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 1631-1641.

rement la réglementation des droits et libertés, la réserve à la loi formelle est un «[p]rincipe général sous-jacent à l'ensemble de la Constitution belge»¹⁷⁵. Néanmoins, une analyse de la jurisprudence des juridictions belges révèle que l'intensité du contrôle de cette exigence faiblit. Selon Sébastien Van Drooghenbroeck et Cécilia Rizcallah, «[l]'une des causes de cet étiolement tient [...] à une certaine accoutumance de nos juridictions suprêmes à la conception large et souple de la légalité des limitations aux droits et libertés sur laquelle repose la jurisprudence européenne des droits de l'homme, qu'elle soit issue de la Cour de Strasbourg ou produite par celle de Luxembourg»¹⁷⁶. Une telle accoutumance se heurte pourtant au principe de la clause la plus favorable (art. 53 de la Convention), qui implique que l'application du droit de la Convention ne diminue pas le niveau de protection offert en droit national aux droits et libertés notamment sur la question de la légalité¹⁷⁷. Cette adhésion à une conception flexible de la légalité inspirée de la jurisprudence européenne a surtout été marquée du côté de la Cour de cassation et du Conseil d'État¹⁷⁸, même si la Cour de cassation semble avoir rectifié le tir à partir de 2016¹⁷⁹. Le Conseil d'État a

¹⁷⁵ S. VAN DROOGHENBROECK et C. RIZCALLAH, «Le principe de la légalité des limitations aux droits et libertés», in L. Detroux, M. El Berhoumi et B. Lombaert (dir.), *La légalité: un principe de la démocratie belge en péril?*, Larcier, Bruxelles, 2019, p. 27. Voy. C.E. (b.), avis n° 64800/VR donné le 5 février 2019; ou encore Cour const., arrêt n° 195/2009, 3 décembre 2009, B.34.

¹⁷⁶ *Ibid.*, pp. 27-28.

¹⁷⁷ *Ibid.*; Cour const., arrêt n° 151/2006, 18 octobre 2006, B.5.

¹⁷⁸ En 2012, la Cour de cassation considère que: «2. L'article 10.2 n'interdit pas toute restriction à l'exercice de la liberté d'expression, pourvu qu'elle trouve son fondement dans une loi. L'article 15, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal n° 80 du 10 novembre 1967 relatif à l'Ordre des pharmaciens dispose que le conseil national peut élaborer un code de déontologie pharmaceutique. Tel qu'il est interprété par la jurisprudence, ce code énonce les principes et les usages que tout pharmacien doit observer et dont il doit s'inspirer dans l'exercice de sa profession, d'une manière suffisamment précise et accessible. Même si le Roi n'a pas, par arrêté délibéré en conseil des ministres, donné force obligatoire audit code, comme l'article 15, alinéa 2, de l'arrêté royal précité le lui permet, ce code constitue une 'loi' au sens de l'article 10.2 de la Convention» (Cass., 27 septembre 2012, R.G. n° D.11.0013.F).

¹⁷⁹ Dans un arrêt du 29 avril 2016, la Cour de cassation estime que: «Une ingérence n'est prévue par la loi au sens de la Convention et du Pacte que si cette loi est suffisamment accessible au justiciable et que son champ d'application et son contenu normatif sont suffisamment précis pour permettre d'en apprécier les conséquences raisonnablement prévisibles. Si, dans un État où le système juridique se fonde sur la force obligatoire des précédents, un tel précédent, uniformément respecté par les juges appelés à statuer ultérieurement sur la même question, constitue une loi au sens des articles 10, § 2, de la Convention et 19, § 3, du Pacte, il n'en va pas de même de 'la doctrine et de la jurisprudence' dans un système juridique qui, tel le droit belge, ne reconnaît pas la force obligatoire des précédents. Il se déduit de l'article 53 de la Convention, selon lequel aucune

→

également, dans certains arrêts, adhéré à une conception flexible de la légalité, relativisant la portée de la légalité formelle¹⁸⁰.

Quant à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle, elle est également marquée par l'influence de la conception matérielle de la légalité développée à Strasbourg. Dans cette jurisprudence constitutionnelle ouverte à la jurisprudence européenne, on peut parfois déceler une certaine érosion du principe de légalité formelle sous l'influence de la conception matérielle de la légalité qui prévaut à Strasbourg. Malgré les dénonciations de la doctrine des insuffisances et incohérences dans l'examen de la légalité formelle des atteintes aux droits et libertés¹⁸¹, la Cour a encore, dans un arrêt du 4 juin 2020¹⁸², privilégié la conception matérielle de la légalité promue à Strasbourg sur les exigences formelles établies dans la Constitution belge¹⁸³.

La Cour européenne des droits de l'homme ne s'est pas encore prononcée sur cet effet d'accoutumance des juridictions internes à la conception matérielle de la légalité au détriment de la conception formelle postulée en droit interne. Pourtant, elle aurait pu être amenée à le faire, à l'occasion du test de légalité. En effet, l'analyse de la légalité des ingérences comprend celle de l'existence d'une base légale en droit interne et ne se limite pas au contrôle des qualités de la loi. La Cour a pu sanctionner l'inexistence d'une base légale en droit interne dans diverses hypothèses : l'ingérence dans un des droits protégés se produit en l'absence de tout fondement légal ou jurisprudentiel ; en violation d'une décision

←

des dispositions de celle-ci ne peut s'interpréter comme limitant les droits et libertés garantis par le droit d'une partie contractante, que, dans un tel système, la 'doctrine et la jurisprudence' ne peuvent être assimilées à une loi au sens de l'article 10, § 2, de la Convention» (Cass., 29 avril 2016, R.G. n° C.15.0052.F). Le même considérant est repris dans Cass., 8 novembre 2018, R.G. n° C.16.0457.F.

¹⁸⁰ Voy. notamment C.E. (b.), arrêt n° 223.042, 27 mars 2013, XXXX.

¹⁸¹ Voy. en particulier, sur la question du respect de la légalité formelle en matière de droits économiques, sociaux et culturels : I. HACHEZ et L. TRIAILLE, «Le principe de légalité en matière de droits économiques, sociaux et culturels : la Cour constitutionnelle à la croisée des chemins», in L. Detroux, M. El Berhoumi et B. Lombaert (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril?*, op. cit., pp. 179-232.

¹⁸² Cour const., arrêt n° 81/2020, 4 juin 2020, B.23.2. Voy. pour un commentaire de cet arrêt : X. DELGRANGE, «La liberté d'interdire. À propos de l'arrêt n° 81/2020 du 4 juin 2020 de la Cour constitutionnelle», *T.O.R.B.*, 2020-2021, n° 5, pp. 498-504. Voy. également : X. DELGRANGE et L. DETROUX, «La délibération parlementaire, gage de qualité de la loi pour une meilleure protection pour les droits fondamentaux?», in L. Detroux, M. El Berhoumi et B. Lombaert (dir.), *La légalité : un principe de la démocratie belge en péril?*, op. cit., p. 745.

¹⁸³ Cour const., arrêt n° 81/2020, 4 juin 2020, B.23.3 et B.23.4.

de justice¹⁸⁴; en violation d'une réglementation administrative; l'ingérence se fonde sur une décision de justice qui ne respecte pas la loi au sens formel; l'ingérence résulte d'une décision administrative qui ne respecte pas la loi au sens formel et/ou la jurisprudence; d'une loi ou d'une réglementation administrative qui n'est pas conforme avec la Constitution ou encore l'ingérence se fonde sur une règle interne non conforme au droit de l'Union européenne. La Cour a considérablement évolué sur la question de savoir «si le principe de légalité et de prééminence du droit n'exige pas que la Cour européenne contrôle activement et strictement le respect des lois nationales»¹⁸⁵. Elle s'estime désormais compétente pour contrôler la légalité d'un point de vue interne, lorsque la Convention renvoie au droit interne et, d'une certaine façon, l'«incorpore»¹⁸⁶. Prudente, elle évite néanmoins de fonctionner comme une juridiction «de quatrième instance». Ainsi, dans un arrêt *Ernst c. Belgique*, elle rappelle «qu'une ingérence ne saurait passer pour 'prévues par loi' que si d'abord elle a une base en droit interne [...]. Conformément à la jurisprudence des organes de la Convention, le terme 'loi' doit être entendu dans son acception 'matérielle' et non 'formelle'. Dans un domaine couvert par le droit écrit, la 'loi' est le texte en vigueur tel que les juridictions compétentes l'ont interprété [...]. [B]ien que les requérants prétendent que les perquisitions et saisies ne respectaient pas bon nombre d'exigences légales, la Cour, rappelant qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales d'interpréter et d'appliquer le droit interne, estime qu'elles étaient bien prévues par la loi, à savoir par les différentes dispositions du [Code d'instruction criminelle] mentionnées par le gouvernement». La Cour estime devoir maintenir une certaine distance par rapport au contrôle de la loi nationale, répétant à l'envi «[...] qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales, notamment aux tribunaux, d'interpréter et d'appliquer le droit interne»¹⁸⁷.

¹⁸⁴ G. LAUTENBACH, *The Concept of the Rule of Law and the European Court of Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2014, p. 79. Dans son arrêt *Assanidze c. Géorgie* du 8 avril 2005, qui porte sur la détention d'une personne au mépris d'une décision judiciaire, la Cour y énonce qu'«[a]ux yeux de la Cour, la détention d'une personne pour une période indéterminée et imprévisible, sans que cette détention se fonde sur une disposition légale précise ou sur une décision judiciaire, est incompatible avec le principe de la sécurité juridique, revêt un caractère arbitraire et va à l'encontre des éléments fondamentaux de l'État de droit» (§ 175).

¹⁸⁵ G. LAUTENBACH, *ibid.*, p. 80, traduction libre.

¹⁸⁶ *Ibid.*; voy. par exemple Cour eur. dr. h., arrêt *Winterwerp c. Pays-Bas*, 24 octobre 1974, §§ 45-46.

¹⁸⁷ *Ernst e.a. c. Belgique*, préc., §§ 96-97; arrêt *C.R. c. Royaume-Uni*, 22 novembre 1995, § 40. Voy. par exemple, dans l'arrêt *Merabishvili c. Géorgie* du 28 novembre 2017, § 191: «Bien que ces questions concernent l'application du droit géorgien, la Cour est compétente pour les examiner. Ainsi qu'elle l'a déjà noté, lorsque la Convention renvoie au droit interne, comme elle le fait à

→

L'argument de l'absence de respect de la légalité formelle a déjà été invoqué par les requérants contre la Belgique, mais, à notre connaissance, la Cour n'a encore jamais suivi les requérants sur ce terrain¹⁸⁸. Mais il semble que la Cour européenne des droits de l'homme se satisfait de la loyauté méthodologique de la Cour constitutionnelle belge, qui peut, dans certains cas, se montrer particulièrement démonstrative. Reprenons ici le cas du port de signes convictionnels. Dans son arrêt n° 148/2011 du 5 octobre 2011, la Cour constitutionnelle effectue une démonstration particulièrement appuyée de la proportionnalité de l'ingérence dans la liberté de religion impliquée par la loi. Une telle démonstration a manifestement réussi à masquer la pauvreté argumentative de l'arrêt. En effet, l'application en apparence circonstanciée des critères retenus par la Cour européenne pour apprécier la licéité des ingérences dans le cas d'espèce a manifestement incité cette dernière à valider la législation contestée, dans un arrêt du 11 juillet 2017, *Belcacemi et Oussar c. Belgique*. Celui-ci illustre parfaitement le caractère réciproque des influences entre juridictions constitutionnelles et européennes dans l'interprétation des droits fondamentaux. La Cour européenne relève que «[...] le processus décisionnel ayant débouché sur l'interdiction en cause a duré plusieurs années et a été marqué par un large débat au sein de la Chambre des représentants ainsi que par un examen circonstancié et complet de l'ensemble des intérêts en jeu par la Cour constitutionnelle»¹⁸⁹. En ce qui concerne les critères déterminant l'exigence de légalité, la Cour européenne des droits de l'homme «note que la Cour constitutionnelle belge a appliqué ces principes en l'espèce et a considéré que la loi du 1^{er} juin 2011 répondait à ces exigences de précision et de prévisibilité, à condition que les termes 'lieux accessibles au public' soient interprétés comme ne visant pas les lieux destinés au culte [...]. La Cour ne décèle rien d'arbitraire dans le raisonnement de la haute juridiction belge. Sachant que les requérantes ont affirmé avoir été en mesure de prévoir qu'elles risquaient de se voir sanctionnées si elles persistaient à porter le voile intégral dans l'espace public [...], la Cour ne saurait parvenir à une autre conclusion et considère que la loi du 1^{er} juin 2011 peut passer pour être libellée avec suffisamment de précision pour satisfaire à l'exigence de prévisibilité»¹⁹⁰.

←

l'article 5 § 1 c), la méconnaissance du droit entraîne celle de la Convention, de sorte que la Cour peut et doit déterminer si le droit interne a été respecté. Le pouvoir de la Cour à cet égard est toutefois intrinsèquement limité, car, même lorsque la Convention renvoie au droit interne, il incombe au premier chef aux autorités nationales d'interpréter et d'appliquer celui-ci».

¹⁸⁸ Voy. notamment Cour eur. dr. h., arrêt *Guerni c. Belgique*, 23 octobre 2018, § 44.

¹⁸⁹ *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, préc., § 54.

¹⁹⁰ *Ibid.*, § 46.

C. *Le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme du test de légitimité pratiqué par les juridictions nationales*

Les condamnations de la Cour européenne des droits de l'homme fondées sur l'illégitimité de l'objectif sont rares. Il n'est donc pas surprenant de constater qu'un nombre finalement très restreint d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme sanctionnent l'appréciation nationale de la légitimité de l'objectif poursuivi.

En ce qui concerne la Suisse, le critère de la légitimité a donné lieu à quelques condamnations. La Cour a estimé dans l'affaire *Emonet* que l'interdiction de cumul des liens de filiation prévue par la loi ne répondait pas à un intérêt légitime, mais elle a préféré traiter la question sous l'angle de la nécessité¹⁹¹. Dans l'affaire *F. c. Suisse*, la Cour européenne a indiqué concernant l'interdiction temporaire de mariage prévue par le Code civil suisse que «la stabilité du mariage représente un but légitime et conforme à l'intérêt public, mais l'idoneité du moyen utilisé [...] pour y parvenir lui inspire des doutes»¹⁹². Dans cette affaire, le Tribunal fédéral avait par ailleurs jugé qu'il ne pouvait pas examiner sa conformité à la Convention en raison de l'article 190 de la Constitution fédérale (ancien article 113 de la Constitution de 1874). Pour donner suite à ce jugement, le Département fédéral de Justice et Police a alors enjoint aux autorités cantonales et fédérales de ne plus appliquer la disposition litigieuse¹⁹³. Le législateur l'a finalement abrogée¹⁹⁴.

En France, au sujet de l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public, le contrôle du but légitime par la Cour européenne des droits de l'homme est en parfaite adéquation avec l'appréciation du Conseil constitutionnel. L'arrêt *S.A.S.* du 1^{er} juillet 2014 (préc.) retient la sécurité publique comme but légitime en s'appuyant notamment sur le fait «que le Conseil constitutionnel a retenu que le législateur avait estimé que cette pratique pouvait constituer un danger pour la sécurité publique» (§ 115). Mais la Cour retient également, dans un souci de subsidiarité, le «respect des exigences minimales de la vie en société» (§ 121) invoqué par le gouvernement en tant que but légitime, tout comme l'exposé des motifs du projet de loi et le Conseil constitutionnel l'avaient expressément reconnu. Dans cet arrêt, la Cour rejette néanmoins la légitimité de l'objectif lié à l'égalité des sexes. Elle estime qu'«un

¹⁹¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Emonet c. Suisse*, 13 mars 2008, §§ 76-78.

¹⁹² Cour eur. dr. h., arrêt *F. c. Suisse*, 18 décembre 1987, § 36.

¹⁹³ D. THURNHERR, *op. cit.*, p. 358 et la référence citée.

¹⁹⁴ M. HOTTELIER, H. MOCK et M. PUÉCHAVY, *La Suisse devant la Cour européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2011, p. 27 et les références citées.

État partie ne saurait invoquer l'égalité des sexes pour interdire une pratique que des femmes [...] revendiquent dans le cadre de l'exercice des droits que consacrent [les articles 8 et 9 de la Convention], sauf à admettre que l'on puisse à ce titre prétendre protéger des individus contre l'exercice de leurs propres droits et libertés fondamentaux»¹⁹⁵. Elle admet par contre l'argument du «vivre ensemble» que la Cour relie à la «protection des droits et libertés d'autrui». La Cour peut ainsi «admettre que la clôture qu'oppose aux autres le voile cachant le visage soit perçue par l'État défendeur comme portant atteinte au droit d'autrui d'évoluer dans un espace de sociabilité facilitant la vie ensemble»¹⁹⁶. La Cour a adopté la même approche à l'égard de la loi belge interdisant le port du foulard intégral¹⁹⁷ – confirmant que «le souci de répondre aux exigences minimales de la vie en société pouvait être considéré comme un élément de la 'protection des droits et libertés d'autrui'» et «que l'interdiction litigieuse pouvait être considérée comme justifiée dans son principe dans la seule mesure où elle vise à garantir les conditions du 'vivre ensemble'»¹⁹⁸.

D. *Le contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme de la proportionnalité*

L'application des trois étapes du test de proportionnalité (adéquation, nécessité, proportionnalité au sens strict) par les juridictions constitutionnelles peut également faire l'objet de critiques par la Cour européenne des droits de l'homme. Comme le soulignent Emmanuelle Bribosia et Isabelle Rorive, «[l]a Cour européenne ne procède cependant pas systématiquement au contrôle de ces trois exigences. Dans les hypothèses où les États jouissent d'une marge d'appréciation importante, en raison du caractère subsidiaire du mécanisme de contrôle de la Convention, la Cour se contente de vérifier le respect de la troisième exigence et présume irréfragablement les deux premières remplies»¹⁹⁹.

C'est surtout au niveau du contrôle de la nécessité et de la proportionnalité au sens strict que les États membres essuient le plus grand nombre de critiques de la part de la Cour.

Sur ce point, il a ainsi été reproché à plusieurs reprises à la Suisse de ne pas avoir procédé correctement à la pesée des intérêts en présence. Ces affaires

¹⁹⁵ *S.A.S. c. France*, préc., § 119.

¹⁹⁶ *Ibid.*, §§ 121-122.

¹⁹⁷ *Dakir c. Belgique*, préc., § 51.

¹⁹⁸ *Ibid.*

¹⁹⁹ E. BRIBOSIA et I. RORIVE, «Le voile à l'école: une Europe divisée», *cette Revue*, 2004, p. 957.

concernaient le renvoi de personnes étrangères. Ainsi, dans l'affaire *Boultif*, la Cour a jugé que l'examen des circonstances de l'espèce ne permettait pas d'expulser l'auteur d'une infraction grave et sa femme sans constituer une grave entrave à l'établissement de sa vie familiale²⁰⁰. En d'autres mots, la Suisse avait donné trop de poids au crime commis par rapport à l'intérêt du requérant de rester en Suisse. À cet égard, il y a également lieu de mentionner l'affaire *Emre c. Suisse* qui a donné lieu à deux condamnations de la Suisse par la Cour, le Tribunal fédéral n'ayant pas mis en œuvre le premier jugement de manière conforme au principe de proportionnalité²⁰¹. La question de la pesée des intérêts s'est également révélée problématique dans l'affaire *Schlumpf*, laquelle visait une demande de changement de sexe. Dans cette affaire, la Cour a reproché au Tribunal fédéral des assurances d'avoir refusé de procéder à une analyse du cas spécifique et de peser les intérêts en jeu entre la personne et la compagnie d'assurance qui refusait le remboursement d'une opération²⁰².

La Suisse a également fait l'objet de plusieurs condamnations en raison de sa législation contraire à l'interdiction de discrimination²⁰³. En 1994, la Cour a ainsi condamné la Suisse pour ne pas avoir autorisé un mari à faire précéder son nom du nom de famille de son épouse – décision qui avait été validée par le Tribunal fédéral. On peut signaler ici que pour faire suite à cet arrêt, la Suisse a modifié son ordonnance sur l'état civil²⁰⁴. Plusieurs affaires concernant la liberté d'expression ont également été examinées sous l'angle de la proportionnalité²⁰⁵. Dans cette perspective, le travail du Tribunal fédéral a plusieurs fois été visé pour ne pas avoir respecté le principe de proportionnalité. Parmi

²⁰⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Boultif c. Suisse*, 2 août 2001; voy. également arrêt *Udeh c. Suisse*, 16 avril 2013; arrêt *I. M. c. Suisse*, 9 avril 2019.

²⁰¹ *Emre c. Suisse* (n° 2), préc.; *Emre c. Suisse*, préc. Relevons également l'arrêt qui a entraîné une modification de la pratique du Secrétariat d'État aux migrations: Cour eur. dr. h., arrêt *Mengesha Kimpfe c. Suisse*, 29 juillet 2010 (autorisation accordée à des époux de vivre dans le même canton en cas de rejet de leur demande d'asile et lorsque leur expulsion est impossible).

²⁰² Cour eur. dr. h., arrêt *Schlumpf c. Suisse*, 5 juin 2009, §§ 112-115; F. SCHÜRMANN, «Wichtige Schweizer Fälle in der neueren EGMR-Rechtsprechung», in S. Breitenmoser et B. Ehrenzeller (éd.), *EMRK und die Schweiz/La CEDH et la Suisse*, Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis, Université de Saint-Gall, 2010, p. 122.

²⁰³ Cour eur. dr. h., arrêt *Burghartz c. Suisse*, 22 février 1994; arrêt *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009; arrêt *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, 9 novembre 2010; arrêt *di Trizio c. Suisse*, 2 février 2016; arrêt *B. c. Suisse*, 20 octobre 2020; arrêt *Ryser c. Suisse*, 12 janvier 2021.

²⁰⁴ D. THURNHERR, *op. cit.*, p. 358.

²⁰⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Gsell c. Suisse*, 8 octobre 2009 (liberté de la presse et protection de la sécurité publique); arrêt *Verein gegen Tierfabriken c. Suisse*, 4 octobre 2007 (publicités commerciales visées); arrêt *Hertel c. Suisse*, 25 août 1998 (lien entre protection de la concurrence et liberté d'expression); et arrêt *Autronic c. Suisse*, 22 mai 1990 (la liberté d'expression ne vise pas uniquement les opinions idéales).

ces affaires, on peut mentionner l'arrêt *Stoll* qui a par ailleurs été la première décision dont le gouvernement a demandé le renvoi en Grande Chambre²⁰⁶. Concrètement, l'affaire portait sur la question de la protection de documents classifiés au regard du droit à la liberté d'expression, dans laquelle la Cour a rappelé à la Suisse que la nature et la lourdeur de la sanction infligée pour divulgation de documents devaient être prises en compte lors de l'examen de la proportionnalité de la mesure²⁰⁷. Depuis, la Cour a, dans un arrêt rendu en 2016, expressément validé la pesée des intérêts effectuée par le Tribunal fédéral, entre le droit du requérant d'informer le public et l'intérêt de la justice qui couvre l'autorité et l'impartialité du pouvoir judiciaire²⁰⁸.

De la même manière, à plusieurs reprises, la Cour a contrôlé l'application du principe de proportionnalité par la Cour constitutionnelle allemande. Dans la plupart des cas, la Cour européenne a accepté le raisonnement de proportionnalité par la C.C.F.A.²⁰⁹. Cependant, dans l'affaire bien connue *Von Hannover*²¹⁰, la Cour européenne a corrigé la mise en balance de la Cour allemande. L'arrêt concernait le conflit entre le droit au respect de la vie privée de personnalités éminentes et la liberté d'expression de la presse à sensation. Dans sa jurisprudence, la Cour constitutionnelle avait développé une échelle d'évaluation qui prenait en compte l'intensité avec laquelle la vie privée d'une «personnalité absolue de l'histoire contemporaine», comme la requérante, avait été affectée, laquelle se basait notamment sur la question de savoir si la personne concernée se trouvait dans un «contexte d'isolement spatial» ou non²¹¹.

Privilégiant une mise en balance différente²¹², la Cour européenne des droits de l'homme a argumenté que «le seul fait de qualifier la requérante de personnalité 'absolue' de l'histoire contemporaine ne suffit pas à justifier une telle intrusion dans la vie privée de celle-ci»²¹³. Par contre, d'après la Cour, il

²⁰⁶ D. THURNHERR, *op. cit.*, p. 357; Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Stoll c. Suisse*, 10 décembre 2007.

²⁰⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Stoll c. Suisse*, 25 avril 2006; voy. également Cour eur. dr. h., arrêt *Dammann c. Suisse*, 25 avril 2006; arrêt *Haldimann e.a. c. Suisse*, 24 février 2014.

²⁰⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *A.B. c. Suisse*, 29 mars 2016. La Cour conclut en effet à l'absence de violation de l'article 10 de la Convention en raison du fait, notamment, que «l'exercice de mise en balance des différents intérêts en jeu avait été valablement effectué par le Tribunal fédéral» (§ 82).

²⁰⁹ Voy., par exemple, *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)*, préc., §§ 108-125; arrêt *Breyer c. Allemagne*, 30 janvier 2020, § 101.

²¹⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Von Hannover c. Allemagne*, 24 juin 2004.

²¹¹ C.C.F.A., 15 décembre 1999, *BVerfGE* 101, p. 361.

²¹² *Von Hannover c. Allemagne*, préc., §§ 61-79.

²¹³ *Ibid.*, § 75.

était nécessaire de déterminer si les photos ou les articles en question «apportai[en]t [une contribution] au débat d'intérêt général»²¹⁴. Dans le cas d'espèce, la Cour a estimé que les photos et les articles «litigieux, ayant eu pour seul objet de satisfaire la curiosité d'un certain public sur les détails de la vie privée de la requérante, ne saurai[en]t passer pour contribuer à un quelconque débat d'intérêt général pour la société, malgré la notoriété de la requérante»²¹⁵. Par conséquent, la Cour européenne a jugé que la C.C.F.A. n'avait pas effectué une juste pesée des intérêts concernés dans sa décision²¹⁶.

À la suite de l'affaire *Von Hannover*, la C.C.F.A. a changé son approche dogmatique concernant l'équilibre entre le droit au respect de la vie privée et la liberté de la presse, en accordant davantage d'importance sur la valeur informative du reportage²¹⁷. Néanmoins, dans une affaire subséquente concernant la même requérante, la Cour constitutionnelle a jugé que la maladie du père de la requérante était un événement de l'histoire contemporaine justifiant un reportage sur les réactions familiales. La Cour européenne a admis que l'article en question représentait «au moins dans une certaine mesure, une contribution à un débat d'intérêt général»²¹⁸ et que l'appréciation de la C.C.F.A. était couverte par la marge d'appréciation qui revient aux autorités nationales²¹⁹.

L'analyse des jurisprudences espagnole et européenne révèle également l'existence de divergences sur l'appréciation concrète de la proportionnalité au sens strict. Ainsi, dans une affaire relative à la liberté de manifester (*Laguna Guzman c. Espagne*), la Cour apprécie la proportionnalité de l'action de la police dans la répression d'une manifestation en faveur des chômeurs dans les rues de la ville de Valladolid. Une fois que le processus judiciaire ordinaire avait été épuisé, la requérante avait saisi en *amparo* le Tribunal constitutionnel, qui avait déclaré sa demande irrecevable, car étant dépourvue de l'importance constitutionnelle spéciale requise. La Cour européenne des droits de l'homme estime que la requérante n'a jamais été arrêtée ni poursuivie pour des actions violentes pendant les manifestations et que son nom n'a même pas été mentionné dans les rapports des faits de la journée. La Cour note que le juge pénal de Valladolid, après avoir examiné les éléments de preuve, a conclu que les manifestants avaient été violemment réprimés sans avertissement préalable, malgré le fait qu'ils n'avaient pas bloqué la circulation, qu'il n'était pas prouvé

²¹⁴ *Ibid.*, § 60.

²¹⁵ *Ibid.*, § 65.

²¹⁶ *Ibid.*, § 79.

²¹⁷ C.C.F.A., 26 février 2008, *BVerfGE* 120, p. 180.

²¹⁸ *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)*, préc., § 118.

²¹⁹ *Ibid.*, § 126.

qu'ils avaient tenté de pénétrer dans le restaurant où des politiciens avaient déjeuné et qu'ils n'avaient pas provoqué la confrontation avec les policiers. Au vu des faits établis par le juge pénal, le comportement des manifestants et l'innocuité de leurs slogans et pancartes ne justifiaient pas la force déployée par la police : « au vu des circonstances susmentionnées, la méthode utilisée par la police pour disperser la manifestation n'était pas proportionnée » (§ 55). Par conséquent, la Cour européenne a conclu qu'il y avait eu violation de l'article 11 de la Convention.

Dans un arrêt *Omorefe c. Espagne* du 23 septembre 2020, la Cour européenne des droits de l'homme a été amenée à réexaminer la balance des intérêts opérée par les juges nationaux, s'agissant de la correcte mise en balance des droits d'une mère biologique, d'une part, et du droit de l'enfant à voir son intérêt prévaloir, d'autre part. Alors qu'un juge de première instance avait reconnu le droit de la requérante de rendre visite à son fils, une heure par mois, dans l'examen de la procédure d'adoption, le juge de première instance rejeta les nouvelles demandes de la direction générale de la famille et de l'enfance (DGFE) du gouvernement de Navarre concernant l'accueil préadoptif du mineur par sa famille d'accueil. Par contre, l'*Audiencia Provincial de Navarre* autorisa l'adoption du fils de la requérante en dépit de l'absence de consentement de la mère biologique et l'avis contraire du procureur. Finalement, la requérante saisit le Tribunal constitutionnel d'un recours d'*amparo*, qui fut déclaré irrecevable car dépourvu de l'importance constitutionnelle spéciale requise par la loi organique sur le Tribunal constitutionnel. La Cour européenne des droits de l'homme n'a pas été convaincue que les autorités internes compétentes avaient dûment pris en compte les efforts entrepris par la requérante pour régulariser et stabiliser sa situation personnelle et administrative en Espagne. « La Cour est pleinement consciente de l'intérêt prépondérant de l'enfant dans le processus décisionnel. Le processus qui a abouti à l'autorisation de l'adoption en l'espèce révèle toutefois que les autorités internes n'ont pas cherché à se livrer à un véritable exercice de mise en balance entre les intérêts de l'enfant et ceux de sa mère biologique mais qu'elles se sont concentrées sur les intérêts de l'enfant au lieu de s'efforcer de concilier les deux ensembles d'intérêts en jeu, et que, de surcroît, elles n'ont pas sérieusement envisagé la possibilité de réunion de l'enfant et de sa mère biologique [...] et l'insistance de la requérante tout au long des différentes procédures ayant finalement abouti à l'adoption de son fils. [...] » ; « [...] nonobstant la marge d'appréciation de l'État défendeur en la matière, la Cour considère que le processus à l'origine de la décision ayant conclu à l'adoption du fils de la requérante n'a pas été conduit de manière à ce que tous les avis et les intérêts de cette dernière fussent dûment pris en compte » (§ 53). En conclusion, la Cour estime donc que la procédure en cause « n'a pas été entourée de garanties proportionnées à la gravité de l'ingérence et des intérêts

en jeu et que les autorités espagnoles n'ont pas déployé des efforts adéquats et suffisants pour faire respecter le droit de la requérante à garder le contact avec son enfant, méconnaissant ainsi le droit de celle-ci au respect de sa vie privée et familiale». Par conséquent, il y a eu violation de l'article 8 de la Convention.

Au Portugal, c'est également en matière de droit à la vie privée que l'impact de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sur le test de proportionnalité pratiqué au niveau national est important. En ce qui concerne en particulier l'expulsion d'étrangers, la Cour constitutionnelle mobilise l'article 8 de la Convention et suit les orientations définies par les décisions de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Moustaquim c. Belgique* (1991) et *Beldjoudi c. France* (1992). Ainsi, la Cour constitutionnelle, dans ses arrêts n° 39/88 et n° 452/95, a déclaré que l'expulsion des étrangers ne peut pas impliquer, que ce soit d'une manière directe ou indirecte, la séparation des parents et des enfants ou l'expulsion ultérieure des enfants (mineurs et à la charge des parents) dans le cas d'une expulsion d'un parent. Dans son arrêt n° 101/09 sur la procréation médicalement assistée, la Cour constitutionnelle a pris en compte la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, après avoir analysé, par exemple, l'arrêt *Odièvre c. France*. Dans son arrêt n° 212/10, sur le mariage homosexuel, des références significatives sont faites à la jurisprudence de la Cour européenne dans le domaine du respect de la vie privée et familiale (art. 8 de la Convention) et sur l'interdiction de la discrimination (art. 14 de la Convention)²²⁰. Dans son application du test de proportionnalité concernant le droit de se marier, reconnu aux articles 8 et 12 de la Convention, la Cour constitutionnelle a suivi l'appréciation de la Cour développée dans ses arrêts *Rees c. Royaume-Uni*, *Cossey c. Royaume-Uni* et *Sheffield et Horsham c. Royaume-Uni*, ainsi que *Christine Goodwin c. Royaume-Uni*.

C'est à nouveau dans le cas de conflits de droits que l'approche des juridictions portugaises et de la Cour européenne des droits de l'homme peut diverger de manière évidente²²¹. De telles divergences concernent tout particulièrement, dans la jurisprudence portugaise, l'article 10 de la Convention et la liberté d'expression²²².

²²⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Dudgeon c. Royaume-Uni*, 24 février 1983; décision *Mata Estevez c. Espagne*, 10 mai 2001; arrêt *Norris c. Irlande*, 26 octobre 1988; arrêt *Modinos c. Chypre*, 22 avril 1993; arrêt *A.D.T. c. Royaume-Uni*, 31 juillet 2000; arrêt *Smith et Grady c. Royaume-Uni*, 25 juillet 2000; *Lustig-Prean et Beckett c. Royaume-Uni*, préc.

²²¹ Cette question a été le sujet exprès d'un arrêt de clarification de la Cour d'appel de Lisbonne (9^e section pénale), 26 janvier 2017, affaire n° 2175 / 11.4TDLSB.L1-9.

²²² Voy., entre autres, Cour eur. dr. h., arrêt *Urbino Rodrigues c. Portugal*, 29 novembre 2005; arrêt *Roseiro Bento c. Portugal*, 18 avril 2006; arrêt *Colaço Mestre et SIC – Sociedade Independente*

Les divergences d'appréciation de la proportionnalité d'une ingérence peuvent s'avérer abyssales entre, d'une part, la Cour européenne des droits de l'homme, et, d'autre part, la Cour constitutionnelle russe.

Le premier désaccord apparu entre les deux juridictions date de l'affaire *Konstantin Markin c. Russie*²²³. Le requérant avait saisi la Cour constitutionnelle, en soutenant que les dispositions de la loi relative au statut des militaires, qui interdisaient aux militaires de sexe masculin de bénéficier d'un congé parental de trois ans, étaient incompatibles avec le principe de l'égalité énoncé à l'article 19 de la Constitution. Les juges constitutionnels ont conclu à la compatibilité avec la Constitution des dispositions législatives en cause, en affirmant que le statut différencié établi par le législateur était dû à la spécificité du service dans les forces armées, dont la tâche est d'assurer la défense et la sécurité de l'État. Le refus d'octroyer un congé parental aux militaires de sexe masculin était donc totalement justifié et ne pouvait être interprété comme étant une atteinte à leurs droits et libertés constitutionnels. L'octroi à titre exceptionnel du droit à un congé parental aux seuls militaires de sexe féminin tenait compte, d'une part, de la faible contribution des femmes au sein de l'armée et, de l'autre, du rôle social spécial qui leur est dévolu par la maternité. La Cour de Strasbourg a totalement désavoué la position de la Cour constitutionnelle russe. Elle a notamment reproché à la Cour constitutionnelle de ne pas avoir vérifié s'il existait un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but poursuivi. De l'avis des juges européens, aucun fait concret, fondé sur les résultats d'expertises ou d'enquêtes statistiques, n'avait été relevé à l'appui du dommage que subirait la sécurité publique du fait de l'absence de continuité dans l'exercice du service par les militaires de sexe masculin, qui nuirait à la puissance du combat et à l'efficacité opérationnelle des forces militaires. Par conséquent, elle en a déduit que «la Cour constitutionnelle a fondé sa décision sur de pures conjectures», sans démontrer que l'extension

←

de Comunicação, S.A. c. Portugal, 26 avril 2007; arrêt *Almeida Azevedo c. Portugal*, 23 janvier 2007; arrêt *Campos Dâmaso c. Portugal*, 24 avril 2008; arrêt *Azevedo c. Portugal*, 27 mars 2008; arrêt *Women on waves e.a. c. Portugal*, 3 février 2009; arrêt *Alves da Silva c. Portugal*, 20 octobre 2009; arrêt *Público – Comunicação Social e.a. c. Portugal*, 7 décembre 2010; arrêt *Conceição Letria c. Portugal*, 12 avril 2011; arrêt *Gouveia Gomes Fernandes et Freitas e Costa c. Portugal*, 29 mars 2011; arrêt *Almeida Leitão Bento Fernandes c. Portugal*, 12 mars 2015; arrêt *Pinto Coelho c. Portugal (n° 2)*, 22 mars 2016; arrêt *Medipress, Sociedade jornalística Lda c. Portugal*, 30 août 2016; arrêt *Carlos do Carmo de Portugal e Castro Câmara c. Portugal*, 4 octobre 2016; arrêt *Tavares de Almeida Fernandes et Almeida Fernandes c. Portugal*, 17 janvier 2017; arrêt *Pais Pires de Lima c. Portugal*, 12 février 2019.

²²³ Cour eur. dr. h., arrêt *Konstantin Markin c. Russie*, 7 octobre 2010. Cette affaire a ensuite été renvoyée devant la Grande Chambre, qui a rendu son arrêt le 22 mars 2012.

du congé parental au bénéfice des militaires de sexe masculin engendrerait les problèmes d'efficacité opérationnelle de la nature et du niveau de ceux allégués. Elle a par ailleurs estimé que le raisonnement de la Cour russe reposait donc sur une conception du rôle traditionnel des deux sexes, qui voit avant tout dans la femme celle qui élève les enfants et dans l'homme celui qui pourvoit aux besoins de la famille, préjugé qui ne saurait justifier à suffisance une différence de traitement. Le langage utilisé par la Cour de Strasbourg est particulièrement virulent, allant jusqu'à affirmer qu'elle est « frappée par l'argument de la Cour constitutionnelle lorsque celle-ci déclare que, si un militaire de sexe masculin souhaite s'occuper lui-même de ses enfants, il a toujours la possibilité de démissionner de l'armée », ce raisonnement leur imposant de choisir entre la possibilité de s'occuper de leurs enfants nouveau-nés et celle de poursuivre leur carrière dans l'armée, un choix difficile épargné aux militaires de sexe féminin. Jugeant ces restrictions injustifiées, la Cour européenne des droits de l'homme a donc conclu à la violation de l'article 14 de la Convention, en combinaison avec l'article 8²²⁴.

La vision traditionaliste de la famille a également été à l'origine des discordances jurisprudentielles entre les deux Cours sur le terrain des actions militantes en faveur des droits L.G.B.T. Dans l'affaire *Bayev et autres c. Russie*²²⁵, les griefs invoqués par trois militants de la cause homosexuelle visaient la législation russe qui interdit la promotion de l'homosexualité, également désignée par l'appellation « lois sur la propagande gay », et érigeait en infraction passible d'une amende la « promotion des relations sexuelles non traditionnelles » auprès des mineurs. Tous les recours formés par les requérants devant la Cour constitutionnelle furent rejetés, la Cour estimant en substance que cette interdiction était justifiée aux fins de la protection de la morale, et indiqua en particulier qu'il existait un risque « de créer une impression déformée d'équivalence sociale entre les relations maritales traditionnelles et non traditionnelles » et d'orienter les enfants sur la voie des relations sexuelles non traditionnelles. Par conséquent, les sanctions prévues par le législateur russe étaient proportionnées aux buts légitimes poursuivis. Des points de vue totalement différents de ceux retenus par la Cour de Strasbourg, qui a tranché en faveur des requérants, en jugeant qu'il y avait eu violation des articles 10 et 14 de la Convention, sans pour autant recourir à des critiques virulentes à l'encontre de la Haute juridiction de Saint-Petersbourg comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Markin* précité.

²²⁴ Dans l'arrêt de Grande Chambre rendu le 22 mars 2012, la Cour a tenu à tempérer ses critiques à l'égard de la Cour constitutionnelle russe, en rappelant uniquement ses positions jurisprudentielles. Voy. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Konstantin Markin c. Russie*, 22 mars 2012.

²²⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Bayev c. Russie*, 20 juin 2017.

Un autre point de discorde apparu entre la Cour de Strasbourg et la Cour constitutionnelle russe concerne l'appréciation de la proportionnalité des restrictions apportées à la fréquence, à la durée et aux diverses modalités des visites familiales pour les personnes mises en détention, qui ont été considérées par la Cour européenne des droits de l'homme comme une ingérence dans le droit au respect de la vie privée et familiale garanti à l'article 8 de la Convention, pour laquelle l'État russe a été condamné à de nombreuses reprises²²⁶. Dans l'affaire *Chaldayev c. Russie*²²⁷, les juges européens ont reconnu l'apport de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle en ce qui concerne notamment l'introduction de l'obligation pour les agents ou les organes devant se prononcer sur les demandes de visites formulées par les détenus ou les membres de leur famille de motiver leurs décisions défavorables, ainsi que la nécessité d'ouvrir le droit de les contester devant le procureur ou un tribunal, ces derniers devant en outre être obligés de tenir compte de tous les faits pertinents pour apprécier le bien-fondé de chaque refus opposé à l'auteur de la demande. Cette avancée a été certes considérable. Néanmoins, les divergences persistent entre les deux Cours au niveau de l'appréciation du principe de proportionnalité des restrictions établies par le législateur russe. Pour la Cour constitutionnelle, ces restrictions sont justifiées et proportionnées aux objectifs poursuivis, à savoir «le rétablissement de la justice, l'amendement du délinquant et la prévention de nouvelles infractions». *A contrario*, la Cour de Strasbourg considère que lesdites restrictions doivent être considérées comme des «restrictions additionnelles» du fait qu'elles peuvent aggraver considérablement la situation du détenu, comme ce fut le cas dans l'affaire *Khoroshenko c. Russie*²²⁸, dans laquelle le requérant alléguait la violation de l'article 8 de la Convention du fait de l'interdiction, sur le fondement des articles 125, § 3, et 127, § 3, du Code de l'exécution des sanctions pénales, de bénéficier de visites longues avec son épouse et d'autres membres de sa famille pendant les dix premières années de détention, du fait qu'il était détenu dans une colonie pénitentiaire à régime spécial à la suite de sa condamnation à la réclusion à perpétuité.

Cette même confrontation des positions jurisprudentielles a été renouvelée dans un arrêt plus récent datant du 9 juin 2020, *Pshibiyev et Berov c. Russie*, dans lequel la Fédération de Russie a été condamnée pour violation de

²²⁶ La Russie a été notamment condamnée pour violation de l'article 8 de la Convention en raison du refus d'accorder une visite familiale aux personnes placées en détention provisoire (Cour eur. dr. h., arrêt *Moïsseïev c. Russie*, 9 octobre 2008; arrêt *Vlassov c. Russie*, 12 juin 2008; arrêt *Tereshchenko c. Russie*, 5 juin 2014) ou à cause de la séparation de visiteurs par une paroi (Cour eur. dr. h., arrêt *Andrey Smirnov c. Russie*, 13 février 2018).

²²⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Chaldayev c. Russie*, 28 mai 2019.

²²⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Khoroshenko c. Russie*, 30 juin 2015.

l'article 8 de la Convention sur le fondement de plusieurs chefs d'allégation, notamment du fait de l'autorisation de visites courtes pour les détenus en détention provisoire excluant tout contact physique et uniquement en la présence d'un gardien ; à cause de l'absence d'éléments démontrant la dangerosité du détenu ou l'existence d'un risque de sécurité ou de collusion pour justifier ces modalités. Dans cet arrêt, les juges européens critiquent plus particulièrement le caractère général – et donc non proportionné – des restrictions appliquées, soit un problème qui concerne d'autres domaines relevant du régime d'exécution des peines pénales en Russie, dont l'interdiction du droit de vote des détenus prévue à l'article 32, § 3, de la Constitution.

Enfin, l'analyse du contrôle par la Cour européenne des droits de l'homme de la pesée des intérêts effectuée par la Cour constitutionnelle belge confirme la tendance à la procéduralisation du contrôle de proportionnalité, qu'on a déjà eu l'occasion de mentionner *supra*. Ainsi, dans l'affaire précitée relative à l'interdiction du port du voile intégral, la Cour «relève que le processus décisionnel ayant débouché sur l'interdiction en cause a duré plusieurs années et a été marqué par un large débat au sein de la Chambre des représentants ainsi que par un examen circonstancié et complet de l'ensemble des intérêts en jeu par la Cour constitutionnelle»²²⁹.

²²⁹ *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, préc., § 54. Cette tendance a fait l'objet d'une abondante littérature. Voy. notamment sur une affaire belge: M. BORRES et M. SOLBREUX, «L'arrêt *Paposhvili c. Belgique* et les potentialités d'une procéduralisation des droits de l'homme par les Cours constitutionnelles nationales», *op. cit.*, pp. 173-199.