

IV. LE DROIT

IV.I. DROIT INTERNATIONAL ET EUROPÉEN : PORTEE ET TRANSPOSITION

Le labyrinthe belge aura-t-il raison du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme ?

CÉCILE JADOT

Assistante à l'Université Saint-Louis-Bruxelles

Avocate

SÉBASTIEN VAN DROOGHENBROECK

Professeur ordinaire à l'Université Saint-Louis-Bruxelles

Professeur invité à l'Université Paris 2 (Panthéon Assas)

Assesseur au Conseil d'État⁽¹⁾

MARC VERDUSSEN

Professeur ordinaire à l'Université catholique de Louvain

Avocat

Pour les raisons les plus diverses, les signataires des lignes qui suivent sont redevables, à leur dédicataire, de précieux repères. Des repères de vie, dans certains cas. Mais aussi des repères juridiques, issus de travaux qui ont fortement inspiré une génération entière de juristes, à laquelle nous appartenons. Au cœur de nombre des écrits de Benoît, figure entre autres une interrogation récurrente sur les voies de l'effectivité des droits fondamentaux et, singulièrement, du droit à l'environnement sain. Comment

(1) L'auteur s'exprime en son nom personnel et n'engage pas l'Institution à laquelle il appartient.

pourra-t-on faire de l'article 23 de la Constitution autre chose qu'un programme politique, à savoir un réservoir de garanties juridiques concrètes exigibles devant un juge national(2) ? Comment faire en sorte, par ailleurs, d'ouvrir le plus largement possible les portes du prétoire de ce juge(3), conformément à ce qu'exige la Convention d'Aarhus ?

Le Protocole additionnel n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme (C.E.D.H.) a lui aussi en ligne de mire l'effectivité des droits et libertés conventionnels, et s'efforce à cet effet de donner corps au principe de subsidiarité qui gouverne la surveillance de leur respect : le juge national est le premier juge de la C.E.D.H., la première ligne de son effectivité. L'idée est féconde, et, au vu de ses premières actualisations, porteuse d'un espoir certain (I). Plongée dans le labyrinthe de la réalité institutionnelle belge, elle n'en affronte pas moins un certain nombre d'écueils. Les premiers tiennent à la répartition des compétences entre la collectivité fédérale, les communautés et les régions : faut-il, et avec quelles conséquences, qualifier le Protocole n° 16 de *traité mixte* (II) ? Les secondes difficultés tiennent également à un partage de responsabilités, mais cette fois-ci entre juridictions suprêmes : comment agencer, *de lege lata* et *de lege ferenda*, les demandes d'avis consultatifs fondés sur le Protocole n° 16 dans la subtile réglementation du *concours des droits fondamentaux* mise en place par la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle (LSCC) (III) ? Une fois sorti des méandres du labyrinthe belge, surgira encore une difficulté, liée à l'un des maux qui frappent notre Royaume comme d'autres États : le mécanisme du Protocole n° 16 ne va-t-il pas aggraver

(2) B. JADOT, « La Cour d'arbitrage ne cache plus l'obligation de standstill résultant de l'article 23 de la Constitution », *Amén.-Env.*, 2007, pp. 10-12 ; B. JADOT, « Pour une meilleure prise en compte de l'environnement et des enjeux environnementaux dans la Constitution », *En hommage à Francis Delpérée – Itinéraires d'un constitutionnaliste*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 659-671 ; M. PÂQUES et B. JADOT, « Diversité des dispositions qui font de l'environnement l'objet d'un droit fondamental », *Amén.-Env.*, 2008, numéro spécial, pp. 201-248 ; I. HACHEZ et B. JADOT, « Environnement, développement durable et standstill : vrais ou faux amis ? », *Amén.-Env.*, 2009, pp. 5-25.

(3) B. JADOT, « Les associations de protection de l'environnement devant le Conseil d'État : une espèce en voie de disparition ? », *J.T.*, 2005, pp. 120-122 ; C. LARSEN et B. JADOT, « L'accès à la justice en matière d'environnement au regard de la convention d'Aarhus », in C. LARSEN et M. PALLEMAERTS (coord.), *L'accès à la justice en matière d'environnement*, Actes du colloque organisé le 12 mars 2003 à Bruxelles par l'Association belge pour le droit de l'environnement, Bruxelles, Bruylant, 2005, pp. 195-261 ; B. JADOT, « Protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration et droit d'accès à la justice en matière d'environnement. L'incidence de la convention d'Aarhus et des textes de droit communautaire pris dans sa foulée », in H. DUMONT, P. JADOUL et S. VAN DROOGHENBROECK (coord.), *La protection juridictionnelle du citoyen face à l'administration*, Actes de la journée d'études organisée par le Département des recyclages en droit et le Centre interdisciplinaire de recherches en droit constitutionnel des Facultés universitaires Saint-Louis le vendredi 29 septembre 2006, Bruxelles, la Charte, 2005, pp. 405-484.

d'avantage encore l'arriéré judiciaire au préjudice d'une effectivité des droits qu'il est pourtant – et paradoxalement – censé servir (IV) ?

I. RETOUR SUR LE PROTOCOLE N° 16

Après de longues années d'âpres discussions et de tergiversations⁽⁴⁾, l'extension de la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme en vue de lui permettre de rendre des avis consultatifs a connu un tournant décisif au terme de la Conférence de Brighton (19-20 avril 2012), dont la Déclaration finale invite le Conseil des ministres à rédiger le texte d'un protocole facultatif à cet effet⁽⁵⁾.

À cette époque, l'office strasbourgeois est marqué par l'engorgement de son prétoire mais, aussi, par une défiance de plus en plus marquée de certains États parties à l'égard de sa juridiction⁽⁶⁾. Des conférences de haut

(4) Initialement, la proposition est concrétisée dans un Rapport du Groupe des sages au Comité des ministres du 15 novembre 2006. Lors du troisième Sommet des chefs d'État et de gouvernement des États membres du Conseil de l'Europe à Varsovie les 16 et 17 mai 2005, un Groupe des sages a été constitué « pour examiner la question de l'efficacité à long terme du mécanisme de contrôle de la CEDH, y compris les effets initiaux du Protocole n° 14 et les autres décisions prises en mai 2004 » et pour « présenter, dès que possible, des propositions allant au-delà de ces mesures, tout en conservant la philosophie de base qui sous-tend la Convention ». Ce Plan d'action est à l'origine de la réflexion de l'extension des compétences consultatives de la Cour. Voy., pour un historique du Protocole n° 16, le rapport explicatif au Protocole n° 16, §§ 1^{er} à 6 (disponible en ligne à l'adresse https://www.echr.coe.int/documents/protocol_16_explanatory_report_fra.pdf). Voy., parmi d'autres, Fr. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et la Déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir », *C.D.E.*, 2012, pp. 305-343 ; L.-A. SICILIANOS, « Le dialogue des juges nationaux et européens : la nouvelle fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les limites du droit international – Essai en l'honneur de Joe Verhoeven / The limits of international law – Essays in honour of Joe Verhoeven*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 501-502 ; L.-A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. D.H.*, 2014/97, pp. 9-29 ; Fr. KRENC, « "Dire le droit", "rendre la justice". Quelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *Rev. trim. D.H.*, 2018/114, pp. 311-346 ; F. ELENS-PASSOS, « À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *Libertés, (l)égalité, humanité – Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 221-236 ; Fr. SUDRE, « Du Protocole n° 11 au Protocole n° 16, un système en quête de sens », in L. ROBERT et H. SURREL (dir.), *Quel avenir pour le système européen de protection des droits de l'homme ?*, Limal, Anthemis, 2020, pp. 11-42 ; M. DE SALVIA, « La révolution annoncée des Protocoles n° 11, 14, 15 et 16 ou la métamorphose judiciaire espérée », *Rev. trim. D.H.*, 2020/121, pp. 107-120.

(5) Déclaration finale de Brighton (disponible en ligne à l'adresse https://www.echr.coe.int/Documents/2012_Brighton_FinalDeclaration_FRA.pdf). À la veille de la Conférence de Brighton, la Cour européenne des droits de l'homme a d'ailleurs elle-même soumis aux États parties un document de réflexion du 20 février 2012 sur cette proposition et un avis de la Cour plénière du 6 mai 2013 : Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour (disponible en ligne à l'adresse https://echr.coe.int/Documents/Courts_advisory_jurisdiction_FRA.pdf).

(6) C. GAUTHIER, « L'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre espérances et questionnements... », *Rev. trim. D.H.*, 2019/117, p. 45 ; voy. égal. Fr. KRENC, « L'acceptabilité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme par les États parties : un "défi permanent" », *Rev. trim. D.H.*, 2020/121, pp. 217-253.

niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme sont organisées à Interlaken les 18-19 février 2010 et à Izmir les 26-27 avril 2011, où le Comité directeur pour les droits de l'homme est notamment chargé d'élaborer des propositions spécifiques de mesures nécessitant des amendements à la C.E.D.H., réformant le fonctionnement et les compétences de la Cour. La Conférence de Brighton permet finalement de donner le coup d'envoi au processus d'élaboration des Protocoles additionnels n^{os} 15(7) et 16 qui, pour reprendre l'expression de Frédéric Krenc, « constituent l'amorce d'une reconfiguration tangible de l'office de la Cour »(8).

Renommé *Protocole du dialogue*(9) par l'ancien président de la Cour, Dean Spielmann, le Protocole n^o 16 ouvre un mécanisme optionnel aux États parties à la C.E.D.H. qui permet aux plus hautes juridictions des États qui le ratifient d'adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur « des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »(10).

À l'instar du Protocole n^o 15 qui le consacre explicitement, le Protocole n^o 16 est imprégné, de part en part, par le principe de subsidiarité(11) : le renforcement du dialogue entre le juge strasbourgeois et le juge national est conçu dans le respect de ce principe, mais aussi et surtout pour le servir(12). Dans cette perspective, et à l'occasion de son premier avis consultatif, la Cour n'a pas manqué de saisir l'opportunité de rappeler que son rôle « n'est pas de statuer contradictoirement sur des

(7) Pour sa part, le Protocole n^o 15 fait référence au principe de subsidiarité et à la doctrine de la marge d'appréciation et ramène à quatre mois le délai dans lequel la Cour peut être saisie après une décision nationale définitive.

(8) Fr. KRENC, « “Dire le droit”, “rendre la justice”. Quelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 325.

(9) Voy. not. le discours de M. Dean Spielmann, président de la Cour européenne des droits de l'homme, à l'occasion de l'audience solennelle d'ouverture de l'année judiciaire, 31 janvier 2014. Le juge Linos-Alexandre Sicilianos, quant à lui, qualifie l'élargissement de la compétence de la Cour comme un passage d'une « relation d'autorité » à une « relation de dialogue » (L.-A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n^o 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 12-13).

(10) Fr. KRENC, « Quelques notes dubitatives sur le Protocole n^o 16 à la Convention européenne des droits de l'homme – Pour un dépassement du dialogue des juges », *Annuaire international des droits de l'homme*, vol. IX, Athènes, Sakkoulas, 2017, pp. 411-423 ; L.-A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n^o 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 28.

(11) C. GAUTHIER, « L'entrée en vigueur du Protocole n^o 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre espérances et questionnements... », *op. cit.*, p. 44.

(12) F. BENOÎT-ROHMER, « Le Protocole 16 ou le renouveau de la fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'Homme », *Les défis liés à l'entrée en vigueur du Protocole n^o 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme*, Actes de la Journée d'étude de l'Institut de recherche Carré de Malberg, 25 janvier 2019, p. 6.

requêtes contentieuses par un arrêt ayant force obligatoire mais, dans un délai aussi rapide que possible, de fournir à la juridiction qui a procédé à la demande une orientation lui permettant de garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance » (13). Il est donc d'emblée annoncé que les avis consultatifs sont censés offrir une assistance aux juridictions nationales de manière à prévenir les violations futures, et à faciliter la bonne interprétation de la C.E.D.H. dans les ordres juridiques nationaux (14). L'objectif poursuivi par l'adoption du Protocole n° 16 – et systématiquement mis en avant dès les premières lignes de sa présentation – est donc de renforcer l'interaction entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales et de consolider la mise en œuvre de la C.E.D.H. (15).

Ainsi que signalé ci-dessus, les demandes d'avis consultatifs devront porter sur « des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ». La compétence échoit à la Grande Chambre. Un filtrage est cependant organisé. En effet, symétriquement à la procédure prévue pour les renvois d'une affaire contentieuse en Grande Chambre (art. 43, § 2, C.E.D.H.), le Protocole n° 16 prévoit qu'un collège de cinq juges se prononcera préalablement sur l'acceptation de la demande d'avis consultatif (16). C'est à ce dernier qu'il incombera donc, en premier lieu, de déterminer ce qu'est une « question de principe ». Contrairement à ce qui est prévu à propos du renvoi, le collège devra motiver son refus de l'examen d'une demande d'avis consultatif (17). Ainsi que le souligne Florence Benoît-Rohmer, « la

(13) Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention C.E.D.H. [Gde Ch.], 10 avril 2019, demande n° P16-2018-001), § 34.

(14) S. O'LEARY et T. EICKE, « Réflexions sur le Protocole n° 16, Exposé à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire », 19 janvier 2019 p. 4, disponible en ligne à l'adresse https://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20190125_O_Leary_Eicke_JY_FRA.pdf.

(15) Préambule du Protocole n° 16 ; L.-A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 12-13.

(16) Il est intéressant de noter que les termes choisis sont « acceptation » et non « recevabilité », montrant le pouvoir d'appréciation discrétionnaire qui revient à la Cour. L'article 93 du Règlement intérieur précise que parmi les cinq juges composant le collège figurent le président de la Cour ainsi que deux présidents de section désignés par rotation (C. GAUTHIER, « L'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre espérances et questionnements... », *op. cit.*, p. 58).

(17) On ne manquera pas de relever que, par son deuxième avis rendu le 29 mai 2020, la Cour a néanmoins souligné « qu'elle n'est pas liée par la décision de recevabilité » du collège (cette hypothèse se limite aux questions qui auront été acceptées préalablement par ce collège et qui, suite à cette acceptation, sont soumises à la Grande Chambre ; autrement, la Grande Chambre ne sera pas saisie). Voy. G. GALUSTIAN, « Le Protocole n° 16 mobilisé par la Cour constitutionnelle arménienne ou la Cour européenne des droits de l'homme au cœur d'une affaire politique (obs. sous C.E.D.H. [Gde Ch.], avis consultatif n° 2, 29 mai

tâche du comité de filtrage sera particulièrement délicate et se ramènera à un exercice d'équilibriste car il faudra qu'il évite de froisser la susceptibilité nationale. Un filtrage trop strict pourrait conduire à dissuader les juridictions suprêmes de saisir la Cour alors qu'un contrôle trop souple pourrait conduire à un encombrement du prétoire de la Cour que cette réforme a précisément pour objet d'éviter » (18).

Les Hautes Parties du Conseil de l'Europe qui ont ratifié le Protocole n° 16 doivent désigner lesquelles parmi « les plus hautes juridictions » de son État sont habilitées à adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs (19). Cette désignation limitative des juridictions rejoint en partie la traditionnelle condition de la saisine de la Cour, à savoir l'épuisement des voies de recours interne consacré à l'article 35, § 1^{er}, de la C.E.D.H. (20). Mais il s'agit surtout de refléter « le niveau auquel il serait approprié que le dialogue se tienne » (21), à savoir un dialogue de nature « constitutionnelle ». Françoise Tulkens constate à juste titre que l'effectivité de cette nouvelle procédure « dépendra donc entièrement de la culture qui prévaudra dans ces *hautes juridictions* par rapport aux droits de la Convention européenne et à la confiance que la Cour leur inspire » (22).

2020) », *Rev. trim. D.H.*, 2021/125, p. 123. L'obligation de motivation paraît selon le juge Linos-Alexandre Sicilianos « nécessaire pour faire clairement comprendre les raisons d'un éventuel refus mais aussi pour éviter des malentendus dans les relations entre la Cour européenne et les plus hautes juridictions nationales » (L.-A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 21) ; par contre, la Cour a indiqué en 2013 que la « motivation [de refus] ne sera[it] normalement pas [...] détaillée » (Cour européenne des droits de l'homme, Avis de la Cour sur le projet de Protocole n° 16 à la Convention élargissant la compétence de la Cour afin de lui permettre de rendre des avis consultatifs sur l'interprétation de la Convention, § 9, disponible en ligne à l'adresse http://www.echr.coe.int/Documents/2013_Protocol_16_Court_Opinion_ENG.pdf) ; S. O'LEARY et T. EICKE, « Réflexions sur le Protocole n° 16, Exposé à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire », *op. cit.*, p. 7.

(18) F. BENOÎT-ROHMER, « Le Protocole 16 ou le renouveau de la fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 7.

(19) Les termes utilisés permettent d'inclure des juridictions qui, bien qu'inférieures à une Cour constitutionnelle ou autre cour suprême dans un ordre juridique national, sont néanmoins d'une importance particulière, car elles sont « les plus hautes juridictions pour certaines catégories d'affaires ». Voy. à ce propos le rapport explicatif au Protocole n° 16, § 8 ; E. PENNINGCKX et C. DUBOIS, *La procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Kluwer, 2016, p. 438.

(20) Rapport explicatif sur le Protocole n° 16, commentaire de l'article 1^{er} ; L.-A. SICILIANOS, « Le dialogue des juges nationaux et européens : la nouvelle fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 506 ; L.-A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 16.

(21) Rapport explicatif sur le Protocole n° 16, commentaire de l'article 1^{er}.

(22) FR. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et les avis consultatifs », *C.D.E.*, 2018, p. 655.

Enfonçant une porte ouverte, l'article 5 du Protocole n° 16 précise que « les avis consultatifs ne sont pas contraignants » (23).

On ne s'aventurera pas davantage dans la description concrète, et le cas échéant critique, du mécanisme ainsi très brièvement résumé : d'autres l'ont fait avant nous (24). L'on se bornera ici à faire un bref bilan de ses toutes premières années de fonctionnement.

Le Protocole n° 16 a été ouvert à la signature le 2 octobre 2013, mais n'est entré en vigueur que le 1^{er} août 2018 après le dépôt du dixième instrument de ratification, en l'occurrence par la France (25). Il aura donc fallu attendre presque cinq ans pour que la nouvelle compétence de la Cour ne reste pas lettre morte.

La France a ouvert le bal en introduisant, la première, par le biais de sa Cour de cassation, une demande d'avis le 16 octobre 2018, seulement six mois après sa ratification du Protocole. Cette première demande concernait des questions relatives à la gestation pour autrui. Elle portait plus précisément sur la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention. Acceptée par le collège de cinq juges le 3 décembre 2018, elle a donné lieu à un avis rendu par la Cour le 10 avril 2019, soit seulement six mois après la date de soumission de l'avis (26). La deuxième demande a été adressée par la Cour constitutionnelle arménienne en septembre 2019, dans un contexte politique brûlant propre à l'Arménie, à propos de la compatibilité, avec les exigences de la C.E.D.H., de l'utilisation de la technique de *légalisation par référence* pour la définition des éléments constitutifs

(23) Le rapport explicatif précise que « le fait que la Cour ait rendu un avis consultatif sur une question soulevée dans le contexte d'une affaire pendante devant une juridiction d'une Haute Partie contractante n'empêche pas une partie à cette affaire d'exercer, par la suite, son droit de recours individuel en vertu de l'article 34 de la Convention. Cela signifie qu'elle peut toujours porter l'affaire devant la Cour. Néanmoins, lorsqu'une requête est déposée à la suite d'une procédure dans le cadre de laquelle un avis consultatif de la Cour a effectivement été suivi, il est escompté que les éléments de la requête ayant trait aux questions traitées dans l'avis consultatif soient déclarés irrecevables ou rayés du rôle ».

(24) Voy., outre les références citées ci-avant, K. LEMMENS, « Protocol No 16 to the ECHR: Managing Backlog through Complex Judicial Dialogue? », *EuConst*, 2019, vol. 15/4, pp. 691-713. On consultera également les Guidelines on the implementation of the advisory-opinion procedure introduced by Protocol No 16 to the Convention (as approved by the Plenary Court on 18 September 2017) (disponible en ligne à l'adresse https://www.echr.coe.int/Documents/Guidelines_P16_ENG.pdf).

(25) À ce jour, seize États ont signé et ratifié le Protocole n° 16 (dans l'ordre des ratifications) : Saint-Marin, la Slovaquie, la Géorgie, l'Albanie, la Lituanie, la Finlande, l'Arménie, l'Estonie, l'Ukraine, la France (10^e État qui ratifie, emportant l'entrée en vigueur du Protocole), les Pays-Bas, la Grèce, Andorre, la République slovaque, Luxembourg et la Bosnie-Herzégovine.

(26) Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention C.E.D.H. [Gde Ch.], 10 avril 2019, demande n° P16-2018-001).

d'une infraction pénale(27). La Cour a alors rendu son deuxième avis le 29 mai 2020, soit huit mois après la date de soumission de l'avis. Ces deux premiers avis ont été rendus par la Cour à l'unanimité(28).

Depuis lors, la Cour suprême de la République slovaque a saisi la Cour de Strasbourg en novembre 2020 d'une demande concernant l'indépendance de son mécanisme interne d'examen des plaintes contre la police. Par une décision du 14 décembre 2020, le collège de cinq juges n'a pas accepté cette demande d'avis consultatif, estimant que les points soulevés dans la demande ne portaient pas sur une question pour laquelle la juridiction demanderesse aurait besoin d'une orientation donnée au moyen d'un avis consultatif de manière à lui permettre de garantir le respect des droits de la C.E.D.H. lorsqu'elle jugera le litige en instance(29). Il s'agit du premier refus motivé. Entretemps, une quatrième demande avait été adressée à la Cour le 5 novembre 2020 par la Cour administrative suprême de Lituanie au sujet de sa législation relative à l'*impeachment*, en cause dans une affaire pendante devant elle. Le collège de cinq juges a accepté la demande et celle-ci est en cours de traitement devant la Grande Chambre au jour où les présentes lignes sont écrites(30). Ce premier bilan permet de pressentir que le rythme des demandes d'avis consultatifs s'accélère doucement et que le processus n'a connu que ses premiers pas (30bis).

(27) Avis consultatif relatif à l'utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée, demandé par la Cour constitutionnelle arménienne C.E.D.H. [Gde Ch.], 29 mai 2020, demande n° P16-2019-001) ; Fr. KRENC, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} janvier-30 juin 2020) », *J.T.*, 2020/35, p. 716.

(28) L'article 4, § 2, du Protocole n° 16 prévoit que « si l'avis consultatif n'exprime pas, en tout ou en partie, l'opinion unanime des juges, tout juge a le droit d'y joindre l'exposé de son opinion séparée ». David Szymczak se pose la question de la *force* d'un avis rendu à une courte majorité ou qui serait assorti de plusieurs opinions dissidentes convaincantes. Peut-on déceler dans ces deux premiers avis rendus à l'unanimité une certaine volonté de la Cour de fournir des actes clairs et, dans la foulée, peut-on effectivement penser « que les juges de Strasbourg auront présent à l'esprit les spécificités de la procédure consultative et n'auront recours au *dissenting* qu'en dernière extrémité, c'est-à-dire dans les hypothèses où il serait impossible de trouver un "consensus" satisfaisant entre les membres de la formation consultative » ? (D. SZYMCAK, « Répondre et rassurer » : quelques enseignements à propos du premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme (obs. sous C.E.D.H. [Gde Ch.], 10 avril 2019, avis consultatif relatif à la gestation pour autrui) », *Rev. trim. D.H.*, 2019/120, p. 973). Voy. égal. D. LUDET, « L'interaction judiciaire ou l'institutionnalisation du dialogue avec le Protocole n° 16 (analyse de la première saisine par la Cour de cassation de France) », *Rev. trim. D.H.*, 2020/121, pp. 194-195 ; Fr. KRENC, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} janvier-30 juin 2019) », *J.T.*, 2019/39, p. 802.

(29) Décision relative à une demande d'avis consultatif formée en vertu du Protocole n° 16 concernant l'interprétation des articles 2, 3 et 6 de la C.E.D.H. Demande formée par la Cour suprême de la République slovaque (C.E.D.H., 14 décembre 2020, demande n° P16-2020-001, § 23).

(30) Le numéro P16-2020-002 a été attribué à la demande.

(30bis) Ont également été acceptées, et sont à l'heure actuelle à l'instruction devant le Grande Chambre : une demande d'avis consultatif de la Cour de cassation arménienne (no P16-2021-001), et une demande d'avis consultatif du conseil d'État français (P16-2021-002).

Le tempo que s'est imposé la Cour dans le délai de traitement de ces premiers avis, six mois pour l'une, huit mois pour l'autre, rencontre l'idée partagée en doctrine qu'elle souhaite « envoyer un message rassurant aux hautes juridictions nationales : à supposer que ces dernières formulent une demande d'avis, la Cour fera en sorte de répondre promptement et les procédures internes qui en sont à l'origine ne seront pas trop longtemps suspendues »(31). Comme David Szymczak, on se demande néanmoins si elle sera en mesure de maintenir ce rythme à l'avenir si les demandes d'avis formées devant elle se multiplient(32).

Au-delà de ces données de fait, quelques tendances se dessinent en termes de *politique jurisprudentielle*. Ainsi que le prévoit l'article 1^{er}, alinéa 2, du Protocole, la faculté de solliciter un avis consultatif est ouverte uniquement dans le cadre d'une affaire pendante devant une juridiction nationale désignée(33). Plus encore : il ne suffit pas que le juge national interroge la Cour dans le contexte d'une affaire pendante devant lui, il faut en outre éviter que la Cour soit amenée à effectuer un contrôle abstrait de la compatibilité d'une législation nationale avec la C.E.D.H. et, plutôt, chercher à l'interroger à propos d'une norme en tant que celle-ci est appliquée concrètement dans le litige qui est en cause devant le juge national(34). Cette condition a déjà connu ses premières retombées concrètes. Dans son premier avis, la Cour a souligné qu'elle ne rendrait son avis que sur les « points qui ont un lien direct avec le litige en instance au plan interne ». À l'occasion de son deuxième avis, sur les quatre questions posées par la Cour constitutionnelle arménienne, la Cour a décidé d'écarter les deux premières de son examen, en raison de leur caractère général et théorique(35). Elle conclut qu'elle ne

(31) D. SZYMCAK, « “Répondre et rassurer” : quelques enseignements à propos du premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme (obs. sous C.E.D.H. [Gde Ch.], 10 avril 2019, avis consultatif relatif à la gestation pour autrui) », *op. cit.*, p. 968. Frédéric Krenc écrit que ce délai relativement court « renforce l'efficacité et la crédibilité du mécanisme » (Fr. KRENC, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} janvier-30 juin 2019) », *J.T.*, 2019/39, p. 802).

(32) D. SZYMCAK, *ibid.*, p. 968. Voy. égal. Fr. KRENC, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} janvier-30 juin 2019) », *ibid.*, p. 802.

(33) On peut lire dans le Rapport explicatif du Protocole n° 16 que « la procédure n'est pas destinée, par exemple, à permettre un examen théorique de la législation qui n'a pas à être appliquée dans l'affaire pendante » ; mais, comme le précise le juge Linos-Alexandre Sicilianos, « rien n'empêche que les questions de principe ou d'intérêt général sur lesquelles la Cour pourrait être amenée à se prononcer par voie consultative soulèvent des problèmes relatifs à la compatibilité avec la Convention d'une loi, d'une autre règle juridique ou d'une interprétation jurisprudentielle d'un texte législatif » (L.-A. SICILIANOS, « Le dialogue des juges nationaux et européens : la nouvelle fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 508).

(34) Fr. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et les avis consultatifs », *op. cit.*, p. 655 ; E. PENNINGCKX et C. DUBOIS, *La procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 439.

(35) La Cour a d'ailleurs ajouté que ces questions « ne peuvent être reformulées de manière à lui permettre d'exercer sa fonction consultative de manière effective et en conformité avec son but » (Avis consultatif relatif à l'utilisation de la technique de *législation par référence* pour la définition d'une infraction et aux

peut discerner le lien entre celles-ci et la procédure contentieuse interne en cours. Cette condition fut encore appliquée, cette fois-ci par le collège de cinq juges dans sa décision précitée du 14 décembre 2020. Il estima, en l'occurrence, que « rien dans le déroulement dans la procédure pénale interne en question ni dans les arguments des parties, tels qu'exposés dans la demande, n'indique que l'accusé ou une quelconque autre personne ait invoqué les droits tirés des articles 2 et 3. Dès lors, pour autant qu'elle porte sur l'interprétation de ces deux articles, la demande n'apparaît pas se rapporter à des points ayant un lien direct avec le litige en instance au plan interne, pour les besoins de l'article 1^{er}, §§ 1 et 2, du Protocole n° 16 »⁽³⁶⁾. C'est donc pour ce motif exclusivement que la troisième demande d'avis soumise à la Cour fut finalement rejetée.

Si la Cour de Strasbourg tient à ce que ses avis se rapportent à des questions qui ont un lien direct et nécessaire avec le litige national, il n'en demeure pas moins que sa volonté est de rédiger ses avis de manière à pouvoir en généraliser la portée, d'« objectiviser » sa réponse pour faire en sorte qu'elle soit susceptible d'éclairer les autres États parties (y compris ceux n'ayant pas encore ratifié le Protocole n° 16) »⁽³⁷⁾. À ce propos, le rapport explicatif du Protocole n° 16 indique que « les avis doivent pouvoir s'insérer dans la jurisprudence de la Cour aux côtés de ses arrêts et décisions et permettre une interprétation objective des normes minimales fixées par les droits garantis par la Convention. Ils doivent par conséquent garantir une protection effective des droits de l'homme dans tous les États contractants pour les systèmes juridiques de l'ensemble des Parties contractantes »⁽³⁸⁾.

Par conséquent, même si la Belgique n'a pas – pas encore ? – ratifié le Protocole n° 16, le processus consultatif peut d'ores et déjà présenter un

critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée, demandé par la Cour constitutionnelle arménienne C.E.D.H. [Gde Ch.], 29 mai 2020, demande n° P16-2019-001], §§ 52-56 ; G. GALUSTIAN, « Le Protocole n° 16 mobilisé par la Cour constitutionnelle arménienne ou la Cour européenne des droits de l'homme au cœur d'une affaire politique (obs. sous C.E.D.H. [Gde Ch.], avis consultatif n° 2, 29 mai 2020) », *op. cit.*, p. 122).

(36) Décision relative à une demande d'avis consultatif formée en vertu du Protocole n° 16 concernant l'interprétation des articles 2, 3 et 6 de la C.E.D.H. Demande formée par la Cour suprême de la République slovaque (C.E.D.H., 14 décembre 2020, demande n° P16-2020-001, § 19).

(37) D. SZYMCAK, « “Répondre et rassurer” : quelques enseignements à propos du premier avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme (obs. sous C.E.D.H. [Gde Ch.], 10 avril 2019, avis consultatif relatif à la gestation pour autrui) », *op. cit.*, pp. 976-977. Selon l'auteur, la Cour européenne « reformule les questions posées par la Cour de cassation, pour que ses réponses soient opérationnelles non seulement pour cette dernière, mais aussi pour d'autres juridictions internes ».

(38) Rapport explicatif du Protocole n° 16, § 27. Voy. en ce sens, F. BENOÎT-ROHMER, « Le Protocole 16 ou le renouveau de la fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'Homme », *op. cit.*, p. 4.

intérêt certain vis-à-vis de notre ordre juridique. En effet, même si un État n'est pas partie au mécanisme et ne peut, par le biais de ses juridictions, saisir Strasbourg d'une demande d'avis, un juge interne – mais aussi tout autre organe national – peut d'évidence tirer profit des avis déjà donnés dans la mesure où ceux-ci constituent et constitueront au fil des saisines une source d'interprétation authentique de la C.E.D.H. Ainsi, de manière tout à fait similaire à l'autorité reconnue aux arrêts, mais également aux décisions du prétoire strasbourgeois – qui pourtant ne sont pas assorties de l'autorité de la chose jugée –, les avis consultatifs sont eux aussi pourvus d'une autorité de la chose interprétée et ont pour vocation de produire des effets bien au-delà de la cause concernée(39). Ces avis intègrent la jurisprudence de la Cour et, fort probablement, seront considérés comme comparables aux arrêts de principe de la Cour(40). Frédéric Krenc relève d'ailleurs « qu'en raison de son autorité naturelle, l'avis ne pourrait être ignoré par les autorités et juridictions des autres États parties »(41).

Dès lors, lorsqu'un avis est rendu, les États qui n'ont pas signé et ratifié le Protocole pourront néanmoins bien mettre en œuvre leur part de la « responsabilité conjointe »(42) de la protection effective des droits garantis par la Convention et en tirer toutes les conséquences utiles en termes de protection des droits fondamentaux à l'égard des personnes relevant de leur juridiction.

(39) Fr. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et les avis consultatifs », *op. cit.*, p. 656 ; Fr. SUDRE, « Ratification de la France et entrée en vigueur du Protocole n° 16. Une embellie pour la Convention européenne des droits de l'homme ? », *J.C.P.*, éd. G., n° 17, 2018, p. 803 ; C. GAUTHIER, « L'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre espérances et questionnements... », *op. cit.*, p. 50 ; Fr. KRENC, « L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, Bruxelles, Larcier, 2014, pp. 311 et s. ; Fr. KRENC, « "Dire le droit", "rendre la justice". Quelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *op. cit.*, p. 319 ; L.-A. SICILIANOS, « Le dialogue des juges nationaux et européens : la nouvelle fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 516 ; L.-A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme. À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 28.

(40) Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour, §§ 42-44 ; E. PENNINGCKX et C. DUBOIS, *La procédure devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 442 ; les deux premiers avis rendus par la Cour sont classés *Key Case* sur le moteur de recherche HUDOC.

(41) Fr. KRENC, « Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (1^{er} janvier-30 juin 2019) », *J.T.*, 2019/39, p. 803. Le juge Linos-Alexandre Sicilianos expose que les juridictions nationales pourront se saisir d'un avis comme étant une « base solide quant à l'interprétation de la Convention » (L.-A. SICILIANOS, « Le dialogue des juges nationaux et européens : la nouvelle fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 504 ; Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour, §§ 6 et 8).

(42) L.-A. SICILIANOS, « Le dialogue des juges nationaux et européens : la nouvelle fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », *ibid.*, p. 503.

Au demeurant, la section de législation du Conseil d'État n'a pas manqué de se saisir de cette *autorité naturelle* qui découle de ces avis consultatifs, à l'occasion de son examen de deux projets d'arrêtés concernant des mesures qui sanctionnent pénalement le non-respect de mesures préventives prises dans le cadre de la crise sanitaire (obligations d'isolement, de quarantaine, de dépistage). En l'occurrence, la Rue de la Science a tiré des enseignements utiles de l'avis consultatif strasbourgeois à propos de la technique de législation par référence en matière pénale⁽⁴³⁾.

Autre exemple : dans un arrêt du 30 juillet 2020, la Cour d'appel de Liège a elle aussi saisi l'opportunité de se référer au premier avis rendu par la Cour européenne en matière de gestation pour autrui⁽⁴⁴⁾.

On aperçoit donc que le Protocole n° 16 a, d'une certaine manière, d'ores et déjà fait son entrée par les « fenêtres » de l'ordre juridique belge. Reste à voir quand la porte lui en sera ouverte. Le Royaume a en effet signé le Protocole n° 16 le 8 novembre 2018, mais, à ce jour, ne l'a pas encore ratifié. Les lignes qui suivent s'emploient à identifier les cailloux, réels ou supposés, qui encombrant la chaussure.

II. PROTOCOLE N° 16, UN TRAITÉ MIXTE ?

In foro interno, in foro externo⁽⁴⁵⁾. Ainsi qu'en atteste l'article 167 de la Constitution, le fédéralisme belge a fait sien le strict parallélisme des compétences internes et internationales des différents partenaires de la Fédération.

L'idée est simple, mais son application concrète demeure parfois encore délicate, tant il est vrai que l'architecture et l'appareil conceptuel des traités ne correspondent que peu ou prou aux catégories juridiques *en dentelle* dans lesquelles s'exprime le droit belge de la répartition des compétences. Sur le terrain des engagements internationaux relatifs aux droits humains et des systèmes de surveillance qu'ils mettent en place,

(43) Avis n° 68.188/4 donné le 27 octobre 2020 sur un projet d'arrêté du gouvernement wallon « portant exécution de l'article 47/15bis du Code wallon de l'action sociale et de la santé » et avis n° 69.069/4 donné le 25 mars 2021 sur un projet d'arrêté du gouvernement wallon « portant exécution de l'article 47/15bis du Code wallon de l'Action sociale et de la Santé ».

(44) Liège, 30 juillet 2020, n° 2019/FU/55.

(45) Voy. J. VELAERS, « *"In foro interno et in foro externo"*: de internationale bevoegdheden van gemeenschappen en gewesten », in F. JUDO et G. GEUDENS (dir.), *Internationale betrekkingen en federalisme*, Staatsrechtconferentie 2005 Vlaamse Juristenvereniging, Bruxelles, Larcier, 2006, pp. 3 et s.

l'embarras et la difficulté laissent même place à une opposition, jusqu'à présent non résolue, entre les points de vue respectifs de la section de législation du Conseil d'État et des différents exécutifs – fédéral, communautaires ou régionaux – du pays.

La controverse ne porte pas tant sur la *mixité, vel non*, du catalogue proprement dit de droits et libertés⁽⁴⁶⁾ que comporte le traité concerné. En règle générale, la dissémination du besoin de protection desdits droits et libertés dans tous les domaines relevant de la *juridiction* étatique fera de celui-ci un traité *maxi-mixte*, dont la conclusion ne pourra s'envisager que moyennant l'implication de l'ensemble des partenaires de la Fédération, et, singulièrement, qu'à charge d'assentiment préalable par l'ensemble des assemblées législatives de ceux-ci, à l'exception du Sénat⁽⁴⁷⁾.

La controverse survient par contre à propos des engagements qui concernent spécifiquement la mise en place des systèmes institutionnels affectés à la surveillance internationale du respect des droits et libertés concernés, et des modifications qui sont ultérieurement apportées à leur organisation, leur compétence et leur fonctionnement au sens large.

Pour la section de législation du Conseil d'État, ces engagements et modifications sont ni plus ni moins « mixtes » que les catalogues de droits et libertés placés sous le regard du système de surveillance concerné. La circonstance que ledit système serait d'essence juridictionnelle, et que la justice demeure encore très largement une compétence de l'État fédéral⁽⁴⁸⁾, est, à cet égard, sans incidence : l'accessoire (*i.e.*, le système de surveillance international) suit le principal (*i.e.*, les droits et obligations *substantiels* internationalement garantis et souscrits).

(46) Rappelons en effet que, selon une jurisprudence désormais parfaitement constante, les droits de l'homme ne sont pas une « matière en soi » réservée à la compétence du législateur fédéral : sauf disposition contraire de la Constitution ou de la loi spéciale, il appartient à chaque autorité (fédérale, communautaire ou régionale) et à elle seule, de les mettre en œuvre dans ses propres domaines de compétence. Voy., parmi beaucoup d'autres, C.E., avis du 7 décembre 2010, n° 48.892/AG, sur une proposition de loi « visant à créer un Centre de promotion de la diversité linguistique » (déposée par D. DUCARME et crts) (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2010-2011, n° 53-435/2). En doctrine, voy. not. M. VERDUSSEN, « Le principe du parallélisme dans la réglementation des droits fondamentaux », in C. ROMAINVILLE et M. VERDUSSEN (dir.), *Les grands arrêts sur le partage des compétences dans l'État fédéral*, Bruxelles, Larcier, 2019, pp. 51-58.

(47) Voy. les articles 8 à 12 de l'Accord de coopération du 8 mars 1994 entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions « relatif aux modalités de conclusion des traités mixtes ».

(48) Voy. not. C. const., 19 mars 2008, n° 59/2008, B.5.3 : « En vertu des articles 145 et 146 de la Constitution, c'est au législateur fédéral seul qu'il appartient de définir les compétences des juridictions. Le pouvoir de fixer les règles de procédure devant les juridictions appartient à ce dernier en vertu de sa compétence résiduaire » ; C. const., 27 janvier 2011, n° 8/2011, B.8.4 : « [Les articles 146 et 161 de la Constitution] réservent à l'autorité fédérale la compétence d'établir des juridictions administratives, de définir leurs attributions et de fixer les règles de procédure qu'elles doivent respecter ».

Dans un avis 58.676/VR donné le 28 juin 2016(49), les chambres réunies du Conseil d'État avaient affirmé en ce sens que :

« Bien que l'organisation et le fonctionnement des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire et des tribunaux en général relèvent de la compétence interne de l'autorité fédérale et que cette autorité soit dès lors compétente pour la coopération internationale dans ce domaine (par exemple la coopération internationale en matière d'assistance en justice, d'extradition dans le cadre de procédures judiciaires, de coopération concernant l'application des peines et autres), il ne saurait être admis sur cette base que l'autorité fédérale serait exclusivement compétente pour l'organisation et le fonctionnement des tribunaux internationaux ».

Et l'avis d'ajouter que :

« La compétence des communautés et des régions de régler la coopération internationale dans les matières qui relèvent de leurs compétences de par la Constitution ou en vertu de celle-ci, y compris la conclusion de traités(50), inclut la compétence de fixer les mécanismes de respect des obligations prévus dans le cadre de cette coopération internationale ».

Cette ligne de raisonnement est celle qui sous-tend l'ensemble de la *jurisprudence* de la Rue de la Science sur les différents protocoles *institutionnels* portant amendement à la C.E.D.H. (51).

Dans son avis n° 39.457/2 donné le 28 novembre 2005(52), la section de législation concluait en effet au caractère *mixte* du Protocole n° 14. Elle s'en justifiait comme suit :

« En effet, selon son rapport explicatif, le Protocole n 14 vise "à garantir à long terme l'efficacité de la Cour européenne des droits de l'homme". Le rapport précise notamment que : "Dans le cadre de l'exécution des arrêts de la Cour, l'amendement à la Convention le plus important consiste à accorder au Comité des Ministres la possibilité d'introduire une action en manquement devant la Cour contre un État qui refuserait de se conformer à un arrêt" [...].

Dès lors qu'il apparaît que les entités fédérées sont susceptibles d'être concernées par cette nouvelle procédure d'exécution des arrêts de condamnation de la Cour européenne des droits de l'homme [...], le protocole ne porte pas

(49) Avis donné le 28 janvier 2016, n° 58.676/VR, sur un avant-projet devenu la loi du 11 septembre 2016 « portant assentiment au Protocole modifiant le Traité du 31 mars 1965 relatif à l'institution et au statut d'une Cour de Justice Benelux, fait à Luxembourg le 15 octobre 2012 » (*Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 1904/1, pp. 12-20 (disponible en ligne à l'adresse <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/58676.pdf>).

(50) Note de bas de page n° 12 de l'avis cité : art. 167, § 1^{er}, al. 1^{er}, Const.

(51) Le Protocole additionnel n° 11 n'a pas fait l'objet d'observation de la part de la section de législation en termes de compétences (avis 24.774/2).

(52) Avis donné le 28 novembre 2005, n° 39.457/2, sur un avant-projet de loi « portant assentiment au Protocole n° 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendement le système de contrôle de la Convention, fait à Strasbourg le 13 mai 2004 ».

que sur des matières relevant des compétences de l'autorité fédérale. Conformément à l'article 167, § 4, de la Constitution et à l'article 12 de l'accord de coopération du 8 mars 1994 entre l'État fédéral, les Communautés et les Régions, relatif aux modalités de conclusion des traités mixtes, la ratification par l'État belge ne pourra intervenir que lorsque, outre l'autorité fédérale, les trois communautés, les trois régions, la Commission communautaire commune et la Commission communautaire française auront donné l'assentiment à ce traité ».

Dédié au Protocole n° 15, l'avis n° 60.816/VR du 24 février 2017 (53) était plus explicite encore :

« Il convient de souligner tout d'abord que l'article 1 du Protocole vise à intégrer pour la première fois, dans le texte du préambule de la Convention, le principe de subsidiarité et la doctrine de la marge d'appréciation développée par la Cour eur. D.H. Ce faisant, la marge d'appréciation que l[a] CEDH confère aux différentes autorités fédérales et entités fédérées belges dans l'exercice de leurs compétences respectives est plus amplement définie, de manière horizontale, ce qui requiert par conséquent l'assentiment de chacune de ces autorités. À elle seule, cette disposition donne déjà au Protocole n° 15 un caractère mixte.

Ensuite, les autres modifications comportent un certain nombre de modifications procédurales concernant la procédure à suivre devant la Cour eur. D.H. et le fonctionnement de celle-ci. Comme la section de législation du Conseil d'État l'a déjà observé dans son avis 58.676/VR du 28 juin 2016, les mécanismes de respect et d'exécution d'obligations internationales constituent toutefois les accessoires des compétences matérielles exercées dans le cadre du régime international concerné, de sorte que les communautés et les régions doivent elles aussi porter assentiment à des adaptations du fonctionnement de mécanismes internationaux de respect et d'exécution, en ce compris les juridictions internationales, qui peuvent aussi statuer sur des matières relevant de leurs compétences matérielles [...] ».

C'est donc sans surprise aucune que, dans leur avis 67.896/VR daté du 29 septembre 2020 (54), les chambres réunies de la section de législation, saisies d'un avant-projet de loi portant assentiment à celui-ci, conclurent à la *maxi-mixité* du Protocole n° 16 :

« Il ressort (des avis 58.676/VR et 60.816/VR), et d'autres intervenus à propos de problématiques identiques [...], que la compétence des communautés et des régions de régler la coopération internationale dans les matières qui relèvent

(53) Avis donné le 24 février 2017, n° 60.816/VR, sur un avant-projet de loi « portant assentiment au Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Strasbourg le 24 juin 2013 ».

(54) Avis donné le 29 septembre 2020, n° 67.896/VR, sur un avant-projet de loi « portant assentiment au Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, fait à Strasbourg le 2 octobre 2013 ». L'avis, non publié, est cité avec l'aimable autorisation de M^{me} Isabelle Niedlispacher, du SPF Justice.

de leurs compétences de par la Constitution ou en vertu de celle-ci, y compris la conclusion de traités, inclut la compétence de fixer les mécanismes de respect des obligations prévus dans le cadre de cette coopération internationale, et, par la suite, de consentir à la modification du fonctionnement de ces mécanismes. La circonstance que l'organisation et le fonctionnement des cours et tribunaux de l'ordre judiciaire et des tribunaux en général relèvent de la compétence interne de l'autorité fédérale n'emporte pas que seule l'autorité fédérale serait exclusivement compétente pour la matière de l'organisation et du fonctionnement des tribunaux internationaux qui sont affectés à la surveillance d'obligations internationales qui, à l'instar de la Convention européenne des droits de l'Homme, couvrent des matières qui relèvent tout autant des compétences fédérales, que communautaires et régionales.

Le protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'Homme ouvre une nouvelle voie d'exercice, par la Cour européenne des droits de l'Homme, des missions qui lui sont dévolues par les articles 19 et 32 de la Convention, en termes d'interprétation et d'application de cet instrument [...]. Les demandes d'avis consultatifs qui seront adressées à la Cour sur sa base, par les juridictions belges y habilitées, pourront indifféremment porter sur l'interprétation et l'application de la Convention dans les matières fédérales, communautaires et régionales. Il s'ensuit que ce Protocole n° 16 participe de la conception même d'un mécanisme international visant à faire assurer le respect, par les Communautés et Régions, de leurs obligations internationales, et doit pour cette raison, dans la ligne des principes rappelés par la section de législation dans ses avis n°s 60.816/VR et 58.676/VR précités, être qualifié de traité "mixte" ».

La constance de la jurisprudence du Conseil d'État n'eût cependant d'égale que la ténacité des différents exécutifs – fédéral, communautaires et régionaux – ... à s'en départir.

L'avis 58.676/VR fut ignoré (55). Quant au Protocole n° 14, il a été finalement ratifié comme s'il s'était agi d'un traité non mixte, le gouvernement fédéral laissant entendre, de manière obscure, qu'il ne partageait pas l'avis du Conseil d'État et l'analyse sur laquelle ce dernier se fondait (56). Le raisonnement de l'avis 60.816/VR, relatif au Protocole n° 15, n'a pas davantage convaincu :

(55) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1904/1, p. 10 : « Après l'avis du Conseil de l'État du 26 janvier 2016, le Protocole a été inscrit à l'ordre du jour du Groupe de travail "traités mixtes". Le Groupe de travail "traités mixtes" et la Conférence interministérielle de la politique étrangère ont confirmé le caractère exclusivement fédéral du Protocole ».

(56) *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2005-2006, n° 3-1668/1 : « Le Conseil d'État, section de législation, a rendu son avis sur l'avant-projet de loi d'assentiment le 28 novembre 2005 (avis 39.457/2). Cet avis a trait à l'art. 16 du Protocole remplaçant l'art. 46 de la Convention relatif à la force obligatoire et à l'exécution des arrêts. À cet égard, il y a lieu de préciser que la procédure d'exécution est inchangée. L'État fédéral est en effet l'interlocuteur de la Cour par la personne de son Agent qui associe les autorités fédérales ou fédérées compétentes à la procédure devant la Cour depuis la présentation du mémoire jusqu'à la très exceptionnelle procédure en manquement dont l'État pourrait faire l'objet dans le cadre du refus d'exécution d'un arrêt ».

« (La question du caractère mixte de ce protocole) a été analysée lors de la réunion du 28 juin 2017 du groupe de travail traités mixtes (GTTM) qui a décidé que le Protocole a un caractère exclusivement fédéral au motif qu'il ne comporte pas de dispositions substantielles ou nouvelles qui impliquent un positionnement des parlements des entités fédérées sur des questions déjà acceptées dans leur principe. L'État fédéral est en effet l'interlocuteur de la Cour par la personne de son Agent qui associe les autorités fédérales ou fédérées compétentes à la procédure devant la Cour depuis la présentation du mémoire jusqu'à l'exécution de l'arrêt » (57).

En sa réunion du 18 janvier 2021, et cette fois-ci à propos du Protocole n° 16, le Groupe de travail *traités mixtes* (ci-après : GTTM) (58) confirma – sans réelle surprise – sa ligne *jurisprudentielle* : « Le caractère exclusivement fédéral du protocole est préservé ».

Plusieurs observations méritent d'être faites.

Il apparaît, tout d'abord, que l'approche des différents exécutifs n'est pas des plus cohérentes quant à la *mixité, vel non*, des dispositifs conventionnels qui instituent ou modifient les systèmes internationaux de surveillance des droits humains. Ainsi et par exemple, certains amendements purement techniques du système de surveillance mis en place par la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, ont reçu le traitement de traités *maxi-mixtes*, et, par conséquent, l'assentiment de l'ensemble des assemblées législatives des partenaires de la Fédération (59). La justification des *distinguos* pareillement opérés entre les dossiers *strasbourgeois* et les dossiers *onusiens* n'apparaît pas en toute clarté.

Seconde observation : les conséquences d'une qualification comme traité *mixte* ne sont assurément pas négligeables, et il n'est au demeurant pas exclu que la perspective de devoir les assumer *pèse* sur les délibérations du GTTM lorsqu'il se penche sur cette qualification, pour finalement la rejeter. En l'occurrence, et comme le rappelle l'avis précité n° 67.896/VR à propos du Protocole n° 16, le traité admis comme *maxi-mixte* « ne pourra être ratifié par la Belgique que moyennant l'assentiment préalable de la Chambre des représentants et de l'ensemble des Parlements

(57) *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2017-2018, n° 54-2835/1, p. 5.

(58) Les auteurs remercient M^{me} Isabelle Niedlispacher, du SPF Justice, de leur avoir transmis le procès-verbal de la réunion concernée, et de leur avoir permis d'en faire état.

(59) *Voy. Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 2015-2016, n° 54-1863/1, p. 5, faisant état des conclusions d'une réunion du GTTM du 31 janvier 2013.

des communautés et régions, y inclus les assemblées respectives de la Commission communautaire française et de la Commission communautaire commune ». Au mieux, la perspective est donc celle d'une considérable perte de temps. Ceci nous permet de souligner combien il est regrettable que les grands architectes de la 6^e réforme de l'État n'aient pas davantage envisagé de concentrer auprès du Sénat le rôle d'assentiment aux traités mixtes, plutôt que de le priver totalement de toute prérogative en la matière (60).

Une troisième observation souligne la perspective quasi inexistante que, à le supposer avéré, le manquement aux règles répartitrices de compétence applicables entraîne l'invalidation, par la Cour constitutionnelle, de l'assentiment belge au Protocole n° 16. Un recours en annulation contre la loi d'assentiment de la part de l'un des requérants *institutionnels* visés à l'article 2 de la LSCC est peu envisageable, vu le consensus atteint au sein du GTTM au sujet du caractère *exclusivement fédéral* de ce Protocole. L'on ne voit pas, par ailleurs, quelle personne physique ou morale, au sens de l'article précité, se verrait *hic et nunc* reconnaître l'intérêt suffisant à agir. Enfin, on rappellera que, selon l'article 26, § 1^{er} *bis*, de la LSCC, la Cour constitutionnelle ne pourrait connaître d'une question préjudicielle relative à une loi portant assentiment à un protocole additionnel à la C.E.D.H. *CQFD* : le défaut de *mixité* de la procédure qui aura conduit la Belgique à souscrire au Protocole n° 16, à le supposer *de jure* répréhensible, demeurera *de facto* impuni.

Notre dernière observation, en lien avec la précédente, est un clin d'œil au vieux sage de l'Auditorat que célèbrent ces *Mélanges*. Vu les coups d'épée dans l'eau qu'ont constitué les avis de la section de législation relatifs aux Protocoles n°s 14, 15 et 16, recommanderait-il à celle-ci de persévérer à l'avenir, face à d'éventuels Protocoles n°s 17, 18 ou 19 ?

III. PROTOCOLE N° 16 ET CONCOURS DE DROITS FONDAMENTAUX : UN NOUVEAU *CASUS BELLI* ?

Dans un contexte de pluralisme des sources de droits fondamentaux, le droit belge opère une répartition juridictionnelle du contrôle de la

(60) Voy. H. DUMONT, M. EL BERHOUMI et I. HACHEZ (dir.), *La Sixième Réforme de l'État : l'art de ne pas choisir ou l'art du compromis ?*, Bruxelles, Larcier, 2015, spéc. « Chapitre 9 – Les relations internationales de l'État belge : entre *statu quo* et fausse simplification », pp. 186-189.

conformité des lois – et autres normes législatives – avec ces droits. Le contrôle à l'égard des droits fondamentaux reconnus par la Constitution est réservé à la Cour constitutionnelle (61), tandis qu'il revient aux juridictions judiciaires et administratives d'exercer ce contrôle, à titre incident, lorsque sont en cause des droits fondamentaux reconnus au niveau européen et international (62). Un tel sectionnement du contentieux des droits fondamentaux a suscité une question particulière : que doit décider le juge, administratif ou judiciaire, lorsqu'une des parties au litige l'invite à poser à la Cour constitutionnelle une question préjudicielle sur la conformité d'une norme législative à un droit fondamental consacré à la fois par la Constitution et par un traité européen ou international ? Cette situation, qualifiée de *concours de droits fondamentaux*, se produit d'autant plus fréquemment qu'il n'est quasi plus aucun droit dans la Constitution belge qui ne soit reconnu par le droit européen ou international conventionnel. Elle a généré une controverse à laquelle le législateur a mis un terme le 12 juillet 2009, en modifiant l'article 26 de la LSCC, par l'ajout d'un quatrième paragraphe.

Selon l'article 26, § 4, alinéa 1^{er}, de la LSCC, en cas de concours de droits fondamentaux, la juridiction s'adresse prioritairement à la Cour constitutionnelle en lui posant une question préjudicielle sur la constitutionnalité de la norme législative en cause. Il est précisé que, pour être en concours, les droits fondamentaux doivent être « totalement ou partiellement analogues ». Quatre exceptions sont énumérées par l'article 26, § 4, alinéa 2, de la LSCC, qui dispensent la juridiction saisie de poser une question préjudicielle à la Cour. L'une d'elles n'est pas sans lien avec notre propos : en vertu du point 3° de l'article 26, § 4, alinéa 2, l'obligation de poser la question ne s'applique pas « lorsque la juridiction estime qu'un arrêt d'une juridiction internationale fait apparaître que la disposition de droit européen ou de droit international est manifestement violée ». L'exception ne peut être interprétée comme imposant à la juridiction de constater que la norme contestée, et elle uniquement, a déjà été censurée par une juridiction internationale, ce qui reviendrait à exiger l'existence d'une identité d'objet (63).

(61) Art. 142 Const.

(62) Cass., 27 mai 1971, Pas., 1971, I, p. 887, concl. W.-J. GANSHOF VAN DER MEERSCH (arrêt dit '*Le Ski*').

(63) A. MAYENCE, « La théorie de l'acte éclairé comme exception à l'obligation d'interroger la Cour constitutionnelle à titre préjudiciel en cas de concours de droits fondamentaux : quelle liberté pour le juge saisi du litige ? », *A.P.T.*, 2018, p. 502.

Comment articuler le mécanisme de priorité prévu par l'article 26, § 4, de la LSCC avec la possibilité que le Protocole n° 16 offrirait à la Cour de cassation et au Conseil d'État de solliciter un avis de la Cour européenne des droits de l'homme ? La priorité décrétée par la LSCC au profit du renvoi préjudiciel à la Cour constitutionnelle fait-elle obstacle à la possibilité prévue par le Protocole ?

Dans la mesure où ni l'article 26, § 4, ni aucune autre disposition de la LSCC, ne répond directement à la question, la paix juridique imposerait un positionnement clair du législateur spécial. C'est le sens de l'observation formulée par la section de législation du Conseil d'État dans son avis 67.896/VR précité : « Afin d'éviter toute insécurité juridique, il s'imposerait que le législateur spécial apporte, à l'article 26, § 4, de la loi spéciale, les modifications nécessaires pour traduire explicitement l'articulation qu'il a en vue » (64). Est-ce à dire, pour autant, qu'en l'état actuel, le texte de la LSCC ne permet pas de répondre à la question ? Nous ne le pensons pas. Selon nous, la LSCC n'interdit pas à la Cour de cassation et au Conseil d'État de mobiliser le Protocole et d'adresser une demande d'avis à la Cour européenne, et ce en amont du procès constitutionnel. Mieux encore, la sagesse le requerra parfois. Deux constatations nous paraissent ici devoir être faites.

La première constatation impose un bref détour par le droit de l'Union européenne. On se souviendra que la règle de la priorité à l'instance constitutionnelle, qu'on trouve aussi en France, a été questionnée quant à sa compatibilité avec les traités européens lus à la lumière de la jurisprudence de la Cour de justice (65). Saisie par la Cour de cassation française, cette dernière a rendu un arrêt le 22 juin 2010 dans l'affaire dite *Melki* (66). De cet arrêt, il résulte notamment que, dans un système où la question de constitutionnalité est prioritaire, le juge qui est convaincu de l'incompatibilité de la norme législative contestée avec le droit de l'Union européenne doit d'abord interroger la juridiction constitutionnelle quant à la compatibilité de cette norme avec la Constitution, avant de se prononcer définitivement sur le respect du droit européen par la norme en cause. Si

(64) Avis n° 67.896/VR, précité, § 8.3.

(65) Voy. C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, spéc. §§ 21-22. Voy. égal. C.J.C.E., 27 juin 1991, *Mecanarte*, aff. C-348/89, § 46 : « une juridiction nationale saisie d'un litige concernant le droit communautaire et qui constate l'inconstitutionnalité d'une disposition nationale n'est pas privée de la faculté ou dispensée de l'obligation [...] de saisir la Cour de justice de questions concernant l'interprétation ou la validité du droit communautaire du fait que cette constatation est soumise à un recours obligatoire devant la cour constitutionnelle ».

(66) C.J.U.E., 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, C-188/10 et C-189/10.

la juridiction constitutionnelle lui répond que l'inconstitutionnalité suspectée n'est pas fondée, le juge reste libre, en vertu de la jurisprudence *Le Ski* citée ci-avant, de la considérer comme contraire à la disposition analogue du droit de l'Union.

La liberté que détiennent les juridictions judiciaires et administratives de faire usage de cette jurisprudence *Le Ski* peut également être mise en œuvre à l'endroit de la C.E.D.H. Si, interrogée sur la compatibilité d'une norme législative à un droit fondamental reconnu par la Constitution, la Cour constitutionnelle adresse une réponse négative à la juridiction de renvoi, celle-ci conserve la possibilité d'exercer un contrôle de conventionnalité à l'égard de la norme législative déclarée constitutionnelle. Cela étant, si elle ne peut être exclue (67), cette possibilité est fortement réduite par le recours systématique que fait la Cour à la méthode du tout indissociable. Ceci nous amène à la seconde constatation.

La Cour constitutionnelle belge met en œuvre, depuis 2004, une méthode interprétative dite du *tout indissociable*, selon laquelle, lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée *analogue* à une ou plusieurs des dispositions constitutionnelles, « les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles en cause », de telle sorte que lorsqu'est alléguée la violation d'une disposition constitutionnelle, « la Cour tient compte, dans son examen, des dispositions de droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues » (68). Cette méthode amène inévitablement, et régulièrement, les juges constitutionnels à interpréter la C.E.D.H. En cas de doute sur l'interprétation à procurer à tel ou tel droit, dans telle ou telle situation, ils pourront à l'avenir adresser à la Cour européenne une demande d'avis consultatif.

Quels enseignements peut-on tirer de ces deux constatations ?

Dès le moment où, en cas de concours entre droits fondamentaux reconnus par la Constitution et par la C.E.D.H., tant la juridiction de renvoi

(67) Voy. Cass., 15 décembre 2014, *Pas.*, 2014, p. 2903. Sur cet arrêt, voy. les opinions partiellement contrastées de M. BOSSUYT, « La Cour de cassation cherche-t-elle à vider de son contenu l'article 26, § 4, de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle relatif au concours de droits fondamentaux ? », *Les visages de l'État – Liber amicorum Yves Lejeune*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 163-173, et de M. VRANCKEN et Chr. BEHRENDT, « Deux principes bien distincts ? Le principe de non-discrimination... et le principe de non-discrimination », *J.L.M.B.*, 2015, pp. 1126-1137. Voy. encore Cass., 29 septembre 2017, F.15.0010.F, avec concl. M. le Premier Avocat général HENKES.

(68) C. const., 22 juillet 2004, n° 136/2004.

que la Cour constitutionnelle peuvent être conduites à interpréter cette dernière, il nous paraît que, si flou il y a quant à cette interprétation, il doit être dissipé dans le meilleur délai possible. Il y va d'un impératif de bonne administration de la justice. La Cour de cassation et le Conseil d'État peuvent douter de la compatibilité d'une norme législative avec un droit fondamental reconnu par la Constitution tout en hésitant sur l'interprétation à donner à un droit fondamental analogue reconnu par la C.E.D.H. Le souci d'une justice administrée dans une temporalité raisonnable ne doit-il pas les inciter à renvoyer concomitamment une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle et une demande d'avis consultatif à la Cour européenne ? Le Protocole n° 16 ne disant rien du sort à réserver à l'affaire pendante devant la juridiction qui a sollicité un avis consultatif, il faut admettre qu'il n'exige pas que la Cour de cassation ou le Conseil d'État attende l'avis de la Cour européenne avant de renvoyer la question à la Cour constitutionnelle. L'avis sera assurément adressé à la juridiction qui l'aura sollicité, mais, d'une part, la Cour constitutionnelle pourra l'intégrer dans sa *ratio decidendi* et, d'autre part, la Cour de cassation ou le Conseil d'État, selon le cas, pourra s'en inspirer, s'il échet, en aval de l'arrêt de réponse de la Cour constitutionnelle. Dans cette logique, le risque, redouté par Géraldine Rosoux, qu'« un avis de la Cour de Strasbourg, sollicité par la Cour de cassation ou le Conseil d'État, atténue l'utilité d'une question préjudicielle ultérieure à la Cour constitutionnelle »⁽⁶⁹⁾ nous apparaît injustifié.

Toute autre lecture de l'article 26, § 4, de la LSCC aboutirait à des conséquences incompatibles avec l'obligation pour les juges nationaux de statuer dans un délai raisonnable, alors que cette disposition procède notamment du souci d'optimiser la protection juridictionnelle des droits fondamentaux. À défaut pour la Cour de cassation et le Conseil d'État de pouvoir solliciter un avis consultatif en même temps que le renvoi préjudiciel vers la Cour constitutionnelle, si cette dernière éprouve la même hésitation que la juridiction de renvoi sur l'interprétation du droit conventionnel et, partant, s'adresse aux juges européens, elle se mettra dans l'impossibilité de rendre un arrêt dans le délai légal, devant attendre l'avis strasbourgeois avant de se prononcer⁽⁷⁰⁾. Et si la Cour constitutionnelle ne sollicite pas

(69) G. ROSOUX, « Panorama de la protection juridictionnelle nationale des droits fondamentaux : qui est le juge des droits fondamentaux en Belgique ? », in Fr. KRENC, F. BOUHON et C. DEPREZ (dir.), *Contentieux des droits fondamentaux*, Limal, Anthemis, 2021, p. 48.

(70) En vertu de l'article 109 de la LSCC, les arrêts doivent, en principe, être rendus dans les six mois de la réception de la décision de renvoi mais, dans le cas où une affaire n'est pas en état d'être jugée à

d'avis consultatif, la Cour de cassation et le Conseil d'État ne pourront le faire qu'après avoir reçu l'arrêt de réponse de la Cour constitutionnelle, ce qui allongera indûment le temps procédural.

Une question subsiste, que la section de législation du Conseil d'État pose en ces termes : la réserve faite par la dernière phrase de l'article 26, § 4, alinéa 1^{er}, de la LSCC, ajoutée le 4 avril 2014 – « Ces obligations ne portent pas atteinte à la possibilité, pour la juridiction, de poser aussi, simultanément ou ultérieurement, une question préjudicielle à la Cour de justice de l'Union européenne » – doit-elle « nécessairement être interprétée *a contrario* comme excluant que la Cour de cassation et le Conseil d'État formulent une demande d'avis consultatif auprès de la Cour européenne des droits de l'homme en parallèle à la question préjudicielle qu'ils doivent prioritairement soumettre à la Cour constitutionnelle – ce qui impliquerait donc d'attendre que cette dernière y ait répondu avant de pouvoir formuler une demande d'avis consultatif » (71) ? En réalité, la précision apportée en 2014 à l'article 26, § 4, était superfétatoire. De l'aveu même du législateur, l'article 26, § 4, avant la modification de 2014, était « déjà conforme au droit de l'Union, ou du moins susceptible d'une interprétation conforme au droit de l'Union » (72). Cette modification, dictée par le seul souci « d'exclure toute discussion » (73), ne fait que confirmer un des enseignements de la jurisprudence *Melki*, citée ci-avant : à tout moment de la procédure pendante devant lui, le juge national doit pouvoir décider de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne une question préjudicielle sur la compatibilité de la norme législative contestée avec le droit européen et, spécialement, avec la Charte des droits fondamentaux. Il serait malvenu de faire dire au législateur de 2014 ce qu'il n'a pas dit et que, par la force des choses, il ne pouvait dire. Surtout, la possibilité de solliciter un avis consultatif à Strasbourg, dès le moment où – comme on l'a souligné – il ne retarde pas le renvoi préjudiciel à Bruxelles, ne constitue pas une dérogation au mécanisme de priorité prévu par l'article 26, § 4, de la LSCC. C'est précisément la raison pour laquelle la jurisprudence *Melki* admet que le juge national puisse poser une question préjudicielle à la Cour constitutionnelle, tout en se réservant la possibilité d'interroger

l'expiration de ce délai, la Cour peut, par une décision motivée, le proroger dans la mesure qui s'impose, cette prorogation pouvant, en cas de nécessité, être renouvelée, sans que la durée totale des prorogations puisse excéder six mois.

(71) Avis précité, § 8.3.

(72) Exposé des motifs de la proposition de loi spéciale portant modification de la loi spéciale sur la Cour constitutionnelle, *Doc. parl.*, Sénat, sess. ord. 2013-2014, n° 5-2438/1, p. 13.

(73) *Id.*

ultérieurement la Cour de justice, soit poser simultanément des questions préjudicielles aux deux juridictions.

L'articulation du mécanisme de priorité de l'article 26, § 4, de la LSCC avec la possibilité que le Protocole n° 16 offre à la Cour de cassation et au Conseil d'État de solliciter un avis de la Cour européenne des droits de l'homme justifie une dernière précision : la possibilité prévue par l'alinéa 2, 3°, de l'article 26, § 4, de déroger à la règle de la priorité « lorsque la juridiction estime qu'un arrêt d'une juridiction internationale fait apparaître que la disposition de droit européen ou de droit international est manifestement violée » doit, selon nous, être étendue aux avis rendus par la Cour européenne. On se souviendra que les exceptions prévues par l'article 26, § 4, procèdent de la préoccupation d'« éviter que le déroulement du procès soit inutilement retardé » (74). Si la juridiction saisie d'une demande de renvoi préjudiciel à la Cour constitutionnelle constate qu'un avis rendu par la Cour européenne révèle la violation manifeste d'une disposition tirée de la C.E.D.H., la nécessité d'une administration célère de la justice justifie qu'elle s'en dispense.

IV. PROTOCOLE N° 16 ET DÉLAI RAISONNABLE

Dans le célèbre arrêt *Urgenda* du 20 décembre 2019, la Cour suprême des Pays-Bas (*Hoge Raad der Nederlanden*) était saisie, entre autres questions, de celle de savoir si la nature mondiale des émissions de gaz à effet de serre et de leurs conséquences signifie qu'aucune protection ne peut être tirée des articles 2 et 8 de la C.E.D.H., de sorte que ces dispositions n'imposeraient pas ici d'obligation aux États, en l'occurrence les Pays-Bas. La Cour suprême a jugé devoir se dispenser de solliciter sur la question soulevée l'avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme, d'une part, parce qu'elle a jugé que la réponse à cette question était suffisamment claire et, d'autre part, pour un motif lié à la nécessité de rendre un arrêt rapidement : « *Daarbij komt dat beide partijen de Hoge Raad hebben verzocht om nog in 2019 uitspraak te doen, dit met het oog op het*

(74) A. ARTS, I. VEROUGSTRATE, R. ANDERSEN, G. SUETENS-BOURGEOIS, M.-Fr. RIGAU, R. RYCKEBOER et A. DE WOLF (eds), *Les rapports entre la Cour d'arbitrage, le Pouvoir judiciaire et le Conseil d'État – De verhouding tussen het Arbitragehof, de Rechterlijke Macht en de Raad van State*, Bruges, die Keure, Bruxelles, la Charte, 2006, p. 146. Il est à noter, au demeurant, que le rapport explicatif du Protocole n° 16 entend conférer la même *autorité de chose interprétée* aux avis consultatifs qu'aux arrêts eux-mêmes. Voy. en effet le § 27 : « L'interprétation de la Convention et de ses protocoles contenue dans ces avis consultatifs est analogue dans ses effets aux éléments interprétatifs établis par la Cour dans ses arrêts et décisions ».

tijdstip waarop het door het hof bekrachtigde bevel van de rechtbank betrekking heeft, het einde van 2020 » (75).

Cet exemple est révélateur de la tension potentielle entre la possibilité de demander un avis consultatif à la Cour de Strasbourg et l'obligation pour les juges nationaux de statuer dans un délai raisonnable (76). Cette tension n'est pas exempte d'un certain paradoxe. En effet, la procédure consultative mise en place par le Protocole n° 16 vise à permettre à la Cour, par une approche principielle (77), de clarifier en temps utile son opinion sur des questions liées à l'interprétation et l'application de la C.E.D.H., ce qui est de nature à conduire à une diminution des requêtes individuelles notifiées après l'épuisement des voies de recours internes et, partant, à une réduction de l'arriéré strasbourgeois.

Cela étant, l'objectif ne pourra être atteint que si deux conditions minimales sont réunies. D'une part, les juridictions nationales suprêmes doivent faire un usage pertinent du procédé consultatif et formuler leurs demandes d'avis de manière précise et circonstanciée. D'autre part, aucun délai ne leur étant imparti par le Protocole, les juges européens doivent mettre un point d'honneur à se prononcer dans les meilleurs délais, afin d'éviter toute interférence funeste sur le déroulement de la justice nationale. Ils semblent d'ailleurs en être conscients, comme nous l'avons déjà souligné. Dans l'avis consultatif du 10 avril 2019 relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention, avis demandé par la Cour de cassation française, la Cour européenne des droits de l'homme souligne qu'il ne s'agit pas pour elle de répondre à chacun des moyens et arguments figurant dans les observations écrites et pièces qui lui ont été soumises, ni de développer en détail les fondements de sa réponse, dès lors qu'en application du Protocole n° 16, « son rôle n'est pas de statuer contradictoirement sur des requêtes contentieuses par un

(75) Hoge Raad, 20 décembre 2019, n° 19/00135, ECLI:NL:HR:2019:2006, pt. 5.6.4.

(76) Voy. not. J. GERARDS, « Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol No. 16 to the European Convention on Human Rights. A Comparative and Critical Appraisal », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2014, vol. 21, p. 651 ; C. GIANNPOULOS, « Considerations on Protocol N° 16: Can the New Advisory Competence of the European Court of Human Rights Breathe New Life into the European Convention on Human Rights? », *German Law Journal*, 2015, vol. 16, p. 343.

(77) Rapport explicatif du Protocole n° 16, § 2 : « Les avis consultatifs en vertu du présent protocole n'ont aucun effet direct sur d'autres requêtes ultérieures. Ils s'insèrent toutefois dans la jurisprudence de la Cour, aux côtés de ses arrêts et décisions. L'interprétation de la Convention et de ses protocoles contenue dans ces avis consultatifs est analogue dans ses effets aux éléments interprétatifs établis par la Cour dans ses arrêts et décisions ». Sur cette question, voy. T. MOONEN et L. LAVRYSEN, « Abstract but Concrete, or Concrete but Abstract? A Guide to the Nature of Advisory Opinions under Protocol No 16 to the ECHR », *HLR*, 2021, pp. 1-34.

arrêt ayant force obligatoire mais, *dans un délai aussi rapide que possible*, de fournir à la juridiction qui a procédé à la demande une orientation lui permettant de garantir le respect des droits de la Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance » (nous soulignons) (78).

Là où les choses pourraient prendre une tournure compliquée, c'est quand la Cour de cassation ou le Conseil d'État seront amenés à s'adresser simultanément à Bruxelles, Luxembourg et Strasbourg, par le renvoi de questions préjudicielles à la Cour constitutionnelle et à la Cour de justice de l'Union européenne et d'une demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme. Dans un tel scénario, trois temporalités différentes devront se conjuguer (79). Cela dit, le scénario pourrait susciter d'autres difficultés, bien plus épineuses. Comme le note judicieusement Koen Lemmens, l'amélioration du dialogue entre les juridictions internes et la Cour de Strasbourg pourrait mettre en danger la relation harmonieuse entre cette dernière et la Cour de Luxembourg, dès le moment où les deux juridictions européennes pourraient être amenées à examiner au même moment les mêmes questions (80). Mais, c'est là une tout autre histoire...

(78) C.E.D.H. (Gr. Ch.), avis consultatif du 10 avril 2019, demande n° P16-2018-001, § 34.

(79) Selon la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'appréciation du respect de la règle du délai raisonnable, il y a lieu de prendre en compte les particularités du système de renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne et au but poursuivi par l'article 177 du Traité instituant la Communauté économique européenne (CEE), devenu l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne : voy. C.E.D.H., 26 février 1998, arrêt *Pafitis et autres c. Grèce*, spéc. § 95.

(80) K. LEMMENS, « Protocol No 16 to the ECHR: Managing Backlog through Complex Judicial Dialogue? », *op. cit.*, p. 713.