

L'ARRÊT *PAPOSHVILI C. BELGIQUE* ET LES POTENTIALITÉS D'UNE PROCÉDURALISATION DES DROITS DE L'HOMME PAR LES COURS CONSTITUTIONNELLES NATIONALES

PAR

MORGANE BORRES
ET
MARIE SOLBREUX (*)

INTRODUCTION

La présente contribution vise à rendre compte du phénomène de procéduralisation des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme ainsi que des possibilités d'utilisation d'un tel mécanisme par les cours constitutionnelles.

Ce mouvement jurisprudentiel, initié par la Cour de Strasbourg, visait uniquement, à l'origine, à adjoindre un volet procédural à des droits fondamentaux qui ne contiennent, à première vue, que des garanties substantielles. Lorsqu'elle fait usage de ce mécanisme, la Cour n'examine donc pas seulement la potentielle violation de droits fondamentaux au regard de leur contenu substantiel mais également au regard de diverses exigences procédurales qu'elle estime inhérentes aux droits en cause.

Aujourd'hui, par le biais de ce mécanisme, la Cour entend en réalité axer son contrôle sur la qualité de la procédure suivie au niveau national de façon générale, en examinant si les éléments pertinents ont été pris en compte et analysés de façon raisonnable par les autorités, plutôt que de se pencher sur le fond du dossier.

Utilisée au départ de façon sporadique, cette technique est aujourd'hui employée de manière plus systématique par la Cour et pose de nombreuses questions.

Nous rendrons compte de ce phénomène au départ d'un arrêt rendu le 13 décembre 2016 par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme — l'arrêt *Paposhvili c. Belgique* — qui présente un intérêt considérable en matière d'éloignement des étrangers et a également ceci

(*) Morgane BORRES et Marie SOLBREUX sont assistantes à l'Université catholique de Louvain et avocates au barreau de Bruxelles.

de particulier qu'il constitue une application de la procéduralisation des droits fondamentaux.

Après avoir évoqué les faits de la cause et commenté le raisonnement adopté par la Cour de Strasbourg (I), nous évoquerons brièvement l'intérêt novateur de cet arrêt en matière de droit des étrangers (II). Nous dresserons un portrait du mouvement de procéduralisation des droits fondamentaux substantiels en analysant, en lien avec l'arrêt commenté, l'application qui en est actuellement faite par la Cour européenne des droits de l'homme (III. A et III. B).

De manière plus prospective, nous tenterons ensuite d'évaluer si cette technique de protection des droits fondamentaux est transposable à l'échelle nationale (III. C). Pour ce faire, nous examinerons si celle-ci pourrait être utilisée par la Cour constitutionnelle belge, et si, dans les faits, cette dernière y a eu recours. Nous évaluerons, *in fine*, s'il est souhaitable que la Cour constitutionnelle belge s'inscrive dans cette dynamique de procéduralisation des droits fondamentaux.

I. LES FAITS DE L'ARRÊT *PAPOSHVILI C. BELGIQUE*

1. Le requérant est un ressortissant géorgien, arrivé en Belgique en 1998 avec son épouse et leur enfant.

Il a introduit en Belgique plusieurs demandes de régularisation de séjour, pour circonstances exceptionnelles et pour motif médical. Il souffrait notamment d'une leucémie et arguait qu'un renvoi en Géorgie impliquerait l'arrêt de son traitement, réduirait drastiquement son espérance de vie et serait incompatible avec les articles 2 et 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ces demandes ont cependant été rejetées par les autorités belges, celles-ci considérant — sans analyser la demande du requérant quant au fond — que ce dernier ne pouvait bénéficier de cette régularisation en raison de différentes condamnations pénales prononcées à son encontre en Belgique. Ces décisions ont été confirmées par les instances juridictionnelles internes, lesquelles ont par ailleurs estimé que si l'expulsion du requérant soulevait une éventuelle question au regard des articles 2 et 3 de la Convention, celle-ci ne devrait être évaluée qu'au moment de l'exécution forcée de la mesure d'éloignement du territoire.

2. Devant la Cour européenne des droits de l'homme, Monsieur Paposhvili soutenait que son renvoi vers la Géorgie l'exposerait à des risques pour sa vie et à des traitements contraires à l'article 3, au vu de son état de santé.

Dans son arrêt du 20 avril 2014, la Cour a rejeté les griefs du requérant, estimant que l'article 3 de la Convention ne protégeait un étranger malade

que dans des cas très exceptionnels, et qu'en l'occurrence, les affections du requérant étaient stabilisées et qu'il n'existait pas de menace imminente pour sa vie(1).

3. Le requérant a ensuite obtenu le renvoi de cette affaire devant la Grande Chambre de la Cour et, bien qu'il soit décédé avant le prononcé de l'arrêt, la Cour a poursuivi l'examen de sa requête(2).

On aura l'occasion de voir, *infra*, que la Cour, après avoir précisé sa jurisprudence sur la protection conférée par l'article 3 de la Convention aux étrangers gravement malades (II), choisira finalement d'aborder la situation en cause sur base de la technique dite de « procéduralisation » des droits de l'homme (III) plutôt que de trancher l'affaire sur le fond.

II. L'ARRÊT *PAPOSHVILI C. BELGIQUE* ET LE DROIT DES ÉTRANGERS

4. L'arrêt commenté opère un revirement jurisprudentiel en matière d'éloignement d'étrangers gravement malades. Dans cet arrêt, la Cour abandonne l'approche extrêmement restrictive qu'on lui connaissait, laquelle avait fait l'objet de vives et nombreuses critiques(3). L'arrêt *Paposhvili* présente donc un intérêt considérable à cet égard(4).

Dans l'espace qui nous est imparti, cependant, nous avons choisi de nous concentrer sur l'intérêt de l'arrêt en matière de procéduralisation et nous nous contenterons de résumer brièvement le raisonnement tenu par la Grande chambre en matière de droit des étrangers(5).

Lorsqu'elle a eu à connaître de la situation de Monsieur Paposhvili, la cinquième section de la Cour européenne a appliqué la jurisprudence établie

(1) Cour eur. D.H., arrêt *Paposhvili c. Belgique*, du 17 avril 2014, §§ 118-120.

(2) Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Paposhvili c. Belgique*, du 13 décembre 2016, § 133.

(3) Voy. not. F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « L'éloignement des étrangers malades : faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », *Rev. trim. dr. h.*, 77/2009, pp. 261 et s. ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'éloignement des étrangers malades du sida : la Cour européenne des droits de l'homme sur "les sentiers de la gloire" », *Rev. trim. dr. h.*, 100/2014, pp. 977 et s. ; S. GANTY, « Protection on Seriously Ill Migrants Facing Expulsion : The Shameless Caselaw of the European Court of Human Rights », *Berkeley Journal of International Law Blog* (<http://berkeleytravaux.com/protection-seriously-ill-migrants-facing-expulsion-shameless-caselaw-european-court-human-rights>) ; V. MANTOUVALOU, « No duty to rescue the nearby needy ? », *Modern Law Review*, 2009, pp. 815 et s. ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La trahison des étrangers sidéens », *Rev. trim. dr. civ.*, 2008, p. 643.

(4) Voy. not. N. KLAUSSER, « Malades étrangers : la CEDH se réconcilie (presque) avec elle-même et l'humanité », *La Revue des droits de l'homme, Actualités Droits-Libertés*, février 2017 (<https://revdh.revues.org/2965>) ; L. PERONI, « *Paposhvili v. Belgium* : Memorable Grand Chamber Judgment Reshapes Article 3 Case Law on Expulsion of Seriously Ill Persons », *Strasbourg Observers*, 15 décembre 2016.

(5) Pour une analyse en profondeur des tenants et aboutissants de l'arrêt en matière de droit des étrangers, voy. not. les articles de L. LEBOEUF, « Expulsion d'étrangers gravement malades. Une clarification du seuil de gravité conventionnel couplée à une responsabilisation des autorités nationales », *Newsletter Edem*, février 2017 ; P. MARTENS, « L'honneur perdu puis retrouvé de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 111/2017, pp. 670 et s.

jusqu'alors par la Cour. Son raisonnement peut être résumé comme suit : le requérant est effectivement atteint d'une maladie incurable et mortelle, son accès à des soins adéquats en Géorgie n'est pas garanti, mais son état est stable, il n'existe pas de menace imminente pour sa vie et il est capable de voyager ; son renvoi en Géorgie ne pose donc pas de problème au regard de l'article 3(6).

Dans son arrêt de Grande Chambre, par contre, la Cour saisit enfin l'opportunité de réviser sa position. Après avoir rappelé la jurisprudence qui prévalait jusqu'alors, la Cour l'abandonne explicitement, en jugeant que « l'application de l'article 3 de la Convention aux seules expulsions de personnes se trouvant au seuil de la mort, comme elle l'a fait depuis l'arrêt *N. c. Royaume-Uni*, a eu pour effet de priver les étrangers gravement malades ne se trouvant pas dans un état aussi critique du bénéfice de cette disposition »(7). Elle élargit ensuite « les cas exceptionnels » pouvant soulever un problème au regard de l'article 3, estimant que ceux-ci comprennent, non seulement, les cas dans lesquels l'étranger est sur le point de mourir mais également les hypothèses dans lesquelles l'aggravation de l'état de santé du requérant serait telle que celui-ci subirait un traitement inhumain ou dégradant(8).

III. L'ARRÊT *PAPOSHVILI C. BELGIQUE* ET LA PROCÉDURALISATION DES DROITS FONDAMENTAUX

5. Si la Cour place de nouvelles balises théoriques bienvenues, elle ne détermine pas pour autant si, concrètement, le requérant se trouvait dans un « cas exceptionnel » susceptible de poser problème au regard de l'article 3 de la Convention.

Elle semble, en réalité, se décharger de cette évaluation, jugeant que « dans les affaires mettant en cause l'expulsion d'un étranger, la Cour se garde d'examiner elle-même les demandes de protection internationale ou de contrôler la manière dont les Etats contrôlent l'entrée, le séjour et l'éloignement des non nationaux »(9). Elle souligne, à cet égard, que l'examen de la situation des requérants au regard de l'article 3 appartient en premier lieu aux autorités nationales.

Cette constatation peut paraître étonnante dans la mesure où, jusqu'alors, la Cour n'hésitait pas à évaluer elle-même l'état de santé des requérants se présentant devant elle ainsi que la compatibilité de leur renvoi dans un autre pays avec la Convention.

(6) Cour eur. D.H., arrêt *Paposhvili c. Belgique*, du 17 avril 2014, §§ 120-124.

(7) Cour eur. D. H. (Gde Ch.), arrêt *Paposhvili c. Belgique*, du 13 décembre 2016, § 181.

(8) *Ibid.*, § 183.

(9) Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Paposhvili c. Belgique*, du 13 décembre 2016, § 184.

Luc Leboeuf voit, dans cette démarche, une volonté de ne pas froisser les souverainetés nationales⁽¹⁰⁾. Outre ce motif, cette approche est surtout symptomatique, à notre estime, du recours de plus en plus fréquent de la Cour à la technique de procéduralisation des droits de l'homme.

6. La présente contribution vise donc, au départ du raisonnement tenu par la Cour dans le cas concret (A), à dresser un état des lieux de la procéduralisation telle qu'elle est actuellement utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme (B).

Notre contribution se penchera ensuite sur la possibilité, pour nos cours constitutionnelles nationales d'utiliser cette technique de protection des droits fondamentaux (C).

A. *Le raisonnement tenu par la Cour*

7. Plutôt que d'évaluer elle-même la situation du requérant à partir des critères nouvellement définis, la Cour va analyser la façon dont les autorités nationales se sont acquittées de cette tâche, et condamner la Belgique sur le plan procédural.

La Cour énonce tout d'abord différents éléments que les autorités nationales devraient prendre en compte et la façon dont elles devraient évaluer la situation des étrangers gravement malades. Elle détermine une véritable « feuille de route » devant être suivie par les Etats parties lorsqu'ils se trouvent confrontés à un tel grief.

Cette « feuille de route » consiste en un contrôle rigoureux, à l'occasion duquel les autorités doivent envisager les conséquences prévisibles du renvoi de l'intéressé dans l'Etat de destination, compte tenu de la situation générale dudit Etat ainsi que des circonstances propres à la situation de l'intéressé⁽¹¹⁾. Cela implique de prendre en compte des sources générales (des rapports d'organisations non gouvernementales ou de l'Organisation mondiale de la santé) ainsi que des attestations médicales relatives à la personne malade⁽¹²⁾.

La Cour précise également qu'il ne s'agit pas d'évaluer l'état de santé du requérant au jour de son expulsion, mais bien de comparer son état de santé avant l'éloignement et l'évolution de cet état après son renvoi⁽¹³⁾.

(10) L. LEBOEUF, « Expulsion d'étrangers gravement malades. Une clarification du seuil de gravité conventionnel couplée à une responsabilisation des autorités nationales », *op. cit.*, p. 8.

(11) Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Sufi et Elmi c. Royaume-Uni*, du 28 juin 2011, § 214 ; Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Tarakhel c. Suisse*, du 4 novembre 2014, § 105.

(12) Cour eur. D. H. (Gde Ch.), arrêt *Paposhvili c. Belgique*, du 13 décembre 2016, § 187.

(13) On l'a vu, une des critiques émises à l'encontre de la jurisprudence antérieure de la Cour tenait au fait que celle-ci se basait souvent sur l'état de santé des requérants au jour de leur expulsion, estimant que ceux-ci étaient stables et aptes à voyager. Voy., à cet égard, A. ANDERSON, « Comment on *Paposhvili v. Belgium* and the temporal scope of risk assessment », *EJIL Talk !*, 21 février 2017, disponible sur <https://www.ejiltalk.org/comment-on-paposhvili-v-belgium-and-the-temporal-scope-of-risk-assessment/> : « The EctHR contemplated an expanded timeframe ».

Les autorités nationales devront évaluer le degré de souffrance qu'engendrerait l'absence de traitement adéquat et la possibilité effective d'accéder à un tel traitement(14). Le contrôle de l'accès aux soins doit se faire tant de façon générale (vérifier quels sont les soins généralement disponibles)(15) que particulière (vérifier l'accessibilité effective de ceux-ci pour le requérant)(16).

8. Ayant établi cette « feuille de route », la Cour se penche ensuite sur l'évaluation qui avait été faite par les instances belges. Elle observe que les affirmations du requérant et de son médecin, relatives à son état de santé et à l'absence d'accessibilité des soins nécessaires en Géorgie, n'étaient pas dénuées de toute crédibilité(17). Or, ces affirmations n'ont jamais été examinées lors de la procédure de régularisation de séjour pour raisons médicales, ni lors des procédures d'éloignement menées contre le requérant(18).

La Cour en conclut qu'« en l'absence d'évaluation par les instances nationales du risque encouru par le requérant à la lumière des données relatives à son état de santé et à l'existence de traitements adéquats en Géorgie, les éléments d'information dont disposaient ces instances ne suffisaient pas à leur permettre de conclure qu'en cas de renvoi vers la Géorgie, le requérant n'aurait pas couru de risque concret et réel de traitements contraires à l'article 3 de la Convention »(19) et dit pour droit qu'il y aurait eu violation de l'article 3 de la Convention si le requérant avait été éloigné vers la Géorgie sans évaluation, par les autorités belges, du risque qu'il encourait.

9. Cet arrêt de Grande Chambre s'inscrit clairement dans le mouvement jurisprudentiel de procéduralisation et illustre, à notre sens, la nouvelle forme que ce mouvement tend à prendre : non plus le contrôle au cas par cas de l'existence d'une ou plusieurs « garanties procédurales spécifiques » dans les procédures disponibles au niveau national, mais bien un contrôle global de la façon dont les autorités nationales ont évalué la situation du requérant au regard des droits de l'homme.

in high qualifying harm may manifest post-removal. Rather than requiring that the applicant's death be imminent at the time of removal, the Court extended the enquiry beyond the point of departure from Europe by considering a period of time in the receiving country during which the applicant's condition may decline ».

(14) L. LEBOEUF, « Expulsion d'étrangers gravement malades. Une clarification du seuil de gravité conventionnel couplée à une responsabilisation des autorités nationales », *op. cit.*, p. 6.

(15) Il ne s'agit pas de rechercher si le niveau de soins dans l'Etat de renvoi est équivalent à celui de l'Etat de séjour mais bien de vérifier si les soins généralement disponibles sont suffisants et adéquats pour traiter la pathologie du requérant afin d'éviter qu'il soit exposé à un traitement contraire à l'article 3.

(16) Dans cette analyse, la Cour préconise de prendre en compte notamment le coût des médicaments et traitements nécessaires, l'existence d'un réseau social et familial à même d'entourer et d'aider le requérant, ainsi que la distance géographique à couvrir par le requérant pour accéder à ces soins (Cour eur. D. H. (Gde Ch.), arrêt *Paposhvili c. Belgique*, 13 décembre 2016, § 190).

(17) *Ibid.*, § 197.

(18) *Ibid.*, §§ 200-201.

(19) *Ibid.*, § 205.

B. La Cour européenne des droits de l'homme et la procéduralisation

10. Après avoir défini la notion de procéduralisation et retracé brièvement son évolution (1), nous passerons en revue les différentes formes que celle-ci peut prendre et envisagerons une typologie (2). Nous examinerons ensuite les raisons qui poussent la Cour à recourir à cette technique (3) et mettrons en lumière les avantages et dangers potentiels de celle-ci (4).

1. La notion de procéduralisation

11. Selon plusieurs juges de la Cour, la tendance de procéduralisation peut se définir comme le fait que la Cour « developed implied procedural obligations in respect of the Convention's substantive provisions »(20). Les droits substantiels contenus dans la Convention se sont donc vus doublés de garanties d'ordre procédural « contribuant à l'effectivité du droit concerné et attachées davantage aux processus décisionnels qu'aux décisions proprement dites »(21).

Cette tendance se traduit par une accentuation du contrôle de la Cour sur les procédures internes et par un examen de la qualité formelle du processus qui a donné lieu aux décisions des autorités nationales(22).

12. Le contrôle « procédural » — s'est d'abord fait de façon sporadique, avant d'être utilisé de plus en plus couramment au fil du temps. Les manifestations d'un tel contrôle se sont également multipliées. Pour reprendre les termes d'Edouard Dubout, on peut donc réellement parler tant d'évolution quantitative de la procéduralisation — celle-ci étant, au fil du temps, amenée à s'appliquer à l'ensemble des droits substantiels(23) — que d'une évolution qualitative de celle-ci(24), le type et la portée des obligations procédurales déduites des droits substantiels apparaissant en constante

(20) ORGANISING COMMITTEE, « Subsidiarity : a two-sided coin ? », *Seminar to mark the official opening of the judicial year, background paper*, disponible sur http://www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2015_ENG.pdf ; le document cité a été préparé par les juges Lafranke, Raimondi, Bianku, Nuberger et Sicilianos.

(21) F. TULKENS ET S. VAN DROOGHENBROECK, « L'évolution des droits garantis et l'interprétation jurisprudentielle de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », *L'Europe en transition — Table ronde du 27 septembre 2002* (disponible sur <http://cejm.upmf-grenoble.fr/userfiles/TULKENS.pdf>, p. 17).

(22) E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 70/2007, p. 397 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, FUSL, Bruxelles, 2001, p. 309. Dans son arrêt *Buckley*, la Cour définit ce type de contrôle de la sorte : « chaque fois que les autorités nationales se voient reconnaître une marge d'appréciation susceptible de porter atteinte au respect d'un droit protégé par la Convention tel que celui en jeu en l'espèce, il convient d'examiner les garanties procédurales dont dispose l'individu pour déterminer si l'Etat défendeur n'a pas fixé le cadre réglementaire en outrepassant les limites de son pouvoir discrétionnaire » (Cour eur. D.H., arrêt *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, § 76).

(23) F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2015, p. 322.

(24) E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 402.



expansion. Dans le même temps, la Cour est passée d'un contrôle combinant les aspects procéduraux et substantiels d'un même droit à un contrôle autonome de l'aspect procédural de ces droits(25). Une telle évolution a pour conséquence importante que la Cour admet désormais qu'un droit substantiel soit violé uniquement si l'Etat a manqué à des obligations de nature procédurale.

2. Les formes et typologie de la procéduralisation

13. Au vu de la multiplication des formes que prend ce mouvement, il nous semble opportun de revenir sur les différents types de procéduralisation existants.

Parmi les auteurs, certains distinguent l'adjonction d'une obligation d'enquête effective en cas d'allégation de violation de la Convention de l'ajout de garanties procédurales plus ponctuelles(26) ; d'autres distinguent les garanties procédurales dérivées de la proportionnalité de celles qui en sont indépendantes(27) ; d'autres encore distinguent les obligations procédurales intervenant *ex ante* de celles s'appliquant *ex post facto* — c'est-à-dire les garanties s'appliquant à la procédure qui a mené à la décision qui pose problème au regard des droits de l'homme, et celles relatives à une procédure de recours contre une telle décision(28).

Ces distinctions ont toutes leur intérêt. A notre sens, une distinction particulière doit être faite entre deux méthodes de procéduralisation employées par la Cour : d'une part, le contrôle de l'existence de garanties procédurales précises (a) et, d'autre part, le contrôle plus global de la qualité de la procédure interne (b)(29).

(25) E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », in F. SUDRE, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2014, p. 279.

(26) Voy. E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 404.

(27) S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.*, pp. 313 et 315.

(28) Voy. not. E. BREMS, « Procedural protection, an examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights », in E. BREMS et J. GERARDS, *Shaping Rights in the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 138.

(29) Cette distinction recoupe, à tout le moins partiellement, la distinction effectuée par S. Van Drooghenbroeck entre la procéduralisation comme « garantie contre les abus et recours » et la procéduralisation comme « obligation de mise en oeuvre de la proportionnalité par les autorités nationales internes » ainsi que celle effectuée par E. Dubout entre la « procéduralisation supplétive » et la « procéduralisation substitutive » (voy., d'une part, S. Van DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.*, pp. 315 et 321 et, d'autre part, E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », *op. cit.*, pp. 277 et s.).

a. *Le contrôle de l'existence de garanties procédurales précises (« procéduralisation spécifique »)*

14. La procéduralisation a tout d'abord consisté en l'adjonction d'une ou plusieurs obligations procédurales supplémentaires précises à un droit substantiel. Au fil du temps, la Cour a donc déduit différentes garanties procédurales au départ de droits substantiels(30).

Les quelques lignes qui suivent ont pour unique visée d'illustrer le mécanisme de procéduralisation spécifique en faisant un tour d'horizon de différentes garanties procédurales qui ont été reconnues par la Cour en lien avec des droits substantiels(31).

i. L'obligation d'organiser une enquête effective

15. L'obligation d'instaurer une procédure d'enquête et de mener une enquête effective lorsque des violations de la Convention sont soulevées est présentée comme l'« archétype »(32) des obligations procédurales pesant sur l'Etat.

La Cour a, très tôt, distingué un tel « volet procédural », indépendant et autonome, du « volet matériel » des articles 2 et 3 de la Convention : le respect de ces articles, outre l'obligation négative incombant aux Etats de ne pas soumettre les individus sous leur juridiction à des traitements qui violeraient ces droits, implique également de mener une enquête effective lorsque des allégations de violation de ces articles sont soulevées(33). S'agissant d'une obligation détachable de l'aspect substantiel de ces articles, la violation du volet procédural de ces articles peut être alléguée — et constatée par la Cour — indépendamment de toute plainte ou violation substantielle de ces droits.

(30) D'aucuns estiment qu'il est également possible de percevoir, dans divers arrêts de la Cour, une procéduralisation des droits procéduraux eux-mêmes. De telles considérations sortent cependant du champ de la présente étude. A cet égard, voy. not. E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », *op. cit.*, p. 268 et une potentielle application par la Cour constitutionnelle belge : C.C., arrêt n° 138/2015, du 15 octobre 2015, B.137.

(31) Pour une étude approfondie des différentes obligations procédurales imposées par la Cour, voy. E. BREMS, « Procedural protection, an examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights », *op. cit.*, pp. 137-161.

(32) E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 404.

(33) Voy. Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *McCann c. Royaume-Uni*, du 27 septembre 1995, § 161 : La Cour y estime en effet « qu'une loi interdisant de manière générale aux agents de l'Etat de procéder à des homicides arbitraires serait en pratique inefficace s'il n'existait pas de procédure permettant de contrôler la légalité du recours à la force meurtrière par les autorités de l'Etat. L'obligation de protéger le droit à la vie qu'impose cette disposition [...] implique et exige de mener une forme d'enquête efficace lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'Etat, a entraîné mort d'homme » ; dans le même sens, voy. not. Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Al Skeini c. Royaume-Uni*, § 163.

Une telle obligation d'enquête effective a, depuis, été étendue à plusieurs autres droits(34) et semble susceptible d'être contenue dans chaque droit de la Convention(35). Les qualités que devait remplir une telle enquête(36) ont également été précisées au fil des arrêts.

ii. L'obligation de mettre en place des procédures offrant différentes garanties

16. La Cour a également affirmé à plusieurs reprises que tant les procédures à l'origine d'ingérences dans les droits fondamentaux que les procédures de recours contre ces ingérences doivent respecter certaines garanties, sous peine de violer le droit substantiel en cause.

Diverses garanties, telles la possibilité d'être entendu avant une sanction(37), de participer à la procédure menant à l'ingérence(38) ou l'obligation de motiver la décision(39), ont été mises en lumière par la Cour dans plusieurs affaires.

17. Outre l'existence d'un recours contre cette ingérence(40), faut-il encore que cette procédure garantisse notamment l'impartialité des juges(41) et un jugement dans un délai raisonnable(42), permette la représentation des requérants par un avocat(43) ou, plus généralement, com-

(34) Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Özgül Gündem c. Turquie*, du 16 mars 2000 dans lequel l'absence d'enquête effective des autorités nationales sur différentes agressions commises contre les membres et locaux d'un journal visant à les intimider a été considéré contraire à l'article 10 de la Convention ; concernant l'absence d'enquête relative aux attaques contre le siège d'un parti politique et sa compatibilité avec l'article 11 de la Convention, voy. Cour eur. D.H., arrêt *Ouranio Toxo et a. c. Grèce*, 20 octobre 2005.

(35) Voy. not. E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 406 ; S. VAN DROUGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, *op. cit.*, p. 319.

(36) Celle-ci doit notamment être poursuivie de façon diligente et se clôturer dans un délai raisonnable (voy. not. Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Bouyid c. Belgique*, 28 septembre 2015, § 119) ; les personnes chargées de l'enquête doivent également être indépendantes des personnes impliquées ; l'enquête doit, enfin, permettre d'établir les faits, d'identifier et de sanctionner les responsables par une condamnation dissuasive (voy. not. M. BEYS, « Comment éviter les gifles à Strasbourg ? », *J.T.*, n° 6629, 2016, p. 8).

(37) Voy. not. Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Karacsony et a. c. Hongrie*, du 17 mai 2016, §§ 156-157.

(38) Dans le cas d'une procédure relative à la garde d'un enfant, la Cour a examiné si les parents ont bien été impliqués dans la procédure de décision (Cour eur. D.H., arrêt *K. et T. c. Finlande*, du 12 juillet 2001, § 173) ; dans le cadre de la problématique de l'accès à l'avortement, la Cour a jugé que « the relevant procedure should guarantee to a pregnant woman at least the possibility to be heard in person and to have her views considered » (Cour eur. D.H., arrêt *P. et S. c. Pologne*, du 30 octobre 2012, § 99).

(39) Cour eur. D.H., arrêt *Lombardi Vallauri c. Italie*, du 20 octobre 2009, § 54 ; Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Karacsony et a. c. Hongrie*, du 17 mai 2016, § 185.

(40) Voy. not. Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Baka c. Hongrie*, du 23 juin 2016, § 161.

(41) Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Kyprianou c. Chypre*, du 15 décembre 2005, §§ 122-135 et 179-181.

(42) Cour eur. D.H., arrêt *Association Ekin c. France*, du 17 juillet 2001, § 61.

(43) Cour eur. D.H., arrêt *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, du 15 février 2005, §§ 95-96.

prenne l'ensemble des garanties « classiques » contenues dans le droit à un procès équitable(44).

b. *Le contrôle de la qualité de la procédure interne (« procéduralisation générale »)*

18. Au-delà du contrôle des garanties procédurales offertes par la procédure menant à une ingérence ou permettant de contester une telle ingérence, la Cour se penche de plus en plus fréquemment, de façon globale, sur la procédure mise en œuvre au niveau national et contrôle les éléments qui ont été pris en compte par ces autorités ainsi que la balance des intérêts qu'elles ont effectuée.

Déjà en 2001, Sébastien Van Drooghenbroeck soulignait que l'encadrement des processus décisionnels étatiques semblait parfois aller, pour la Cour, jusqu'à exiger que la proportionnalité d'une mesure soit subordonnée « au fait que l'autorité interne qui l'a adoptée fasse démonstration de ce qu'elle a évalué son appropriation, sa nécessité et le “juste équilibre” qu'elle réalise *in concreto* »(45).

Patricia Popelier a recours au concept de *procedural rationality* pour définir ce mécanisme permettant à la Cour de contrôler les motifs de l'action des autorités, même lorsque celles-ci jouissent d'une large marge d'appréciation, en vérifiant qu'elles se sont basées sur des motifs solides et ont pris en compte les intérêts en présence, sans toutefois que la Cour substitue son appréciation à celle portée par les autorités nationales(46).

19. Dans certaines décisions en effet, la Cour se réfère explicitement au fait que les autorités ont effectué une balance des intérêts en présence pour souligner qu'il ne lui appartenait pas d'évaluer cette décision « sur le fond » : « la situation difficile dans laquelle se trouve la requérante a été dûment prise en compte tant dans le cadre réglementaire, qui comporte des garanties procédurales adéquates pour protéger ses intérêts au titre de l'article 8 (art. 8), que par les autorités responsables de l'aménagement foncier lorsqu'elles ont appliqué leur pouvoir discrétionnaire aux circonstances particulières de l'affaire. *Ces autorités ont pris la décision incriminée après avoir mis en balance les différents intérêts antagonistes en présence.* Comme

(44) Voy. not. Cour eur. D.H., arrêt *Andrushko c. Russie*, du 14 octobre 2010, § 53.

(45) S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., p. 321.

(46) « In other words, where deference is granted because the public authorities are better placed than the courts to determine issues relevant to the balancing test, these authorities are still required to provide evidence that they have in fact decided on the basis of their superior expertise or democratic credential. This does not impose upon the government the duty to follow a well defined optimal procedure [...] but merely requires minimum guarantees for rational, evidence-based decision making » (P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, « Procedural Rationality : Giving Teeth to the Proportionality Analysis », *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 251).

la Cour l'a rappelé [...], *il ne lui appartient pas de statuer en appel sur le fond de cette décision. Même si certains faits militent en faveur d'une autre issue* au niveau interne, la Cour est convaincue que les motifs sur lesquels les autorités responsables de l'aménagement foncier se sont fondées étaient pertinents et suffisants »(47).

Par la suite, elle n'hésite pas à affirmer clairement que « pour déterminer la proportionnalité d'une mesure générale, la Cour doit commencer par étudier les choix législatifs à l'origine de la mesure [...]. La qualité de l'examen parlementaire et judiciaire de la nécessité de la mesure réalisé au niveau national revêt une importance particulière à cet égard »(48). Dans son arrêt *Hatton (n° 1)*, la Cour censurera le plan établi concernant le survol de nuit de l'aéroport d'Heathrow, en se basant exclusivement sur le fait que le gouvernement n'avait pas procédé à des recherches indépendantes sur la réalité ou l'ampleur de l'importance économique des vols de nuit, ni sérieusement tenté d'évaluer l'ampleur ou les conséquences des troubles du sommeil des requérants(49). Dans l'arrêt *Animal Defenders International*, elle validera la mesure en cause(50), en ayant presque exclusivement égard à la qualité du processus interne(51)

20. De ce bref échantillonnage, l'on aperçoit la diversité de la jurisprudence relative à la procéduralisation des droits fondamentaux. Ce mécanisme, limité autrefois à l'adjonction ponctuelle de certaines garanties procédurales à des droits substantiels, comprend en réalité tout contrôle que la Cour effectuerait du point de vue de la procédure. Ces deux méthodes traduisent « un déplacement d'intérêt vers la manière dont les Etats cherchent à réaliser les justes équilibres prescrits par la Convention, question qui devient aussi importante que celle de savoir si ils ont concrètement réussi »(52).

Lorsqu'elle utilise cette technique, la Cour effectue un contrôle que l'on pourrait qualifier de formel ou marginal. Lorsqu'elle s'aperçoit que les instances nationales ont usé de critères pertinents(53) et pesé les intérêts en

(47) Cour eur. D.H., arrêt *Buckley c. Royaume-Uni*, du 5 septembre 1996, § 84 (nous soulignons).

(48) Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Animals Defenders International c. Royaume-Uni*, du 22 avril 2013, § 108 ; égal. Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Hatton et a. c. Royaume-Uni*, du 8 juillet 2003, § 128.

(49) Cour eur. D.H., arrêt *Hatton et a. c. Royaume-Uni*, du 2 octobre 2001, §§ 100-101 et 106.

(50) En l'occurrence, il s'agissait de l'interdiction de la publicité politique payante à la télévision ainsi qu'à la radio, prévue par la loi anglaise.

(51) Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Animals Defenders International c. Royaume-Uni*, du 22 avril 2013, §§ 114-116.

(52) S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, op. cit., p. 325. Celles-ci peuvent donc être vues, à notre estime, comme deux revers d'une même médaille : il est, en effet, difficilement concevable qu'une juste pesée des intérêts puisse avoir lieu sans que les différentes garanties procédurales spécifiques mises en lumière par la Cour aient été respectées.

(53) 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.

présence de manière raisonnable, elle se contentera d'entériner la décision nationale — seules des « raisons sérieuses » étant susceptibles de la pousser à substituer son appréciation à celle portée au niveau national⁽⁵⁴⁾.

21. L'arrêt commenté dans le cadre de la présente contribution représente une nouvelle application de ce mécanisme d'analyse des mesures étatiques. En effet, la Cour ne se prononce pas directement sur la situation de Monsieur Paposhvili. Elle ne juge pas non plus que la procédure belge manquerait de l'une ou l'autre garantie procédurale particulière (ce qui relèverait alors de la « procéduralisation spécifique »). Par contre, elle expose les différents éléments qu'elle estime nécessaire de prendre en compte pour apprécier valablement le risque d'être soumis à des traitements incompatibles avec l'article 3 de la Convention dans le cadre du renvoi d'étrangers gravement malades, et vérifie si ces éléments ont été soulevés par les autorités nationales. Celles-ci n'ayant, à aucun moment, évalué l'incidence du renvoi du requérant sur son état de santé, la Cour conclut à la violation de l'article 3 de la Convention, sans avoir examiné l'incidence concrète du renvoi du requérant.

Une différence notable distingue cependant cet arrêt de la jurisprudence antérieure. Jusqu'ici, la Cour recourait à la technique de procéduralisation principalement au stade où elle analysait la proportionnalité d'une mesure et qu'elle estimait ne pas pouvoir substituer sa propre appréciation à celle des États, en raison de la marge d'appréciation qui leur est reconnue. Or, dans le cas d'espèce, le droit en cause est un droit absolu, en présence duquel il n'y a pas lieu d'effectuer un contrôle de proportionnalité.

Lorsqu'elle examinait la compatibilité du renvoi d'un étranger vers un autre pays avec l'article 3 de la Convention, la Cour n'hésitait pas, jusqu'ici, à examiner elle-même, sur le fond, la situation des requérants et la compatibilité de leur renvoi⁽⁵⁵⁾. Ce mouvement de « procéduralisation générale » de l'examen de la Cour gagne donc l'ensemble des droits de la Convention, y compris ceux que la Cour n'était jusqu'alors pas récalcitrante à contrôler directement. Nous aurons l'occasion de nous interroger dans les lignes suivantes sur les raisons du recours à ce mécanisme par la Cour et sur la plus — ou moins — value qu'il entraîne.

(54) Voy. not. Cour eur. D.H., *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2), du 24 juin 2004, § 106 ; voy. égal. Cour eur. D.H., *Lillo-Stenberg and Saether c. Norvège*, du 16 janvier 2014, § 44, dans lequel la Cour a exclusivement égard au fait que la Cour Suprême norvégienne a 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 ».

(55) Voy. not., à titre d'exemple, les paragraphes 81 et suivants de l'arrêt *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, du 20 décembre 2011, dans lesquels la Cour analyse d'elle-même l'état de santé de la requérante, la gravité de celui-ci et les conséquences d'un éventuel renvoi vers son pays d'origine.

3. Les motifs et fondements du recours à la procéduralisation

22. L'existence et l'ampleur croissante du mouvement de procéduralisation des droits fondamentaux incitent à s'interroger sur les motivations de la Cour européenne des droits de l'homme à opérer un contrôle davantage procédural des droits substantiels.

De nombreuses explications sont évoquées pour expliquer cette tendance de la Cour. En effet, il n'est pas chose aisée de mettre en évidence la motivation animant la Cour dès lors que les arrêts rendus sont variés⁽⁵⁶⁾ et ne mentionnent pas la raison d'être du recours à la procéduralisation. Dans le cadre de la présente contribution, nous développerons deux de ces fondements, lesquels nous semblent incontestables et, plus encore, incontournables pour expliquer ce phénomène.

L'un des motifs peut être résumé par l'adage « good process for good outcomes ». Un autre motif réside dans la volonté de plus en plus affirmée de la Cour de respecter le principe de subsidiarité, concrétisé par l'octroi d'une large marge d'appréciation aux Etats membres.

23. L'opinion selon laquelle une procédure efficace constitue une garantie de qualité du contenu de la décision adoptée est largement partagée. Aux fins de déterminer si une loi, un acte administratif ou une décision judiciaire est conforme aux droits fondamentaux, il importe donc de s'intéresser à la qualité du processus d'élaboration de cet acte. Eva Brems constate que la Cour a déjà soulevé cet argument d'efficacité pour justifier sa décision d'effectuer une analyse procédurale des droits substantiels⁽⁵⁷⁾.

La Cour examine notamment la manière dont l'autorité nationale a envisagé l'impact de la mesure adoptée sur les droits fondamentaux. Concrètement, elle analyse si ce sujet a fait l'objet de discussions plus ou moins approfondies ou encore si l'autorité a mis en avant des justifications compatibles avec celles reconnues par la Cour de Strasbourg pour imposer l'ingérence. Il semblerait, en revanche, qu'elle ne va pas jusqu'à considérer que l'existence d'une solution moins attentatoire aux droits fondamentaux en cause suffise à constater la violation de ces derniers⁽⁵⁸⁾.

24. Un second fondement de la dynamique de procéduralisation des droits fondamentaux est assurément à trouver en l'existence du principe de subsidiarité.

(56) Voy. *supra*, point B., Formes et typologies de la procéduralisation.

(57) E. BREMS, « Procedural Protection : An Examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights », *op. cit.*, p. 159.

(58) P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, « Procedural Rationality : Giving Teeth to the Proportionality Analysis », *op. cit.* pp. 233-234.

Face à une notion si dense et polymorphe⁽⁵⁹⁾, notre propos se limitera à énoncer les bases strictement nécessaires du principe de subsidiarité pour en comprendre l'impact sur la dynamique de procéduralisation des droits fondamentaux.

Le principe de subsidiarité peut se définir comme suit : « the task of ensuring respect for the rights enshrined in the Convention lies first and foremost with the authorities in the Contracting states rather than with the Court. The Court can and should only intervene only where the domestic authorities fail in that task »⁽⁶⁰⁾. Le principe de subsidiarité se décline donc en deux volets : la subsidiarité positive — posant la nécessité pour les autorités nationales d'assurer en premier lieu le respect des droits fondamentaux — et la subsidiarité négative — entendue comme étant l'injonction donnée à la Cour de se positionner en retrait par rapport aux autorités nationales⁽⁶¹⁾. Il s'ensuit qu'au plus les autorités nationales se seront montrées soucieuses du respect des droits de la Convention, au plus la Cour effectuera un rôle restreint.

Plus précisément, le principe de subsidiarité se concrétise par la reconnaissance d'une large marge d'appréciation aux autorités nationales dans le contrôle de proportionnalité des ingérences apportées aux droits fondamentaux, notamment lorsque les matières en jeu ont trait à des options politiques nationales ou qu'elles s'attachent à des questions sociétales⁽⁶²⁾. Dans ce contexte, la Cour ne substituera pas sa propre appréciation au litige qui lui est soumis. En revanche, en tant que garante de la protection des droits fondamentaux, elle devra examiner si les autorités nationales ont — préalablement à l'adoption de leur décision — suffisamment d'éléments justifiant leur prise de position.

C'est dans ce cadre qu'intervient la procéduralisation des droits fondamentaux substantiels dès lors que la Cour peut conclure à la violation d'un droit fondamental sans se prononcer sur le fond de l'affaire mais plutôt en constatant — par exemple — qu'une garantie procédurale supplémen-

(59) D. SZYMCAK, « Rapport introductif : le principe de subsidiarité dans tous ses états », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthemis, 2014, p. 15.

(60) Note du juriconsulte de la Cour eur. d. h., *Interlaken Follow-up : Principle of Subsidiarity*, 2010, disponible sur http://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_ENG.pdf.

(61) E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », *op. cit.*, p. 271 ; E. BREMS, « The “Logics” of Procedural-type Review by the European Court of Human Rights », Abstract, à paraître in J. GERARDS and E. BREMS, *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2891280. Voy. égal. ORGANISING COMMITTEE, « Subsidiarity: a two-sided coin? », *op. cit.*

(62) Au-delà du principe de subsidiarité, on peut également lire dans cette démarche une question de légitimité. Les autorités nationales sont plus à même de définir leurs politiques internes et de prendre des positions sur des sujets de société qui soient cohérentes avec l'opinion publique interne.

taire aurait dû être respectée(63), voire que l'autorité nationale ne dispose pas de suffisamment de documents pour conclure que Monsieur Paposhvili n'aurait pas été confronté à un risque réel et concret de traitements inhumains ou dégradants s'il était renvoyé en Géorgie(64).

Le principe de subsidiarité a gagné davantage d'ampleur au cours de ces dernières années, ayant été inséré dans le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme par le protocole additionnel n° 15(65). Il semblerait donc que le principe directeur de l'effectivité des droits fondamentaux, déduit de l'alinéa 3 du préambule de la Convention, se retrouve désormais concurrencé par le principe de subsidiarité. En d'autres termes, la marge d'appréciation prend une place prépondérante dans le raisonnement de la Cour. Aux yeux de Frédéric Sudre, ce changement de cap vise à « limiter le rôle de la Cour et l'inciter à une interprétation moins audacieuse du texte conventionnel »(66). Dans ce contexte, la procéduralisation des droits fondamentaux semble être une dynamique d'autant plus importante dès lors qu'elle risque de constituer, à l'avenir, l'unique voie permettant de constater la violation d'un droit fondamental.

4. Les espoirs et dangers

25. Faut-il saluer l'existence du mouvement de procéduralisation des droits fondamentaux et son importance croissante ? Au contraire, faut-il y percevoir un affaiblissement du rôle de la Cour dans sa mission de « chien de garde » des droits fondamentaux ? Les réponses à ces questions doivent être nuancées.

26. Tout d'abord, force est de constater que la procéduralisation des droits substantiels s'apparente à un « magma plutôt qu'à un système »(67), ce qui reflète la construction incessante et désorganisée de cette dynamique. Pour s'en convaincre, il suffit d'avoir égard aux différentes typologies établies par la doctrine qui reconnaît d'ailleurs ne pas être en mesure d'englober toutes les applications concrètes rencontrées dans la jurisprudence de la Cour. Cette architecture bancale crée deux problèmes d'articulation.

(63) Voy., par ex., Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Karacsony et autres c. Hongrie*, du 17 mai 2016, précité.

(64) Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Paposhvili c. Belgique*, du 13 décembre 2016, § 205.

(65) Si ce protocole n'est pas encore entré en vigueur, Frédéric Sudre estime toutefois que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg s'inscrit dans une reconnaissance grandissante du principe de subsidiarité. Voy., à cet égard, F. SUDRE, « Le recadrage de l'office européen », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 242-243.

(66) F. SUDRE, « Le recadrage de l'office européen », op. cit., p. 242.

(67) P. POPELIER, « The Court as regulatory watchdog. The procedural approach in the case law of the European Court of Human Rights », in P. POPELIER, A. MAZMANIAN et W. VANDENBRUWAENE, *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Cambridge, Intersentia, 2013, p. 338.

Premièrement, un problème d'articulation entre les aspects procédural et substantiel d'un même droit fondamental peut se poser. La tentation devient grande pour la Cour de ne se prononcer qu'à l'égard du volet procédural d'un droit substantiel, ce qui pourrait la conduire à arrêter son analyse au contrôle formel si elle juge celui-ci satisfaisant. Or, la jurisprudence montre que la Cour de Strasbourg ne procède pas systématiquement à un examen substantiel après avoir constaté que la procédure n'était pas critiquable(68).

La procéduralisation des droits substantiels renvoie à un deuxième problème d'articulation en rendant imprécise la frontière entre les droits substantiels protégés par la Convention et les droits procéduraux qu'elle consacre, à l'instar des articles 6 et 13 de la Convention(69).

Par ailleurs, cette tendance de formalisation peut être excessive et employée comme une voie de fuite lorsque l'examen procédural se substitue à l'examen substantiel. Sous couvert d'une analyse procédurale, la Cour renonce de plus en plus fréquemment à se prononcer sur le fond et, partant, s'abstient d'exercer pleinement son contrôle(70). Cette attitude est résolument tentante pour la Cour, puisqu'elle lui permet de remplir sa mission de protection du justiciable tout en s'abstenant de s'exposer vis-à-vis des autorités nationales concernées, dès lors qu'elle ne remet pas en question le fond de leurs décisions. Il nous semble pourtant que, dans cette hypothèse, la Cour manque à sa mission car elle avalise, à tout le moins implicitement, des décisions qui méritaient d'être analysées au fond, voire qui apparaissaient contraires aux droits fondamentaux(71).

27. Malgré ces difficultés, la procéduralisation des droits fondamentaux constitue également une avancée en matière de protection de ces droits, laquelle se note à trois égards.

Premièrement, lorsque la Cour examine le procédé d'adoption des décisions remises en causes, il est évident qu'elle élargit son contrôle et, partant, assure une meilleure effectivité aux droits fondamentaux. On pense particulièrement aux matières dans lesquelles les Etats jouissent d'une

(68) *Ibidem*, pp. 338-339.

(69) Sur ce point, voy. E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 416 et s. ; M. BORRES et M. SOLBREUX, « La liberté d'expression des parlementaires et le maintien de l'ordre dans l'hémicycle. Obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt Karacsony e.a. c. Hongrie, 17 mai 2016 », *Rev. trim. dr. h.*, 2017, pp. 585-606.

(70) Cette attitude a été constatée dans les arrêts et opinions dissidentes jointes suivants : Cour eur. D.H., *Labita c. Italie*, du 6 avril 2000 ; Cour eur. D.H., *Svetap Veznedaroglou c. Turquie*, du 11 avril 2000. Voy. égal. Cour eur. D.H. (Gde Ch.), arrêt *Karacsony et autres c. Hongrie*, du 17 mai 2016.

(71) Voy. M. BORRES et M. SOLBREUX, « La liberté d'expression des parlementaires à l'aune de la nécessité de maintenir l'ordre au sein du Parlement... », *op. cit.*, dans lequel nous décrivons précisément un tel stratagème employé par la Cour dans son arrêt de Grande Chambre *Karacsony et a. c. Hongrie*.

grande marge d'appréciation et dans lesquelles la Cour se positionne classiquement en retrait quant au fond du litige.

Deuxièmement, cette dynamique devrait inciter les Etats à renforcer la qualité de leurs procédures législative, administrative et judiciaire en prenant en compte en amont et de manière circonstanciée l'impact de leurs mesures sur les droits fondamentaux.

Troisièmement, par le biais de ce raisonnement procédural, la Cour octroie un caractère objectif à ces arrêts, lesquels sont moins susceptibles de porter atteinte à sa légitimité dès lors qu'ils seront assurément moins discutés par les autorités nationales. Toutefois, une utilisation excessive de cette dynamique pourrait également remettre en question sa légitimité dès lors que, en tant que garante des droits fondamentaux, on attend d'elle qu'elle tranche les litiges avant tout au fond.

28. La procéduralisation des droits substantiels nous semble donc être une démarche positive lorsque la Cour de Strasbourg y a recours en vue de leur assurer une effectivité élargie, c'est-à-dire qu'en l'absence d'analyse des garanties procédurales, la Cour aurait conclu à l'absence de violation de ces droits. Toute autre utilisation serait à proscrire car elle affaiblirait leur protection(72).

C. La procéduralisation des droits fondamentaux au regard de la Cour constitutionnelle belge

29. Après avoir mis en évidence les éléments principaux du mouvement de procéduralisation des droits fondamentaux effectué par la Cour européenne des droits de l'homme, il nous semble judicieux d'examiner comment la Cour constitutionnelle belge se positionne par rapport à cette dynamique. En effet, à l'instar de la Cour de Strasbourg, la Cour constitutionnelle joue un rôle crucial en matière de protection des droits fondamentaux.

Sa mission a ceci de particulier, par rapport au contrôle de la Cour européenne, qu'elle exerce ce contrôle exclusivement à l'égard des normes législatives(73), par le biais de recours en annulation(74) et de saisine sur question préjudicielle(75).

Nous tenterons de rendre compte de l'existence de ce mouvement de procéduralisation des droits fondamentaux à l'échelle nationale en examinant,

(72) E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 425 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », in D. D'AMBRA, F. BENOÎT-ROHMER et C. GREWE (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2003, pp. 1 à 23.

(73) Article 1^{er} de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989, p. 315.

(74) *Ibid.*

(75) Article 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 précitée.

tout d'abord, les contraintes théoriques qui encadrent le fonctionnement de la Cour (1) et en exposant, ensuite, un échantillon de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge qui s'inscrit dans ce processus de procéduralisation (2).

Dans un troisième temps, nous dégageons quelques enseignements de cette jurisprudence et les mettons en perspective avec les constats posés au niveau de la Cour européenne des droits de l'homme (3).

1. Les contraintes théoriques

30. La perspective théorique d'une transposition du mouvement de procéduralisation des droits fondamentaux au niveau de la Cour constitutionnelle belge paraît à première vue fort restreinte, et ce compte tenu de contraintes d'ordre juridique et politique.

31. D'un point de vue juridique, les compétences accordées par le Constituant et le législateur spécial à la Cour constitutionnelle n'incluent *a priori* pas la possibilité de contrôler le respect des droits fondamentaux dans le processus d'adoption de la loi (*input*)(76). La Cour serait donc uniquement compétente s'agissant du contenu des normes législatives (*output*)(77).

Celle-ci s'est dès lors toujours estimée incompétente pour examiner tout moyen ayant trait au procédé législatif(78). Ceci nous amène à formuler deux constats.

Premièrement, la Cour constitutionnelle ne pourrait pas insérer sa jurisprudence dans le volet de procéduralisation générale puisqu'elle ne pourrait se prononcer quant à la violation d'un droit fondamental, que cela soit du fait de l'absence d'une mesure préalable à l'adoption de la norme législative(79), ou du fait de l'absence de mesures préalables à l'adoption des dispositions législatives(80).

(76) A noter que, dans l'examen du respect de la répartition des compétences, le législateur spécial a expressément habilité la Cour constitutionnelle — en vertu de l'article 30*bis* de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle — à contrôler le respect de certaines formes spécifiques préalables à l'adoption des normes législatives.

(77) D. KEYAERTS, « Toetsing van de concrete totstandkoming van wetgevende normen door het Grondwettelijk Hof. Een pyrrusoverwinning of een echte doorbraak in de uitbreiding van de rechtsbescherming ? », noot onder G. H., 22 november 2012, nr. 144/2012, *T.B.P.*, 2013, p. 611.

(78) C.C., arrêt n° 24/96, du 27 mars 1996, B.5.1., B.5.2., B.6.1. et B.6.2. ; C.C., arrêt n° 51/2003, du 30 avril 2003, A.4. et B.13. ; C.C., arrêt n° 193/2006, du 5 décembre 2006, A.9. et B.15. ; C.C., arrêt n° 123/2006, du 28 juillet 2006, A.6.1. et B.16.2. ; C.C., arrêt n° 144/2012, du 22 novembre 2012, B.9.3 tel que repris dans C.C., arrêt n° 11/2013 du 21 février 2013 et C.C., arrêt n° 29/2014, du 13 février 2014, B.5.3 et B.9. Ces extraits sont repris *in extenso* dans la contribution présentée au Congrès.

(79) C.C., arrêt n° 123/2006, du 28 juillet 2006, A.6.1. et B.16.2.

(80) C.C., arrêt n° 24/96, du 27 mars 1996, B.5.1., B.5.2., B.6.1. et B.6.2. ; C.C., arrêt n° 51/2003, du 30 avril 2003, A.4. et B.13. ; C.C., arrêt n° 193/2006, du 5 décembre 2006, A.9. et B.15.

Deuxièmement, cette contrainte ne semble, par contre, pas faire obstacle à la possibilité pour la Cour d'inscrire sa jurisprudence dans la tendance de procéduralisation spécifique dès lors qu'elle est compétente pour constater qu'une, voire plusieurs garanties procédurales, manquent au contenu de la norme législative pour qu'elle soit conforme à des droits fondamentaux substantiels.

32. Outre ces contraintes juridiques, le rapport particulier que la Cour entretient avec le pouvoir législatif fédéral pourrait justifier une réticence de la Cour constitutionnelle à s'insérer dans la dynamique de procéduralisation des droits fondamentaux. Patricia Popelier et Catherine Van De Heyning soutiennent que cette contrainte d'ordre politique s'exprime à deux niveaux(81) : d'une part, les juges de la Cour sont nommés alternativement par l'une des deux chambres fédérales(82), étant entendu que la moitié d'entre eux doit avoir exercé une fonction de parlementaire pendant cinq années au moins(83) ; d'autre part, la Cour est attachée à maintenir un lien de confiance vis-à-vis du législateur dès lors que l'étendue de sa compétence est tributaire de son action.

2. Les applications pratiques

33. En dépit des constats théoriques restreignant la possibilité pour la Cour constitutionnelle belge de s'insérer dans le mouvement de procéduralisation des droits fondamentaux, cette dynamique trouve, en pratique, un certain écho au sein de sa jurisprudence, et ce dans les deux volets de procéduralisation avec une application nettement plus étendue — au vu de nos recherches — pour la procéduralisation générale.

Dans le cadre de la présente contribution, nous n'évoquons qu'un échantillon d'arrêts, lequel pourrait être élargi par une analyse plus approfondie.

34. Au titre de procéduralisation *spécifique*, la Cour a déjà eu l'occasion de constater la violation du droit au respect de la vie privée et familiale, en considérant que la mesure en cause ne présentait pas de garanties procédurales suffisantes.

Cet arrêt portait sur la compatibilité d'un traitement de données à caractère personnel par les forces de police avec, notamment, le droit à la vie privée. Les parties requérantes critiquaient entre autres la composition de l'organe amené à effectuer ce contrôle. Celui-était en effet composé, au moins pour moitié, par des personnes issues des forces de police, ce qui,

(81) P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, « Procedural Rationality : Giving Teeth to the Proportionality Analysis », *op. cit.*, p. 245.

(82) Article 32 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989, p. 315.

(83) Article 34, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2^o et § 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989, p. 315.

selon les requérants, compromettrait son indépendance⁽⁸⁴⁾. La Cour a suivi le raisonnement des requérants en concluant à la violation de leur droit à la vie privée du seul fait que la disposition en cause ne prévoyait pas de garanties suffisantes d'indépendance dans la composition de l'organe de contrôle.

35. Les arrêts, plus nombreux, épinglés comme participant à la dynamique de procéduralisation *générale* peuvent, à notre estime, être classés en trois catégories.

Premièrement, la Cour a déjà conclu à la violation ou l'absence de violation de droits fondamentaux substantiels en se basant sur le fait que le procédé législatif apportait — ou n'apportait pas — les réponses politiques et/ou techniques suffisantes pour justifier la mesure adoptée⁽⁸⁵⁾.

Ainsi, la Cour a validé le fait qu'un décret aménageant le régime de congé et de mise en disponibilité du personnel de la Communauté française fixe le nombre de jours de congé à quinze pour l'ensemble des enseignants, et ce sans tenir compte du fait que le risque de maladie est proportionnel à l'âge, dès lors que les statistiques reprises dans les travaux préparatoires montraient que le nombre fixé n'était dépassé qu'à partir de l'âge de 50-54 ans⁽⁸⁶⁾.

De même, la Cour a considéré que n'était pas discriminatoire le fait d'interdire la détention et l'exposition de chiens et de chats dans l'espace commercial et les dépendances d'un établissement commercial et non d'autres animaux de compagnies dès lors que « [l]e législateur, qui s'est informé de façon circonstanciée auprès de représentants des divers acteurs du secteur lors d'auditions, a pu raisonnablement estimer qu'il fallait surtout agir contre les achats impulsifs de chiens et de chats »⁽⁸⁷⁾.

En revanche, la Cour a annulé la disposition législative délimitant des zones à protéger contre les nuisances sonores dues à la proximité avec l'aéroport de Liège-Bierset au motif que cette délimitation serait discriminatoire. Elle a, en effet, tenu compte de l'ensemble des rapports d'expertise mentionnés par les deux parties et constaté — sans « donner une appréciation sur les conclusions des différents rapports établis par des experts » — « qu'aucun de ces rapports ne permet de conclure que les riverains de l'aéroport de Bierset pourraient occuper leur habitation, sans qu'il soit porté une atteinte exorbitante au respect de leur vie pri-

(84) C.C., arrêt n° 108/2016, du 14 juillet 2016, A.15.2.

(85) Pour davantage d'illustrations, voy. la contribution présentée au Congrès et les références suivantes : C.C., arrêt n° 12/2016, du 27 janvier 2016, B.4.2. à B.4.4. ; C.C., arrêt n° 143/2007, du 22 novembre 2007, B.18.4.

(86) C.C., arrêt n° 134/98, du 16 décembre 1998, B.8.3. A noter que : si la Cour a donc rejeté le moyen pris de la violation des principes d'égalité et de non-discrimination au regard de l'absence de prise en compte de la différence d'âge entre les enseignants, la Cour annulera *in fine* la norme pour d'autres motifs.

(87) C.C., arrêt n° 53/2009, du 19 mars 2009, B.2.7 et B.2.8.

vée, s'ils doivent subir des nuisances sonores qui se situent entre 65 et 70 dB(A) » (88).

Ce raisonnement de la Cour constitutionnelle démontre l'importance qu'elle attache aux travaux parlementaires. Si la Cour se garde de substituer sa propre appréciation à celle formulée par le législateur, elle décortique par contre le procédé législatif pour voir si des justifications suffisantes s'y trouvent (89).

36. Deuxièmement, la Cour a, à plusieurs reprises, constaté la violation ou l'absence de violation de droits fondamentaux substantiels sur la base de l'existence ou de l'absence de mesures préalables à l'adoption de la norme attaquée (90).

Suite à l'arrêt d'annulation (91) des dispositions délimitant les zones à protéger autour de l'aéroport de Liège-Bierset, la Région wallonne a adopté de nouvelles dispositions, lesquelles ont fait l'objet d'un recours en annulation. Dans son arrêt, la Cour a validé ces dispositions, en considérant que le législateur avait tenu compte de l'ensemble des paramètres, en ce compris de l'arrêt d'annulation, sans pour autant s'assurer que la décision adoptée ne portera pas atteinte au droit au respect à la vie privée et familiale en sanctionnant, par exemple, l'absence d'étude d'impact (92).

Dans un autre registre, on peut également s'interroger sur le fait que la Cour valide la constitutionnalité d'une loi régularisant, avec effet rétroactif, des taxes communales additionnelles à l'impôt des personnes physiques. Concrètement, les parties requérantes invoquaient l'existence d'une discrimination entre les justiciables ayant introduit un recours à l'encontre de cette taxe en n'invoquant que le grief de la rétroactivité et ceux ayant invoqué d'autres griefs dès lors que la loi rendait le recours des premiers sans objet. La Cour a justifié l'absence de discrimination en exprimant, notamment, que la rétroactivité était nécessaire car elle rencontrait un objectif d'intérêt général, à savoir que les communes auraient été mises « dans une situation financière délicate » si elles avaient dû rembourser les dites taxes (93). Il semblerait donc que la Cour ait sauvé la constitutionnalité de la norme attaquée en mettant en avant l'importance financière

(88) C.C., arrêt n° 51/2003, du 30 avril 2003, B.8. et B.9.

(89) P. Popelier et C. Van De Heyning qualifient cette forme de procéduralisation comme suit : « the requirement of evidence-based decision making » (« Procedural Rationality : Giving Teeth to the Proportionality Analysis », *op. cit.*, p. 251).

(90) Pour davantage d'illustrations, voy. la contribution présentée au Congrès et les références suivantes : C.C., arrêt n° 180/2015, du 17 décembre 2015, B. 8.3.

(91) C.C., arrêt n° 52/2003, du 30 avril 2003, commenté au point 35.

(92) P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, « Procedural Rationality : Giving Teeth to the Proportionality Analysis », *op. cit.*, p. 257 ; voy. égal. C.C., arrêt n° 189/2005, du 14 décembre 2005, B.8.

(93) C.C., arrêt n° 186/2009, du 26 novembre 2009, B.9.2.3.

du maintien de la norme pour les communes, et ce sans vérifier la véracité de ce besoin(94).

Les arrêts évoqués ont ceci en commun de concerner des matières qui relèvent de choix politiques délicats et/ou des matières techniques. Dans de tels domaines, la Cour reconnaît au législateur une large marge d'appréciation et, partant, se met en retrait par rapport aux choix qu'il opère. A défaut pour les parties requérantes d'apporter des éléments suffisamment probants mettant en lumière une inconstitutionnalité, la Cour valide le contenu de la loi dès lors que le procédé d'adoption contient les éléments suffisants de nature à démontrer la constitutionnalité de la mesure.

37. Troisièmement, plusieurs dispositions ont été remises en cause par la Cour au motif que leur processus d'adoption n'était pas conforme à certaines dispositions de droit international et européen.

La Cour a été interrogée, au moins dans le cadre de quatre procédures(95), sur la compatibilité de décrets ratifiant des permis d'urbanisme avec les articles 10, 11 et 23 de la Constitution, combinés avec les articles 2, § 2, et 9, § 2, de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement et les articles 1^{er}, § 5 et 10*bis* de la directive 85/357/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

Les dispositions internationales susmentionnées imposent aux Etats membres de permettre la contestation de certains permis devant une instance pouvant exercer un contrôle étendu. Or, dès lors que ces permis sont ratifiés par une norme législative, ils deviennent uniquement attaquables devant la Cour constitutionnelle et, partant, sont privés d'un tel contrôle étendu(96). Par conséquent, la différence de traitement qui existe à l'égard des justiciables selon qu'ils souhaitent contester un permis ratifié ou non est justifiée si et seulement si les permis ratifiés satisfont à différentes exigences déterminées par la Cour de justice de l'Union européenne. Ces exigences concernent essentiellement des garanties procédurales en amont de l'adoption de la norme de ratification, notamment l'assurance de la prise en compte effective des incidences en matière d'environnement. Dans les faits, la Cour a dû constater que les législateurs se contentaient d'approuver purement et simplement les permis sans vérifier si ces exigences étaient rencontrées et, partant, que les dispositions en cause étaient discriminatoires.

(94) Voy. égal. une critique de P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING (« Procedural Rationality : Giving Teeth to the Proportionality Analysis », *op. cit.*, p. 256).

(95) C.C., arrêt n° 144/2012, du 22 novembre 2012 ; C.C., arrêt n° 11/2013, du 21 février 2013 ; C.C., arrêt n° 29/2014, du 13 février 2014 ; C.C., arrêt n° 82/2017, du 22 juin 2017.

(96) C.C., arrêt n° 144/2012, du 22 novembre 2012, B.9.3 et B.9.4 tels que repris dans C.C., arrêt n° 11/2013, du 21 février 2013 et C.C., arrêt n° 29/2014, du 13 février 2014, B.5.3 et B.9.

La Cour a donc dû se pencher sur le processus conduisant à l'adoption des normes, en refusant de qualifier ce contrôle de purement procédural. Jusqu'à récemment, elle décrivait la nécessité d'évaluer le processus législatif comme étant « un examen préalable, imposé par le droit de l'Union européenne, de la qualification de l'acte législatif attaqué »(97). Dans un arrêt du 22 juin 2017, la Cour a été un pas plus loin puisqu'elle a considéré — au terme d'un raisonnement détaillé — que, dans un tel cas, « l'examen de la compétence de la Cour se confond dès lors avec celui du fond »(98).

3. Quelques réflexions relatives à la procéduralisation des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle belge

38. En dépit du fait que la Cour affirme et rappelle de manière non équivoque qu'elle n'est pas habilitée à analyser le procédé d'adoption des normes législatives, il est incontestable qu'elle exerce un certain contrôle sur ce processus et, partant, se prête à une certaine forme de procéduralisation des droits fondamentaux substantiels. Toutefois, la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge s'inscrivant dans cette dynamique semble relativement restreinte, surtout en comparaison avec le mouvement croissant à l'œuvre au niveau de la Cour européenne des droits de l'homme.

Sans comparer de manière systématique le mouvement de procéduralisation à l'œuvre au niveau belge par rapport à celui existant au niveau de la Cour de Strasbourg, nous dégageons de l'échantillon de jurisprudence belge commenté les constats suivants.

La Cour constitutionnelle belge effectue une analyse procédurale essentiellement — mais pas exclusivement — lorsqu'elle est amenée à devoir examiner la proportionnalité de mesures adoptées dans des matières dites délicates, parce qu'elles supposent une orientation politique ou une compétence technique déterminée.

A l'image du principe de subsidiarité motivant la Cour de Strasbourg à se mettre en retrait par rapport aux autorités nationales en leur accordant une large marge d'appréciation, la Cour constitutionnelle belge adopte la même attitude à l'égard du pouvoir législatif en raison de sa légitimité et de son expertise(99). Si l'on pouvait donc logiquement penser que les Cours nationales seraient plus enclines à se prononcer sur le fond du fait de leur proximité et leur connaissance du contexte, il apparaît que d'autres contingences invitent la Cour belge à adopter une attitude tout aussi prudente.

(97) C.C., arrêt n° 144/2012, du 22 novembre 2012, B.13 tel que repris dans C.C., arrêt n° 11/2013, du 21 février 2013, B.9.3 et C.C., arrêt n° 29/2014, du 13 février 2014, B.9.

(98) C.C., arrêt n° 82/2017, du 22 juin 2017, B. 12. à B.16.

(99) P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, « Procedural Rationality : Giving Teeth to the Proportionality Analysis », *op. cit.*, p. 233.

Par conséquent, il nous semble pertinent — dans cette perspective — que la Cour constitutionnelle belge procède à un examen de la procédure législative dans la mesure où celui-ci lui permet de censurer des normes en se basant sur des aspects « procéduraux » ou à tout le moins, « formels », alors qu'un examen du fond de la mesure aurait abouti à un constat de non-violation.

Nous remarquons également que la méthode combinatoire consistant à invoquer la violation des articles 10 et 11 de la Constitution consacrant les principes d'égalité et de non-discrimination combinés avec des dispositions internationales imposant des garanties procédurales contraint parfois la Cour à examiner le procédé législatif⁽¹⁰⁰⁾.

A contrario, nous notons que la Cour constitutionnelle belge s'est déjà abstenue de procéder au contrôle du processus législatif alors même que les parties requérantes invoquent que des anomalies préalables à l'adoption de la norme ont assurément eu une influence sur le contenu de celle-ci. Il apparaît donc que la Cour constitutionnelle se montre résolument prudente à l'idée de contrôler le procédé d'adoption des normes législatives, et ce même lorsque le contenu de la norme est contesté. A notre estime, une telle analyse aurait pu mener au constat de la violation des droits substantiels en cause et, partant, leur accorder une effectivité renforcée.

De manière plus générale, nous estimons qu'il serait judicieux que la Cour effectue une analyse procédurale des droits substantiels chaque fois que cet examen permet une meilleure effectivité des droits fondamentaux. A cet égard, il nous semble que la Cour devrait affirmer plus nettement qu'elle procède à ce type de contrôle et le rendre plus systématique. Non seulement les droits fondamentaux seraient davantage protégés, mais les législateurs seraient également responsabilisés quant à la nécessité d'évaluer en amont l'impact de leurs mesures sur les droits substantiels.

En ce sens, nous pensons particulièrement à la protection des droits sociaux, économiques et culturels, matière dans laquelle la Cour reconnaît une marge d'appréciation particulièrement étendue aux législateurs. En leur imposant de justifier l'impact de la mesure sur ces droits et, partant, en censurant les mesures adoptées en l'absence de justifications raisonnables, l'effectivité de ces droits pourrait être nettement renforcée.

Il convient toutefois de ne pas tomber dans la tentation de substituer l'examen de la procédure à l'analyse du fond d'une mesure ; il s'agit d'un risque bien présent, faisant écho à celui qui plane également au-dessus de la Cour de Strasbourg.

(100) C.C., arrêt n° 144/2012, du 22 novembre 2012, B.13 tel que repris dans C.C., arrêt n° 11/2013, du 21 février 2013, B.9.3 et C.C., arrêt n° 29/2014, du 13 février 2014, B.9.

CONCLUSION

39. La présente contribution avait pour ambition de commenter l'arrêt *Paposhvili c. Belgique*, de l'insérer dans une analyse plus globale du mouvement de procéduralisation des droits substantiels à l'œuvre au niveau de la Cour européenne des droits de l'homme et, finalement, d'examiner si la Cour constitutionnelle belge pratiquait ce raisonnement procédural et s'il était souhaitable qu'elle y ait recours.

40. L'arrêt *Paposhvili* représente une parfaite illustration du mécanisme de procéduralisation usité par la Cour, sous son aspect « général ». Dans une matière dans laquelle elle n'hésitait auparavant pas à substituer son appréciation à celle des autorités nationales, la Cour choisit de se référer uniquement à la procédure suivie au niveau national et à sa qualité, sans trancher la question en cause sur le fond. La Cour semble avoir utilisé cet arrêt pour placer des balises théoriques qui encadreront l'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités nationales chargées de connaître de cas similaires à celui de Monsieur Paposhvili. Une telle façon de procéder laisse à présager que la Cour se contentera ensuite, lorsqu'elle se trouvera saisie d'un recours contre de telles décisions nationales, de se référer à ces lignes directrices et de vérifier que les autorités nationales ont pris les éléments pertinents en compte.

Comme nous avons tenté de le mettre en lumière, une telle façon de procéder est à double tranchant. Si une condamnation de l'Etat partie concernant le fond de sa décision semblait peu probable, voire impossible, il est salutaire que la Cour se réfère à la grille d'analyse qu'elle a préalablement mise en place et vérifie que l'ensemble des éléments pertinents ont été pris en compte et appréciés de façon raisonnable. Par contre, si une telle condamnation intervient à la place d'une condamnation substantielle de l'Etat, la procéduralisation est alors utilisée comme voie de fuite afin d'éviter d'apprécier le fond du problème soumis à la Cour.

41. Concernant la procéduralisation plus globalement, il est indéniable que ce mouvement, tant il est large, pourrait faire l'objet d'un examen bien plus détaillé. Il nous semble cependant que plusieurs observations peuvent d'ores et déjà être formulées à ce stade.

Le mouvement de procéduralisation des droits fondamentaux initié par la Cour européenne des droits de l'homme trouve une application croissante au sein de la jurisprudence de la Cour strasbourgeoise mais également un certain écho au sein de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge.

A ces deux niveaux, les expressions de ce mouvement sont multiples, à un point tel qu'il n'est parfois pas aisé de déterminer s'il est question ou non de procéduralisation. Ce foisonnement de manifestations mériterait également d'être clarifié dès lors qu'il empiète parfois sur un examen subs-

tantiel de la violation alléguée ou rend inutile l'analyse d'une potentielle violation d'un droit procédural.

Si les raisons d'être du mouvement ne sont pas identiques au niveau de la Cour de Strasbourg et de la Cour constitutionnelle belge, il apparaît toutefois que ces logiques sont similaires, les deux Cours considérant — pour des motifs propres — devoir se limiter à un examen procédural de la mesure étant donné qu'elles ne sont pas « les mieux placées » pour apprécier la pertinence de la norme adoptée.

L'existence et le développement du phénomène de procéduralisation sont souhaitables — d'autant plus à l'égard de droits qui n'ont pas d'effet direct — mais uniquement lorsque cet examen procédural permet d'assurer l'effectivité des droits fondamentaux et de responsabiliser les législateurs dans leur action. Les expressions de cette dynamique aux fins de s'abstenir de répondre sur le fond participent au contraire à un affaiblissement de la protection de ces droits.

42. Si la doctrine ne s'était jusqu'à présent penchée que sommairement sur ce phénomène, il semblerait que cette dynamique soit aujourd'hui remise à l'avant-plan⁽¹⁰¹⁾. Il faut s'en réjouir. Il nous semble, en effet, qu'une analyse plus approfondie de la jurisprudence, non seulement de la Cour européenne des droits de l'homme mais également des Cours constitutionnelles nationales, devrait permettre une appréhension plus pointue de cette dynamique et, espérons-le, inciter les juridictions à recourir davantage et de manière plus adéquate à ce mode de raisonnement aux fins de protéger les droits fondamentaux.

(101) N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme. Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2017 ; J. GERARDS et E. BREMS, *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.