



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, COUR ÉMINENTE DES DROITS DE
L'HOMME DANS LA CONSTRUCTION EUROPÉENNE- QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LES
PROTOCOLES N°15 ET N°16 À LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE
L'HOMME*

JOËL ANDRIANTSIMBAZOVINA

Référence de publication : Andriantsimbazovina, Joël, « La Cour européenne des droits de l'Homme,
cour éminente des droits de l'Homme dans la construction européenne- Quelques réflexions sur les
protocoles n°15 et n°16 à la Convention européenne des droits de l'homme », Les Petites Affiches, n° 49,
10 mars 2014, p.6.

LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME, COUR ÉMINENTE DES DROITS DE L'HOMME DANS LA CONSTRUCTION EUROPÉENNE- QUELQUES RÉFLEXIONS SUR LES PROTOCOLES N°15 ET N°16 À LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Les protocoles nos 15, du 24 juin 2013, et 16, du 2 octobre 2013, à la Convention européenne des droits de l'Homme renforcent le statut de la Cour européenne des droits de l'Homme en tant que cour éminente des droits de l'Homme dans l'espace juridictionnel européen. À leur entrée en vigueur, ces protocoles feront de la Cour, une cour de l'essentiel et une cour de régulation de la protection des droits de l'Homme en Europe en laissant respectivement aux juridictions nationales et à la Cour de justice de l'Union européenne le soin d'assurer la protection au quotidien des droits de l'Homme dans l'ordre juridique national et dans l'ordre juridique de l'Union européenne.

« La sauvegarde et le développement des droits de l'Homme » constituent un des moyens pour « réaliser une union plus étroite » entre les États membres du Conseil de l'Europe¹, comme ils sont à la base des valeurs en vue de « faire progresser l'intégration européenne » à travers « un processus créant une union sans cesse plus étroite entre les peuples de l'Europe »².

Le rôle central de la Cour européenne des droits de l'Homme (CEDH) dans la concrétisation de la construction européenne ne s'est pas démenti depuis son premier arrêt *Lawless c/ Irlande* du 1er juillet 1961, notamment en qualifiant la Convention européenne des droits de l'Homme (Conv. EDH) d'« instrument constitutionnel de l'ordre public européen »³.

Paradoxalement, le succès et l'audace de la Cour⁴ risquent néanmoins d'affaiblir ce rôle fondamental. Ils ont provoqué l'engorgement du prétoire de la Cour⁵ comme ils ont déclenché une crispation souverainiste de certains États⁶. Très nettement, en organisant la conférence de haut niveau sur l'avenir de la CEDH, à Brighton, du 18 au 20 avril 2012, la présidence britannique du comité des ministres du Conseil de l'Europe se fixait pour objectif d'accomplir une réforme tendant à mettre au pas la CEDH⁷. Cette conférence, qui faisait suite à celles d'Interlaken⁸ et d'Itzmir⁹, déjà destinées à préparer une réforme de la CEDH, a permis d'enclencher l'élaboration des protocoles no 15¹⁰ et no 16¹¹ à la Conv. EDH¹².

Le protocole no 15 apporte diverses modifications à la Conv. EDH : l'introduction du principe de subsidiarité et de la règle de la marge nationale d'appréciation dans le préambule de la Convention, la réduction de six mois à quatre mois du délai de saisine de la CEDH, la suppression de la condition empêchant le rejet d'une affaire qui n'a pas été dûment examinée par une juridiction interne concernant le critère de recevabilité du « préjudice important », la suppression du droit des parties de s'opposer au dessaisissement d'une chambre au profit de la grande chambre, la modification de la limite d'âge de 70 ans

par la possibilité de présenter des candidats de moins de 65 ans au poste de juge au moment du dépôt des candidatures devant l'assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe.

Le protocole no 16 permet aux hautes juridictions des hautes parties contractantes d'adresser à la CEDH une demande d'avis consultatif portant sur l'interprétation et l'application de la Conv. EDH et ses protocoles.

La grave crise multidimensionnelle (économique, financière, sociale, politique) qui frappe l'Europe dans son ensemble, et qui affecte la construction européenne, éclipse quelque peu les changements apportés par ces deux protocoles. Elle peut également favoriser une survalorisation de l'État et de la subsidiarité qui peut braquer les projecteurs sur les risques de régression du rôle de la Cour en matière de développement des droits de l'Homme¹³. Or ces changements, couplés avec l'adhésion de l'Union européenne à la Conv. EDH, parachèvent le visage et la nature de la CEDH en tant que Cour éminente¹⁴ des droits de l'Homme dans la construction européenne.

En effet, après plusieurs décennies d'hésitations et de tergiversations, l'adhésion de l'Union européenne à la Conv. EDH est en passe de devenir réalité¹⁵. Le projet révisé d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la Conv. EDH finalisé le 5 avril 2013¹⁶ prévoit un « mécanisme de codéfendeur » (art. 3) qui renforce considérablement la double emprise de la CEDH et sur l'Union européenne et sur les États membres de celle-ci.

Bien sûr, si l'on peut craindre le développement parallèle de deux Europe des droits de l'Homme, celle du Conseil de l'Europe et celle de l'Union européenne avec la Conv. EDH pour la première et la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne pour la seconde, la combinaison des protocoles nos 15 et 16 et du mécanisme de codéfendeur favorise l'épanouissement d'un véritable système juridictionnel européen de protection des droits de l'Homme harmonisé sous l'égide de la CEDH.

Ce système est composé de trois sous-systèmes juridictionnels de protection : le système national, le système de l'Union européenne et le système de la Conv. EDH. Dans le premier système, en fonction de l'ordre juridique concerné, la cour constitutionnelle ou la Cour suprême harmonise ou chapeaute la protection nationale des droits et des libertés. Dans les deux derniers systèmes, les juridictions nationales sont les juges de droit commun de protection des droits fondamentaux et des droits de l'Homme en coopération avec la Cour de justice de l'Union européenne et avec la Conv. EDH. Le mécanisme juridictionnel de coopération des hautes juridictions des hautes parties contractantes avec la CEDH et le mécanisme de codéfendeur font de celle-ci la juridiction éminente gardienne de l'ensemble du système juridictionnel européen de protection des droits de l'Homme.

La qualification de Cour éminente traduit négativement l'inadaptation du concept de Cour suprême pour décrire la fonction et le rôle de la CEDH à la tête de ce système. Une Cour suprême dispose notamment des compétences de cassation et de dernière instance. Or la CEDH n'est ni un juge de cassation ni un juge de dernière instance. Elle refuse elle-même d'être une juridiction de troisième ou de quatrième instance : « La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 19 de la Convention, elle a pour tâche d'assurer le respect des engagements résultant de la Convention pour les parties contractantes. En particulier, il lui ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si

et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention (...). La Cour ne peut apprécier elle-même les éléments de fait ayant conduit une juridiction nationale à adopter telle décision plutôt que telle autre, sinon, elle s'érigerait en juge de troisième ou quatrième instance et elle méconnaîtrait les limites de sa mission (...) »¹⁷.

Positivement, la qualification de Cour éminente est plus adaptée pour dépeindre la fonction de la CEDH.

Une Cour éminente est une juridiction chargée de l'interprétation authentique d'une norme fondatrice d'un ordre juridique supranational. Par sa compétence d'interprétation, elle est chargée d'harmoniser l'interprétation et l'application de cette norme au sein de l'ordre juridique concerné.

La CEDH « interprète de manière authentique la Convention »¹⁸. Elle considère que « ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de parties contractantes (...) »¹⁹.

Dès lors que l'Union européenne rejoindra l'ordre public européen des droits de l'Homme institué par la Conv. EDH, elle deviendra une haute partie contractante aux côtés des États adhérents à la Conv. EDH. La Cour de justice de l'Union européenne, Cour éminente de l'ordre juridique de l'Union européenne, coopérera avec la CEDH pour faciliter l'harmonisation par celle-ci de l'interprétation et de l'application de la Conv. EDH au sein de l'Union européenne.

La mise en œuvre de sa fonction de Cour éminente du système juridictionnel européen de droits de l'Homme par la CEDH nécessite que cette dernière se détache du jugement systématique de tous les litiges et de tous les cas qui lui parviennent. Elle doit se concentrer sur les affaires qui soulèvent des questions importantes ou nouvelles d'interprétation de la Conv. EDH et de ses protocoles. Elle doit aussi consacrer une grande partie de son rôle à assurer le bon fonctionnement du système juridictionnel européen de protection des droits de l'Homme.

Aussi, en tant que Cour éminente de ce système, la CEDH est une cour de l'interprétation et de jugement de l'essentiel (I) et une cour de régulation de la protection des droits de l'Homme en Europe (II).

I. UNE COUR DE L'ESSENTIEL

Le protocole no 14 a pu préserver le droit de recours individuel au prix d'un renforcement du filtrage des requêtes individuelles devant la CEDH²⁰ notamment par la création du critère du préjudice important²¹. Restant ainsi la seule juridiction supranationale de protection des droits de l'Homme directement accessible aux individus²², la Cour est tournée vers l'examen des questions de droit essentielles. Le protocole no 15 renforce cette tendance avec un dispositif de triage de l'essentiel (A) et en dotant la Cour de moyens supplémentaire pour mieux juger l'essentiel (B).

A. Le triage de l'essentiel

En tant que Cour éminente, la CEDH n'exerce pas un pouvoir discrétionnaire d'accueil des requêtes individuelles à l'instar par exemple de la Cour suprême des États-Unis pour accepter une requête en certiorari²³. Elle doit néanmoins trier les affaires essentielles qui lui permettent d'exercer pleinement son office d'harmonisation de l'interprétation de la Conv. EDH.

La politique de priorisation y contribue, à son niveau, pour choisir les affaires qui méritent un traitement prioritaire²⁴. Mais un autre instrument permet un véritable filtrage.

Comme on le sait, outre la règle de l'épuisement des voies de recours internes et celle du délai de six mois, depuis l'entrée en vigueur du protocole no 14, la recevabilité des requêtes individuelles est soumise à la condition du préjudice important.

Ces conditions encadrent le pouvoir de triage de la CEDH. Elles sont renforcées par le protocole no 15.

1 Ainsi, la saisine de la Cour devra être déposée dans un délai de quatre mois à partir de la décision interne définitive au lieu d'un délai actuel de six mois.

Le rapport explicatif du protocole no 15 justifie cette réduction par un souci d'harmoniser ce délai avec le délai généralement applicable dans les États membres pour la saisine des hautes juridictions nationales et par la volonté de mettre à profit les technologies de communication aujourd'hui plus rapides.

Ces justifications sont compréhensibles. Sous réserves d'une plus grande connaissance et d'une information large précise concernant les conditions de recevabilité des requêtes individuelles devant la CEDH, un délai de saisine de quatre mois à partir de la décision interne définitive n'apparaît pas excessivement restrictif. Elle implique une plus grande vigilance des requérants et de leurs conseils. Il n'apparaît pas anormal que la saisine d'une cour éminente soit soumise à une condition de délai spécifique.

Il ne fait pas de doute que, à court terme, l'appropriation de ce délai par les requérants et leurs conseils nécessite un temps d'adaptation.

Pour des raisons de sécurité juridique, le protocole no 15 prévoit un régime transitoire. Ce nouveau délai de quatre mois ne s'appliquera que six mois après l'entrée en vigueur du protocole no 15. Il n'aura pas non plus un effet rétroactif. La disposition fixant ce délai ne s'appliquera pas aux requêtes au regard desquelles la décision définitive au sens de l'article 35, § 1 de la Conv. EDH a été prise avant la date d'entrée en vigueur du protocole no 15²⁵.

En tout état de cause, la saisine d'une cour éminente ne saurait concerner que les requêtes concernant des affaires dans lesquelles le requérant subit un préjudice important.

2 D'une appréciation délicate, les modalités de mise en œuvre du critère du préjudice important sont durcies par le protocole no 15.

Très clairement, ce critère vise à épargner la Cour des affaires considérées comme « mineures ». La détermination du caractère mineur d'une affaire implique la vérification du seuil de gravité de la violation de la Conv. EDH. Dans cette opération de contrôle la Cour tient compte d'un certain nombre d'éléments comme les conséquences financières et patrimoniales de la violation. À vrai dire, bien qu'elle s'en défende,

en l'état actuel de sa jurisprudence, la Cour accorde une importance essentielle à la dimension patrimoniale et financière dans la détermination du préjudice important²⁶.

En plus de cette recherche du caractère important du préjudice, l'article 35, § 3 b) de la Conv. EDH prévoit un double garde-fou : l'irrecevabilité d'une requête ne saurait être prononcée si le respect des droits de l'Homme implique l'examen de la requête au fond, l'irrecevabilité de la requête ne peut être prononcée si l'affaire n'a pas été dûment examinée par une juridiction nationale.

C'est ce dernier verrou que le protocole no 15 fait sauter. Sur la base d'une lecture extrême du principe de subsidiarité qui exige des hautes parties contractantes de prévoir et d'organiser un recours effectif permettant de constater et de redresser la violation de la Conv. EDH, le protocole no 15 donne pouvoir à la Cour de rejeter une requête concernant une affaire qui n'aura pas été dûment examinée par un tribunal national. Il y a là aussi une interprétation paradoxale du principe de subsidiarité. Celui-ci peut être interprété comme permettant à la Cour de pallier les défaillances des tribunaux nationaux. Or le protocole no 15 exclut dorénavant cet aspect de la fonction de la CEDH.

On a ainsi une panoplie perfectionnée et raffinée de triage de l'essentiel²⁷. La Cour éminente pourra alors juger ce qui est essentiel.

B. Le jugement de l'essentiel

Il importe en effet que la Cour assure au mieux sa mission constitutionnelle²⁸. Bien qu'elle exerce déjà celle-ci, certains éléments de la procédure au sein de la Cour et de sa composition perturbent la bonne conduite de cette mission.

1 Depuis sa création, la procédure de dessaisissement d'une chambre au profit de la grande chambre constitue une anomalie dans la régulation interne des affaires au sein de la CEDH²⁹.

Il est en effet pour le moins curieux que l'on donne pouvoir aux parties d'empêcher à une formation de jugement interne à une juridiction de transférer une affaire à la formation de jugement la plus solennelle alors qu'un tel transfert vise à éclaircir ou à améliorer l'interprétation de la Conv. EDH ou encore à éviter une contradiction de jurisprudence entre les différentes formations de jugement de la Cour.

En supprimant le veto de l'une des parties à un dessaisissement d'une chambre au profit de la grande chambre, le protocole no 15 contribue non seulement à fluidifier les rapports entre les chambres et la grande chambre mais permettra aussi à celle-ci d'assurer une de ses missions essentielles : rendre l'interprétation de la Convention ou de ses protocoles qui soit authentique et veiller à la cohérence de la jurisprudence de la CEDH.

Pour la concrétisation de cette double tâche, la Cour a besoin de stabilité et d'expérience notamment concernant les juges.

2 À cet égard, le protocole no 14 a apporté une amélioration en allongeant la durée du mandat des juges de six ans à neuf ans. Mais il n'a pas supprimé la limite d'âge de 70 ans³⁰. Cette limitation prive la

Cour de l'expérience de juges qui peuvent aussi assurer une certaine continuité dans la connaissance et dans la cohérence de la jurisprudence européenne.

Le protocole no 15 vient corriger cette altération. Il permet en effet aux États adhérents de présenter sur la liste des juges soumise à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe des candidats qui ont moins de 65 ans. Cela signifie que les juges élus à un peu moins de 65 ans pourront poursuivre et achever leur mandat au-delà de 70 ans.

Il y a là les exigences de qualité et de qualification à l'égard de juges d'une cour éminente qui doit également assurer la régulation de la protection des droits de l'Homme dans une Europe remodelée.

II. UNE COUR DE RÉGULATION

Le rôle régulateur de la CEDH découle naturellement de sa place de cour éminente à la tête d'un « contrôle « supranational » des actes et des organes étatiques »³¹. N'étant pas une cour suprême mais une cour éminente, la CEDH veille à l'harmonisation des comportements des acteurs du système juridictionnel européen de protection des droits de l'Homme ; elle est la gardienne de la cohérence d'ensemble de ce système en rappelant aux autorités et aux hautes juridictions des hautes parties contractantes l'exigence collective de la protection et de développement des droits de l'Homme en vue du rapprochement des peuples et des États européens³². En insérant le principe de subsidiarité et la règle de la marge d'appréciation dans le préambule de la Conv. EDH et en octroyant à la Cour le pouvoir de répondre à des demandes d'avis consultatif adressées par les hautes juridictions des hautes parties contractantes, les protocoles nos 15 et 16 à la Conv. EDH institutionnalisent et constitutionnalisent ce rôle de cour régulatrice bien reconnu par les hautes juridictions nationales³³.

Déjà assurée dans la politique jurisprudentielle de la Cour, cette fonction de régulation se voit ainsi reconnue et insérée dans le texte même de la Conv. EDH. Elle est même renforcée par l'instrument procédural de la demande d'avis consultatif de juge à juge. À notre sens, loin de mettre la Cour en difficulté face aux revendications étatiques de moins de contrôle supranational³⁴, la constitutionnalisation du principe de subsidiarité, de la règle de la marge d'appréciation et la procédure d'avis consultatif confortent la Cour dans sa fonction de régulation à travers son pouvoir d'interprétation de la Conv. EDH (A) et son pouvoir de contrôle des actes, des actions et des omissions des hautes parties contractantes (B).

A. La régulation-interprétation

La démystification du fantasme du Gouvernement des juges nécessite un effort permanent de clarification de la fonction d'interprétation juridictionnelle³⁵, a fortiori lorsque celle-ci est exercée par une Cour éminente d'un système de rapprochement des peuples et des États³⁶.

En ce sens, la Cour a développé la théorie de la marge nationale d'appréciation pour ménager un équilibre entre l'interprétation dynamique et évolutive de la Conv. EDH et le principe de subsidiarité ; autrement dit, la marge nationale d'appréciation est un facteur d'atténuation de la pression du contrôle européen sur la souveraineté étatique et sur le caractère prioritaire de la compétence étatique dans l'application de la Conv. EDH.

La nature purement prétorienne de la théorie de la marge d'appréciation et la mise en œuvre tout aussi jurisprudentielle du principe de subsidiarité peuvent donner l'impression d'une toute puissance de la CEDH en matière d'interprétation de la Conv. EDH et de ses protocoles. Elles peuvent aussi laisser croire à un pouvoir discrétionnaire d'interprétation de la Cour.

Pour corriger ces fausses impressions, la codification du principe de subsidiarité et de la règle de la marge nationale d'appréciation constituent non seulement un acte de clarification et de transparence mais aussi un acte de légitimation du pouvoir d'interprétation de la CEDH.

La connaissance et la reconnaissance par ceux-là même qui sont sous le contrôle de la CEDH des principes cardinaux de ce contrôle contribuent à renforcer leur confiance dans la Cour et à asseoir davantage la légitimité de celle-ci.

La création même par le protocole no 16 à la Conv. EDH de la procédure de demande d'avis consultatif est la marque d'une telle confiance et d'une telle légitimité.

1 Cette procédure de coopération juridictionnelle entre la CEDH et les hautes juridictions des hautes parties contractantes est un outil de régulation adéquat du système juridictionnel européen de protection des droits de l'Homme.

En parlant des hautes juridictions des hautes parties contractantes dans son article 1er, le protocole no 16 ouvre un large éventail comprenant les cours suprêmes, les cours constitutionnelles et toutes les juridictions de dernière instance dans certains types d'affaires et selon les systèmes juridiques nationaux³⁷.

Dans le cadre d'une affaire pendante devant elles³⁸, ces juridictions pourront poser à la Cour une demande d'avis consultatif sur « des questions de principes relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »³⁹. Elles doivent motiver la demande d'avis et l'accompagner « des éléments pertinents du contexte juridique et factuel de l'affaire pendante »⁴⁰.

Le recours aux termes « hautes parties contractantes à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales » au début du protocole no 16 n'exclut pas l'utilisation par la Cour de justice de l'Union européenne de la demande d'avis consultatif auprès de la CEDH⁴¹.

Le moment venu, il est souhaitable que l'Union européenne adhère au protocole no 16. La Cour de justice aura tout intérêt à utiliser la procédure préventive que constitue la procédure de demande d'avis consultatif. En effet, le principe de subsidiarité s'appliquera à l'Union européenne. Comme le démontre l'article 3, § 6 du projet d'accord d'adhésion de l'Union européenne à la Conv. EDH : « lorsque l'Union européenne est codéfenderesse dans une procédure, et lorsque la Cour de justice de l'Union européenne n'a pas encore examiné la compatibilité de la disposition du droit de l'Union européenne avec les droits en question garantis par la Conv. EDH et par les protocoles auxquels l'Union européenne a adhéré,

conformément au § 2 du présent article, le temps nécessaire est laissé à la Cour de justice de l'Union européenne pour procéder à un tel examen, puis aux parties de formuler leurs observations à la Cour ».

Dans un esprit de subsidiarité, la Cour de justice de l'Union européenne pourrait utiliser la procédure de demande d'avis consultatif afin de prévenir d'éventuels contentieux devant la CEDH sur l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme. Si une telle éventualité ne semble pas poser des difficultés pour diverses voies de droit devant la Cour de justice, la question se pose pour le renvoi préjudiciel en interprétation car il n'existe pas de parties au sens strict du terme devant la Cour de justice dans cette dernière procédure. Il reste que l'article 1er, § 2 ne parle que d'une demande d'avis consultatif posée par la juridiction « dans le cadre d'une affaire pendante devant elle »⁴². Peut-on considérer un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice comme d'une affaire pendante devant celle-ci ? Une interprétation utile de ces dispositions devrait permettre une réponse positive et justifier une demande d'avis de la Cour de justice à la CEDH dans ce cadre.

2 La procédure de demande d'avis consultatif s'avère d'autant plus être un bon outil de régulation qu'elle concerne « des questions de principes relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles »⁴³. La notion de questions de principe est assez compliquée à définir. On peut néanmoins rejoindre Frédéric Sudre qui estime que « la question posée doit concerner une question de principe ou d'intérêt général relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention, soit qu'elle soulève une question inédite, soit que la haute juridiction nationale souhaite, dans son application de la Convention, revenir sur une jurisprudence établie de la Cour, soit que l'affaire fasse apparaître un contentieux structurel ou systémique, soit que la question concerne la compatibilité avec la Convention d'une disposition ou d'une jurisprudence de droit interne, ou encore d'une pratique administrative »⁴⁴.

La participation des parties, du commissaire aux droits de l'Homme et de la haute partie contractante concernée à la procédure ménage les différents intérêts sans perdre de vue le caractère de principe de la réponse attendue. C'est pour cela d'ailleurs que cette réponse sera donnée par la grande chambre. Il est clair qu'un avis destiné à régler des questions de principe relève de la formation de jugement la plus solennelle.

Certes, l'avis n'est pas doté d'une autorité contraignante mais l'intégration de l'avis consultatif dans l'ensemble du système juridictionnel de la CEDH lui donnera des effets au moins persuasifs en raison des risques de requêtes individuelles contre les hautes parties contractantes dont les juridictions ne suivraient pas l'interprétation donnée dans l'avis.

L'avis fera partie de la jurisprudence de la CEDH. L'autorité de la chose interprétée attachée à la jurisprudence sera d'autant plus forte ici qu'elle s'insère dans un rapport de confiance entre la CEDH et les hautes juridictions des hautes parties contractantes.

Ainsi dotée d'un nouvel instrument de régulation-interprétation, la Cour pourra aussi moduler son contrôle dans un esprit de régulation.

B. La régulation-contrôle

Il faudra appréhender le pouvoir d'interprétation de la Cour avec le contrôle qu'elle exerce sur les actes, les actions et les omissions des hautes parties contractantes.

La constitutionnalisation de la marge nationale d'appréciation par le protocole no 15 génère des risques d'affadissement et d'affaiblissement du contrôle de la Cour⁴⁵. Frédéric Sudre a parlé de « transmutation »⁴⁶ de la marge d'appréciation en ce que celle-ci accède « au rang de règle conventionnelle », « devient une prérogative des États » et fait l'objet d'une « assimilation abusive » avec le principe de subsidiarité.

Une appréciation à long terme de la constitutionnalisation de la marge d'appréciation cantonnerait celle-ci à ce qu'elle a toujours été et ce qu'elle est : une technique de contrôle parmi d'autres. En cela, elle sera soumise au balancier de la conciliation des droits fondamentaux des individus et des intérêts des hautes parties contractantes.

1 La théorie de la marge nationale d'appréciation demeure une technique de contrôle aux mains de la CEDH.

Sur le plan théorique, la production jurisprudentielle de la Cour s'intègre pleinement à la Conv. EDH et à ses protocoles. La codification d'un principe facilite l'accessibilité de celui-ci au plus grand nombre et contribue à sa clarté et à son intelligibilité.

Si son accession au rang conventionnel modifie sa valeur, cela ne change pas sa nature de technique de contrôle. Cela n'en fait pas davantage une prérogative des hautes parties contractantes. Certes, celles-ci peuvent s'en prévaloir dans leur mémoire en défense, comme elles l'ont toujours fait, mais c'est la Cour qui en a la maîtrise. C'est la Cour qui modèle les contours de la marge d'appréciation ; c'est elle qui en trace les périmètres. Ayant toujours été une manifestation du principe de subsidiarité substantielle⁴⁷, la marge d'appréciation se restreint ou s'élargit en fonction du poids modulable du contrôle de la CEDH sur les mesures étatiques.

S'il est théoriquement envisageable d'assigner un champ d'application à la marge nationale d'appréciation⁴⁸, dans la pratique, la Cour s'affranchit de ce cadre. En réalité, sous réserve de la catégorie des droits intangibles, la marge nationale d'appréciation joue avec un degré variable dans le domaine des droits conditionnels. La jurisprudence européenne en fait « un moyen de définir les rapports entre les autorités internes et la Cour »⁴⁹.

La définition de ces rapports dépend de divers critères : le critère contextuel concernant les circonstances de l'affaire, le critère substantiel tenant à l'objet du droit en cause, le critère personnel concernant l'enjeu du droit concerné pour l'individu, le critère formel tenant aux caractéristiques de l'ingérence invoquée par la haute partie contractante, le critère consensuel concernant l'existence ou non d'un consensus au sein de la Conv. EDH sur la question débattue. Par exemple, dans l'affaire *Marper c/ Royaume-Uni* du 4 décembre 2008, la Cour a indiqué que « l'étendue de la marge d'appréciation est variable et dépend d'un certain nombre de facteurs, dont la nature du droit en cause garanti par la Convention, son importance pour la personne concernée, la nature de l'ingérence et la finalité de celle-ci »⁵⁰.

À supposer même que les États se prévalent avec insistance de la marge d'appréciation, le maniement et la combinaison des différents critères précités laissent à la Cour la maîtrise de l'étendue de la marge d'appréciation.

2 Dans le double maniement du principe de subsidiarité et de la marge nationale d'appréciation, il est normal qu'il y ait des flux et des reflux du contrôle de proportionnalité.

Ainsi, s'il est incontestable que certains arrêts rendus par la grande chambre de la CEDH traduisent une certaine autolimitation de la Cour, ils ne semblent pas devoir être considérés comme exprimant une tendance lourde. Dans la même période, on peut trouver des arrêts qui démontrent la vivacité de l'interprétation dynamique et évolutive de la Convention et du contrôle de proportionnalité.

Très certainement, dans diverses affaires relatives à des questions de société⁵¹, la Cour a laissé une large marge d'appréciation aux autorités nationales. Il en est ainsi du mariage entre deux personnes de même sexe⁵², de la présence de crucifix dans les écoles publiques⁵³, de l'utilisation des techniques de procréation médicalement assistée comme la fécondation in vitro⁵⁴.

Concomitamment, la CEDH a fait preuve d'audace et de fermeté par exemple sur des questions comme la privation de droit de vote des détenus condamnés⁵⁵, la protection des données personnelles en l'occurrence des empreintes digitales dans des fichiers automatisés⁵⁶, l'effet extraterritorial de la juridiction de la Cour et l'éloignement des étrangers⁵⁷.

La détermination même de l'étendue de la marge d'appréciation et du degré du contrôle de proportionnalité relève d'une politique jurisprudentielle qui peut entraîner des débats au sein de la Cour. Et il paraît normal que ce débat aboutisse, tantôt à un affaiblissement, tantôt à un renforcement du contrôle de proportionnalité.

Représentatives de ces tâtonnements sont les affaires relatives au suicide assisté⁵⁸ et au port de signes religieux au sein des entreprises, des administrations et des services publics⁵⁹.

Ces exemples démontrent qu'il existe des questions complexes qui nécessitent une mise en œuvre équilibrée du principe de subsidiarité et de la marge d'appréciation sous le regard attentif du contrôle de proportionnalité.

Si besoin est, les discussions autour de la jurisprudence sur l'interdiction de la publicité politique payante dans la presse audio-visuelle illustrent parfaitement le rôle déterminant de la CEDH dans la recherche de cet équilibre. Sont en jeu notamment l'équilibre entre la liberté d'expression en matière politique, la mise en œuvre objective et impartiale du pluralisme des opinions politiques dans un processus démocratique équitable.

La position de la Cour en la matière n'est pas uniforme. À une courte voix de majorité, la grande chambre n'a pas relevé une violation de la liberté d'expression dans le refus de diffusion d'un spot publicitaire en faveur de la protection des animaux dès lors que ce refus s'appuie sur une législation qui vise à sauvegarder le processus électoral en tant qu'élément de l'ordre démocratique ; il s'agit notamment d'éviter que les groupes qui disposent de moyens financiers importants ne déséquilibrent le débat politique et le processus démocratique⁶⁰ : elle a reconnu la proportionnalité de l'interdiction. Dans un autre cas, la Cour a pu retenir une violation de l'article 10 de la Conv. EDH en raison d'une amende prononcée contre

une chaîne télévisée qui a accepté de diffuser un spot publicitaire en faveur d'un parti de retraités en méconnaissance d'une législation interdisant les publicités politiques payantes à la télévision⁶¹. Dans un autre cas encore, elle a aussi prononcé une violation de l'article 10 de la Conv. EDH en raison d'une interdiction d'un spot publicitaire en faveur du bien-être des animaux⁶².

Moins qu'une abdication de la Cour face à la marge nationale d'appréciation, l'arrêt *Animal Defenders International* du 23 avril 2013 démontre au contraire la vivacité des débats au sein de la Cour et l'espoir d'ouverture que sa jurisprudence continue d'entretenir pour mieux réguler une société européenne en quête de repères.

En tant que Cour éminente de la protection des droits de l'Homme dans l'espace européen, la CEDH est la mieux placée pour ne pas décevoir cet espoir.

1 – (1) Préambule de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

2 – (2) Préambule du traité sur l'Union européenne.

3 – (3) CEDH, 23 mars 1995, no 15318/89, *Loizidou c/ Turquie*, § 75 ; F. Sudre, J.-P. Marguénaud, J. Andriantsimbazovina, A. Gouttenoire, M. Levinet et G. Gonzalez, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, PUF, 2011, 6e éd., comm. no 1.

4 – (4) Pour un bel hymne en ce sens, J.-P. Marguénaud, *La Cour européenne des droits de l'Homme*, Paris, Dalloz, 2012, 6e éd.

5 – (5) Même si la Cour a augmenté son taux de productivité et a donc fait baisser d'environ 16 le stock entre 2011 et 2012, le nombre de requêtes pendantes resté élevé : 128 100 requêtes pendantes le 31 décembre 2012 ; 151 600 requêtes pendantes le 31 décembre 2011. Au 31 octobre 2013, le nombre de requêtes pendantes est de 107 600 contre 128 100 au 1er janvier 2013, soit une baisse de 16 également.

6 – (6) La plus notable a été celle du Royaume-Uni à la suite de sa condamnation par la Cour européenne des droits de l'Homme pour violation de l'article 3 du protocole 1er en raison de la privation automatique de droit de vote des détenus condamnés (CEDH, gde ch., 6 oct. 2005, no 74025/01, *Hirst no 2 c/ Royaume-Uni*). Le Royaume-Uni a refusé d'exécuter l'arrêt *Hirst no 2* malgré une confirmation de celui-ci par la Cour (CEDH, 28 nov. 2010, nos 60041/08 et 60054/08, *Greens et MT c/ Royaume-Uni*). Le Royaume-Uni n'a pas davantage apprécié l'arrêt *Abou Qatada* (CEDH, 17 janv. 2012, no 8139/09, *Abou Qatada (Othman) c/ Royaume-Uni*) qui a jugé que le renvoi d'Abou Qatada vers la Jordanie où il a été condamné pour actes terroristes porterait atteinte au droit à un procès équitable garanti par l'article 6 de la Convention.

7 – (7) Lors de son discours du 25 janvier 2012 devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, le Premier ministre britannique D. Cameron a notamment dénoncé le fait que la Cour a réduit la marge d'appréciation des États membres et n'a pas tenu assez compte des décisions démocratiques adoptées par les Parlements nationaux : <https://www.gov.uk/government/speeches/speech-on-the-european-court-of-human-rights>.

8 – (8) Conférence sur l'avenir de la CEDH d'Interlaken des 18 et 19 février 2010.

9 – (9) Conférence sur l'avenir de la CEDH d'Itzmir des 26 et 27 avril 2011.

10 – (10) Le protocole no 15 est un protocole d'amendement à la Conv. EDH ; il a été ouvert à la signature le 24 juin 2013 ; son entrée en vigueur nécessite la ratification de l'ensemble des États adhérents. Au 27 juin 2013, le protocole no 15 recueille 20 signatures et 1 ratification, celle de l'Irlande.

11 – (11) Le protocole no 16 est un protocole facultatif ouvert à la signature le 2 octobre 2013 ; il entrera en vigueur à la 10e ratification. Au 18 novembre 2013, le protocole no 16 recueille 8 signatures ; il attend sa première ratification.

12 – (12) V. G. Gonzalez, «Rêveries aquatiques sur le devenir de la Cour européenne des droits de l'Homme» : JCP G 2012, act. p. 568.

13 – (13) F. Sudre, «La subsidiarité, «nouvelle frontière» de la Cour européenne des droits de l'Homme. À propos des protocoles nos 15 et 16 à la Convention» : JCP G 2013, doct. p. 1086.

14 – (14) Concept que nous avons proposé dans une étude plus ancienne : «Le modèle juridictionnel de la Cour européenne des droits de l'Homme et la réforme de la Cour de justice des Communautés européennes», in *Le projet du traité de Nice*, J.-C. Gautron (ss dir.) : *Rev. aff. eur.* 2000 (4), p. 410-425, spéc. p. 421-423.

15 – (15) V. le dossier publié à la *RTD eur.* 2011, p. 7 et s. avec les contributions de J.-P. Jacqué, A. Tizzano, C. Landeburger, F. Tulkens, J.-P. Costa, V. Skouris ; X. Groussot, T. Lock et L. Pech, «Adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme : analyse juridique du projet d'accord d'adhésion du 14 octobre 2011», *Fondation Robert Schuman, Questions d'Europe*, 7 nov. 2011, no 218. En langue anglaise, P. Gragl, *The Accession of the European Union to the European Court of Human Rights*, Oxford, Hart Publishing, 2013, 362 p.

16 – (16) «Cinquième réunion de négociation entre le Groupe de négociation ad hoc du Comité des droits de l'Homme et la Commission européenne sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme», 47+1(2013)008rev2.
[http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1\(2013\)008rev2_FR.pdf](http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/accession/Meeting_reports/47_1(2013)008rev2_FR.pdf)

17 – (17) CEDH, 22 févr. 2007, no 17721/04, *Perlala c/ Grèce*, § 25.

18 – (18) Rapport explicatif du protocole no 15 portant amendement à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales, § 8.

19 – (19) CEDH, 18 janv. 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, série A, no 91, § 154.

20 – (20) Pour un aperçu, P. Dourneau-Josette et E. Lambert-Abdelgawad (ss dir.), *Quel filtrage des requêtes par la Cour européenne des droits de l'Homme ?*, Strasbourg, Éd. du Conseil de l'Europe, 2011.

21 – (21) Pour un débat autour de cette question, F. Benoît-Rohmer, «Il faut sauver le recours individuel» : *D.* 2003, p. 2584 ; J.-F. Flauss, «Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'Homme en Cour constitutionnelle» : *D.* 2003, p. 1641. *Conv. EDH*, art. 35, § 3, b : «La Cour ne retient aucune requête individuelle introduite en application de l'article 34, lorsqu'elle estime (...) que le requérant n'a subi aucun préjudice important, sauf si le respect des droits de l'Homme garanti par la Convention et ses protocoles exige un examen de la requête au fond et à condition de ne rejeter pour ce motif aucune affaire qui n'a pas été dûment examinée par un tribunal interne».

22 – (22) Bien qu'accessible théoriquement aux individus notamment par le biais du recours en annulation, la Cour de justice de l'Union européenne ne dispose pas devant elle une voie de droit spécifiquement tournée vers la défense des droits fondamentaux. De plus, malgré un assouplissement du droit applicable par le traité de Lisbonne, le recours en annulation contre les règlements demeure soumis à des conditions rigoureuses. L'article 263 du TFUE dispose : «Toute personne physique ou morale peut former (...) un recours (...) contre les actes réglementaires qui la concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution».

23 – (23) Pour une présentation, E. Zoller, «Présentation de la Cour suprême des États-Unis» : *Cah. Cons. const.* 1998, no 5 : <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-52825.pdf>.

24 – (24) Règl. de la Cour, art. 41.

25 – (25) Prot. no 15, art. 8, § 3.

26 – (26) Par exemple, CEDH, 21 déc. 2010, no 45867/07, *Gaglione et a. c/ Italie* – CEDH, 18 janv. 2011, no 8851/07, *Sancho Cruz et 14 autres affaires «Réforme agraire» c/ Portugal*.

27 – (27) Ainsi que le dit la Cour elle-même : la règle du préjudice important lui permet «de se concentrer sur sa mission essentielle, qui est d'assurer au niveau européen la protection juridique des droits garantis par la Convention et ses protocoles», CEDH, 12 avr. 2011, no 11774/04, *Stefanescu c/ Roumanie*, § 35.

28 – (28) L. Wildhaber, «Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'Homme ?» : *RUDH* 2002, p. 1.

29 – (29) *Conv. EDH*, art. 30 : «Si l'affaire pendante devant une chambre soulève une question grave relative à l'interprétation de la Convention ou de ses protocoles, ou si la solution d'une question peut conduire à une contradiction avec un arrêt rendu antérieurement par la Cour, la chambre peut, tant qu'elle n'a pas rendu son arrêt, se dessaisir au profit de la grande chambre, à moins qu'une des parties ne s'y oppose».

30 – (30) *Conv. EDH*, art. 23, § 2 : «Le mandat des juges s'achève dès qu'il atteint l'âge de 70 ans».

31 –

(31) G. Cohen-Jonathan, *La Convention européenne des droits de l'Homme*, Paris, Économica, 1989, p. 9.

- 32 – (32) En science administrative, la fonction de régulation consiste en l'harmonisation des comportements et des stratégies des acteurs d'un secteur donné. Comme l'indique J. Chevallier, la régulation est «un principe d'ordre et de cohésion, dont l'action vise à faire tenir ensemble les divers éléments constitutifs de la société en leur imposant la discipline d'un projet collectif», J. Chevallier, *Science administrative*, Paris, Presses universitaires de France, 1994, 2^e éd., p. 116.
- 33 – (33) Il n'est pas indifférent de le lire sous la plume du vice-président du Conseil d'État dans le cadre d'un cycle de conférences organisé par le Conseil d'État sur le droit européen des droits de l'Homme ; v. J.-M. Sauvé, «Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'Homme» : D. 2010, p. 1368.
- 34 – (34) Pour une forte expression des craintes de recul du contrôle de la Cour, v. l'étude préc. de F. Sudre, «La subsidiarité, «nouvelle frontière» de la Cour européenne des droits de l'Homme. À propos des protocoles nos 15 et 16 à la Convention» : JCP G 2013, doctr. p. 1086.
- 35 – (35) Sur cette fonction d'interprétation, F. Sudre (ss dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 1998.
- 36 –
- (36) V. l'intéressante thèse de B. Delzangles, *Activisme et autolimitation de la Cour européenne des droits de l'Homme. Analyse des excès jurisprudentiels européens*, thèse Paris X-Nanterre, 2007, 528 p.
- 37 – (37) Rapport explicatif du protocole no 16, § 8.
- 38 – (38) Prot. no 16, art. 1, § 2.
- 39 – (39) Prot. no 16, art. 1, § 1.
- 40 – (40) Prot. no 16, art. 1, § 3.
- 41 – (41) V. CEDH, «Document de réflexion sur la proposition d'élargissement de la compétence consultative de la Cour», § 10 ; v. aussi Rapport du groupe des Sages au Comité des ministres, 15 nov. 2006, doc. CM(2006)203.
- 42 – (42) Art. 1^{er}, § 2.
- 43 – (43) Prot. no 16, art. 1, § 1.
- 44 – (44) F. Sudre, «La subsidiarité, «nouvelle frontière» de la Cour européenne des droits de l'Homme. À propos des protocoles nos 15 et 16 à la Convention», op. cit., § 14.
- 45 – (45) F. Tulkens, «La Cour européenne des droits de l'Homme et la déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir» : Cah. dr. eur. 2013, p. 306.
- 46 – (46) F. Sudre, «La subsidiarité...», op. cit., § 29-31.
- 47 – (47) CEDH, «Note du jurisconsulte, Principe de subsidiarité. Suivi d'Interlaken», 8 juill. 2010, § 40-53.
- 48 – (48) V. l'intéressante étude de B. Pastre-Belda, «La Cour européenne des droits de l'Homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits» : RTDH 2013, p. 251.
- 49 – (49) CEDH, gde ch., 19 févr. 2009, no 3455/05, A. et a. c/ Royaume-Uni, § 184.
- 50 – (50) CEDH, gde ch., 4 déc. 2008, nos 30562/04, 30566/06, Marper c/ Royaume-Uni, § 102.
- 51 – (51) On se permet de renvoyer à notre étude : J. Andriantsimbazovina, «Quelques considérations sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme de 2007 à 2011» : Cah. dr. eur. 2011, p. 717, spéc. nos 58-61.
- 52 – (52) CEDH, 24 juin 2010, no 30141/04, Schalk et Kopf c/ Autriche.
- 53 – (53) CEDH, gde ch., 18 mars 2011, no 30814/06, Lautsi c/ Italie.
- 54 – (54) CEDH, gde ch., 3 nov. 2011, no 57813/00, S. H. c/ Autriche.
- 55 – (55) CEDH, gde ch., 6 oct. 2005, no 74025/01, Hirst c/ Royaume-Uni, no 2 – CEDH, 8 avr. 2010, no 2021/04, Frodl c/ Autriche – CEDH, 23 nov. 2010, nos 60041/08 et 60054/08, Greens et MT c/ Royaume-Uni. Si la Cour a précisé sa jurisprudence, notamment sur l'incompatibilité avec le droit à des élections libres garanti par l'article 3 du protocole no 3 à la Conv. EDH de la privation automatique et systématique du droit de vote aux détenus condamnés, elle n'a pas cédé sur le fond : CEDH, 18 janv. 2011, no 126/05, Scoppola c/ Italie, no 3 – CEDH, 4 juill. 2013, no 11157/04, Gladkov et Anchukov c/ Russie – CEDH, 17 sept. 2013, no 29411/07, Söyler c/ Turquie.
- 56 – (56) CEDH., 18 avr. 2013, no 19522/09, M. K c/ France, chron. F. Sudre : JCP G 2013, doctr. p. 855, § 8.
- 57 – (57) CEDH, gde ch., 23 févr. 2013, no 27764/09, Hirsii Jamaa et a. c/ Italie : compétence de la Cour pour connaître de requêtes relatives à des faits se déroulant en haute-mer sur des navires d'un État adhérent à la Conv. EDH.

58 – (58) CEDH, 14 mai 2013, no 67810/10, Gross c/ Suisse : JCP G 2013, act. 650, obs. G. Gonzalez : la Cour inclut dans le champ d'application de l'article 8 de la Conv. EDH (droit à la vie privée) le droit de choisir les modalités de sa fin de vie aux personnes atteintes d'une maladie incurable ou en fin de vie ; dès lors que l'État accorde ce droit, il doit donner des indications claires et complètes. En l'absence de pareilles directives, le refus de délivrance de médicaments susceptibles d'aide à une personne âgée de 80 ans à mourir, l'État peut être condamné pour violation du droit au respect de la vie privée. Cet arrêt rendu à une courte majorité d'une voix a été déféré à la grande chambre. Cela montre un débat légitime sur le sujet.

59 – (59) CEDH, 15 janv. 2013, no 48420/10, Eweida c/ Royaume-Uni – CEDH, 15 janv. 2013, no 59842/10, Chaplin c/ Royaume-Uni : JCP G 2013, act. 180, obs. K. Blay-Grabarczyk : dans la première affaire, une violation de l'article 9 de la Conv. EDH relatif à la liberté de religion a été retenue à propos du licenciement d'une employée de British Airways qui portait une croix visible ; dans la seconde affaire, une non-violation du même article pris isolément et en combinaison avec l'article 14 (principe de non-discrimination) a été prononcée à propos d'une infirmière gériatrique ayant manifesté son appartenance religieuse par une croix. L'affaire pendante contre la France (no 43835/11, SAS c/ France) d'une requérante de confession musulmane se plaignant de ne pas pouvoir porter le voile intégral dans l'espace public en raison de la législation française montre bien la difficulté du rôle de régulation dévolu à la Cour.

60 – (60) CEDH, gde ch., 22 avr. 2013, no 48876/08, Animal Defenders International c/ Royaume-Uni, § 111.

61 – (61) CEDH, 11 déc. 2008, no 21132/05, TV Vest As et Rogaland Pensjonistparti c/ Norvège.

62 – (62) CEDH, 28 juin 2001, no 24699/94, Verein gegen Tierfabriken c/ Suisse.