

«Dire le droit», «rendre la justice». Quelle Cour européenne des droits de l’homme?

PAR

Frédéric KRENC

Avocat au barreau de Bruxelles

Maître de conférences invité à l’Université catholique de Louvain

Résumé

La Convention européenne des droits de l’homme repose sur une « pierre angulaire » qu’est le droit de recours individuel. Saisie d’un tel recours, la Cour européenne des droits de l’homme exerce traditionnellement une double mission : « rendre la justice » à l’égard du requérant et « dire le droit » de la Convention. Cet office tend toutefois à évoluer sensiblement. Le principe de subsidiarité se voit sacralisé, tandis qu’un nouveau mécanisme d’avis consultatifs est appelé à voir le jour. La « pierre angulaire » apparaît de plus en plus érodée, au moment même où le contentieux strasbourgeois se « désobjective ». La présente contribution entend prendre la mesure de ces différentes évolutions avant d’envisager, au final, l’avenir de la Cour. Il s’agira de souligner l’importance pour celle-ci, en tant que juge ultime de la Convention, de poursuivre cette mission de protection des droits au moyen du recours individuel, sous peine de priver le système de contrôle de la Convention de sa raison d’être.

Abstract

The right of individual application is the « cornerstone » of the European Convention of Human Rights. When such an application is lodged, the European Court of Human Rights traditionally plays a double role : to do justice in individual cases and to declare the law of the Convention. This function significantly evolves, however. The principle of subsidiarity is hallowed, while a new mechanism of advisory opinions is bound to be established. The « cornerstone » appears increasingly eroded at a time when Strasbourg’s litigation is becoming less subjective. This contribution aims at measuring these developments before considering, in conclusion, the future of the Court. It will

underline the importance for the Court, as ultimate judge of the Convention, of continuing its mission of human rights protection through individual applications. Failure to continue that mission would result in removing the reason for being of the Convention's system.

1. Depuis plusieurs lustres, des voix s'élèvent pour voir la Cour européenne des droits de l'homme officier comme «cour constitutionnelle»¹. Ce dessein, qui serait en somme le destin de la Cour, n'est pas sans susciter quelques interrogations². À commencer par celle de sa consistance. Apposé à une cour internationale, le qualificatif «constitutionnel» n'est, en effet, pas exempt d'ambiguïtés. Sans doute faut-il y voir un écho à l'affirmation de l'arrêt *Loizidou*, selon laquelle la Convention européenne des droits de l'homme est un «instrument constitutionnel de l'ordre public européen»³. Mais les ambiguïtés ne sont pas, pour autant, levées, d'autant que la Cour elle-même a récemment tenu à rappeler qu'elle ne pouvait être assimilée à une cour constitutionnelle⁴.

Derrière cette question qui, pour d'aucuns, peut paraître byzantine, point une autre interrogation plus fondamentale, pour ne pas dire existentielle: «Une Cour européenne des droits de l'homme, pour quoi faire?». Telle était la question que posait lucidement Pierre-Henri Imbert dans un hommage rendu en 2007 à Wolfgang Strasser⁵. L'ancien directeur général des droits de l'homme au Conseil de l'Europe y lança «une invitation pressante à entamer

¹ Voy. en ce sens L. WILDHABER, «Un avenir constitutionnel pour la Cour européenne des droits de l'homme?», *Rev. univ. dr. h.*, 2002, vol. 14, n^{os} 1-4, pp. 1-6; du même auteur, «A Constitutional Future for the European Court of Human Rights?», *Human Rights Law Journal*, 2002, vol. 23, pp. 161-165. Voy. aussi S. GREER et L. WILDHABER, «Revisiting the debate about 'constitutionalising' the European Court of Human Rights», *Human Rights Law Review*, 2012, pp. 655-687.

² Voy. J.-P. COSTA, «La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?», in *Mélanges en l'honneur de Jean Gicquel – Constitutions et pouvoirs*, Montchrestien, Paris, 2008, pp. 145-156; J.-F. FLAUSS, «La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une cour constitutionnelle?», *R.F.D.C.*, 1999, pp. 711-728; du même auteur, «Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle?», *Dall.*, 2003, pp. 1638 et s.; R. HARMSSEN, «The European Court of Human Rights as a 'Constitutional Court': Definitional Debates and the Dynamics of Reform», in J. Morison, K. McEvoy et G. Anthony (éd.), *Judges, Transition and Human Rights Cultures*, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 33-53.

³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), 23 mars 1995, § 75.

⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Perincek c. Suisse*, 15 octobre 2015, § 226.

⁵ P.-H. IMBERT, «L'avenir du passé – Une Cour européenne des droits de l'homme, pour quoi faire?», in *Trente ans de droit européen des droits de l'homme – Études à la mémoire de Wolfgang Strasser*, coll. «Droit & Justice», n^o 74, Nemesis/Bruylant, Bruxelles, 2007, pp. 117-133.

une réflexion largement ouverte et sereine sur la place et le rôle d'une Cour des droits de l'homme dans l'Europe d'aujourd'hui et de demain»⁶.

Une décennie plus tard, malgré l'entrée en vigueur du Protocole n° 14 et les Conférences intergouvernementales consacrées à l'avenir de la Cour, organisées successivement à Interlaken (2010), Izmir (2011), Brighton (2012) et Bruxelles (2015), il faut bien constater que cette réflexion est loin d'être aboutie. Plus encore, l'on peine à discerner, dans le processus perpétuel de réformes en cours⁷, cette vision «à long terme» tant attendue pour la Cour.

2. À l'heure où une nouvelle Conférence intergouvernementale se prépare à Copenhague (11 au 13 avril 2018), nous nous proposons de nous inscrire modestement dans cette réflexion en nous interrogeant sur l'office de la Cour européenne des droits de l'homme. Après avoir rappelé que la Convention repose sur une « pierre angulaire » qu'est le droit de recours individuel, et que la Cour est appelée, sur cette base, à exercer une « double mission » (I), il s'agira d'analyser plus avant l'évolution de cet office en examinant les incidences des textes récemment adoptés ainsi que les dernières tendances jurisprudentielles (II). Il s'agira ensuite de nous interroger sur ce qu'il doit en être demain. Priée d'endiguer son arriéré et contrainte de résister à une opposition étatique des plus féroces, la Cour doit-elle demeurer une cour des droits – à supposer qu'elle le soit encore – ou évoluer définitivement vers une cour du droit privilégiant la dimension régulatrice de son office (III)?

I. Une « pierre angulaire » et une « double mission »

A. *La « pierre angulaire » de la Convention : le droit de recours individuel*

3. Actuellement, le système de contrôle de la Convention repose sur le droit de recours individuel, consacré à l'article 34 de la Convention. Nous laissons de côté le recours interétatique (art. 33 de la Convention), dont l'usage reste

⁶ *Ibid.*, p. 132. La conclusion de notre commentaire, établi avec Sébastien Van Drooghenbroeck, de la réforme opérée par le Protocole n° 14, abondait dans un sens substantiellement identique: «il est urgent de définir aujourd'hui, après cinquante ans d'existence, quelle doit être la Cour européenne des droits de l'homme de demain» (Fr. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, «Le Protocole n° 14: 'cautère sur une jambe de bois' ou véritable 'garantie de l'efficacité à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme'?», *J. T.*, 2010, p. 502).

⁷ Fr. TULKENS, «La Cour européenne des droits de l'homme et la Déclaration de Brighton – Oublier la réforme et penser l'avenir», *Cah. dr. eur.*, 2012, pp. 305-343.

somme toute marginal et qui procéderait même d'une « anomalie » selon une doctrine autorisée⁸.

Ce droit de recours individuel constitue la spécificité du système de contrôle de la Convention, son pilier, sa « pierre angulaire »⁹, ainsi que l'a encore rappelé la Déclaration de Bruxelles du 27 mars 2015¹⁰.

Cette spécificité tient en ce que l'individu se voit reconnaître un droit d'accès direct à la Cour européenne des droits de l'homme. Par cette reconnaissance solennisée par le Protocole n° 11¹¹, l'individu a définitivement été élevé à la qualité de sujet de droit international. Ainsi, toute personne – physique ou morale, ressortissante d'un État partie ou apatride, célèbre ou anonyme, probe ou scélérate, fortunée ou misérable – peut saisir la Cour. C'est dire que la Convention est bien davantage qu'un accord multilatéral entre États. Elle place véritablement l'individu au cœur de son projet démocratique. Il s'agit non seulement de créer, à la charge des États, des obligations envers toutes les personnes relevant de leur « juridiction », lesquelles se voient investies, en retour, de droits fondamentaux (art. 1^{er} de la Convention), mais aussi de permettre à ces mêmes personnes d'en revendiquer le respect devant une cour internationale (art. 34 de la Convention), habilitée à rendre un arrêt obligatoire pour l'État mis en cause (art. 46 de la Convention)¹².

⁸ Fr. SUDRE, « Conclusions », in J. Andriantsimbazovina, L. Burgorgue-Larsen et S. Touzé (dir.), *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, Pedone, Paris, 2016, p. 263.

⁹ P. LAMBERT, « Quelle réforme pour la Cour européenne des droits de l'homme? », *cette Revue*, 2012, p. 805.

¹⁰ La Déclaration de Bruxelles débute par ces mots : « la Conférence [...] réaffirme l'attachement profond et constant des États parties à la Convention [...] et leur engagement fort à l'égard du droit de recours individuel devant la Cour européenne des droits de l'homme en tant que pierre angulaire du système de protection des droits et libertés énoncés dans la Convention ».

¹¹ Comme le résume l'arrêt *Mamatkulov* du 4 février 2005, « prévu à l'origine par la Convention en tant qu'élément facultatif du système de protection, le droit de recours individuel a acquis au fil des ans une grande importance et figure parmi les clefs de voûte du mécanisme de sauvegarde des droits et libertés énoncés dans la Convention. Dans le système en vigueur jusqu'au 1^{er} novembre 1998, la compétence de la Commission en matière de droit de recours individuel était subordonnée à une déclaration formelle d'acceptation des Parties contractantes, qui pouvait être faite pour une durée déterminée. Le système de protection tel qu'il fonctionnait actuellement est, sur ce point, modifié par le Protocole n° 11 : le droit de recours individuel ne dépend plus d'une déclaration éventuelle des États contractants. Ainsi, l'individu s'est vu reconnaître au plan international un véritable droit d'action pour faire valoir des droits et libertés qu'il tient directement de la Convention » (Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Mamatkulov c. Turquie*, 4 février 2005, § 122).

¹² Voy. J.-P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme – Des juges pour la liberté*, 2^e éd., Dalloz, Paris, 2017.

B. *La «double mission» de la Cour : «trancher les cas dont elle est saisie» et «clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention»*

4. De ce «droit de recours individuel» découle une «double mission» dans le chef de la Cour. Circonscrite, pour la première fois, par l'arrêt *Irlande c. Royaume-Uni* du 18 janvier 1978, cette «double mission» a récemment été mise en exergue par l'arrêt *Nagmetov c. Russie* du 30 mars 2017¹³ : il incombe à la Cour de «trancher les cas dont elle est saisie», mais aussi «plus largement, [de] clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et [de] contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes»¹⁴. En effet, «si le système mis en place par la Convention a pour objet fondamental d'offrir un recours aux particuliers, il a également pour but de trancher, dans l'intérêt général, des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme et en étendant la jurisprudence dans ce domaine à l'ensemble de la communauté des États parties à la Convention»¹⁵.

«Rendre la justice» à l'égard du requérant qui la saisit et «dire le droit» de la Convention *erga omnes* : telles sont donc *a priori* les deux missions de la Cour. La première est de nature individuelle et concrète, tandis que la seconde a une visée plus objective et abstraite.

5. Ainsi, la Cour «rend la justice» lorsqu'elle juge dans son arrêt *Assanidzé* que le maintien en détention d'un individu malgré une décision d'acquittement viole l'article 5 de la Convention et lorsqu'elle dit, de surcroît, dans le dispositif même de son arrêt, que «l'État défendeur doit assurer la remise en liberté du requérant dans les plus brefs délais»¹⁶.

La Cour «dit le droit» lorsqu'elle interprète l'article 6 de la Convention comme garantissant, en amont du procès civil, le droit d'accès à un tribunal¹⁷ et, en aval, le droit à l'exécution des décisions de justice définitives¹⁸. Il en va de même lorsqu'elle décrète l'applicabilité de principe de l'article 6 aux procé-

¹³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Nagmetov c. Russie*, 30 mars 2017, § 64.

¹⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Irlande c. Royaume-Uni*, 18 janvier 1978, § 154 ; arrêt *Karner c. Autriche*, 24 juillet 2003, § 26 ; Gde Ch., arrêt *Konstantin Markin c. Russie*, 22 mars 2012, § 89 ; Gde Ch., arrêt *Paposhvili c. Belgique*, 13 décembre 2016, § 130.

¹⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Karner c. Autriche*, 24 juillet 2003, § 26 ; Gde Ch., arrêt *Konstantin Markin c. Russie*, 22 mars 2012, § 89 ; Gde Ch., arrêt *Paposhvili c. Belgique*, 13 décembre 2016, § 130.

¹⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Assanidzé c. Géorgie*, 8 avril 2004.

¹⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975.

¹⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997.

dures en référé¹⁹ ou lorsqu'elle pose, en règle, l'accès à un avocat dès le premier interrogatoire d'un suspect²⁰.

6. L'affaire *Taxquet c. Belgique* illustre fort bien cette double dimension de l'office strasbourgeois. Dans son arrêt de Grande Chambre²¹, la Cour a dit pour droit que si l'article 6 de la Convention n'exige pas qu'un jury d'assises motive sa décision, cette disposition requiert toutefois que l'accusé comprenne les raisons de sa condamnation. Concomitamment, et sur cette base, la Cour a rendu la justice à l'égard du requérant dans la mesure où elle a constaté en l'espèce une violation du droit à un procès équitable. Il est remarquable d'observer que ce constat de violation a ensuite permis au requérant d'obtenir en Belgique la réouverture de la procédure en droit interne, laquelle a abouti, au final, à l'irrecevabilité des poursuites. Cette affaire *Taxquet* – d'autres auraient pu être citées – montre de manière patente le lien entre les deux fonctions de la Cour lorsqu'elle statue sur une requête individuelle. Au surplus, cette affaire montre aussi que si les arrêts de la Cour contiennent des enseignements de première importance pour l'ensemble des États parties à la Convention, ils peuvent avoir des incidences très concrètes pour le requérant qui a obtenu gain de cause à Strasbourg.

7. Quoique les deux fonctions de la Cour soient intimement liées, la fonction « dire le droit » peut être spécialement mise en exergue, en particulier lorsqu'il s'agit de permettre l'examen d'une requête nonobstant la perte d'un intérêt dans le chef du requérant. Tel fut le cas dans la célèbre affaire *Karner*. Pour rappel, le requérant se plaignait, en l'espèce, d'une discrimination en raison de son orientation sexuelle. Il est décédé en cours d'instance devant la Cour. Aucun héritier ne s'étant manifesté pour poursuivre la procédure, la requête était promise à la radiation. La Cour a toutefois décidé de poursuivre l'examen de l'affaire sur la base de l'article 37, § 1^{er} *in fine* de la Convention²² au motif que « l'objet de la présente requête (une différence de traitement, en droit autrichien, à l'égard des homosexuels dans la transmission des baux) [concernait] une importante question d'intérêt général, non seulement pour l'Autriche, mais également pour d'autres États parties à la Convention »²³. En poursuivant de la sorte l'examen de l'affaire, la Cour a entendu, selon ses propres dires,

¹⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Micallef c. Malte*, 15 octobre 2009.

²⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Salduz c. Turquie*, 27 novembre 2008.

²¹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Taxquet c. Belgique*, 16 novembre 2010.

²² Qui dispose que « la Cour poursuit l'examen de la requête si le respect des droits de l'homme garantis par la Convention et ses Protocoles l'exige ».

²³ Cour eur. dr. h., arrêt *Karner c. Autriche*, 24 juillet 2003, § 27. Voy. sur cet arrêt Ph. FRUMER, « La discrimination fondée sur l'orientation sexuelle dans les relations de partenariat ou de cohabitation : une question d'intérêt général devant la Cour européenne des droits de l'homme », *cette Revue*, 2004, pp. 663 et s.

«clarifier, sauvegarder et développer les normes de protection prévues par la Convention»²⁴.

De même, c'est en raison de ce que l'affaire *Paposhvili* portait sur d'«importantes questions» s'agissant de «l'interprétation de la jurisprudence relative à l'expulsion des étrangers gravement malades», que la Cour a décidé de ne pas rayer la requête du rôle nonobstant le décès du requérant, la Cour soulignant que «l'espèce [dépassait] la situation particulière du requérant»²⁵.

Inversement, dans des situations comparables, la dimension individuelle peut rester prégnante et faire échec à la mission régulatrice de la Cour consistant à «dire le droit». L'on songe notamment à l'affaire *Léger c. France* où le décès du requérant a conduit la Grande Chambre de la Cour à radier la requête du rôle²⁶. La Cour refusa ici de se fonder sur l'article 37, § 1^{er} *in fine* de la Convention pour examiner la problématique des peines perpétuelles au regard de l'article 3 de la Convention²⁷.

Dans le même sens, il peut être fait référence à l'affaire *V.M. c. Belgique*²⁸. En l'occurrence, la Cour a décidé de rayer la requête du rôle au motif que les requérants n'ont pas maintenu le contact avec leur conseil, lequel ne pouvait dès lors plus poursuivre la procédure en leur nom. Bien que l'affaire ait été renvoyée devant la Grande Chambre – ce qui suppose, aux termes de l'article 43 de la Convention, «une question grave relative à l'interprétation ou à l'application de la Convention» ou une «question grave de caractère général»²⁹ –, il a été jugé, sans autre explication, qu'«aucune circonstance particulière touchant au respect des droits garantis par la Convention ou ses protocoles n'[exigeait] la poursuite de l'examen de la requête»³⁰. Dans une opinion séparée, quatre juges ont vivement regretté que la Cour n'ait pas saisi l'occasion qui lui était ici donnée de se prononcer sur les importantes questions en jeu dans cette affaire relative aux conditions d'accueil des demandeurs d'asile³¹.

²⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Karner c. Autriche*, 24 juillet 2003, § 27.

²⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Paposhvili c. Belgique*, 13 décembre 2016, § 132.

²⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Léger c. France*, 30 mars 2009.

²⁷ Voy. les regrets nourris par le juge Spielmann dans une opinion dissidente, à laquelle se sont ralliés les juges Bratza, Gyulumyan et Jebens.

²⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *V.M. e.a. c. Belgique*, 17 novembre 2016, obs. Fr. KRENC, «À propos de la radiation de la requête *V.M.* par la Grande Chambre et de l'autorité du précédent arrêt de chambre constatant la violation de la Convention», *cette Revue*, 2017, pp. 437 et s.

²⁹ Tel était également le cas dans l'affaire *Léger* précitée.

³⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *V.M. e.a. c. Belgique*, 17 novembre 2016, § 40.

³¹ Voy. l'opinion dissidente du juge Ranzoni à laquelle se sont ralliés les juges Lopez Guerra, Sicilianos et Lemmens.

À nos yeux, cette affaire *V.M.* montre à quel point les deux fonctions de la Cour sont étroitement liées, en ce sens qu'il n'est guère aisé et, dans certains cas, impossible pour la Cour de «dire le droit» en dehors du litige porté par le requérant. Relevons que dans cette affaire, le gouvernement belge avait déposé devant la Grande Chambre des pièces nouvelles, lesquelles appelaient des explications de la part des requérants. En l'absence de tout contact avec ceux-ci, il est difficile de tenir un débat contradictoire devant la Cour aux fins de «rendre la justice». Et il n'est guère concevable que la Cour «dise le droit» de la Convention dans un cadre contentieux qui se révélerait fallacieux, voire artificiel. C'est dire la place prépondérante de la dimension contentieuse.

L'affaire *Gross c. Suisse* constitue une autre illustration du lien entre ces fonctions et, plus particulièrement, de la dépendance de la fonction régulatrice de la Cour à l'égard de sa fonction contentieuse³².

8. Quoi qu'il en soit, cette double mission de la Cour («rendre la justice», «dire le droit») est perceptible dans le mode de raisonnement de la Cour et, singulièrement, dans la manière dont ses arrêts sont rédigés. Très souvent, ceux-ci énoncent, tout d'abord, les «principes», lesquels sont ensuite, et dans un second temps, appliqués au cas d'espèce. Au titre des principes, la Cour veille à «dire le droit» en livrant son interprétation authentique de la Convention. Dans l'application des principes au cas d'espèce, elle s'attache à «rendre la justice» en statuant sur le cas du requérant.

9. Cette dualité de fonctions («rendre la justice», «dire le droit») se reflète plus encore dans la double autorité dont les arrêts de la Cour sont revêtus.

Les arrêts de la Cour sont traditionnellement pourvus de l'autorité de la chose jugée, laquelle demeure relative: l'arrêt de la Cour ne lie que les parties à l'instance dans les limites de ce qui a été définitivement tranché par elle³³.

³² La requérante se plaignait, en l'espèce, de l'impossibilité d'obtenir une dose de pentobarbital sodique pour pouvoir mettre fin à ses jours. Elle put finalement se procurer la dose désirée et décéda en 2011. La Cour ne fut toutefois pas informée de ce décès et poursuivit l'examen de l'affaire. Par un arrêt de chambre du 14 mai 2013, elle conclut même à la violation de l'article 8 de la Convention. En raison de l'importance de la question en jeu, l'affaire fut renvoyée devant la Grande Chambre. Ce n'est qu'en cours de procédure devant la Grande Chambre que celle-ci prit connaissance du décès de la requérante. Relevant que ce décès lui avait été dissimulé, la Grande Chambre jugea la requête «abusive» au sens de l'article 35, § 3, a), de la Convention. Par conséquent, elle ne trancha pas la question particulièrement sensible de l'aide au suicide, qui sous-tendait la requête (Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Gross c. Suisse*, 30 septembre 2014). Voy., pour une approche plus nuancée, l'opinion dissidente commune à huit juges (Spielmann et consorts).

³³ Voy. notamment J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, «L'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme vue par le Conseil d'État», *Rev. fr. dr. adm.*, 1998, p. 980; G. COHEN-JONATHAN,

Mais les arrêts de la Cour sont également parés de l'autorité dite de la « chose interprétée » qui transcende les limites du cas d'espèce et s'impose à l'ensemble des États parties à la Convention³⁴.

Par ses arrêts en effet, la Cour « dit le droit » à l'attention de tous les États parties à la Convention, lesquels sont priés de s'y conformer au plus vite sous peine de voir, tôt ou tard, leur responsabilité conventionnelle engagée devant la Cour.

Il en va ainsi lorsque la Cour indique expressément que « les États ont l'obligation positive, inhérente aux articles 3 et 8 de la Convention, d'adopter des dispositions en matière pénale qui sanctionnent effectivement le viol et de les appliquer en pratique au travers d'une enquête et de poursuites effectives »³⁵, ou lorsque, après avoir dégagé de l'article 3 de la Convention un droit du détenu à des conditions de détention conformes à la dignité humaine³⁶, la Cour énonce des normes minimales à respecter pour que la détention soit compatible avec cette disposition³⁷. Il en va encore de même lorsque la Cour enseigne que « l'obligation pour le magistrat d'avancer des motifs pertinents et suffisants à l'appui de la privation de liberté – outre la persistance de raisons plausibles de soupçonner la personne arrêtée d'avoir commis une infraction – s'applique dès la première décision ordonnant le placement en détention provisoire, c'est-à-dire 'aussitôt' après l'arrestation »³⁸.

La Cour peut même « dire le droit » en s'adressant indirectement aux personnes privées lorsque, par exemple, elle précise, dans son arrêt *Barbulescu* du 5 septembre 2017, que le travailleur doit être dûment avisé du contrôle pratiqué par l'employeur sur sa messagerie électronique professionnelle et que cette information doit être préalable à tout contrôle³⁹. Certes, la Convention

←

« Quelques considérations sur l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Liber amicorum Marc-André Eissen*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 41 ; J. VERHOEVEN, « À propos de l'autorité des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme et de la responsabilité internationale liée à leur observation », obs. sous Cass. (b.), 21 janvier 1982, *R.C.J.B.*, 1984, pp. 275 et s., spéc. p. 279.

³⁴ Voy. Fr. KRENC, « L'autorité de la chose interprétée des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme », in S. Van Drooghenbroeck (dir.), *Le droit international et européen des droits de l'homme devant le juge national*, coll. « Grands arrêts », Larcier, Bruxelles, 2014, pp. 311 et s.

³⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *M.C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, § 153.

³⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, § 94.

³⁷ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Mursic c. Croatie*, 20 octobre 2016, obs. Fr. TULKENS, « Cellule collective et espace personnel – Un arrêt en trompe-l'œil », *cette Revue*, 2017, pp. 989-1004.

³⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Buzadji c. Moldova*, 5 juillet 2016, § 102.

³⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Barbulescu c. Roumanie*, 5 septembre 2017.

ne s'adresse formellement qu'aux États. Il n'en reste pas moins qu'en raison de l'horizontalisation généralisée de son prescrit⁴⁰, elle ne peut (plus) être ignorée par les personnes privées.

10. Indubitablement, le mécanisme de la tierce intervention⁴¹ contribue à l'essor de la fonction «dire le droit» de la Cour. Il est ainsi intéressant de noter, à titre exemplatif, que l'affaire *Barbulescu* précitée a donné lieu à la tierce intervention du gouvernement français ainsi qu'à celle de la Confédération européenne des syndicats sur la base de l'article 36, § 2, de la Convention. Ces tierces interventions sont révélatrices de l'importance de la mission impartie à la Cour de «dire le droit» au-delà du cas du requérant. Cherchant à éclairer, à orienter la Cour sur les principes qui se trouvent en jeu dans l'affaire dont celle-ci est appelée à connaître, des organisations non gouvernementales, mais aussi des centres universitaires⁴² sollicitent fréquemment l'autorisation de prendre part à la procédure. Lorsqu'ils y sont autorisés, ces tiers ne peuvent, en règle, présenter «aucun commentaire sur les faits ou le bien-fondé de l'affaire». Par ailleurs, à l'instar de l'État français dans l'affaire *Barbulescu*, des États recourent également à la tierce intervention en vue tantôt de prévenir une lecture de la Convention qui serait fâcheuse pour leurs propres législations ou pratiques, tantôt d'infléchir une précédente position de la Cour. Il n'est que de songer, pour la première hypothèse, à la tierce intervention des gouvernements britannique, irlandais et français dans l'affaire *Taxquet*⁴³ ou à celle du gouvernement belge dans l'affaire *S.A.S.*⁴⁴. Quant au second cas de figure, on pense

⁴⁰ Voy., entre autres, S. VAN DROOGHENBROECK, «L'horizontalisation des droits de l'homme», in H. Dumont, Fr. Ost et S. Van Drooghenbroeck (dir.), *La responsabilité, face cachée des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2005, pp. 355 et s.; D. SPIELMANN, «Obligations positives et effet horizontal des dispositions de la Convention», in Fr. Sudre (dir.), *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. «Droit & Justice», n° 21, Nemesis/Bruylant, Bruxelles, 1998, pp. 133 et s.

⁴¹ Art. 36 de la Convention. Voy. E. DECAUX et C. PETTITI (dir.), *La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme et en droit comparé*, coll. «Droit & Justice», n° 84, Nemesis/Bruylant, Bruxelles, 2009. Voy. aussi L.-A. SICILIANOS, «La tierce intervention devant la Cour européenne des droits de l'homme», in H. Ruiz-Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *Le tiers à l'instance devant les juridictions internationales*, Pedone, Paris, 2005, pp. 123 et s.; L. HENNEBEL, «Le rôle des *amici curiae* devant la Cour européenne des droits de l'homme», *cette Revue*, 2007, pp. 641 et s.; L. BURGORGUE-LARSEN, «Les interventions éclairées devant la Cour européenne des droits de l'homme ou le rôle stratégique des *amici curiae*», in *La conscience des droits – Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, Dalloz, Paris, 2011, pp. 67 et s.

⁴² Le Centre des droits de l'homme de l'Université de Gand est incontestablement l'un des plus actifs. Voy. ses tierces interventions notamment dans les affaires *Konstantin Markin c. Russie*, *Söderman c. Suède*, *S.A.S. c. France*, *Bouyid c. Belgique* ou, plus récemment, *Garib c. Pays-Bas*.

⁴³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Taxquet c. Belgique*, 16 novembre 2010.

⁴⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *S.A.S. c. France*, 1^{er} juillet 2014.

instinctivement à la tierce intervention remarquée du même gouvernement britannique dans l'affaire *Scoppola* (n° 3)⁴⁵.

Cette pratique de la tierce intervention témoigne de l'importance de la dimension régulatrice de l'office strasbourgeois et participe, de toute évidence, de son développement.

II. Une mutation progressive de l'office de la Cour européenne des droits de l'homme

11. L'on doit bien constater que l'exercice par la Cour de ses deux fonctions («rendre la justice», «dire le droit») a sensiblement évolué au fil du temps.

Ainsi, la Cour peut se montrer plus précise, plus directive, qu'elle ne l'était auparavant lorsqu'elle «rend la justice». Depuis 2004, elle n'hésite plus en effet à enjoindre aux États condamnés d'adopter des mesures d'ordre individuel à l'égard du requérant. L'arrêt *Assanidzé*, déjà mentionné, constitue une première application de ce pouvoir d'injonction de la Cour⁴⁶, à laquelle fit suite, dans la foulée, l'arrêt *Ilascu* du 8 juillet 2004⁴⁷. L'on peut également relever l'arrêt *Oleksander Volkov* du 9 janvier 2013 qui, sur le terrain de l'article 6 de la Convention, indiqua expressément dans son dispositif que «l'Ukraine doit assurer la réintégration du requérant à son poste de juge de la Cour suprême dans les plus brefs délais»⁴⁸, l'arrêt *Youth Initiative of Human Rights* du 25 juin 2013 dans lequel la Cour ordonna au service serbe de renseignement de communiquer à l'ONG requérante les informations que celle-ci réclamait au titre de l'article 10 de la Convention⁴⁹, ou encore l'arrêt *Del Rio Prada* du 21 octobre 2013 dont le dispositif énonça consécutivement au constat de violation de l'article 7 de la Convention qu'«il incombe à l'État défendeur d'assurer la remise en liberté de la requérante dans les plus brefs délais»⁵⁰.

⁴⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Scoppola* (n° 3) c. Italie, 22 mai 2012. Voy. N. HERVIEU, «Le droit de vote des détenus : une histoire sans fin pour un contentieux décisif», *cette Revue*, 2012, p. 433.

⁴⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Assanidzé* c. Géorgie, 8 avril 2004, point 14 du dispositif.

⁴⁷ Dans cet arrêt, la Cour a enjoint aux États défendeurs de «prendre toutes les mesures nécessaires pour mettre fin à la détention arbitraire des requérants encore incarcérés et assurer leur remise en liberté immédiate» (Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Ilascu* e.a. c. Moldavie et Russie, 8 juillet 2004, point 22 du dispositif).

⁴⁸ Cour eur. dr. h., arrêt *Oleksandr Volkov* c. Ukraine, 9 janvier 2013, point 9 du dispositif.

⁴⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Youth Initiative of Human Rights* c. Serbie, 25 juin 2013, point 4 du dispositif.

⁵⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Del Rio Prada* c. Espagne, 21 octobre 2013, point 3 du dispositif.

Parallèlement, la manière par laquelle la Cour «dit le droit» a également évolué. Soucieuse d'être la plus exhaustive possible, la Cour prend soin de motiver ses arrêts rendus sur le fond, ce qui est heureux. Le revers de la médaille est que certains arrêts, singulièrement ceux rendus par la Grande Chambre, sont de plus en plus volumineux⁵¹. Dans certains cas, les attendus de principe s'enchaînent d'une manière désordonnée, par un procédé de «copier-coller». Leur énoncé peut même se révéler contradictoire. L'arrêt *Ibrahim* du 13 septembre 2016⁵² constitue une illustration topique de ces arrêts dont il est difficile de prendre la mesure⁵³... si tant est qu'on prenne la peine de les lire dans leur intégralité⁵⁴. Si la pédagogie se marie mal avec le laconisme et si les affaires déferées à la Cour ne peuvent, en raison de leur complexité, donner lieu à des raisonnements simplistes, cette manière de «dire le droit» pose toutefois un réel problème de lisibilité des arrêts de la Cour. L'on est tout autant frappé par le volume accru de certaines opinions séparées (qui, dans certains cas, se révèlent plus longues que l'arrêt), qui amplifie le désespoir du lecteur.

12. Au-delà de ces premiers constats, c'est plus largement une mutation progressive de l'office de la Cour que l'on observe et à laquelle il convient d'être particulièrement attentif.

Cette mutation progressive procède essentiellement de la conjugaison de deux facteurs, parfaitement mis en lumière par Laurence Burgorgue-Larsen,

⁵¹ Voy. en ce sens également Fr. SUDRE, «Les moyens de renforcement de la motivation de la Cour», in S. Touzé (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme – Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, 2016, pp. 189-213, spéc. p. 195.

⁵² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni*, 13 septembre 2016, obs. C. MACQ, «Accès différé à l'assistance d'un avocat: la Cour confirme et précise sa jurisprudence», *cette Revue*, 2017, pp. 421 et s.

⁵³ La Cour y enseigne en des termes clairs et catégoriques que «le droit à un procès équitable consacré par l'article 6, § 1^{er}, ne souffre aucune dérogation» (§ 250) et qu'«il est hors de question que les droits tenant à l'équité du procès soient atténués pour la seule raison que les personnes concernées sont soupçonnées d'être mêlées à des actes de terrorisme» (§ 252). Cependant, elle énonce parallèlement que «pour déterminer si la procédure dans son ensemble a été équitable, le poids de l'intérêt public à la poursuite de l'infraction particulière en question et à la sanction de son auteur peut être pris en considération. De plus, il ne faut pas appliquer l'article 6 d'une manière qui causerait aux autorités de police des difficultés excessives pour combattre par des mesures effectives le terrorisme et d'autres crimes graves, comme elles doivent le faire pour honorer l'obligation, découlant pour elles des articles 2, 3 et 5, § 1^{er}, de la Convention, de protéger le droit à la vie et le droit à l'intégrité physique des membres de la population» (*ibid.*).

⁵⁴ Sans verser dans une logique comptable, on relèvera que l'arrêt *Ibrahim* de la Grande Chambre compte 135 pages (en ce compris les opinions séparées), 319 paragraphes composant l'arrêt proprement dit.

étant l'engorgement du rôle de la Cour, d'une part, et une défiance étatique accrue, d'autre part⁵⁵.

13. Ainsi, bien que le Protocole n° 11 opérât une réforme profonde du mécanisme de contrôle notamment en mettant en place une cour unique et permanente, la Cour a très vite été confrontée à l'engorgement de son rôle. Pour beaucoup, cette explosion du contentieux a résulté de l'élargissement massif du Conseil de l'Europe opéré au cours des années 1990, pas moins de dix-huit États ayant adhéré au Conseil de l'Europe au cours de cette décennie. Mais cet engorgement tient aussi, pour partie, au « succès » de la Cour qui s'est imposée progressivement dans le paysage juridique européen. En toute hypothèse, l'afflux exponentiel de requêtes était tel que la survie de la Cour fut réellement en cause. Un « pic » fut atteint en 2011 lorsqu'on dénombra 151 600 requêtes pendantes, alors qu'en 2000, on en recensait moins de 16 000.

14. Parallèlement à l'engorgement de son rôle, la Cour a été amenée à faire face à une recrudescence de critiques féroces en provenance de plusieurs États.

À l'obstruction de la Fédération de Russie qui refusa, pendant plusieurs années, de ratifier le Protocole n° 14, bloquant ainsi son entrée en vigueur, a fait suite la fronde britannique suscitée par l'arrêt *Hirst*⁵⁶ et amplifiée par l'arrêt *Abu Qatada*⁵⁷. Cette fronde trouva un écho remarqué dans la solide charge lancée en avril 2016 par Theresa May, alors Secretary for Home Affairs : « La Convention européenne des droits de l'homme peut lier les mains du Parlement, elle n'apporte rien à notre prospérité, fragilise notre sécurité en empêchant d'expulser des personnes de nationalité étrangère dangereuses, et ne fait rien pour changer le comportement de certains États en matière de droits de l'homme, à l'instar de la Fédération de Russie. » Et Theresa May de poursuivre : « si l'on veut réformer le droit des droits de l'homme dans notre pays, ce n'est pas l'Union européenne à laquelle nous devons tourner le dos, mais bien à la Convention européenne des droits de l'homme et à la compétence de la Cour européenne des droits de l'homme »⁵⁸.

⁵⁵ L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, 2^e éd., LGDJ, Paris, 2015, pp. 24-29.

⁵⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, 6 octobre 2005 (concernant le droit de vote des détenus).

⁵⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, 17 janvier 2012 (concernant l'expulsion vers la Jordanie d'une personne accusée de faits de terrorisme).

⁵⁸ Traduction française d'un extrait du discours prononcé par Theresa May le 25 avril 2016, disponible notamment sur le site www.gov.uk.

Ces vents contraires ont même gagné la France, pays des droits de l'homme, mais aussi pays hôte de la Cour. Plusieurs mandataires politiques n'ont pas manqué de fustiger celle-ci, l'accusant de tous les maux. Une résolution a ainsi été déposée en février 2015 devant l'Assemblée nationale par plusieurs députés «républicains» au motif, notamment, que «les élus nationaux, tout comme les citoyens qu'ils représentent, ne peuvent accepter que certains juges s'arrogent la possibilité d'octroyer des droits en bafouant des dispositions démocratiquement établies et en détournant les principes du droit en faveur du terrorisme contre l'impératif de sécurité nationale des États»⁵⁹. La «renégociation» et même le «retrait» de la Convention ont par ailleurs été ouvertement avancés au cours de la dernière campagne présidentielle.

Au même moment, la Russie a lancé une nouvelle «offensive» contre l'autorité de la Cour en permettant désormais à la Cour constitutionnelle de faire obstacle à l'exécution des arrêts rendus par les juges de Strasbourg⁶⁰, tandis que le débat autour des «juges étrangers» fait rage en Suisse à la suite de l'initiative populaire «Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination)» portée par l'U.D.C.

15. Certes, toutes ces critiques⁶¹, pour violentes qu'elles soient, ne sont pas neuves⁶². Il reste qu'elles ont, cette fois, affecté la Cour. Les États ont, en effet, tenu à recadrer son office par l'adoption du Protocole n° 15 et la Cour, elle-même, semble faire montre de plus de prudence dans ses prises de position afin d'éviter de «remettre de l'huile sur le feu».

Certes, on avait pu craindre le pire avant la Conférence de Brighton qui s'est tenue en avril 2012. Celle-ci n'a fort heureusement pas débouché sur des réformes funestes. Pour autant, nombreux sont ceux qui considèrent que le Protocole n° 15 ainsi que le Protocole n° 16, adoptés l'un et l'autre dans la fou-

⁵⁹ Proposition de résolution invitant le gouvernement français à renégocier les conditions de saisine et les compétences de la Cour européenne des droits de l'homme sur les questions touchant notamment à la sécurité nationale et à la lutte contre le terrorisme, présentée par les députés Pierre Lellouche et consorts et enregistrée à la présidence de l'Assemblée nationale le 18 février 2015.

⁶⁰ G. ROSOUX, «Offensive de la Russie contre l'autorité de la jurisprudence européenne relative au droit de vote des détenus», *cette Revue*, 2017, pp. 53 et s.

⁶¹ Voy. en particulier P. POPELIER, S. LAMBRECHT et K. LEMMENS (éd.), *Criticism of the European Court of Human Rights*, Intersentia, Cambridge/Anvers/Portland, 2016; S. TOUZÉ (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme – Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Pedone, Paris, 2016.

⁶² Voy. P. LAMBERT, «La Cour européenne des droits de l'homme à l'épreuve de quelques critiques... au fil du temps», *cette Revue*, 2010, pp. 5 et s.

lée de cette Conférence, constituent l'amorce d'une reconfiguration tangible de l'office de la Cour⁶³.

Ainsi, par le Protocole n° 15 – qui constitue un protocole additionnel à la Convention –, le principe de subsidiarité se voit désormais sacralisé et placé en toutes lettres au frontispice de la Convention. Le Protocole n° 15 prévoit en effet son inscription au cœur du Préambule, aux côtés de la marge d'appréciation reconnue aux États, à laquelle il est également donné un écho solennel dans le Préambule⁶⁴.

Le Protocole n° 16 – qui est, pour sa part, un protocole optionnel – tend à modifier différemment, mais non moins sensiblement, l'office de la Cour en donnant une forme nouvelle et concrète au dialogue entre juges nationaux et juges européens. Il ne s'agit pas ici de limiter les pouvoirs de la Cour, mais de créer un mécanisme nouveau permettant aux plus hautes juridictions nationales de solliciter un « avis consultatif » de la Cour⁶⁵.

Certes, ces Protocoles ne sont pas encore entrés en vigueur à ce jour. Ils traduisent cependant des orientations majeures dont il faut prendre la juste mesure (B et C), en examinant leur impact sur le droit de recours individuel, cette « pierre angulaire » qui apparaît aujourd'hui de plus en plus érodée (A). Il s'agit aussi de voir dans quelle mesure le contentieux tranché par la Cour tend à se « désobjectiver » (D).

A. *L'érosion de la « pierre angulaire »*

16. C'est peu de dire que le justiciable ressort généralement frustré de son périple strasbourgeois. Dans 95% des cas, le requérant s'est vu notifier une décision d'irrecevabilité prise par un juge unique et dépourvue (en tout cas, jusqu'il y

⁶³ Voy. Fr. SUDRE, « La subsidiarité, 'nouvelle frontière' de la Cour européenne des droits de l'homme – À propos des Protocoles n°s 15 et 16 de la Convention », *J.C.P.*, éd. G., 2013, pp. 1912 et s. Voy. aussi R. SPANO, « Universality or Diversity of Human Rights? – Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Rights Law Review*, 2014, pp. 487-502.

⁶⁴ Voy. G. MALINVERNI, « Le Protocole n° 15 à la Convention européenne des droits de l'homme », *cette Revue*, 2015, pp. 51 et s.

⁶⁵ Voy. L.-A. SICILIANOS, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *cette Revue*, 2014, pp. 9 et s.; du même auteur, « Le dialogue des juges nationaux et européens: la nouvelle fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », *in Les limites du droit international – Essai en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruylant, Bruxelles, 2014, pp. 501 et s. Voy. aussi V. BERGER, « Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme ou l'institutionnalisation du 'dialogue des juges' », *Gaz. Pal.*, 27 juin 2015, n° 178, p. 8.

a peu) de la moindre motivation. Ces frustrations tiennent également au délai de traitement des requêtes, lequel, s'il s'est sensiblement amélioré pour les requêtes récemment introduites, peut parfois dépasser les limites du « raisonnable » et osciller, pour certaines, entre cinq et dix ans⁶⁶. Pour beaucoup de ces requérants, la justice européenne des droits de l'homme se révèle malheureusement un leurre⁶⁷.

17. En soi, ce taux anormalement élevé d'irrecevabilité continue d'interpeller. Soit la fonction de la Cour demeure, encore et toujours, totalement incomprise par l'immense majorité des citoyens et des avocats, ce qui est alarmant; soit ce pourcentage résulte d'un tri particulièrement sévère opéré par la Cour sous le manteau de l'irrecevabilité manifeste, ce qui serait tout aussi préoccupant.

18. En toute hypothèse, bien qu'il soit constamment répété que le droit de recours individuel demeure la « pierre angulaire » de la Convention, cette pierre apparaît de plus en plus érodée.

Il est indubitable que les réformes adoptées depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 11 visent à contenir l'accès à la Cour.

On rappelle que :

- le Protocole n° 14, entré en vigueur le 1^{er} juin 2010, a ajouté une nouvelle condition de recevabilité tenant à l'existence d'un « préjudice important », en même temps qu'il a institué la figure du juge unique⁶⁸;
- le Protocole n° 15, qui n'est pas encore entré en vigueur, prévoit la réduction du délai de saisine de la Cour (actuellement de six mois) à quatre mois;
- la Cour, de son côté, a modifié son règlement en vue d'imposer le recours – obligatoire depuis le 1^{er} janvier 2014 – à un formulaire type pour introduire une requête individuelle.

Parallèlement, la Cour a été pressée d'appliquer plus strictement les conditions de recevabilité prévues par la Convention⁶⁹, ce qu'elle n'a pas manqué de faire à propos de la règle du délai de six mois⁷⁰, mais aussi, et surtout, relati-

⁶⁶ Un certain nombre d'affaires sont en effet inscrites au rôle depuis 2008 au moins.

⁶⁷ Voy. les propos vitriolés de R. OLLARD, « Irrecevabilité des requêtes individuelles par la Cour européenne des droits de l'homme : quand l'hôpital se moque de la charité », *Gaz. Pal.*, 2016, pp. 46-49.

⁶⁸ Voy. J. CALLEWAERT, « Le(s) nouveau(x) visage(s) de la Convention européenne des droits de l'homme », *J.D.E.*, 2010, pp. 193 et s.; Fr. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le Protocole n° 14 : 'cautère sur une jambe de bois' ou véritable 'garantie de l'efficacité à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme' ? », *op. cit.*, pp. 493-502.

⁶⁹ Voy. les points 14 et 15 de la Déclaration de Brighton.

⁷⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Sabri Günes c. Turquie*, 29 juin 2012.

vement à la condition de l'épuisement des voies de recours internes, laquelle oblige le justiciable tant à exercer les recours disponibles dans l'ordre interne⁷¹ qu'à invoquer, à cette occasion, la Convention, explicitement ou en substance⁷².

Il est manifeste que le but n'est pas d'ouvrir béantes les portes du Palais des droits de l'homme, mais qu'il s'agit plutôt d'en resserrer l'accès.

Le militant des droits de l'homme peut en ressentir un profond sentiment d'insatisfaction, dès lors qu'il voit dans ces réformes et prises de position autant d'attaques successives portées au droit de recours individuel.

Ce même militant a toutefois pu se réjouir de voir la Cour, par son arrêt de Grande Chambre en cause *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Campeanu c. Roumanie*, s'engager vers la reconnaissance de la qualité à agir à des organisations non gouvernementales au nom de victimes qui se trouvent dans l'impossibilité de faire valoir leurs droits⁷³. Néanmoins, c'est avec inquiétude qu'il a été pris acte des vives préoccupations exprimées dans les colonnes de cette *Revue* par la juge Keller et Aurore Garin à propos de la jurisprudence récente de la Cour. Dans un article au sous-titre explicite («Le recours individuel en péril»)⁷⁴, ces auteures n'ont pas manqué de dénoncer l'approche trop restrictive de l'article 34 de la Convention par la Cour à l'égard des personnes particulièrement vulnérables et d'en appeler à plus d'ouverture⁷⁵.

⁷¹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., décision *Gherghina c. Roumanie*, 9 juillet 2015, obs. Fr. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, «Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *J.T.*, 2016, p. 462.

⁷² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Vuckovic e.a. c. Serbie*, 25 mars 2014, obs. Fr. KRENC et S. VAN DROOGHENBROECK, «Chronique de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme», *J.T.*, 2014, p. 670.

⁷³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Campeanu c. Roumanie*, 17 juillet 2014, obs. L. VAN DEN EYNDE, «Requêtes d'ONG à la Cour européenne des droits de l'homme: la Cour tente (trop) prudemment d'élargir l'accès à son prétoire en contournant ses propres embûches», *cette Revue*, 2016, pp. 227 et s. Voy. postérieurement à cet arrêt, Cour eur. dr. h., arrêt *Kondrulín c. Russie*, 20 septembre 2016, obs. Fr. SUDRE, «Qualité pour agir d'une association devant la Cour européenne», *Sem. jur.*, éd. G., n° 41, p. 1875. Voy. aussi J. MARQUIS, *La qualité pour agir devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Schulthess, Genève/Zurich/Bâle, 2017.

⁷⁴ H. KELLER et A. GARIN, «*Campeanu: quo vadis? Le recours individuel en péril*», *cette Revue*, 2017, pp. 485 et s.

⁷⁵ Pour ces auteures, «il conviendrait, dans un souci d'équité, d'apprécier les exigences propres à l'article 34 à travers le prisme de la vulnérabilité particulière des requérants pour répondre, spécifiquement et au cas par cas, au besoin de protection de chacun. L'interprétation plus extensive du *locus standi* devient alors un impératif que la Cour européenne ne devrait pas manquer d'intégrer alors à ses priorités, au risque de mettre définitivement en péril le recours individuel» (*ibid.*, p. 488).

19. Toutes ces réformes et restrictions affectant le droit de recours individuel sont-elles le « prix à payer » pour garantir la pérennité du système de contrôle de la Convention ?

Il faut en tout cas reconnaître que le rôle strasbourgeois s'est considérablement allégé. Alors que le nombre de requêtes pendantes devant la Cour culminait à plus de 160 000 en 2011, ce nombre a littéralement chuté : il s'élevait à moins de 65 000 à la fin de l'année 2015 avant de remonter à 80 000 à la fin de l'année 2016, pour redescendre de manière spectaculaire à 56 250 au 31 décembre 2017. La décrue est pour le moins sensible.

Sous ces cieux plus cléments, la Cour a fait part lors de la Conférence de Bruxelles organisée en mars 2015 de son « intention [...] de motiver, de manière brève, ses décisions d'irrecevabilité de juge unique ». Il a fallu patienter plus de deux ans pour que la Cour annonce enfin par un communiqué du 1^{er} juin 2017 que, « l'arriéré massif d'affaires manifestement irrecevables » étant à présent « éliminé », les requérants recevront désormais une « décision », laquelle « mentionnera en général des motifs précis d'irrecevabilité ». L'on ne peut que s'en féliciter, tant cette mesure était attendue⁷⁶. Il reste à voir si, en pratique, cette réforme répondra aux attentes particulièrement fortes des justiciables et des barreaux.

Pour le surplus, nous nous garderons de fustiger le recours obligatoire à un formulaire pour saisir la Cour. En tant que tel, l'usage d'un formulaire ne nous paraît pas constituer une entrave disproportionnée au droit de recours individuel. Encore faut-il que, conformément à ses propres enseignements⁷⁷, la Cour s'abstienne de tout « formalisme excessif » dans l'appréciation du respect de son règlement.

De même, la revalorisation du principe de subsidiarité à travers le rappel de l'obligation pour l'individu d'exploiter toutes les ressources de la Convention devant les autorités et juridictions nationales est parfaitement légitime. Un recours devant la Cour européenne des droits de l'homme n'est pas une fin en soi. Insistons-y. Il ne s'agit que du moyen ultime de redresser une violation de la Convention. Partant, réaffirmer l'importance du principe de subsidiarité est tout à fait salutaire.

⁷⁶ Voy. Fr. KRENC, « Les fils du dialogue entre l'avocat et la Cour européenne des droits de l'homme », *L'observateur de Bruxelles*, 2016, n° 105, p. 30. On persiste à penser que si une requête est « manifestement » irrecevable, il n'est guère difficile d'indiquer, fût-ce succinctement, en quoi cette irrecevabilité est à ce point manifeste. On ne peut manquer de rappeler au demeurant que l'article 45, § 1^{er}, de la Convention prescrit la motivation de toutes les décisions de la Cour, sans distinction.

⁷⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *L'Érablière c. Belgique*, 24 février 2009, §§ 35-44 ; arrêt *RTBF c. Belgique*, 29 mars 2011, §§ 69-75 ; arrêt *Miessen c. Belgique*, 18 octobre 2016, §§ 63-74 ; arrêt *Dakir c. Belgique*, 11 juillet 2017, §§ 74-82.

B. *La sacralisation de la subsidiarité*

20. Le principe de subsidiarité⁷⁸ traduit une idée simple: la protection de la Convention est avant tout nationale. Les droits de la Convention doivent d'abord, et prioritairement, être invoqués au sein des États et protégés par ceux-ci. Autrement dit, l'action des États est première; l'intervention de la Cour est subsidiaire.

Comme l'a récemment rappelé l'arrêt *Paposhvili*, «en vertu de l'article 1^{er} de la Convention, ce sont [...] les autorités internes qui sont responsables au premier chef de la mise en œuvre et de la sanction des droits garantis par la Convention»⁷⁹. La Cour n'est appelée à exercer son contrôle qu'après l'épuisement des voies de recours internes, conformément à l'article 35, § 1^{er}, de la Convention.

Ainsi, la subsidiarité, tant dans sa dimension substantielle que procédurale, figure déjà en filigrane de la Convention dont elle constitue un principe fondateur depuis l'origine.

Par conséquent, le Protocole n° 15, qui donne une assise formelle au principe de subsidiarité en prévoyant son inscription expresse dans le Préambule de la Convention, consacre une évidence. En même temps, il est tout aussi certain que cette consécration constitue un signal fort. Il convient dès lors de se montrer vigilant et l'on ne peut que suivre Françoise Tulkens lorsqu'elle souligne que la subsidiarité peut être «la pire des choses» si elle implique «abandon, retrait, repli identitaire, retour des souverainetés»⁸⁰. Cette revalorisation de la subsidiarité tendrait alors à juguler le contrôle de la Cour et marquerait moins un retour aux sources qu'un fâcheux retour en arrière.

21. Alors même que le Protocole n° 15 n'est pas encore entré en vigueur⁸¹, faut-il déjà dresser le constat selon lequel la promotion de la subsidiarité se traduit concrètement par une déférence accrue de la Cour à l'égard des États? Il est évidemment difficile de donner une réponse assurée à cette question, tant il serait hasardeux, au regard de l'abondante production prétorienne de la

⁷⁸ Voy. Fr. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, coll. «Droit & Justice», n° 108, Nemesis/Anthemis, Bruxelles/Limal, 2014; G. GONZALEZ (dir.), *La subsidiarité conventionnelle en question*, coll. «Droit & Justice», n° 114, Nemesis/Anthemis, Bruxelles/Limal, 2016.

⁷⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Paposhvili c. Belgique*, 13 décembre 2016, § 184.

⁸⁰ Fr. TULKENS, «Conclusions générales», in F. Sudre (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 398.

⁸¹ Au 1^{er} janvier 2018, trente-neuf États ont ratifié le Protocole n° 15.

Cour, de vouloir porter une analyse autorisée au départ de quelques arrêts pris isolément. Toutefois, l'on s'autorise à penser que, s'agissant des affaires tranchées par la Grande Chambre, l'audace ne transpire pas des solutions qui ont été retenues. Outre les arrêts *A, B et C c. Irlande*⁸², *Lautsi c. Italie*⁸³, *Stummer c. Autriche*⁸⁴, *S.H. c. Autriche*⁸⁵, *S.A.S. c. France*⁸⁶, *Hämäläinen c. Finlande*⁸⁷, *Parrillo c. Italie*⁸⁸, l'on mentionnera, pour des illustrations plus récentes de *self-restraint* sur les questions «sociétales», les arrêts *Dubská et Krejzová c. République tchèque*⁸⁹ et *Paradiso et Campanelli c. Italie*⁹⁰. Ainsi, dans cette dernière affaire, la Cour a expressément indiqué au soutien de son constat de non-violation de la Convention qu'«elle n'a [...] pas à substituer sa propre appréciation à celle des autorités nationales compétentes s'agissant de déterminer le meilleur moyen de régler la question – complexe et sensible – de la relation entre des parents d'intention et un enfant né à l'étranger dans le cadre d'un accord commercial de gestation pour autrui et à l'aide d'une méthode de procréation médicalement assistée qui sont tous deux interdits dans l'État défendeur»⁹¹.

La Cour confesse même devoir faire preuve de «réserve» dans l'arbitrage de certaines questions. Ainsi dans les affaires *Belcemi et Oussar c. Belgique* et

⁸² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *A, B et C c. Irlande*, 16 décembre 2010 (relatif à l'interdiction de l'avortement).

⁸³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Lautsi e.a. c. Italie*, 18 mars 2011 (s'agissant de l'exposition du crucifix dans les classes publiques italiennes).

⁸⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Stummer c. Autriche*, 7 juillet 2011 (concernant la non-affiliation des détenus au régime de pension à raison du travail accompli en prison).

⁸⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *S.H. e.a. c. Autriche*, 3 novembre 2011 (à propos de l'interdiction du recours aux dons de sperme et d'ovules aux fins d'une fécondation *in vitro*).

⁸⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *S.A.S. c. France*, 1^{er} juillet 2014 (à propos de l'interdiction du port du voile intégral), obs. G. GONZALEZ et G. HAARSCHER, «Consécration jésuitique d'une exigence fondamentale de la civilité démocratique? Le voile intégral sous le regard des juges de la Cour européenne», *cette Revue*, 2015, pp. 219-233.

⁸⁷ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Hämäläinen c. Finlande*, 16 juillet 2014 (concernant la reconnaissance du changement de sexe), obs. C.-A. CHASSIN, «Heurs et malheurs du mariage des transsexuels», *cette Revue*, 2015, pp. 463-480.

⁸⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Parrillo c. Italie*, 27 août 2015 (s'agissant de l'interdiction du don d'embryons à des fins de recherche scientifique).

⁸⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Dubská et Krejzová c. République tchèque*, 15 novembre 2016 (relatif à l'impossibilité pratique d'accoucher à domicile en République tchèque). Voy. le commentaire critique de cet arrêt par J.-P. MARGUÉNAUD, «Le moment unique de l'accouchement troublé par le paternalisme médical», *cette Revue*, 2017, pp. 639-650.

⁹⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Paradiso et Campanelli c. Italie*, 24 janvier 2017 (concernant l'interdiction de la gestation pour autrui).

⁹¹ *Ibid.*, § 180.

Dakir c. Belgique, jugées le 11 juillet 2017, la Cour a indiqué, dans le prolongement de l'arrêt *S.A.S.*, que « la question de l'acceptation ou non du port du voile intégral dans l'espace public belge constitue un choix de société » et que « dans un tel cas de figure elle se doit de faire preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionnalité dès lors qu'il la conduit à évaluer un arbitrage effectué selon des modalités démocratiques au sein de la société belge »⁹².

Il y a cinquante ans, à l'occasion de l'« affaire linguistique belge », la Cour avait déjà énoncé qu'« elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention »⁹³. C'est que « grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, les autorités de l'État se trouvent en principe mieux placées que le juge international »⁹⁴. Selon la Cour, celles-ci « jouissent d'une légitimité démocratique directe en ce qui concerne la protection des droits de l'homme »⁹⁵.

Il reste que la marge d'appréciation reconnue aux États paraît toujours aussi floue, alors même qu'elle se voit projetée à l'avant-plan du prétoire strasbourgeois et qu'elle est appelée, à l'instar du principe de subsidiarité, à figurer en toutes lettres dans le Préambule de la Convention, une fois que le Protocole n° 15 entrera en vigueur. En particulier, ce sont les critères visant à déterminer son ampleur – la problématique en cause, la nature du droit fondamental en jeu, l'existence d'un consensus au sein des États parties...⁹⁶ – qui demeurent nébuleux.

22. Au-delà des questions sociétales, la jurisprudence récente de la Cour atteste de reculs, parfois inquiétants, dans le champ de la protection conventionnelle. Il n'est que de relever, à titre exemplatif, l'arrêt *Mursic* concernant l'espace minimal dont doit disposer une personne détenue dans une cellule collective⁹⁷, l'arrêt *Ibrahim* s'agissant de l'accès différé à un avocat dans un

⁹² Cour eur. dr. h., arrêt *Dakir c. Belgique*, 11 juillet 2017, §§ 56-57; arrêt *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, 11 juillet 2017, §§ 53-54.

⁹³ Cour eur. dr. h., arrêt dans l'affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique », 23 juillet 1968, § 10 du point I.B.

⁹⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 48; arrêt *Murphy c. Irlande*, 10 juillet 2003, § 67.

⁹⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Dakir c. Belgique*, 11 juillet 2017, § 54; arrêt *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, 11 juillet 2017, § 51.

⁹⁶ Voy. Cour eur. dr. h., arrêt *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, § 40: « L'étendue de la marge d'appréciation varie selon les circonstances, les domaines et le contexte; la présence ou absence d'un dénominateur commun aux systèmes juridiques des États contractants peut constituer un facteur pertinent à cet égard ».

⁹⁷ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Mursic c. Croatie*, 20 octobre 2016.

contexte de lutte contre le terrorisme⁹⁸ ou encore l'arrêt *A et B* concernant le principe *non bis in idem* et les procédures dites « mixtes »⁹⁹.

À cet égard, on se permettra de rappeler que la subsidiarité signifie, dans sa dimension substantielle, que la Convention ne constitue qu'un seuil minimal de protection, que les États sont expressément autorisés, encouragés même, à dépasser conformément à l'article 53 de la Convention. Pour le dire tout uniment, la subsidiarité n'est pas synonyme d'uniformisation ni de régression dans la protection des droits fondamentaux. Offrant une autonomie aux États, elle permet à ceux-ci de hisser plus haut leur niveau de protection¹⁰⁰. En ce sens, elle peut être une source d'émulation entre États.

23. Dans sa dimension procédurale, on sait que la subsidiarité a connu une spectaculaire application par l'arrêt *Kudla* du 26 octobre 2000. Cet arrêt a en effet revitalisé l'article 13 de la Convention en imposant la mise en place, au sein des États, de recours internes permettant aux justiciables de se plaindre de la durée déraisonnable des procédures nationales¹⁰¹. Certes, la solution était fondée sur le principe de subsidiarité, mais elle était aussi dictée par la volonté de la Cour de tarir le flot incessant de requêtes introduites devant elle en raison du seul dépassement du « délai raisonnable ».

Depuis lors, il est remarquable d'observer qu'en bon nombre de domaines, la Cour n'hésite pas à renvoyer le requérant dans son État – pour ne pas écrire « à la maison » – lorsqu'une voie de recours est disponible en droit interne, quand bien même ce recours aurait été mis en place postérieurement à l'introduction de la requête devant la Cour. L'on songe notamment à la récente décision *Köksal* s'agissant du contentieux lié aux mesures prises à l'égard des fonctionnaires turcs dans le cadre de l'état d'urgence en Turquie¹⁰². Par cette décision, la Cour a invité le requérant à soumettre la mesure de révocation qu'il jugeait arbitraire, à la commission d'examen des actes pris dans le cadre de l'état d'urgence, nouvellement mise en place par un décret-loi du 2 janvier 2017¹⁰³.

⁹⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Ibrahim e.a. c. Royaume-Uni*, 13 septembre 2016.

⁹⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *A et B c. Norvège*, 15 novembre 2016.

¹⁰⁰ Voy. J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », in M. Verdussen (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruylant, Bruxelles, 2000, pp. 13 et s.

¹⁰¹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, obs. J.-F. FLAUS, « Le droit à un recours effectif au secours de la règle du délai raisonnable : un revirement de jurisprudence historique », *cette Revue*, 2002, pp. 179 et s.

¹⁰² Voy. aussi Cour eur. dr. h., décision *Catal c. Turquie*, 7 mars 2017 (à propos d'une magistrate révoquée à la suite du coup d'État manqué du 15 juillet 2016 et de la compétence conférée au Conseil d'État pour connaître de pareilles mesures).

¹⁰³ Cour eur. dr. h., décision *Köksal c. Turquie*, 6 juin 2017.

En invitant de la sorte le requérant – et les milliers de fonctionnaires turcs se trouvant dans une situation analogue – à « tester les limites de cette nouvelle voie de recours »¹⁰⁴, la Cour revendique certes « son rôle subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme »¹⁰⁵. Encore faut-il qu'elle n'abdique pas le contrôle dont elle est expressément investie aux termes de l'article 19 de la Convention¹⁰⁶.

24. De toute évidence, que ce soit sous l'angle substantiel ou sous le versant procédural, le risque d'une instrumentalisation de la subsidiarité – tantôt comme outil de gestion d'un afflux massif et soudain de requêtes, tantôt comme sédatif des susceptibilités étatiques – est bien réel.

C. *La mise en place d'un nouveau mécanisme d'avis consultatifs*

25. Généralement présenté comme le « protocole du dialogue », le Protocole n° 16 tend à permettre aux « plus hautes juridictions » nationales d'« adresser à la Cour des demandes d'avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ».

Cette idée d'instaurer cette procédure d'avis consultatifs a été mise en avant en 2006 par le « Groupe des Sages », chargé de réfléchir à « l'efficacité à long terme du mécanisme de contrôle de la Convention européenne des droits de l'homme ». Ce Groupe avait estimé dans son rapport « qu'il serait utile d'instaurer un régime dans le cadre duquel les juridictions nationales pourraient saisir la Cour de demandes d'avis consultatif sur des questions juridiques concernant l'interprétation de la Convention et de ses protocoles »¹⁰⁷. Et d'ajouter qu'« il s'agirait d'une innovation qui favoriserait le dialogue entre les juges et qui renforcerait le rôle 'constitutionnel' de la Cour »¹⁰⁸.

26. Disons-le sans ambages. Toute initiative visant à renforcer le dialogue entre juges nationaux et juges européens est, à l'évidence, bienvenue. En ce

¹⁰⁴ *Ibid.*, § 28.

¹⁰⁵ *Ibid.*, § 27.

¹⁰⁶ En ce sens également, I. KABOGLU et C. PALLUEL, « L'état d'urgence en Turquie à l'épreuve du droit européen des droits de l'homme », *cette Revue*, 2018, pp. 5-27, spéc. pp. 21-27.

¹⁰⁷ Rapport du Groupe des Sages du 15 novembre 2006, § 81 (ce texte est disponible sur le site internet de la Cour : www.echr.coe.int).

¹⁰⁸ *Ibid.*

sens, le Protocole n° 16 part d'une «idée positive et constructive»¹⁰⁹. Très franchement : qui ne préfère pas le « dialogue » à la « guerre » des juges ?

Pour autant, l'on ne pourrait affirmer que ce dialogue est inexistant à l'heure actuelle, tant s'en faut.

D'une part, ce dialogue se noue efficacement de manière informelle, à l'occasion de visites, colloques et autres séminaires.

D'autre part, il se produit également et nécessairement dans le contentieux par le jeu de l'épuisement des voies de recours internes. En sa qualité de juge ultime de la Convention, la Cour est naturellement appelée à entrer en dialogue avec le juge national qui, saisi en premier lieu, aura fait valoir son point de vue sur l'interprétation et l'application de la Convention dans le litige avant que celui-ci ne soit déféré aux juges de Strasbourg.

Du reste, la Cour peut se montrer particulièrement attentive aux réactions suscitées dans l'ordre interne par sa jurisprudence. L'on songe particulièrement à l'affaire *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni* dans laquelle la Grande Chambre a pris en considération les objections émises par la Cour suprême à l'encontre de l'arrêt de chambre pour nuancer son approche¹¹⁰. L'on songe aussi à l'affaire *Paposhvili c. Belgique* où la Grande Chambre a pu prendre appui sur l'évolution de la jurisprudence du Conseil du contentieux des étrangers pour corriger sa funeste jurisprudence *N. c. Royaume-Uni*¹¹¹. Il est remarquable d'observer que dans ces deux affaires, les juges « nationaux » (le juge Bratza dans l'affaire *Al-Khawaja et Tahery* et le juge Lemmens dans l'affaire *Paposhvili*) ont revu, devant la Grande Chambre, la position qu'ils avaient, l'un et l'autre, préalablement défendue devant la chambre. L'un comme l'autre ont tenu à justifier ce changement aux termes d'opinions séparées, dans lesquelles ils ont fait état des réactions suscitées en droit interne par la jurisprudence de la Cour et de leur prise en compte subséquente par la Grande Chambre. Ainsi, pour le juge Bratza, l'affaire *Al-Khawaja et Tahery* « constitue un bon exemple du dialogue judiciaire [...] entre les juridictions nationales et la Cour européenne sur l'application de la Convention ». Quant à l'affaire *Paposhvili*, le juge Lemmens a indiqué que « le Conseil du contentieux des étrangers a pu attirer

¹⁰⁹ L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., p. 29.

¹¹⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, 15 décembre 2011.

¹¹¹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Paposhvili c. Belgique*, 13 décembre 2016. Sur cet arrêt, voy. les commentaires foncièrement divergents de M. BOSSUYT (« La Cour de Strasbourg souhaite que les États parties instaurent une procédure d'asile médical », *cette Revue*, 2017, pp. 651-668) et de P. MARTENS (« L'honneur perdu puis retrouvé de la Cour européenne des droits de l'homme », *cette Revue*, 2017, pp. 669-680).

l'attention de la Cour sur le problème que posait sa jurisprudence», en sorte que l'arrêt *Paposhvili* de la Grande Chambre «peut être vu comme la réponse de la Cour au souci exprimé par le Conseil du contentieux des étrangers».

Ceci confirme que le contentieux est un lieu privilégié de dialogue. Sans doute parce qu'il permet, mieux qu'ailleurs, d'éprouver dans la concrétude des cas d'espèce les positions arrêtées par la Cour.

27. Pour l'heure, nous ne cachons pas que la procédure d'avis consultatifs mise en place par le Protocole n° 16 suscite, dans notre chef, quelque perplexité. Nous nous bornerons à formuler ici quatre observations qui sont autant de questions.

28. La première concerne les moyens. La Cour, dont le rôle est déjà encombré, a-t-elle les moyens d'assumer une nouvelle fonction consultative? Il n'est pas improbable qu'au lieu de l'alléger, cette nouvelle fonction, qui mobilisera – il faut le souligner – la Grande Chambre¹¹², alourdira davantage encore la charge de travail de la Cour. Il nous paraît en tout cas illusoire de croire que la mise en place de cette fonction consultative aboutira, à terme, à une réduction significative du nombre de requêtes.

29. Notre deuxième interrogation s'avère plus fondamentale et concerne directement l'office de la Cour. La Cour a été conçue pour juger des cas individuels sur requête. À cet égard, elle se distingue foncièrement de la Cour de justice de l'Union européenne. Celle-ci est surtout accessible au juge et non au citoyen, tandis que la Cour européenne des droits de l'homme est accessible au citoyen et non au juge. En effet, la Cour de justice est principalement accessible au juge via le mécanisme de question préjudicielle, le citoyen n'y disposant d'un accès fort limité par la voie du recours en annulation dont les conditions de recevabilité sont éminemment restrictives, alors qu'à l'inverse, la Cour euro-

¹¹² Le juge Linos-Alexandre Sicilianos, vice-président de la Cour, note à cet égard : « Ériger la Grande Chambre en seule formation compétente constituée, à n'en pas douter, un élément fort de la nouvelle procédure consultative. Cependant, en fonction du succès de cette procédure, il pourrait s'avérer en même temps son point faible. En effet, en suivant ses méthodes de travail actuelles, la Grande Chambre ne peut se prononcer que sur vingt-cinq à trente affaires par an. Si les demandes d'avis consultatifs se multiplient, la Grande Chambre risque d'être absorbée par cette nouvelle fonction. Ceci d'autant plus que les demandes d'avis consultatifs doivent se voir accorder une certaine priorité non seulement du fait de l'importance des questions soulevées, mais aussi pour ne pas aboutir à retarder outre mesure le déroulement de la procédure pendante au niveau national. On rappelle en effet que la charge de travail que pourrait impliquer la nouvelle fonction consultative a été la principale source de scepticisme à son égard » (« L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme – À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 20).

péenne des droits de l'homme est directement accessible au citoyen par le biais du droit de recours individuel.

C'est l'articulation de la nouvelle compétence consultative de la Cour avec sa fonction contentieuse, qui laisse songeur. Conçue pour juger des cas individuels sur requête, la Cour peut-elle cumuler cette fonction avec une nouvelle compétence consultative, sans que la première ne s'en trouve affectée ?

On ajoutera que répondre à une demande d'avis implique un mode de raisonnement fondamentalement différent de celui qui préside actuellement au contrôle judiciaire exercé sur requête, lequel est individuel et concret. La Cour pourra-t-elle assurer cette métamorphose de son office et jouer à la perfection sur les deux fronts ?

En toute hypothèse, cette nouvelle compétence consultative préfigure une rupture dans la fonction de juger de la Cour, qui se voit ici officialisée par un texte. Avec ce risque de voir, à terme, une Cour qui serait davantage un lieu d'enseignement du droit qu'un véritable juge des droits.

30. Troisièmement, en ce qu'il s'adresse aux juridictions nationales, le mécanisme d'avis consultatif est souvent présenté comme renforçant le principe de subsidiarité.

Cependant, ne peut-on pas, à l'inverse, voir dans ce mécanisme un renversement de la logique subsidiaire ? La Cour répète inlassablement que les juridictions nationales « sont responsables au premier chef de la mise en œuvre et de la sanction des droits et libertés garantis »¹¹³. Autrement dit, c'est au juge national qu'il incombe prioritairement de lire et de dire le droit de la Convention. La logique subsidiaire voudrait que le juge national se prononce en premier lieu en vidant la question de conventionnalité et que la Cour livre un ultime regard, en « dernière instance ».

31. Enfin, le caractère préventif du mécanisme consultatif est aussi fréquemment mis en exergue. Celui-ci nous paraît cependant devoir être correctement appréhendé. En l'occurrence, l'effet préventif allégué porte sur l'introduction d'une requête devant la Cour et ne concerne pas nécessairement la violation elle-même. En effet, lorsqu'une demande d'avis consultatif sera formulée par une juridiction suprême nationale, l'intervention de la Cour se situera dans un cadre juridictionnel et partant contentieux. Le mal sera généralement déjà fait. Autrement dit, le but semble moins de prévenir des violations que de prévenir l'introduction de requêtes devant la Cour.

¹¹³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, § 152.

En réalité, si l'on entend réellement privilégier cette logique préventive, pourquoi ne pas aller au bout de celle-ci en permettant la saisine de la Cour au stade de la confection de la norme, avant tout contentieux¹¹⁴?

32. Entendons-nous bien : il ne s'agit aucunement de clouer au pilori le Protocole n° 16, mais de montrer que nonobstant ses indéniables mérites, le mécanisme consultatif envisagé suscite un lot d'interrogations¹¹⁵.

33. Plus fondamentalement, c'est le concept de « dialogue des juges » qui nous paraît devoir être dépassé. Pour heureux qu'il soit en ce qu'il rappelle fort opportunément que la Cour n'a pas le monopole de la Convention¹¹⁶, ce concept se révèle, à l'usage, porteur d'ambiguïtés qu'il s'agit de dissiper.

D'une part, il tend à entretenir l'idée selon laquelle la Convention serait une « affaire de juges » et à reléguer de la sorte l'individu, destinataire prioritaire de la Convention, à l'arrière-plan.

D'autre part, le concept de « dialogue des juges » place l'accent sur la dimension juridictionnelle et, partant, curative, et non sur la dimension préventive qui est pourtant essentielle et doit être privilégiée. Or, il convient d'élargir le champ du dialogue en cherchant à l'ouvrir davantage « en amont », notamment avec les législateurs nationaux auxquels il incombe de prendre en considération, dès le stade de l'élaboration de la norme, les exigences de la Convention.

Cette nécessité de nouer le dialogue avec les législateurs nationaux a déjà été évoquée lors de la Conférence de Bruxelles organisée en mars 2015. Ce dialogue doit désormais constituer une priorité. À lire, en effet, les critiques que certains mandataires émettent à l'endroit de la Cour, il semble que celle-ci soit encore foncièrement méconnue. La mise en place d'un tel dialogue est d'autant plus

¹¹⁴ En Belgique, l'on songe particulièrement à la section de législation du Conseil d'État, qui veille à la compatibilité des textes législatifs en projet avec les exigences de la Convention et qui serait sans doute heureuse de pouvoir solliciter l'avis de la Cour en présence d'une question inédite tenant à l'interprétation de la Convention ou d'une difficulté de compréhension de la jurisprudence strasbourgeoise. Il n'est que de songer ici à la problématique du port de signes convictionnels (dans l'espace public, au sein des administrations, des établissements scolaires ou encore des entreprises) ou aux nombreuses difficultés suscitées par la transposition de la jurisprudence *Salduz*.

¹¹⁵ À commencer par celle de son entrée en vigueur, laquelle requiert dix ratifications. Au 1^{er} janvier 2018, seuls huit États ont ratifié ce Protocole.

¹¹⁶ Fr. TULKENS, « Introduction au séminaire 'dialogue entre juges' » organisé le 29 janvier 2010 à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire de la Cour, p. 6 (texte disponible sur le site www.echr.coe.int).

pressante que la Cour n'hésite pas à contrôler directement la norme interne¹¹⁷ et, à travers celle-ci, la qualité du processus ayant conduit à son adoption¹¹⁸.

D. La « désubjectivation » du contentieux

34. Selon une « jurisprudence constante », rappelée notamment dans l'arrêt *F. c. Suisse* du 18 décembre 1987, la Cour « [doit] se borner autant que possible à examiner les problèmes soulevés par le cas concret dont on l'a saisie. Sa tâche ne consiste donc point à examiner *in abstracto*, au regard de la Convention, le texte de droit interne incriminé, mais à apprécier la manière dont il a été appliqué à l'intéressé ou l'a touché »¹¹⁹.

Une excellente doctrine a relevé une mutation à cet égard, en pointant l'« objectivisation croissante » du contrôle pratiqué par la Cour. Cette « objectivisation », écrit ainsi Mustapha Afroukh, « a profondément modifié la physionomie du contentieux européen des droits de l'homme, rapprochant l'office du juge de Strasbourg de celui d'une cour constitutionnelle »¹²⁰.

Pour notre part, nous préférons parler d'une « désubjectivation » du contentieux pour insister davantage encore sur la mise en retrait du cas individuel au profit d'un contrôle plus abstrait et, en même temps, plus large du droit interne. Cette « désubjectivation » se manifeste sous plusieurs angles.

¹¹⁷ Voy. notamment Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Roman Zakharov c. Russie*, 4 décembre 2015.

¹¹⁸ Voy. de manière très nette, Cour eur. dr. h., Gde Ch., *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013.

¹¹⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *F. c. Suisse*, 18 décembre 1987, § 31. Voy. aussi Gde Ch., arrêt *Perincek c. Suisse*, 15 octobre 2015, § 136 (« dans une affaire issue d'une requête individuelle introduite en vertu de l'article 34 de la Convention, elle a pour tâche non pas d'examiner le droit interne dans l'abstrait, mais de rechercher si la manière dont celui-ci a été appliqué au requérant a emporté violation de la Convention »), mais aussi § 226 (« En l'espèce, la Cour n'a pas à dire si la criminalisation de la négation de génocides ou d'autres faits historiques peut en principe se justifier. À l'inverse des juridictions constitutionnelles en France et en Espagne, qui avaient le pouvoir – voire l'obligation – d'examiner dans l'abstrait les dispositions législatives en la matière [...], la Cour, dans une affaire qui tire son origine d'une requête individuelle, est tenue par les faits de la cause [...]. Elle se bornera à rechercher si, oui ou non, l'application de l'article 261bis, alinéa 4, du Code pénal dans le cas du requérant était 'nécessaire dans une société démocratique' au sens de l'article 10, § 2, de la Convention [...] »).

¹²⁰ M. AFROUKH, « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *Rev. dr. publ.*, 2015, pp. 1357 et s., ici p. 1380. Voy. du même auteur, « L'objectivisation du contrôle juridictionnel », in *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, op. cit., pp. 107-132.

35. Ainsi, il a été observé que « la Cour européenne n'hésite plus à contrôler directement les législations et pratiques nationales », si bien que « traditionnellement juge des droits, la Cour manifeste une propension accrue à se comporter comme juge du droit »¹²¹.

Il est vrai, par exemple, que dans son arrêt *Roman Zakharov* du 4 décembre 2015, la Grande Chambre de la Cour a pratiqué un véritable contrôle *in abstracto* de la législation russe relative à la surveillance des communications de téléphonie mobile¹²². La conclusion de l'examen du grief relatif à l'article 8 de la Convention est, du reste, particulièrement révélatrice de cet examen purement objectif, détaché de tout contentieux individuel¹²³.

Il est tout aussi vrai que la Cour a procédé, dans l'affaire *Vallianatos*, à un contrôle *in abstracto* de la loi grecque ouvrant le « pacte de vie commune » aux seules personnes de sexe opposé¹²⁴. Il convient de souligner qu'en l'occurrence, la Cour a non seulement procédé à un examen abstrait de la législation interne, mais qu'elle a en outre agi, comme l'a relevé sous un œil critique le juge Pinto de Albuquerque, « en tant que tribunal de première instance » en l'absence d'un contrôle préalable de conventionnalité opéré dans l'ordre interne¹²⁵. Pareil examen apparaît *a priori* en rupture avec le caractère traditionnellement « concret et *ex post* » du contrôle strasbourgeois¹²⁶, le contrôle de la Cour s'étant avéré, en l'espèce, « premier » et « exclusif »¹²⁷.

Encore faut-il appréhender ces affaires au regard de leur objet et des circonstances qui leur sont propres et se garder d'en tirer des conclusions trop générales sur l'office de la Cour.

L'affaire *Roman Zakharov* relève du contentieux particulier des mesures de surveillance secrète, pour lesquelles il est, par nature, difficile, voire impossible,

¹²¹ M. AFROUKH, « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 1360-1361.

¹²² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Roman Zakharov c. Russie*, 4 décembre 2015. Sur cet arrêt, voy. Fr. DUBUISSON, « La Cour européenne des droits de l'homme et la surveillance de masse », *cette Revue*, 2016, pp. 855 et s.

¹²³ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Roman Zakharov c. Russie*, 4 décembre 2015, §§ 302-308.

¹²⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Vallianatos e.a. c. Grèce*, 7 novembre 2013.

¹²⁵ Opinion en partie concordante, en partie dissidente du juge Pinto de Albuquerque.

¹²⁶ L. SERMET, « Le développement des méthodes d'interprétation et des méthodes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme par les juridictions supranationales », in *La protection des droits de l'homme par les cours supranationales*, *op. cit.*, p. 83.

¹²⁷ *Ibid.*, p. 84.

pour le requérant de prouver une application concrète¹²⁸. Entendant, en pareil cas, plus souplement la qualité de « victime », la Cour avait déjà, dans son arrêt *Klass* du 6 septembre 1978, contrôlé la législation ayant institué un régime de surveillance secrète en République fédérale d'Allemagne¹²⁹.

Par ailleurs, si dans l'affaire *Vallianatos*, le contrôle opéré par la Cour est certes « premier », nous ne pensons pas cependant qu'il y ait eu là une volonté de la Cour de s'ériger en juge de « première instance ». Il s'agissait plutôt de la conséquence de l'absence d'un recours effectif en droit interne. À cet égard, la position de la Grande Chambre, consistant à juger ineffective la procédure en dommages et intérêts ouverte en droit grec, nous paraît plutôt convaincante¹³⁰. Dans ces circonstances, il revenait à la Cour d'exercer son contrôle « supplétif et auxiliaire »¹³¹, pour reprendre les mots de Jean-Marc Sauvé.

La Cour a déjà, à plusieurs reprises dans le passé, procédé à un contrôle direct de la législation interne. Que l'on songe notamment au célèbre arrêt *Marckx* où étaient en cause les dispositions du Code civil belge discriminant les enfants « naturels »¹³² ou à l'arrêt *Michaud*, à propos de l'obligation de déclaration de « soupçon » incombant aux avocats au nom de la lutte contre le blanchiment¹³³. La Cour peut ainsi être amenée à contrôler directement la conventionnalité de la législation interne dès l'instant où le requérant démontre qu'il est affecté par sa simple existence, « s'il est obligé de changer de comportement sous peine

¹²⁸ Voy. l'affaire *Association confraternelle de la presse judiciaire e.a. c. France*, actuellement pendante devant la Cour (requête 49526/15). Les critiques au cœur de cette affaire portent directement sur la loi française du 24 juillet 2015 relative au renseignement.

¹²⁹ Cour eur. dr. h., arrêt *Klass e.a. c. Allemagne*, 6 septembre 1978.

¹³⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Vallianatos e.a. c. Grèce*, 7 novembre 2013, §§ 51-58.

¹³¹ « Subsidiarité : une médaille à deux faces ? », Dialogue entre juges 2015, Cour européenne des droits de l'homme, p. 24 (disponible sur le site internet de la Cour : www.echr.coe.int).

¹³² Devant la Cour, le gouvernement belge objectait que les requérantes invitaient la Cour à statuer *in abstracto*. La Cour ne fit pas droit à l'exception en faisant valoir que les requérantes « s'en prennent à plusieurs articles du Code civil qui s'appliquaient ou s'appliquent à elles automatiquement. En les dénonçant comme contraires à la Convention et au premier Protocole additionnel à la Convention, elles n'invitent pas la Cour à exercer un contrôle abstrait de normes, incompatible avec l'article [34] : elles s'attaquent à une situation légale, celle des mères célibataires et des enfants nés hors mariage, qui les touche personnellement » (Cour eur. dr. h., arrêt *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, § 27).

¹³³ En l'espèce, le gouvernement français excipait de l'absence de la qualité de « victime » du requérant et soutenait que « le requérant [entendait] en fait voir la Cour examiner *in abstracto* la conformité d'un texte de droit interne à la Convention » (Cour eur. dr. h., arrêt *Michaud c. France*, 6 décembre 2012, § 49). La Cour a rejeté cette exception, estimant que le requérant faisait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets des dispositions litigieuses (*ibid.*, §§ 52-53).

de poursuites ou s'il fait partie d'une catégorie de personnes risquant de subir directement les effets de la législation»¹³⁴. La Cour a d'ailleurs expressément indiqué qu'elle «n'a jamais exclu de constater qu'un texte législatif emportait directement violation de la Convention»¹³⁵. Elle n'entend pas, pour autant, permettre l'*actio popularis*¹³⁶. Du reste, dans son récent arrêt *Bayev* relatif à la législation russe interdisant la promotion de l'homosexualité, la Cour s'est expressément défendue de pratiquer un «contrôle abstrait du droit interne»¹³⁷.

36. Au titre de la «désobjectivation» du contentieux, l'on peut également pointer la nette tendance dans le chef de la Cour, lorsque l'ingérence dans le droit fondamental en cause prend sa source dans une norme générale, à focaliser son contrôle sur cette norme plutôt que sur l'application qui en est faite à l'égard du requérant. L'arrêt *Evans*¹³⁸ et, dans un passé plus récent, l'arrêt *Animal Defenders International*¹³⁹ sont particulièrement révélateurs de cette tendance. La Cour n'hésite pas à affirmer que «plus les justifications d'ordre général invoquées à l'appui de la mesure générale sont convaincantes, moins [elle] attache de l'importance à l'impact de cette mesure dans le cas particulier

¹³⁴ Cour eur. dr. h., arrêt *Michaud c. France*, 6 décembre 2012, § 51 et jurisprudence citée.

¹³⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, § 48.

¹³⁶ Voy. de manière très claire, Cour eur. dr. h., décision *Ouardiri c. Suisse*, 28 juin 2011 ou, plus récemment, décision *Dimitras e.a. c. Grèce*, 4 juillet 2017.

¹³⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Bayev e.a. c. Russie*, 20 juin 2017, § 64 : «the Court's assessment in this case will focus on the necessity of the impugned laws as general measures, an approach which is to be distinguished from a call to review domestic law in the abstract» (avec notre accent).

¹³⁸ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007. Dans cette affaire, la Cour jugea qu'il n'était pas incompatible avec l'article 8 de la Convention que la législation britannique fasse prévaloir inconditionnellement le droit, pour le donneur de gamètes, de retirer son consentement à la réimplantation d'embryons fécondés. La Cour s'exprima comme suit : «La décision du législateur d'adopter des dispositions ne permettant aucune exception, afin que toute personne donnant des gamètes aux fins d'un traitement par FIV puisse avoir la certitude qu'ils ne pourront pas être utilisés sans son consentement, procède du souci de faire prévaloir le respect de la dignité humaine et de la libre volonté ainsi que du souhait de ménager un juste équilibre entre les parties au traitement par FIV. Au-delà du principe en jeu, le caractère absolu de la règle en cause vise à promouvoir la sécurité juridique et à éviter les problèmes d'arbitraire et d'incohérence inhérents à la mise en balance, au cas par cas, de ce que la Cour d'appel a décrit comme étant des intérêts 'parfaitement incommensurables' [...]. Pour la Cour, les intérêts généraux poursuivis par la loi sont légitimes et compatibles avec l'article 8» (§ 89).

¹³⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, obs. P. DUCOULOMBIER, «*Animal Defenders International c. Royaume-Uni*: victoire du dialogue institutionnel ou déference injustifiée à l'égard des principes du droit britannique?», *Journ. eur. dr. h.*, 2014, pp. 3-28.

soumis à son examen»¹⁴⁰. Dans une logique de procéduralisation¹⁴¹, la Cour entend s'assurer à cet égard de ce que l'adoption de la norme a été précédée d'un examen parlementaire de qualité, au cours duquel les exigences de la Convention ont dûment été prises en considération. C'est ainsi que la Cour a salué, dans son arrêt *Animal Defenders International*, l'«examen exceptionnel, effectué par les organes parlementaires, de tous les aspects culturels, politiques et juridiques» de l'interdiction de la publicité politique payante à la télévision pour asseoir son constat de conventionnalité¹⁴².

37. Enfin, l'on ne pourrait manquer de relever, pour illustrer cette «désubjectivation» du contentieux, la procédure de l'arrêt pilote¹⁴³. Par un tel arrêt, la Cour identifie un «problème structurel ou systémique» au sein de l'État défendeur et prescrit des mesures générales (modification d'une législation ou d'une pratique) pour y remédier, en fixant un délai pour leur adoption. Dans cette attente, la Cour ajourne parallèlement l'examen de l'ensemble des requêtes analogues dénonçant ce même «problème structurel ou systémique»¹⁴⁴.

Le sort réservé aux requérants dont la requête se voit ainsi «gelée», suscite quelques interrogations. Il reste qu'en incitant l'État à trouver une solution au niveau national, conformément au principe de subsidiarité, la procédure de l'arrêt pilote tend à réparer ainsi qu'à prévenir des violations au bénéfice des

¹⁴⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, § 109.

¹⁴¹ Voy. E. DUBOUT, «La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme», *cette Revue*, 2007, pp. 397 et s.; du même auteur, «Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme», in *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit., pp. 265 et s. Voy., plus récemment, la thèse de N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2017 ainsi que J. GERARDS et E. BREMS (éd.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge University Press, Cambridge, 2017.

¹⁴² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, § 114. *Contra*: Gde Ch., arrêt *Hirst c. Royaume-Uni (n° 2)*, 6 octobre 2005, § 79: «rien ne montre que le Parlement ait jamais cherché à peser les divers intérêts en présence ou à apprécier la proportionnalité d'une interdiction totale de voter visant les détenus condamnés. [...] on ne saurait dire que les députés ont tenu un débat de fond sur le point de savoir s'il se justifiait toujours, à la lumière de la politique pénale moderne et des normes en vigueur en matière de droits de l'homme, d'appliquer une telle restriction générale au droit de vote des détenus».

¹⁴³ Cette procédure est «codifiée» à l'article 61 du règlement de la Cour.

¹⁴⁴ Voy., pour les premiers arrêts pilotes, Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004; Gde Ch., arrêt *Hutten-Czapska c. Pologne*, 19 juin 2006. Voy. plus récemment, à l'égard de la Belgique, arrêt *W.D. c. Belgique*, 6 septembre 2016 (à propos de la détention de délinquants souffrant de troubles mentaux dans les annexes psychiatriques de prisons belges, sans prise en charge adaptée).

individus, tout en permettant à la Cour de faire face aux requêtes répétitives qui encombrant son prétoire.

Pour autant, le récent arrêt *Burmych* du 12 octobre 2017 est particulièrement préoccupant par la radicalité de la mesure qu'il énonce¹⁴⁵. Constatant que l'Ukraine n'a toujours pas réservé de suite utile à l'arrêt pilote *Ivanov*¹⁴⁶, la Cour, réunie en Grande Chambre, a décidé de rayer 12 148 requêtes de son rôle et de les transmettre au Comité des ministres afin qu'elles soient traitées dans le cadre de l'exécution de cet arrêt *Ivanov*. Si la Cour indique que les intérêts des victimes actuelles et potentielles du problème systémique en cause en l'espèce seront plus adéquatement protégés dans le cadre de la procédure d'exécution de l'arrêt pilote *Ivanov* devant le Comité des ministres¹⁴⁷, l'arrêt *Burmych* s'apparente à un solide coup de serpillière passé dans le stock des affaires pendantes, contribuant efficacement à une réduction tangible de celles-ci. Les juges Yudkivska, Sajó, Bianku, Karakaş, De Gaetano, Laffranque et Motoc ont vigoureusement dénoncé, dans une opinion dissidente commune, une « négation du droit de recours individuel » « motivée par les raisons bureaucratiques consistant à alléger la charge de la Cour ».

38. Au final, à la lueur de ces évolutions, l'on ne peut guère donner tort à Jordane Arlettaz et à Julien Bonnet lorsqu'ils écrivent qu'aujourd'hui, « les intérêts subjectifs du citoyen ainsi que la fonction protectrice du contentieux des droits et libertés, semblent [...] sacrifiés sur l'autel des impératifs objectifs d'unité, de sécurité, de prévisibilité du droit et de bonne administration de la justice »¹⁴⁸. Les questions posées par ces auteurs résonnent avec un écho particulier s'agissant de la Cour européenne des droits de l'homme : « Le juge aurait-il [...] cessé d'être le juge des droits pour emprunter la figure plus technique d'un juge du droit ? La garantie juridictionnelle des droits aurait-elle désormais pour fonction principale de révéler les dysfonctionnements d'un système juridique en attente d'assainissement ? Le contentieux des droits et libertés fondamentaux est-il toujours un contentieux pour la démocratie ? »¹⁴⁹

Finement posées, ces interrogations nous ramènent à celle de l'avenir du système de contrôle de la Convention et singulièrement à celle de l'avenir de la Cour.

¹⁴⁵ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Burmych e.a. c. Ukraine*, 12 octobre 2017.

¹⁴⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *Ivanov c. Ukraine*, 15 octobre 2009.

¹⁴⁷ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Burmych e.a. c. Ukraine*, 12 octobre 2017, § 202.

¹⁴⁸ J. ARLETTAZ et J. BONNET (dir.), *L'objectivation du contentieux des droits et libertés fondamentaux – Du juge des droits au juge du droit ?*, Pedone, Paris, 2015, p. 6.

¹⁴⁹ *Ibid.*

III. Et demain : « dire le droit » ou « rendre la justice » ?

39. Vigie de la démocratie et de l'État de droit, phare de nos libertés, ultime gardienne des droits fondamentaux des individus, la Cour est aujourd'hui à la croisée des chemins.

À nos yeux, la question de son avenir a trop souvent été liée et réduite à celle de la gestion de la masse contentieuse et de l'arriéré. Or, il s'agit, avant tout, d'une question de vision et d'ambition pour la Cour.

À cet égard, la manière de concevoir l'office de la Cour varie, parfois considérablement, en fonction de la position du locuteur, selon que celui-ci est juge, avocat, agent du gouvernement ou académique¹⁵⁰. On pressent par ailleurs qu'au sein même de la Cour, les points de vue peuvent diverger en fonction de la formation et du parcours des juges qui la composent¹⁵¹. Il y a là autant d'éléments sociologiques dont on aurait tort de nier l'importance et qu'il serait intéressant d'analyser plus avant.

40. Quoi qu'il en soit, les propos tenus en 2007 par Pierre-Henri Imbert ont le mérite de la clarté. Pour l'ancien directeur général des droits de l'homme au Conseil de l'Europe, « la fonction essentielle de la Cour est de dire le droit, pas de rendre la justice »¹⁵².

Les discours de Françoise Tulkens et de Dean Spielmann, anciens membres éminents de la Cour, sont autres.

Au début du nouveau millénaire, Françoise Tulkens écrivait que « l'exigence pour la Cour de remplir ses deux missions, 'dire le droit' et 'rendre la justice', représente [...] un de ses défis majeurs »¹⁵³ avant d'affirmer en conclusion que « pour respecter sa vocation, dans le strict respect du principe de subsidiarité, la Cour doit dire le droit *et* rendre la justice » (la conjonction « et » étant soulignée par l'auteure)¹⁵⁴.

¹⁵⁰ Un avocat rompu à la défense individuelle de justiciables ne partagera sans doute pas la même vision qu'un professeur d'université qui analyse, avec davantage de distance, la jurisprudence de la Cour.

¹⁵¹ Des divergences se manifestent notamment dans la manière dont sont conçues et rédigées les opinions séparées émises en marge des arrêts. Si ces opinions sont, dans la plupart des cas, l'expression d'une critique ciblée et concrète des positions arrêtées par la majorité, elles se révèlent, dans autres, être le support d'un enseignement doctrinal qui tend à s'émanciper du cas d'espèce.

¹⁵² P.-H. IMBERT, *op. cit.*, p. 132.

¹⁵³ FR. TULKENS, « La nouvelle Cour européenne des droits de l'homme – Attentes, réalités et perspectives », *Revue québécoise de droit international*, 2000, p. 328.

¹⁵⁴ *Ibid.*, p. 357.

Dans le même sens, le président Spielmann, répondant à la question «La Cour doit-elle être une cour constitutionnelle ou une cour protectrice des individus?», a indiqué dans son discours prononcé lors de la conférence d'Oslo organisée en avril 2014¹⁵⁵ que «ce qui importe à mes yeux, ce que je crois profondément, c'est qu'elle doit impérativement poursuivre cette mission de protection des droits des individus. Alors, pour ma part, je crois à cette double vocation et je dis oui à une cour constitutionnelle européenne, à condition qu'elle demeure une cour protectrice des droits des individus en continuant à rendre justice dans le cas particulier soumis. Car ce qui a fait la force de notre système, ce qui nous rend fiers, c'est le droit de recours individuel».

41. Nous ne pouvons qu'être d'accord avec Françoise Tulkens et Dean Spielmann.

Le droit de recours individuel est la pierre angulaire et doit le rester au-delà des déclarations de bonne intention.

C'est le droit de recours individuel qui conditionne le contrôle de la Cour et qui, en même temps, le magnifie. Sans requête et sans requérant, la Cour ne serait tout simplement pas en mesure d'exercer son office. Les plus belles pages de la Convention ont été écrites au départ de récits individuels portés après épuisement – au sens juridique, mais aussi littéral du terme – à Strasbourg.

En ce sens, la fonction «rendre la justice» est la fonction première de la Cour. Et c'est dans l'exercice de cette mission de «rendre la justice» qu'elle est amenée à «dire le droit».

Ces deux fonctions («rendre la justice» et «dire le droit») sont tout aussi importantes. La fonction «dire le droit», en ce qu'elle participe d'une logique pédagogique et préventive des violations de la Convention, est évidemment fondamentale. À vrai dire, ces deux fonctions sont intimement liées et, loin d'être antinomiques, elles se révèlent bel et bien complémentaires.

Il reste que la Cour n'a pas été instituée pour déclamer le droit de la Convention *in abstracto*. Ce n'est pas sa vocation. Et ce ne pourrait être son avenir. La Cour doit demeurer ce juge ultime auquel les victimes de violations de la Convention peuvent s'adresser en dernier recours en cas de carence coupable des États. Certes, cette mission est ambitieuse. Certes, celle-ci a un coût. Mais elle n'a pas de prix.

¹⁵⁵ Discours disponible sur le site internet de la Cour européenne des droits de l'homme : www.echr.coe.int.

Soyons-y doublement attentifs au moment même où, au sein de la Cour, des juges dénoncent ouvertement la « négation du droit de recours individuel »¹⁵⁶ ou sa mise « en péril »¹⁵⁷ par des décisions récentes.

La consécration du droit de recours individuel ne procède pas d'une erreur historique. Legs de la seconde moitié du XX^e siècle, elle est l'expression d'une promesse pour l'avenir. Celui-ci ne pourrait, à présent, être envisagé à reculons.

¹⁵⁶ Opinion dissidente des juges Yudkivska et consorts sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Burmych e.a. c. Ukraine*, 12 octobre 2017.

¹⁵⁷ H. KELLER et A. GARIN, *op. cit.*