

**LILLE 2017**  
**Xe CONGRÈS FRANÇAIS DE DROIT CONSTITUTIONNEL**  
**22, 23 et 24 juin**

**LA CONVENTION EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME ET  
LES ORDRES CONSTITUTIONNELS : UNE CRISE DE LÉGITIMITÉ  
INDÉPASSABLE ?**

Nina Le Bonniec  
*Docteur en droit public*  
*Université de Montpellier*  
*I.D.E.D.H. (EA 3976)*

La « guerre » est-elle officiellement consommée entre la Cour européenne des droits de l'homme – ce juge « supra-constitutionnel »<sup>1</sup>, qui n'hésiterait plus à se prononcer sur la validité de la loi<sup>2</sup> et à revenir sur certaines spécificités nationales, au détriment des règles constitutionnelles établies et des cours chargées de les faire respecter – et les ordres constitutionnels des États parties ?

Si, à l'origine, le droit constitutionnel semblait être un domaine exclu du champ conventionnel<sup>3</sup>, c'était sans compter l'activisme du juge européen<sup>4</sup> qui s'est lancé, très tôt,

---

<sup>1</sup> Expression employée par M. Les Juges PINTO DE ALBUQUERQUE et DEDOV dans leur opinion dissidente sous l'affaire Cour EDH, Grande Chambre, 23 juin 2016, *Baka c/ Hongrie*, req. n°20261/12 ; *RDLF*, 2016, chron. n.29, obs. M. AFROUKH (affaire relative à l'impossibilité pour un ancien Président de la Cour suprême, qui était d'ailleurs un ancien juge de la Cour européenne des droits de l'homme, de contester l'interruption prématurée de son mandat due à des opinions tenues sur des réformes législatives concernant la justice).

<sup>2</sup> Sur cette question, voy. 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 », *RDP*, n°5, 2015, p. 1357 ; E. DUBOUT, « Procéduralisation et subsidiarité du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens de la Cour européenne des droits de l'homme*, Actes du colloque des 18 et 19 octobre 2013 à Montpellier, Anthemis, coll. « Droit & Justice », 412 p., pp. 265-300.

<sup>3</sup> En ce sens, voy. : R. ABRAHAM, « Les incidences de la CEDH sur le droit constitutionnel et administratif des États parties », *RUDH*, 1992, pp. 409 et s., spéc. p. 409.

<sup>4</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « L' « autonomie constitutionnelle » aux prises avec la Convention européenne des droits de l'homme », *Revue belge de droit constitutionnel*, n°2001-1, pp. 31-64, spéc. p. 31. En ce sens, voy.

dans un double mouvement d'« européanisation »<sup>5</sup> du droit constitutionnel national et de « neutralisation de l'identité constitutionnelle »<sup>6</sup>. La Cour l'a d'ailleurs clairement souligné, la Convention « ne fait aucune distinction quant au type de normes ou de mesures en cause et ne soustrait aucune partie de la "juridiction" des États membres à l'empire de la Convention. C'est donc par l'ensemble de leur "juridiction" – laquelle, souvent, s'exerce d'abord à travers la Constitution – que lesdits États répondent de leur respect de la Convention »<sup>7</sup>. Le juge européen a ainsi « clairement affirmé la primauté de la Convention sur tous les actes internes, quelles que soient leur nature et la qualité de l'organe dont ils émanent »<sup>8</sup>.

En effet, la Cour de Strasbourg « ne se prononce pas sur la forme du régime d'État partie (République, Monarchie) »<sup>9</sup>, mais cela ne l'a toutefois pas empêchée, depuis sa mise en place, de rentrer plusieurs fois en confrontation avec des normes constitutionnelles. En ce sens, elle s'était opposée à l'interdiction faite à des sociétés d'aider des femmes enceintes à se rendre à l'étranger pour avorter alors que le droit à la vie de l'enfant à naître est protégé par l'article 40§3 de la Constitution irlandaise<sup>10</sup>. En 1993, la juridiction strasbourgeoise a également jugé l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) garantissant le droit à un procès équitable applicable aux procédures constitutionnelles<sup>11</sup>. La célèbre affaire *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c/ France*<sup>12</sup> avait aussi conduit la Cour à remettre en cause une loi de validation pourtant jugée constitutionnelle par le Conseil constitutionnel<sup>13</sup>, ce dernier ayant alors été contraint de renforcer son contrôle relativement aux dites lois<sup>14</sup>. Un des

---

aussi : R. ABRAHAM, « Les incidences de la CEDH sur le droit constitutionnel et administratif des Etats parties », *op. cit.* ; J.-F. FLAUSS, « Droit constitutionnel et Convention européenne des droits de l'homme. Le droit constitutionnel national devant la Cour européenne des droits de l'homme (Actualité jurisprudentielle 1997-1998-1999-2000) », *RFDC*, 2000, pp. 843 et s. ; J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, 2<sup>ème</sup> éd., Paris, LGDJ, Lextenso, 2012, 1297 p., pp. 57 et s.

<sup>5</sup> J.-F. RENUCCI, *Droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, spéc. pp. 58 et s.

<sup>6</sup> D. SZYMCZAK, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence conventionnelle », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Paris, Pedone, Cahiers Européens n°1, 168 p., pp. 45-60, spéc. pp. 55 et s.

<sup>7</sup> Cour EDH, Grande Chambre, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie et autres c/ Turquie*, *GACEDH* n°6, §29.

<sup>8</sup> F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, Puf, 13<sup>ème</sup> édition, 2016, 1006 p., spéc. p. 185.

<sup>9</sup> D. SZYMCZAK, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence conventionnelle », *op. cit.*, p. 52.

<sup>10</sup> Cour EDH, Cour plénière, 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c/ Irlande*, req. n°14235/88, 14234/88.

<sup>11</sup> Cour EDH, Cour plénière, 23 juin 1993, *Ruiz-Mateos c/ Espagne*, req. n°12952/87.

<sup>12</sup> Cour EDH, Grande Chambre, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal & Gonzalez et autres c/ France*, *préc.*

<sup>13</sup> Conseil constitutionnel, 13 janvier 1994, n°94-43 DC, *Loi relative à la santé et à la protection sociale*, J. O. du 18 janvier 1994, p. 925, Rec. p. 21.

<sup>14</sup> Par exemple : Conseil constitutionnel, 21 décembre 1999, n°99-422 DC, *Loi de financement de la Sécurité sociale pour 2000* (*JCP G*, 2000, I, 261, chron. B. MATHIEU et M. VERPAUX). Sur ce point, voy. : B. MATHIEU, « Les validations législatives devant le juge de Strasbourg », *RFDA*, 2000, pp. 289 et s. Par une décision n°2013-366 QPC du 14 février 2014, *SELARL PJA* le Conseil constitutionnel substitue enfin au « but d'intérêt général suffisant » l'exigence d'un « motif impérieux d'intérêt général ».

derniers conflits en date, qui n'est d'ailleurs pas encore réglé, concerne le statut du ministère public. La Cour a en effet considéré que le procureur adjoint, « membre du ministère public, ne remplissait pas, au regard de l'article 5 § 3 de la Convention, les garanties d'indépendance exigées par la jurisprudence pour être qualifié, au sens de cette disposition, de "juge ou (...) autre magistrat habilité par la loi à exercer des fonctions judiciaires" »<sup>15</sup> en raison tant de sa subordination hiérarchique à l'exécutif<sup>16</sup> que de son absence d'impartialité fonctionnelle<sup>17</sup>, alors que le Conseil constitutionnel avait qualifié<sup>18</sup>, et continue de qualifier, le magistrat du parquet d' « autorité judiciaire » au sens de l'article 66 de la Constitution<sup>19</sup>, même après cette condamnation européenne<sup>20</sup>.

Bien que dans ces différentes hypothèses de confrontation, le choix du « conflit ou de l'opposition » était plutôt « rare »<sup>21</sup>, il est désormais plus fréquent et est même parfois explicitement revendiqué. Si l'Union européenne doit aujourd'hui faire face à une crise de légitimité dont le point culminant a été révélé avec le Brexit, le Conseil de l'Europe n'est pas épargné et doit aussi composer avec les revendications de souveraineté de plus en plus fortes de ses États parties. Le principal élément au cœur de la discorde : la Cour européenne et son activisme, de moins en moins accepté par les États. Est par exemple symptomatique de cette animosité le récent appel du Président de cette même Cour à la juridiction strasbourgeoise à s'en tenir « plus systématiquement au principe de subsidiarité » eu égard à « la primauté et la

---

<sup>15</sup> Cour EDH, 23 novembre 2010, *Moulin c/ France*, req. n°37104/06, §59 (*JCP G*, 2010, act. 1206, F. SUDRE ; *D.* 2011, 277, note J.-F. RENUCCI). Dans le même sens : Cour EDH, Grande Chambre, 29 mars 2010, *Medvedyev et autres c/ France*, req. n°3394/03, §124 (*D.* 2010, p. 1390, note P. HENION-JACQUET ; *D.* 2010, p. 898, obs. S. LAVRIC ; *Rev. sc. crim.*, 2010, p. 685, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.* 2010, p. 1386, note J.-F. RENUCCI ; *JCP G*, 2010, doct. 454, F. SUDRE ; *Droit pénal*, n°6, juin 2010, étude 12 par J.-B. THIERRY), et l'affaire Cour EDH, 27 juin 2013, *Vassis c/ France*, req. n°62736/09 (*D.* 2013, p. 1687, note O. BACHELET ; *Rev. sc. crim.*, 2013, p. 656, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *JCP G*, 2013, n°29, 843, L. MILANO) dans laquelle la Cour fait référence à l'affaire *Moulin* même si le statut du parquet n'est pas directement en cause.

<sup>16</sup> Cour EDH, 23 novembre 2010, *Moulin c/ France*, *préc.*, §56 : « La Cour constate tout d'abord que si l'ensemble des magistrats de l'ordre judiciaire représente l'autorité judiciaire citée à l'article 66 de la Constitution, il ressort du droit interne que les magistrats du siège sont soumis à un régime différent de celui prévu pour les membres du ministère public. Ces derniers dépendent tous d'un supérieur hiérarchique commun, le garde des sceaux, ministre de la Justice, qui est membre du gouvernement, et donc du pouvoir exécutif. Contrairement aux juges du siège, ils ne sont pas inamovibles en vertu de l'article 64 de la Constitution ».

<sup>17</sup> Cour EDH, 23 novembre 2010, *Moulin c/ France*, *préc.*, §58 : « Par ailleurs, la Cour constate que la loi confie l'exercice de l'action publique au ministère public, ce qui ressort notamment des articles 1er et 31 du code de procédure pénale. Indivisible (...), le parquet est représenté auprès de chaque juridiction répressive de première instance et d'appel en vertu des articles 32 et 34 du code précité. Or la Cour rappelle que les garanties d'indépendance à l'égard de l'exécutif et des parties excluent notamment qu'il puisse agir par la suite contre le requérant dans la procédure pénale ».

<sup>18</sup> Conseil constitutionnel, 29 août 2002, n°2002-461 DC, *Loi d'orientation et de programmation pour la justice*, Rec. p. 204, cons. 74.

<sup>19</sup> Conseil constitutionnel, 17 décembre 2010, n°2010-80 QPC, *M. Michel F.* [Mise à la disposition de la justice], Rec. p. 408, cons. 11.

<sup>20</sup> La Cour de cassation s'est, elle, alignée sur la jurisprudence européenne : Cass., Crim., 15 décembre 2010, n°10-83674 (*D.* 2011, 338, obs. S. LAVRIC, note J. PRADEL).

<sup>21</sup> D. SZYMCZAK, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence conventionnelle », *op. cit.*, spéc. p. 58.

force juridique suprême de la Constitution dans l'ordre juridique russe»<sup>22</sup>. Le système conventionnel se retrouve aujourd'hui aux prises avec une « crise de confiance », qui est plus généralement liée à « une crise d'identité de ce qu'est véritablement le modèle européen de protection des droits fondamentaux et de la finalité qui lui est assignée »<sup>23</sup>. Certes, cette « volonté de réappropriation de certaines questions juridiques sur la base de la réaffirmation de compétences souveraines (...) »<sup>24</sup> par les États parties n'est pas nouvelle. Cependant, alors qu'il s'agissait de doléances ponctuelles et isolées, on assiste désormais à des revendications qui s'étendent de manière inquiétante.

Ce contexte d'hostilité à l'égard de la Cour EDH et de repli sur « l'identité constitutionnelle » conduit à s'interroger sur les manifestations et les possibles solutions de cette crise. Autrement dit, eu égard à la spécificité de l'actuelle crise entre les ordres constitutionnels et la Cour de Strasbourg, le système conventionnel a-t-il atteint un point de non-retour dans ses relations avec les États parties ? Est-ce un phénomène irréversible mettant en péril l'avenir du système européen de protection des droits de l'homme ou, à l'inverse, une « sortie de crise » peut-elle être envisagée ?

Alors que les contestations exprimées par les ordres constitutionnels à l'encontre du système européen de protection des droits de l'homme étaient exceptionnelles et localisées, elles se sont peu à peu généralisées et diversifiées, donnant à cette crise une ampleur inédite (I). Loin de rester hermétique à ces nombreuses critiques, le système conventionnel tente, au contraire, d'y répondre et a déjà engagé des réformes en ce sens (II).

### **I- Une crise d'une ampleur inédite : des remises en cause généralisées du système conventionnel**

La difficulté de la crise de légitimité au sein du Conseil de l'Europe tient à l'existence de contestations qui s'avèrent être multiformes et en plein essor. Le système conventionnel fait effectivement face à une crise sans précédent de par son extension géographique et sa diversité, qui provient tant de vieilles démocraties européennes, comme le Royaume-Uni, que des « jeunes démocraties » de l'Est. Il est confronté, d'une part, à des actes et des discours

---

<sup>22</sup> V. ZORKIN, « La Convention européenne des droits de l'homme et les problèmes de sa mise en œuvre », *Constitutions*, 2016, p. 371

<sup>23</sup> E. DUBOUT, « Les limites du contrôle européen des droits fondamentaux et la justification transnationale », in S. TOUZÉ (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Paris, Pedone, Publications du Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire, 2016, 248 p., pp. 83-118, spéc. p. 83.

<sup>24</sup> S. TOUZÉ, « Rapport introductif », in S. TOUZÉ (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, op. cit., p. 12.

politiques de plus en plus hostiles en Europe (A). D'autre part, il doit aussi composer avec les nombreuses défiances jurisprudentielles provenant de différentes juridictions constitutionnelles nationales (B).

### A-Une multiplication des actes politiques et législatifs hostiles

Depuis quelques années, plusieurs États du Conseil de l'Europe entendent défendre leur « identité constitutionnelle » face aux exigences conventionnelles, et se sont alors multipliés « les messages politiques et diplomatiques des États qui, sur la base de considérations internes et externes ont développé [...] des arguments particulièrement virulents et, surtout, généraux remettant en cause la légitimité et l'autorité d'une juridiction dont l'autonomisation leur semble particulièrement inconciliable avec leurs priorités nationales »<sup>25</sup>.

Ces hostilités sont d'abord décelables dans des discours politiques, qu'ils proviennent de dirigeants ou de candidats aux élections, la remise en cause de la CEDH étant parfois un véritable argument de campagne. Elles visent, pour l'essentiel, à s'opposer à l'extension de la compétence juridictionnelle de la Cour européenne et notamment à son ingérence dans certaines questions éthiques et sociétales. L'exemple de la France a d'ailleurs permis de se rendre compte de ce contexte particulier à l'occasion des primaires organisées par la droite, certains candidats ayant ouvertement pris position contre la CEDH. Les animosités se sont principalement cristallisées autour du problème de la gestation pour autrui. Lors d'un meeting organisé à Toulouse le 25 octobre 2016, M. François Fillon avait déclaré : « Je veux que la CEDH soit réformée pour qu'elle ne puisse pas intervenir sur des sujets qui sont des sujets essentiels, fondamentaux pour des sociétés. S'il y a un refus de nos partenaires européens d'accepter cette réforme de la CEDH, alors, oui, je propose qu'on en sorte ». La France avait, en effet, été condamnée par la Cour de Strasbourg à deux reprises, en 2014<sup>26</sup> et en 2016<sup>27</sup>, sur le terrain de la vie privée de l'article 8 de la Convention, le juge ayant considéré qu'« au regard de l'importance de la filiation biologique en tant qu'élément de l'identité de chacun [...], on ne saurait prétendre qu'il est conforme à l'intérêt d'un enfant de le priver d'un lien

---

<sup>25</sup> S. TOUZÉ, « Rapport introductif », in S. TOUZÉ (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, Paris, Pedone, Publications du Centre de recherche sur les droits de l'homme et le droit humanitaire, 2016, 248 p., p. 7.

<sup>26</sup> Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson et Labassée c/ France*, req. n°65192/11 et 65941/11, *JCP G*, n°28, 14 juillet 2014, doct. 832, chron. F. SUDRE ; *JCP G*, n° 30-35, 28 juillet 2014, 877, note A. GOUTTENOIRE.

<sup>27</sup> Cour EDH, 21 juillet 2016, *Foulon et Bouvet c/ France*, req. n°9063/14 et 10410/14 ; *JCP G*, n°37, 2016, act. 965, F. SUDRE.

juridique de cette nature alors que la réalité biologique de ce lien est établie et que l'enfant et le parent concerné revendiquent sa pleine reconnaissance »<sup>28</sup>. Si la Cour de cassation a infléchi sa position suite à cette jurisprudence<sup>29</sup>, le Conseil constitutionnel avait lui appelé, en 2013, les juridictions à « priver d'effet » et, le cas échéant, « à réprimer de telles pratiques »<sup>30</sup> en réaction à la circulaire de la Garde des Sceaux du 25 janvier 2013 relative à la délivrance des certificats de nationalité française.

Mais les critiques ne se limitent pas à l'Hexagone et se retrouvent également dans d'autres États parties, comme au Royaume-Uni. En 2016, Theresa May, alors Secrétaire d'État à l'Intérieur, avait déclaré que « la CEDH lie les mains du Parlement, n'ajoute rien à notre prospérité, fragilise notre sécurité en empêchant l'expulsion de dangereux ressortissants étrangers et n'apporte aucun changement à l'attitude de certains gouvernements, comme la Russie en matière de droits de l'Homme »<sup>31</sup>. À l'origine de la discorde se trouve la question du droit de vote des détenus<sup>32</sup> mais aussi la question de l'extradition d'individus reliés à des groupes terroristes<sup>33</sup>, ces deux thématiques ayant donné lieu à des condamnations multiples du Royaume-Uni. Plus récemment, en sa qualité de Premier ministre cette fois-ci, c'est la situation des militaires dans le cadre de conflits armés à l'étranger qu'elle souhaiterait exempter du respect des exigences conventionnelles – à supposer que cela soit possible – en réaction à deux condamnations du Royaume-Uni prononcées en 2011 pour des faits d'homicide et de détention de ressortissants irakiens par les forces armées britanniques en Irak<sup>34</sup>. Le parti conservateur avait d'ailleurs proposé, dans son *manifesto* de 2015, l'adoption d'une nouvelle *British Bill of Rights* qui viendrait remplacer l'actuel *Human Right Act* afin,

---

<sup>28</sup> Cour EDH, 26 juin 2014, *Menesson c/ France*, préc., §100.

<sup>29</sup> Cass. Plén., 3 juillet 2015, n°14-21323 et n°15-50002 ; *JCP G*, 2015, note 965, A. GOUTTENOIRE. Antérieurement, selon la Cour de cassation, la gestation pour autrui faisait obstacle à la transcription de l'acte de naissance obtenu à l'étranger sur les actes d'état civil en France, lorsque les faits qui y sont mentionnés « correspondent à la réalité ».

<sup>30</sup> Conseil constitutionnel, déc. n°2013-669 DC du 17 mai 2013, *Loi ouvrant le mariage et l'adoption aux couples homosexuels*, Rec. p. 721.

<sup>31</sup> Conférence du 25 avril 2016 à l'Institute of Mechanical Engineers de Londres (disponible en ligne : <https://www.gov.uk/government/speeches/home-secretarys-speech-on-the-uk-eu-and-our-place-in-the-world>).

<sup>32</sup> Voy. l'affaire Cour EDH, Grande Chambre, 6 octobre 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni (n°2)*, req. n°74025/01, *AJDA*, 2006, 475, chron. J.-F. FLAUSS et les affaires citées *infra* dans le I-B.

<sup>33</sup> Dans deux affaires, une du 10 avril 2012 (Cour EDH, 10 avril 2012, *Babar Ahmad et autres c/ Royaume-Uni*, req. n°24027/07) et une autre du 16 avril 2013 (Cour EDH, 16 avril 2013, *Aswat c/ Royaume-Uni*, req. n°17299/12), la Cour a jugé que le Royaume-Uni enfreindrait l'article 3 de la Convention en cas d'extradition de personnes soupçonnées de terrorisme et souffrant de graves troubles mentaux vers les États-Unis en raison des conditions de détention incertaines.

<sup>34</sup> Voy. les affaires Cour EDH, Grande Chambre, 7 juillet 2011, *Al-Skeini et autres c/ Royaume-Uni*, req. n°55721/07 et Cour EDH, Grande Chambre, 7 juillet 2011, *Al-Jedda c/ Royaume-Uni*, req. n°27021/08 (*RGDIP*, 2012-1, 61, note P.-F. LAVAL).

notamment, de limiter l'autorité de la jurisprudence européenne<sup>35</sup>. Or, une telle réforme dans un pays dualiste comme le Royaume-Uni, si elle avait lieu, aurait pour conséquence de revenir « à la situation antérieure à l'entrée en vigueur du texte [de la Convention], lorsque les arrêts de la Cour n'avaient qu'un effet indirect et limité d'aide à l'interprétation de la loi [...] »<sup>36</sup> et nuirait fortement à l'effectivité du texte conventionnel.

Cette animosité se perçoit ensuite, de façon plus préoccupante, par la proposition ou l'adoption d'actes législatifs remettant directement en cause l'autorité de la CEDH. Là encore, la France n'est pas épargnée puisqu'une proposition de résolution, non adoptée, invitant le Gouvernement à renégocier les conditions de saisine et les compétences de la Cour européenne des droits de l'homme sur les questions touchant à la sécurité nationale et à la lutte contre le terrorisme avait été déposée en 2015, alors même que le texte de la Convention contient en son sein l'article 15 qui permet aux États de déroger à certains droits conventionnels en cas d'état d'urgence<sup>37</sup>, dérogation que l'État français a déjà utilisé plusieurs fois depuis novembre 2015.

D'autres exemples sont tout autant révélateurs. En Suisse, suite à plusieurs arrêts de condamnation rendus par la Cour EDH<sup>38</sup>, le parti politique de l'Union démocratique du Centre a déposé une initiative populaire fédérale le 12 août 2016 intitulée « Le droit suisse au lieu de juges étrangers (initiative pour l'autodétermination) »<sup>39</sup>, qui a d'ailleurs recueilli le nombre de signatures requis. Prochainement, le Conseil fédéral, qui n'est pas favorable à cette initiative, devrait ainsi présenter son projet d'arrêté fédéral et le message qui l'accompagne à l'Assemblée fédérale<sup>40</sup>. Cette initiative entend faire inscrire dans la Constitution que « La

---

<sup>35</sup> Sur ce point, voy. P. DUCOULOMBIER, « L'application délicate de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : le cas britannique », *RDP*, 01/01/2016, n°1, p. 223.

<sup>36</sup> *Ibid.*

<sup>37</sup> Proposition de résolution n°2601 invitant le Gouvernement à renégocier les conditions de saisine et les compétences de la Cour européenne des droits de l'homme sur les questions touchant à la sécurité nationale et à la lutte contre le terrorisme, enregistrée le 18 février 2015. Selon cette proposition, qui entendait aller jusqu'à la dénonciation de la Convention : « Avec l'entrée en vigueur du protocole 11, le recours individuel est en effet désormais automatique, sans que les États membres ne puissent s'y opposer. Cette évolution a entraîné une jurisprudence souvent contestable et contestée dans de nombreux pays, apparaissant parfois comme une sorte de « gouvernement des juges » à la légitimité plus que discutable. Cela est d'autant plus vrai dans les cas où cette jurisprudence concerne les domaines clefs touchant aux principes fondamentaux du droit ou à la sécurité nationale des États membres, notamment face au terrorisme. Ce soi-disant « progressisme juridique » risque en définitive de renforcer le sentiment anti-européen, tout en affaiblissant les institutions démocratiques des États membres ».

<sup>38</sup> Sur la situation en Suisse, voy. A. CLAPHAM, « Myths, Mensonges and muddied waters : Resistance to the European Court of Human Rights », in S. TOUZÉ (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, op. cit., p. 51.

<sup>39</sup> Cette initiative est disponible en ligne : <https://www.admin.ch/ch/f/pore/vi/vis460t.html>.

<sup>40</sup> L'Assemblée fédérale va ensuite examiner la validité de cette initiative (article 98 de la Loi sur l'Assemblée fédérale du 13 décembre 2002), qui devra être soumise à la votation populaire en l'état si elle n'est affectée

Constitution fédérale est la source suprême du droit de la Confédération suisse » et qu'elle « est placée au-dessus du droit international ».

La loi russe de 2015 apportant des amendements à la loi constitutionnelle fédérale sur la Cour constitutionnelle, inspirée de la jurisprudence de cette dernière<sup>41</sup>, fournit également une triste illustration de cette « fronde législative »<sup>42</sup>. Cette législation, entrée en vigueur le 15 décembre 2015, insère deux nouvelles dispositions (les articles 104, paragraphe 2 et 106, partie 2) à la loi constitutionnelle fédérale sur la Cour constitutionnelle qui rendent impossible l'adoption de mesures d'exécution d'un arrêt de la Cour EDH dès lors que la Cour constitutionnelle russe déclare cet arrêt non-exécutoire. Le schéma est par conséquent inversé : ce n'est plus l'État qui est contraint d'exécuter les arrêts de la Cour en vertu de l'article 46 de la Convention, mais la Cour EDH qui est alors subordonnée au bon vouloir de la Fédération de Russie. Dans son avis final du 13 juin 2016<sup>43</sup>, la Commission de Venise a d'ailleurs rappelé l'obligation « sans équivoque et impérative » d'exécution des arrêts de la Cour EDH à la charge des États parties et a souligné l'incompatibilité de ces amendements avec la Convention de Vienne sur le droit des traités et l'article 46 de la CEDH<sup>44</sup>. Récemment, et directement inspiré de l'exemple russe, en Azerbaïdjan, un député a également élaboré un projet de loi constitutionnelle modifiant les mécanismes d'exécution des décisions des organisations intergouvernementales de défense des Droits de l'Homme, le projet devant être examiné dans quelques mois.

---

d'aucune nullité (article 99). L'Assemblée fédérale peut néanmoins décider de présenter un contre-projet au vote du peuple et des cantons, en même temps que l'initiative (article 101).

<sup>41</sup> Dans un arrêt du 14 juillet 2015 (n°21-P/2015), la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie, en réaction à l'affaire *Yukos c/ Russie* condamnant la Russie pour la dissolution d'une importante société pétrolière pour dettes fiscales (Cour EDH, 20 septembre 2011, req. n°14902/04), avait déjà souligné que « Particular attention of supranational bodies to basic elements of this constitutional identity, which constitute intra-state norms on fundamental rights as well as norms on the basis of the constitutional system guaranteeing these norms, will allow to reduce the probability of conflict between national and supra-national law, which, in its turn, in many respects will determine, with preservation of constitutional sovereignty of States, effectiveness of the entire European system of the protection of human and civil rights and freedoms and further harmonisation of the European legal space in its field » et s'est reconnue compétente pour connaître de la question de l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme (la traduction en anglais de cette décision est disponible sur le site de la Commission de Venise : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF\(2016\)019-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF(2016)019-e)). Voy. V. DANELCIUC-COLODROVSKI, « Quelle politique jurisprudentielle pour sauver le « dialogue » des juges ? Interrogation(s) autour de la lecture de l'arrêt de la Cour constitutionnelle russe du 14 juillet 2015 », *RFDC*, n°105, 2016, pp. 229-240. G. ROSOUX, « Offensive de la Russie contre l'autorité de la jurisprudence européenne relative au droit de vote des détenus : la Cour constitutionnelle russe et le contrôle du caractère « exécutoire » d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n°109/2017, pp. 53-88, spéc. p. 88.

<sup>42</sup> Sur cette question, voy. G. ROSOUX, « Offensive de la Russie contre l'autorité de la jurisprudence européenne relative au droit de vote des détenus : la Cour constitutionnelle russe et le contrôle du caractère « exécutoire » d'un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 53.

<sup>43</sup> Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise), Avis final sur les amendements à la loi constitutionnelle fédérale sur la Cour constitutionnelle, adopté par la Commission de Venise lors de sa 107<sup>ème</sup> Session plénière à Venise les 10-11 juin 2016 (Avis n°832/2015, CDL-AD(2016)016).

<sup>44</sup> *Ibid.*, §§ 38 et 42.

Ces remises en cause législatives de l'autorité des arrêts de la Cour européenne sont parfois initiées par des décisions des Cours constitutionnelles ou bien appuyées par celles-ci.

### B-Une multiplication des défiances des juridictions constitutionnelles nationales

Le temps ne semble plus être à « l'ouverture » mais au retour à la fonction première du concept d'« identité constitutionnelle » : celle de « fermeture »<sup>45</sup>. Les jurisprudences constitutionnelles nationales traduisent, à cet égard, une volonté de « défense de [leur] autonomie constitutionnelle »<sup>46</sup> et érigent de plus en plus leur Constitution comme « bouclier » à la pénétration de la jurisprudence européenne dans leur ordre juridique interne. C'est en vertu de l'article 46 de la Convention que les États parties sont tenus de se conformer aux arrêts définitifs rendus par la Cour européenne, pour les litiges dans lesquels ils sont parties. Néanmoins, par une interprétation extensive des articles 41 et 46 de la Convention, la Cour est parvenue à s'ingérer dans le contrôle de l'exécution de ses propres arrêts en indiquant à l'État les mesures individuelles ou générales qui s'imposent<sup>47</sup>, par le biais de la procédure de l'« arrêt pilote » par exemple<sup>48</sup>. Loin de limiter cette technique à un usage exceptionnel, la Cour l'a en revanche très largement employée, suscitant de nombreuses résistances de la part des États.

Ces défiances se manifestent principalement de deux façons : soit par des arrêts non exécutés de la Cour EDH, soit, plus violemment, par une remise en cause directe et explicite de l'autorité des arrêts de la juridiction strasbourgeoise. Ces frictions entre les juridictions constitutionnelles nationales et la Cour EDH se sont essentiellement manifestées à la suite de la jurisprudence européenne relative au droit de vote des détenus<sup>49</sup>, ayant donné lieu à la condamnation de plusieurs États parties – notamment du Royaume-Uni – pour des privations

<sup>45</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « L'identité constitutionnelle en question(s) », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, op. cit., pp. 155-168, spéc. pp. 162-164.

<sup>46</sup> D. ROUSSEAU, « L'identité constitutionnelle, bouclier de l'identité nationale ou branche de l'étoile européenne ? », in L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, op. cit., pp. 89-100, spéc. p. 93.

<sup>47</sup> Voy. F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, op. cit., pp. 388 et s.

<sup>48</sup> Cette procédure permet à la Cour, lorsqu'elle identifie un « problème structurel ou systémique » à l'origine de plusieurs affaires répétitives, de mettre en suspend ces affaires en attendant que l'État concerné prenne les mesures nécessaires. Elle a été initiée par le juge européen dès l'affaire *Broniowski c/ Pologne* (Cour EDH, Grande Chambre, 22 juin 2004, *Broniowski c/ Pologne*, req. n°31443/96, *GACEDH* n°74) où la Grande Chambre identifie dans l'ordre juridique polonais une « défaillance » en raison de « laquelle une catégorie entière de particuliers se sont vus, ou se voient toujours, privés de leur droit au respect de leurs biens » (§189), et estime que « pour aider l'État défendeur à remplir ses obligations au titre de l'article 46, la Cour a cherché à indiquer le type de mesures que l'État pourrait prendre pour mettre un terme à la situation structurelle constatée en l'espèce » (§194). Elle est désormais prévue par l'article 61 du Règlement de la Cour européenne.

<sup>49</sup> Sur cette question, voy. S. de CACQUERAY, « La convention européenne des droits de l'homme et le droit des élections : entre patrimoine européen et suprématie étatique », *Constitutions*, 2016, p. 557.

automatiques et indifférenciées de ce droit pour toute personne reconnue coupable d'une infraction intentionnelle<sup>50</sup>. Réticent à cette jurisprudence, le Royaume-Uni a implicitement remis en cause l'autorité de la Cour, en n'ayant toujours pas modifié, depuis l'affaire *Hirst* de 2005, sa législation relative au droit de vote des détenus, ce qui lui a valu de nouvelles condamnations<sup>51</sup>. Sur un autre terrain, et en réaction à l'affaire *James, Wells et Lee*<sup>52</sup> condamnant le Royaume-Uni pour manquement à proposer aux détenus les cours de réadaptation qui étaient nécessaires sur le terrain de l'article 5§1 de la Convention garantissant le droit à la liberté et à la sûreté, la Cour suprême avait souligné, de manière plus explicite, l'impossibilité de suivre cette interprétation du juge européen, qualifiée de trop extensive<sup>53</sup>.

Des décisions constitutionnelles ont aussi été l'occasion pour certaines juridictions de confirmer plus généralement la suprématie de leur Constitution, même à l'égard de la CEDH. Par exemple, l'affaire *Varvara c/ Italie*<sup>54</sup> portant sur l'article 7 de la Convention (pas de peine sans loi) a conduit la Cour constitutionnelle italienne à rappeler de façon non équivoque la supériorité de la Constitution sur le texte conventionnel : « the referring court fails to consider that the duty of the ordinary courts to interpret national law in a manner compatible with the ECHR, as noted above, is obviously subordinate to their priority task of reading the law in a manner compatible with the Constitutions, as this manner of proceedings reflects the axiological predominance of the Constitution over the ECHR »<sup>55</sup>.

De façon beaucoup plus brutale, sur le fondement de la loi russe du 15 décembre 2015, la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie s'est, elle, prononcée directement sur la question de l'exécution d'un arrêt de la juridiction strasbourgeoise, l'affaire *Anchugov et Gladkov*<sup>56</sup>, l'an dernier. Dans sa décision du 19 avril 2016<sup>57</sup>, elle a alors affirmé :

---

<sup>50</sup> Voy. par exemple : Cour EDH, Grande Chambre, 6 octobre 2005, *Hirst c/ Royaume-Uni* (n°2), req. n°74025/01, *AJDA*, 2006, 475, chron. J.-F. FLAUSS ; Cour EDH, 1<sup>er</sup> juillet 2008, *Calmanovici c/ Roumanie*, req. n°42250/02 ; Cour EDH, 8 avril 2010, *Frodl c/ Autriche*, req. n°20201/04 ; Cour EDH, 4 juillet 2013, *Anchugov et Gladkov c/ Russie*, req. n°11157/04, 15162/05, *Dalloz*, 2013, n°28, p. 1898, O. BACHELET ; Cour EDH, 17 septembre 2013, *Söyler c/ Turquie*, req. n°29411/07 ; Cour EDH, 21 juillet 2016, *Kulinski et Sabev c/ Bulgarie*, req. n°63849/09.

<sup>51</sup> Cour EDH, 23 novembre 2010, *Greens et M. T. c/ Royaume-Uni*, req. n°60041/08 et 60054/08 ; Cour EDH, 12 août 2014, *Firth et a. c/ Royaume-Uni*, req. n°47784/09 et a. ; Cour EDH, 10 février 2015, *McHugh et autres c/ Royaume-Uni*, req. n°51987/08 ; Cour EDH, 30 juin 2016, *Millbank et autres c/ Royaume-Uni*, req. n°44473/14.

<sup>52</sup> Cour EDH, 18 septembre 2012, *James, Wells et Lee c/ Royaume-Uni*, req. n°25119/09, 57715/09 et 57877/08.

<sup>53</sup> *R(Haney, Kaiyam and Massey) v Secretary of State for Justice and another case* [2014] UKSC 66, §35 : « For the reasons which we have, we do not think that it is possible to follow the reasoning of the Fourth Section of the ECtHR in *James v UK*. It appears to us to be based on an over-expanded an inappropriate reading of the word « unlawful » in article 5(1)(a), which would not give rise to a sensible scheme ».

<sup>54</sup> Cour EDH, 29 octobre 2013, *Varvara c/ Italie*, req. n°17475/09 (condamnation de l'Italie en raison d'une sanction pénale sous forme de confiscation alors qu'il y avait eu le prononcé d'un non-lieu).

<sup>55</sup> (nous soulignons).

<sup>56</sup> Cour EDH, 4 juillet 2013, *Anchugov et Gladkov c/ Russie*, préc.

« Recognizing the objective necessity of the activity of the European Court of Human Rights with regard to the revelation of structural defects of national legal systems and offering the ways to remove them, the Constitutional Court of the Russian Federation also pays attention to the presence of problems connected with possible deviations from the principle of subsidiarity, on the basis of which the European Court of Human Rights is called upon to exercise powers entrusted to it, which, in its turn, *can lead to a conflict with constitutional legislator, whose powers are based on the principles of State sovereignty, supremacy and supreme legal force of the Constitution of the Russian Federation* in the legal system of Russia, the integral part of which is the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms as an international treaty of the Russian Federation »<sup>58</sup>. Par cette décision, elle entend dénoncer l'instrumentalisation du principe de subsidiarité par la juridiction strasbourgeoise ainsi que le conflit direct entre la norme constitutionnelle et le texte conventionnel qui en résulte, et réaffirmer de manière forte la prééminence de la Constitution de la Fédération de Russie sur tout traité international.

Or, ces défiances sont particulièrement significatives et lourdes de conséquences pour le système conventionnel dans la mesure où « [...] l'exécution des arrêts procédant des garanties essentielles du procès, en remettant en cause l'exécution des arrêts de la Cour, les États déstabilisent l'édifice et peuvent même conduire à son effondrement »<sup>59</sup>. C'est pourquoi le Conseil de l'Europe s'est engagé, depuis 2010, dans une série de réformes du système conventionnel.

---

<sup>57</sup> Arrêt 15-P/2016 du 19 avril 2016 (la version anglaise est disponible en ligne : [http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF\(2016\)033-e](http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-REF(2016)033-e)). Sur cette question, voy. C. L. GIANNOPOULOS, « Jurisprudence constitutionnelle russe. Désobéir pour servir une cause. Considérations sur la première application de la nouvelle compétence russe pour filtrer l'exécution des décisions de la Cour EDH », *RFDC*, n°109, 2017, pp. 255-268.

<sup>58</sup> (nous soulignons).

<sup>59</sup> S. TOUZÉ, « Rapport introductif », in S. TOUZÉ (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, *op. cit.*, p. 24.

## II-Une crise entendue : une redéfinition progressive des relations entre la Cour EDH et les ordres constitutionnels

Cette redéfinition des relations entre la Cour EDH et les États parties n'est pas l'apanage des seules réformes engagées depuis le début des années 2010 (A), elle est aussi intégrée et soutenue par la juridiction strasbourgeoise (B).

### A-Au niveau textuel : des réformes engagées pour une re-nationalisation du contentieux européen

La subsidiarité, en tant que « concept majeur d'aménagement des pouvoirs »<sup>60</sup>, recoupe traditionnellement deux aspects<sup>61</sup> : une « dimension procédurale »<sup>62</sup>, qui « se manifeste dans les dispositions qui gouvernent l'accès aux organes de Strasbourg », et une « dimension substantielle »<sup>63</sup>, représentée notamment par la marge nationale d'appréciation<sup>64</sup> laissée aux États membres<sup>65</sup>. Ces dernières années, différentes réformes ont été engagées au niveau du Conseil de l'Europe avec pour finalité une restructuration institutionnelle par une accentuation du principe de subsidiarité.

Dans cette optique, depuis 2010, quatre conférences de haut niveau ont eu lieu – Interlaken en 2010<sup>66</sup>, Izmir en 2011<sup>67</sup>, Brighton en 2012<sup>68</sup>, Oslo en 2014<sup>69</sup> et Bruxelles en 2015<sup>70</sup> – afin de

---

<sup>60</sup> J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. p. 28.

<sup>61</sup> En ce sens, voy. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. pp. 29-30 ; P. TAVERNIER, « De la subsidiarité et de quelques notions voisines. Pérégrinations entre le droit international et le droit européen », in Mélanges en l'honneur de J. CHARPENTIER, *La France, l'Europe, le monde*, Paris, Pedone, 2009, pp. 219-231, spéc. pp. 220-221.

<sup>62</sup> O. DE SCHUTTER, « La subsidiarité dans la Convention européenne des droits de l'homme : la dimension procédurale » in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, Bruxelles, Bruylant, 2000, 283 p., pp. 63-130. Voy. aussi S. TOUZÉ, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 59-86.

<sup>63</sup> J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », in M. VERDUSSEN (dir.), *L'Europe de la subsidiarité*, *op. cit.*, pp. 13-61. Voy. aussi R. DE GOUTTES, « La priorité substantielle du droit interne », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 41-58.

<sup>64</sup> Sur la critique de la confusion entre la subsidiarité et la marge nationale d'appréciation, voy. É. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 265-300, spéc. p. 273.

<sup>65</sup> C. PICHERAL, « L'expression jurisprudentielle de la subsidiarité par la marge nationale d'appréciation », in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, pp. 87-114.

<sup>66</sup> Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Déclaration d'Interlaken, 19 février 2010.

réfléchir au futur de la Cour. À cet égard, la Conférence à haut niveau qui s'est réunie en 2012, à Brighton – à l'initiative d'ailleurs de la présidence britannique – a permis d'inscrire dans la Déclaration qui fut adoptée que « les autorités nationales sont en principe mieux placées qu'une Cour internationale pour évaluer les besoins et les conditions au niveau local » (§11). De façon plus générale, ces différentes conférences ont été l'occasion de souligner « la nature subsidiaire du mécanisme de contrôle institué par la Convention » et de rappeler que « les États parties et sa Cour partagent la responsabilité de la mise en œuvre effective de la Convention, sur la base du principe fondamental de subsidiarité ». Une nouvelle période s'est ouverte, largement dominée par le principe de subsidiarité<sup>71</sup>, qui est alors présenté comme « une réponse controuvée à tous les maux dont la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, accusée de se mêler un peu trop souvent de ce qui ne la regarde pas, serait la cause »<sup>72</sup>. Découlant directement de ces conférences et sous l'impulsion de plusieurs États du Conseil de l'Europe, le Protocole additionnel n°15 prévoit notamment de rajouter un considérant dans le Préambule de la Convention européenne des droits de l'homme afin d'y inscrire la reconnaissance du principe de subsidiarité ainsi que la mention à la « marge nationale d'appréciation » reconnue aux États. Ce nouveau considérant est rédigé de la façon suivante :

« Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente Convention, ».

Avec ce Protocole additionnel, la Cour affirme de manière forte et officielle la « préserv[ation] [de la] sphère de compétences des États membres de la CEDH »<sup>73</sup>. Antérieurement à ce Protocole, le principe de subsidiarité pouvait se déceler indirectement dans le texte conventionnel à travers notamment la règle de l'épuisement des voies de recours

---

<sup>67</sup> Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Déclaration d'Izmir, 26 et 27 avril 2011.

<sup>68</sup> Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Déclaration de Brighton, 19 et 20 avril 2012.

<sup>69</sup> Conférence sur l'avenir à long terme de la Cour européenne des droits de l'homme, Holmenkollen, 7-8 avril 2014.

<sup>70</sup> Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Déclaration de Bruxelles, 26 et 27 mars 2015.

<sup>71</sup> J.-M. SAUVÉ, « La subsidiarité : une médaille à deux faces ? », intervention prononcée lors du Séminaire organisé par la Cour EDH, *Le rôle des autorités nationales*, Strasbourg le vendredi 30 janvier 2015 (disponible en ligne : <http://www.conseil-etat.fr/content/download/39321/341245/version/2/file/2015-01-30%20seminaire%20CEDH%20Subsidiarite.pdf>).

<sup>72</sup> G. GONZALEZ, « Introduction », in G. GONZALEZ (dir.), *La subsidiarité conventionnelle en question*, coll. « Droit & Justice », Nemesis/Anthemis, n°114, 2016, 306 p., p. 7.

<sup>73</sup> J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. p. 35.

internes énoncée à l'article 35 de la Convention, mais il n'y était pas expressément mentionné. Les notions de « subsidiarité » et de « marge nationale d'appréciation » sont, en effet, des constructions jurisprudentielles initiées par la Commission EDH dès le début de la jurisprudence européenne<sup>74</sup> et reprises par la suite par la Cour EDH<sup>75</sup>.

Quant au Protocole n°16 à la Convention EDH, adopté le 2 octobre 2013 mais qui n'est pas encore entré en vigueur<sup>76</sup>, il prévoit la possibilité pour les hautes juridictions des États parties d'adresser des demandes d'avis consultatif à la Cour sur des questions relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles selon son article 1<sup>er</sup>. Par l'instauration d'« un rapport de collaboration fondé sur le dialogue des juges, en instituant un mécanisme préventif (...) »<sup>77</sup> au bénéfice des juridictions nationales, ce protocole ne pourra que renforcer les interactions entre la Cour et celles-ci par la mise en place d'un espace de dialogue. Si des doutes avaient pu être émis sur l'inscription des juridictions constitutionnelles parmi « les plus hautes juridictions », les ratifications qui ont déjà eu lieu<sup>78</sup> démontrent que la grande majorité des États les ont incluses dans la liste<sup>79</sup>. Ce nouveau Protocole pourra, une fois qu'il entrera en vigueur, constituer un instrument permettant d'initier un nouveau dialogue entre la Cour et les juridictions constitutionnelles, à la condition toutefois que ces juridictions jouent le jeu. Le Conseil constitutionnel a d'ailleurs démontré qu'il n'était pas complètement hostile à ces instruments de dialogue avec les juges

---

<sup>74</sup> Pour la marge nationale d'appréciation, les premières affaires où cette notion apparaît sont relatives à l'article 15 de la Convention prévoyant une possible dérogation au texte conventionnel en cas d'état d'urgence : Comm. EDH, 2 octobre 1958, *Grèce c/ Royaume-Uni* ; Comm. EDH, rapport du 19 décembre 1959, *Lawless c/ Irlande* (sur cette question, voy. F. TULKENS et L. DONNAY, « L'usage de la marge d'appréciation par la Cour européenne des droits de l'homme », *RSC*, 2006, p. 3). Pour le principe de subsidiarité : Comm. EDH, 18 décembre 1963, *De Buck et Koolen (1) c/ Belgique*, req. n°1420/62 et a.

<sup>75</sup> La Cour EDH a employé pour la première fois explicitement le terme de « marge nationale d'appréciation » en 1978 dans l'affaire Cour EDH, Cour plénière, 18 janvier 1978, *Irlande c/ Royaume-Uni*, A25, req. n°5310/71, *JDI*, 1980, 449, obs. P. ROLLAND ; *RGDIP*, 1979, 104, note P.-M. MARTIN : « La marge nationale d'appréciation s'accompagne donc d'un contrôle européen » (§207). Le principe de subsidiarité se retrouve, lui, dans l'affaire Cour EDH, 30 janvier 1998, *Parti communiste unifié de Turquie c/ Turquie*, req. n°19392/92, *GACEDH* n°6 : « La Convention vient renforcer, conformément au principe de subsidiarité, la protection qui est offerte au niveau nationale, sans jamais lui imposer de limites » (§10).

<sup>76</sup> Le Protocole n°16 à la Convention européenne a été ouvert à la signature le 2 octobre 2013 et n'a été ratifié à ce jour que par cinq États membres, son entrée en vigueur étant conditionnée à sa ratification par au moins dix États membres.

<sup>77</sup> F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen » in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Nemesis, Anthemis, 2014, 412 p., p. 264. Voy. aussi 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 », *RTDH*, n° 97/2014, p. 9.

<sup>78</sup> À l'heure actuelle, sept États parties ont ratifié ce protocole, un total de dix ratifications étant nécessaires pour son entrée en vigueur.

<sup>79</sup> Tel est par exemple le cas de l'Albanie, de l'Arménie, de la Géorgie, de la Lituanie, de la Roumanie et de la Slovaquie.

supranationaux lorsque, en 2014, il avait posé une question préjudicielle à la Cour de justice<sup>80</sup>.

Dans la continuité de cette dynamique, de nombreuses visites officielles ont été organisées<sup>81</sup> et le rapport annuel de 2016 de la Cour européenne des droits de l'homme, publié en mars 2017, est encore l'occasion de rappeler que « la priorité de premier ordre » reste bien celle de « dialoguer avec les juridictions nationales »<sup>82</sup>.

### B-Au niveau jurisprudentiel : une « reconfiguration » amorcée de l'office du juge européen

La juridiction strasbourgeoise n'attendrait pas l'entrée en vigueur du Protocole n°15<sup>83</sup> consacrant textuellement le principe de subsidiarité dans son article 1<sup>er</sup>, pour opérer une telle réorientation de son office. Dans un contexte de crise de légitimité et de contestations toujours plus vives<sup>84</sup> de l'activisme de la Cour européenne, cette dernière a effectivement entamé une « réorientation de sa politique jurisprudentielle vers davantage de retenue »<sup>85</sup> dans le but stratégique d'une recherche de confiance de la part des États membres. Le professeur Frédéric Sudre explique ainsi que la Grande Chambre de la Cour EDH a déjà « anticipé les effets » de ce Protocole et que « se dessine un “recadrage du rôle de la Cour” » dans le sens « d'une redistribution du contentieux européen des droits de l'homme telle que, dans le partage des responsabilités qui incombent aux États et à la Cour dans la mise en œuvre de la Convention, la Cour doit se placer en retrait »<sup>86</sup>. Cette nouvelle orientation donnée à l'office de la juridiction strasbourgeoise se perçoit tout particulièrement dans ses relations avec les

---

<sup>80</sup> CJUE, 30 mai 2013, *Jérémy F. c/ Premier ministre*, aff. C-168/13 PPU ; *Recueil Dalloz*, 2013, p. 1414 ; *Constitutions*, 2013, p. 189, obs. A. LEVADE.

<sup>81</sup> Par exemple, en avril 2017, le Président de la République hellénique et la Secrétaire d'État des Affaires étrangères et politiques et de la Justice de Saint-Marin se sont rendus en visite à la Cour européenne, et en mai 2017, c'est le Président de la Cour européenne, Guido Raimondi, qui s'est rendu en visite officielle à Chypre.

<sup>82</sup> Rapport annuel de la Cour européenne des droits de l'homme de 2016, mars 2017 (disponible en ligne : [http://www.echr.coe.int/Documents/Annual\\_report\\_2016\\_FRA.pdf](http://www.echr.coe.int/Documents/Annual_report_2016_FRA.pdf)). Ce rapport met d'ailleurs l'accent sur le lancement, en 2015, du Réseau des cours supérieures consistant en des échanges d'informations sur la jurisprudence de la Cour EDH. Sur ce rapport, voy. G. GONZALEZ, « Nouvelle descente dans le maelström en 2016. A propos du rapport 2016 de la CEDH », *JCP G*, n°18, 1<sup>er</sup> mai 2017, p. 491.

<sup>83</sup> Au 19 avril 2017, le Protocole n°15 a été ratifié par 33 États parties à la Convention.

<sup>84</sup> Voy. notamment F. TULKENS, « Pour les 60 ans de la Convention européenne des droits de l'homme : bilan, questions critiques et défis », *RTDH*, n°98/2014, pp. 333-351.

<sup>85</sup> B. PASTRE-BELDA, « La Cour européenne des droits de l'homme, entre promotion de la subsidiarité et protection effective des droits », *RTDH*, n°94/2013, pp. 251-273, spéc. p. 251.

<sup>86</sup> F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », *op. cit.*, spéc. pp. 239-241. Voy. aussi S. BESSON, « L'évolution du contrôle européen : vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire », in S. TOUZÉ (dir.), *La Cour européenne des droits de l'homme. Une confiance nécessaire pour une autorité renforcée*, *op. cit.*, pp. 57-82, spéc. p. 60.

juridictions constitutionnelles nationales. En effet, elle a déjà été déployée dans un des domaines à l'origine de nombreux conflits : le droit de vote, garanti par l'article 3 du Protocole n°1. Dans l'affaire de Grande Chambre du 15 mars 2012, *Sitaropoulos et Giakomopoulos c/ Grèce*<sup>87</sup>, relative à l'impossibilité des requérants de voter en raison de leur lieu de résidence, le juge européen fait preuve d'une grande « retenue judiciaire »<sup>88</sup>. Si la Constitution grecque prévoit que les modalités d'exercice du droit de vote par les électeurs qui résident hors du territoire national sont fixées par une loi, aucune législation n'avait été prise en ce sens, rendant cette faculté illusoire. Pourtant, la Grande Chambre « estime qu'il ne lui revient pas d'indiquer aux autorités nationales à quel moment ni de quelle manière elles devraient mettre en œuvre l'article 51 § 4 de la Constitution »<sup>89</sup>, alors même que la Chambre avait considéré que « l'absence de concrétisation législative du prescrit de l'article 51 § 4 de la Constitution pour une période supérieure à trois décennies, combinée avec l'évolution du droit des États contractants en la matière, est un élément suffisant pour engager la responsabilité de l'État défendeur sous l'angle de l'article 3 du Protocole no 1 »<sup>90</sup>. De même, dans l'arrêt de Grande Chambre du 22 mai 2012, *Scoppola c/ Italie (n°3)*<sup>91</sup>, la Cour « assouplit sa position relative à la privation du droit de vote des détenus »<sup>92</sup>. Rappelant que « chaque État demeure libre d'adopter sa législation »<sup>93</sup>, elle conclut, contrairement à l'arrêt de Chambre qui avait condamné l'application indifférenciée de cette loi<sup>94</sup>, à un constat de non-violation de l'article 3 du Protocole n°1 dans cette affaire où le requérant avait été déchu de son droit de vote en raison de sa condamnation à la réclusion perpétuelle pour meurtre, tentative de meurtre, mauvais traitements infligés aux membres de sa famille et port d'arme prohibé.

Mais cette réserve de la Cour est aussi perceptible dans d'autres domaines. Certaines décisions d'irrecevabilité de la Cour européenne sont par exemple révélatrices du « *self-*

<sup>87</sup> Cour EDH, Grande Chambre, 15 mars 2012, *Sitaropoulos et Giakomopoulos c/ Grèce*, req. n°42202/07 ; *JCP G*, 2012, doctr. 924, n°26, obs. F. SUDRE.

<sup>88</sup> F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen » in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit.

<sup>89</sup> Cour EDH, Grande Chambre, 15 mars 2012, *Sitaropoulos et Giakomopoulos c/ Grèce*, préc., §76.

<sup>90</sup> Cour EDH, 8 juillet 2010, *Sitaropoulos et Giakomopoulos c/ Grèce*, req. n°42202/07, §47.

<sup>91</sup> Cour EDH, Grande Chambre, 22 mai 2012, *Scoppola c/ Italie (n°3)*, req. n°126/05.

<sup>92</sup> F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen » in F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, op. cit.

<sup>93</sup> §102.

<sup>94</sup> Cour EDH, 18 janvier 2011, *Scoppola c/ Italie (n°3)*, req. n°126/05. La chambre, rappelant que « les droits garantis par l'article 3 du Protocole no 1 à la Convention sont cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par l'état de droit » (§37), avait conclu à un constat de violation en raison des « caractères de généralité et d'application indifférenciée » établis par la loi puisque le requérant avait « été déchu de son droit de vote en raison de la durée de la peine privative de sa liberté, indépendamment du délit commis et au delà de tout examen du juge du fond portant sur la nature et la gravité de celui-ci » (§49).

*restraint* » persistant du juge lorsque sont en cause « les politiques socio-économiques des États »<sup>95</sup>. En ce sens, dans une décision d'irrecevabilité relative à la réduction du montant des pensions de retraite en application de mesures d'austérité au Portugal<sup>96</sup>, la Cour avalise la position de la Cour constitutionnelle portugaise<sup>97</sup> selon laquelle aucune autre alternative n'était possible, avant d'ajouter que « Moreover, since the legislature remained within the limits of its margin of appreciation, it is not for the Court to decide whether better alternative measures could have been envisaged in order to reduce the State budget deficit and overcome the financial crisis »<sup>98</sup>. Or, dans l'affaire de Grande Chambre, *Stummer c/ Autriche*, du 7 juillet 2011, elle avait déjà considéré qu'« une ample latitude est d'ordinaire laissée à l'État lorsqu'il s'agit pour lui de définir des mesures d'ordre général en matière économique ou sociale » dans la mesure où « les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique en matière économique ou en matière sociale »<sup>99</sup>.

Plus récemment, c'est à propos du principe *non bis in idem* garanti par l'article 4 du Protocole n°7 que le juge européen a infléchi sa position, rappelant que « c'est aux États contractants qu'il revient au premier chef de décider de l'organisation de leur système juridique, y compris de leurs procédures pénales » dans un arrêt *A. et B. c/ Norvège* de 2016<sup>100</sup>. Ainsi que le révèle M. Le Juge Pinto de Albuquerque dans son opinion dissidente sous cette affaire, cet arrêt « nuance et limite la portée de l'arrêt *Sergueï Zolotoukhine* »<sup>101</sup> selon lequel « l'article 4 du Protocole no 7 doit être compris comme interdisant de poursuivre ou de juger une personne pour une seconde « infraction » pour autant que celle-ci a pour origine des faits identiques ou des faits qui sont en substance les mêmes »<sup>102</sup> et empêche donc le cumul de sanctions administrative et pénale. Cette affaire norvégienne tend, par conséquent, à rapprocher la conception européenne du principe *non bis in idem* de celle du

---

<sup>95</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « Chronique de jurisprudence européenne comparée (2015) », *RDP*, n°4, 2016, p. 1307.

<sup>96</sup> Cour EDH, déc., 1<sup>er</sup> septembre 2015, *Da Silva Carvalho Rico c/ Portugal*, req. n°13341/14.

<sup>97</sup> L. BURGORGUE-LARSEN, « Chronique de jurisprudence européenne comparée (2015) », *op. cit.*

<sup>98</sup> §45.

<sup>99</sup> Cour EDH, Grande Chambre, 7 juillet 2011, *Stummer c/ Autriche*, req. n°37452/02, §89.

<sup>100</sup> Cour EDH, Grande Chambre, 15 novembre 2016, *A. et B. c/ Norvège*, req. n°24130/11, §120.

<sup>101</sup> Opinion dissidente de M. Le juge PINTO DE ALBUQUERQUE, §79 sous l'affaire Cour EDH, Grande Chambre, 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie*, req. n°14939/03 (cette affaire était relative à un cumul de poursuites en raison d'une condamnation administrative pour « actes perturbateurs mineurs » suivie de poursuites pénales pour « actes perturbateurs » concernant les mêmes faits).

<sup>102</sup> Cour EDH, Grande Chambre, 10 février 2009, *Sergueï Zolotoukhine c/ Russie*, préc., §82.

Conseil constitutionnel alors qu'elles paraissaient inconciliables<sup>103</sup>. Le Conseil constitutionnel avait effectivement considéré en 2015 que « le principe de nécessité des délits et des peines ne fait pas obstacle à ce que les mêmes faits commis par une même personne puissent faire l'objet de poursuites différentes aux fins de sanctions de nature administrative ou pénale en application de corps de règles distincts devant leur propre ordre de juridiction (...) »<sup>104</sup>, rejoignant ici la position de la Cour de justice de l'Union européenne<sup>105</sup>. Par l'arrêt *A. et B. c/ Norvège*, la Cour européenne semble finalement avoir entendu les revendications des États qui mettaient en avant la spécificité de leur dualisme juridictionnel pour justifier ce cumul de sanctions.

\*\*\*\*\*

Le clivage entre certaines conceptions nationales et la conception européenne apparaît donc de plus en plus affirmé. Si la Cour entend apaiser les relations avec les ordres constitutionnels européens, elle n'a toutefois pas délaissé sa mission de protection des droits de l'homme. Les nouvelles condamnations du Royaume-Uni et même de la Bulgarie au sujet du droit de vote des détenus<sup>106</sup> démontrent qu'elle continue à assurer « son rôle de vigie des droits de l'homme »<sup>107</sup> malgré le contexte d'hostilité actuel. Espérons que cette « crise identitaire » soit bénéfique en permettant de repenser de manière constructive les relations entre la Cour européenne et les États parties et ne soit pas seulement une remise en cause de l'existant et de « l'acquis » conventionnel. À cet égard, le dialogue ne semble pas complètement rompu et le Président de la Cour constitutionnelle de la Fédération de Russie a d'ailleurs indiqué que la juridiction qu'il préside « est prête à continuer à agir dans l'esprit de coopération et de dialogue avec la Cour européenne des droits de l'homme »<sup>108</sup>. Les États n'ont, en effet, pas intérêt à s'écarter du système conventionnel et des droits de l'homme que

---

<sup>103</sup> C. ARNAUD, « Le cumul des poursuites et des sanctions : divergence constitutionnelle et européenne », *RFDA*, 2015, p. 1019 ; F. SUDRE, « Principe *non bis in idem* et Convention européenne des droits de l'homme : la décision en trompe-l'œil du Conseil constitutionnel », *JCP G*, 2015, act. 368.

<sup>104</sup> Conseil constitutionnel, 18 mars 2015, décisions n°2014-453/454 QPC et 2015-462 QPC.

<sup>105</sup> Voy. l'affaire CJUE, Grande Chambre, 26 février 2013, *Hans Akerberg Fransson*, aff. C-617/10, point 37 : « Il découle des considérations qui précèdent qu'il convient de répondre aux deuxième, troisième et quatrième questions que le principe *ne bis in idem* énoncé à l'article 50 de la Charte ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose, pour les mêmes faits de non-respect d'obligations déclaratives dans le domaine de la TVA, successivement une sanction fiscale et une sanction pénale dans la mesure où la première sanction ne revêt pas un caractère pénal, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier ».

<sup>106</sup> Cour EDH, 30 juin 2016, *Millbank et autres c/ Royaume-Uni*, req. n°44473/14 ; Cour EDH, 21 juillet 2016, *Kulinski et Sabev c/ Bulgarie*, req. n°63849/09.

<sup>107</sup> L. BURGOGNE-LARSEN, « Chronique de jurisprudence européenne comparée (2015) », *op. cit.*

<sup>108</sup> V. ZORKIN, « La Convention européenne des droits de l'homme et les problèmes de sa mise en œuvre », *op. cit.*

la Convention garantie : « Dénoncer la Convention en 2017 – ce qui est évidemment possible par une loi ordinaire – serait également un acte politique, celui de détruire une forme singulière d’organisation politique des sociétés : l’État de droit »<sup>109</sup>.

---

<sup>109</sup> D. ROUSSEAU, « La CEDH, stop ? Non, encore ! », *Dalloz actualité*, novembre 2016.