

L'arrêt *Paposhvili c. Belgique* et les potentialités d'une procéduralisation des droits de l'homme par les cours constitutionnelles nationales

Morgane BORRES

et

Marie SOLBREUX

Assistants à l'Université Catholique de Louvain

Avocates au barreau de Bruxelles

Introduction

La présente contribution vise à rendre compte du phénomène de procéduralisation des droits fondamentaux garantis par la Convention européenne des droits de l'homme.

Ce mouvement jurisprudentiel, initié par la Cour de Strasbourg, visait uniquement, dans un premier temps, à adjoindre un volet procédural à des droits fondamentaux qui ne contiennent, à première vue, que des garanties substantielles. Aujourd'hui, l'on s'aperçoit que, par le biais de ce mécanisme, la Cour entend en réalité axer son contrôle sur la procédure suivie au niveau national de façon générale, en examinant globalement si les éléments pertinents ont été pris en compte et analysés de façon raisonnable par les autorités nationales.

Par ce mécanisme, la Cour n'examine pas seulement la potentielle violation de droits fondamentaux au regard de leur contenu substantiel mais également au regard de diverses exigences procédurales qu'elle estime inhérentes aux droits en cause, et plus globalement, au regard de la qualité de la procédure interne. Utilisée au départ de façon sporadique, cette technique est aujourd'hui employée de manière plus systématique par la Cour et pose de nombreuses questions.

Nous rendrons compte de ce phénomène au départ d'un arrêt rendu le 13 décembre 2016 par la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme - l'arrêt *Paposhvili c. Belgique* - qui, non seulement présente un intérêt considérable en matière d'éloignement des étrangers mais a également ceci de particulier qu'il a été rendu en faisant application de la procéduralisation des droits fondamentaux.

Après avoir évoqué les faits de la cause et commenté le raisonnement adopté par la Cour de Strasbourg (**I.**), nous évoquerons brièvement son intérêt novateur en matière de droit des étrangers en le replaçant dans la jurisprudence strasbourgeoise (**II.**). Nous dresserons un portrait du mouvement de procéduralisation des droits fondamentaux substantiels (**III.2**) en analysant, en lien avec l'arrêt commenté (**III.1**), l'application qui en est actuellement faite par la Cour européenne des droits de l'homme ainsi qu'en évoquant les potentialités autant que les éventuelles dérives qui en découlent.

De manière plus prospective, nous tenterons ensuite d'évaluer si cette technique de protection des droits fondamentaux est transposable à l'échelle nationale (**III.3.**). Pour ce faire, nous examinerons si celle-ci pourrait être utilisée par la Cour constitutionnelle belge, et si, dans les faits, cette dernière y a eu recours. Nous évaluerons, *in fine*, s'il est souhaitable que la Cour

constitutionnelle belge s'inscrive dans cette dynamique de procéduralisation des droits fondamentaux.

I. Les faits de l'arrêt *Paposhvili c. Belgique*

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

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

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

2. Le requérant invoquait devant la Cour européenne des droits de l'homme que son renvoi vers la Géorgie l'exposerait à des risques pour sa vie et à des traitements contraires à l'article 3, au vu de son état de santé. Il soutenait également que ce renvoi violerait l'article 8 de la Convention, étant donné qu'il l'obligerait à vivre séparé de sa famille.

Dans son arrêt du 20 avril 2014, la Cour a rejeté les griefs du requérant. Elle a estimé plus particulièrement que l'article 3 de la Convention ne protégeait un étranger malade que dans des cas très exceptionnels, et qu'en l'occurrence, les affections du requérant étaient stabilisées et qu'il n'existait pas de menace imminente pour sa vie¹.

3. Le requérant a ensuite obtenu le renvoi de cette affaire devant la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme, mais est décédé avant que celle-ci puisse rendre son arrêt. La Cour a cependant jugé que des circonstances spéciales touchant au respect des droits de l'homme justifiaient qu'elle poursuive l'examen de sa requête, ce qu'elle a donc fait².

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

¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Paposhvili c. Belgique*, 17 avril 2014, §§ 118-120.

² Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Paposhvili c. Belgique*, 13 décembre 2016, § 133.

II. L'arrêt *Paposhvili c. Belgique* et le droit des étrangers

4. Plusieurs auteurs se sont félicités du revirement jurisprudentiel opéré par l'arrêt commenté en matière d'éloignement d'étrangers gravement malades³. La Cour européenne appliquait en effet, depuis un arrêt *N c. Royaume-Uni*, une approche extrêmement restrictive en la matière, laquelle a fait l'objet de vives et nombreuses critiques⁴. Il nous semble donc important de revenir un instant sur la jurisprudence antérieure de la Cour et sur l'importance de l'arrêt commenté dans cette matière.

II. 1. L'évolution de la jurisprudence avant *Paposhvili c. Belgique*: un seuil de gravité élevé et sans cesse critiqué

5. Dans un premier temps, la Cour avait pourtant semblé compatir au sort d'étrangers dont l'état de santé se serait vu dégradé par un renvoi dans leur pays d'origine, dans lequel l'état des connaissances médicales et les traitements disponibles étaient considérablement moins bons que ceux du pays dans lequel ils résidaient et suivaient un traitement.

Dans son arrêt *D. contre Royaume-Uni* du 2 mai 1997⁵, elle pose le principe selon lequel la "protection par ricochet" offerte par la Convention européenne des droits de l'homme, qui interdit aux Etats parties de renvoyer un individu vers un Etat dans lequel il existe des motifs sérieux et avérés de croire que celui-ci y courrait un risque réel de traitements contraires à l'article 3⁶, était applicable non seulement lorsque les mauvais traitements découlaient d'actes intentionnels des autorités publiques ou d'organismes indépendants de l'Etat, mais également lorsque ces traitements proviendraient « *de facteurs qui ne peuvent engager, directement ou non, la responsabilité des autorités publiques de ce pays* »⁷.

La Cour admet ainsi que le renvoi d'un étranger gravement malade vers un Etat dans lequel aucun traitement n'est disponible et dont l'expulsion « *l'exposerait à un risque réel de mourir dans des circonstances particulièrement douloureuses* » violerait l'article 3 de la Convention. Elle avait jugé, en l'espèce, que l'expulsion du requérant vers St Kitts emporterait violation de l'article 3 de la Convention, en raison des circonstances « *très exceptionnelles* » et des « *considérations humanitaires impérieuses* » en jeu⁸.

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

⁴ Voy. not. F. JULIEN-LAFERRIÈRE, « L'éloignement des étrangers malades: faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », *Rev. trim. dr. h.*, 77/2009, pp. 261 et s. ; S. GANTY, « Protection on Seriously Ill Migrants Facing Expulsion: The Shameless Caselaw of the European Court of Human Rights », *Berkeley Journal of International Law Blog*, <http://berkeleytravaux.com/protection-seriously-ill-migrants-facing-expulsion-shameless-caselaw-european-court-human-rights/>.

⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *D. c. Royaume-Uni*, 2 mai 1997.

⁶ A cet égard, not., F. JULIEN-LAFFERRIÈRE, « L'application par ricochet de l'article 3 CEDH: l'exemple des mesures d'éloignement des étrangers », in C.-A. CHASSIN, *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 141.

⁷ Arrêt *D c. Royaume-Uni* précité, § 49.

⁸ Elle s'est, plus précisément, basée sur le fait que « *l'arrêt brutal de ces prestations entraînerait pour lui les conséquences les plus graves. Nul ne conteste que son expulsion hâterait sa fin (...) que les conditions défavorables*

6. L'arrêt de Grande Chambre *N. contre Royaume-Uni*⁹, prononcé dix ans plus tard, a appliqué les principes dégagés dans l'arrêt *D.* de façon extrêmement restrictive et a fixé très haut le seuil de gravité à atteindre pour que le renvoi d'un étranger malade soit considéré comme posant un véritable problème en raison de la dégradation de l'état de santé de celui-ci.

La Cour y a jugé que le fait qu'une personne malade connaîtrait, en cas de renvoi dans un pays tiers, une dégradation importante de sa situation, et notamment, une réduction significative de son espérance de vie, n'était pas suffisant pour conclure à une violation de l'article 3¹⁰. En l'espèce, elle a estimé que l'état de la requérante (atteinte du sida) était stable et sous contrôle, et le resterait tant qu'elle continuerait à prendre le traitement qu'elle recevait au Royaume-Uni. Elle admet par contre que si celle-ci était privée de ces médicaments, "*son état empirerait rapidement et elle devrait affronter la maladie, l'inconfort et la souffrance, pour mourir en l'espace de quelques années*". La Cour a cependant conclu que la situation de la requérante n'était pas marquée par des circonstances exceptionnelles qui emporteraient violation de l'article 3.

7. D'aucuns se sont étonnés de ce que le caractère – pourtant absolu – de l'article 3 de la Convention semblait être mis en balance – et plier – devant des considérations purement économiques.¹¹ La Cour avait, en effet, estimé utile de faire valoir que l'article 3 ne pouvait être interprété comme faisant obligation à tout Etat contractant de pallier les disparités existantes quant au niveau des soins de santé dans les différents pays du monde en octroyant "*des soins de santé gratuits et illimités*" aux illégaux résidant sur son territoire, afin d'éviter de faire peser une charge trop lourde sur les épaules des Etats. Dans leur opinion dissidente, les Juges Tulkens, Bonello et Spielmann n'ont pas manqué d'arguer que "*pareille considération va à l'encontre du caractère absolu de l'article 3 de la Convention et de la nature même des droits garantis par la Convention, lesquels seraient totalement niés si leur jouissance devait être limitée en vertu de facteurs politiques tels que des contraintes budgétaires*"¹².

Au-delà de cette référence qui pose question – et qui éclaire, sans doute, les craintes de la Cour si elle admettait plus largement l'existence de "circonstances exceptionnelles – c'est, particulièrement, l'interprétation restrictive de ces "circonstances exceptionnelles" permettant de remettre en cause l'expulsion d'étrangers malades, qui a été critiquée¹³. La Cour décide en

qui l'attendent à Saint-Kitts réduisent encore son espérance de vie déjà courte et lui causent des souffrances physiques et morales extrêmes"; Cour eur. dr. h., arrêt *D. c. Royaume-Uni* précité, §§ 52-54.

⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *N. c. Royaume-Uni*, 27 mai 2008.

¹⁰ L'arrêt insiste sur le fait que le « seuil de gravité » requis n'est atteint que dans des cas très exceptionnels, caractérisés, dans l'arrêt *D. c. Royaume-Uni*, par le fait que « *le requérant était très gravement malade et paraissait proche de la mort, qu'il n'était pas certain qu'il pût bénéficier de soins médicaux ou infirmiers dans son pays d'origine et qu'il n'avait là-bas aucun parent désireux ou en mesure de s'occuper de lui ou de lui fournir* » ; arrêt *N. c. Royaume-Uni* précité, § 42.

¹¹ A ce sujet, partic. F. JULIEN-LAFFERIERE, « L'éloignement des étrangers malades: faut-il préférer les réalités budgétaires aux préoccupations humanitaires ? », *op. cit.*, partic. pp. 272 et s. ; ég. L. LEBOEUF, « Le non-refoulement face aux atteintes aux droits économiques, sociaux et culturels. Quelle protection pour le migrant de survie ? » *Cahiers du CeDIE*, 2012-08, pp. 14 et s.

¹² Opinion dissidente des juges Tulkens, Bonello et Spielmann, annexée à l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* précité, § 8.

¹³ Not. V. MANTOUVALOU, « No duty to rescue the nearby needy? », *Modern Law Review*, 2009, p. 815 et s. ; J.-P. MARGUÉNAUD, « La trahison des étrangers sidéens », *Rev. trim. dr. civ.*, 2008, p. 643 ; E. BREMS, « Thank you, Justice Tulkens. A comment on the dissent in *N. v. UK* », *Strasbourg Observers*, 14 août 2012 ; A nouveau, dans leur opinion dissidente annexée à l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* précité, les juges Tulkens, Bonello et Spielmann, avaient estimé qu' « *Il ne fait aucun doute qu'en cas d'expulsion vers l'Ouganda, la requérante mourra*

effet que, si une protection est accordée aux étrangers malades se trouvant dans un état critique et sur le point de mourir, celle-ci est par contre déniée à ceux qui ont la chance d'être dans un état stable, mais dont il est établi que leur état se dégraderait rapidement pour mener à une mort à bref délai dans le pays de renvoi.

8. Les différentes sections de la Cour ont toutefois continué à appliquer ce seuil de gravité dans de nombreux arrêts¹⁴. Dans ses arrêts *Yoh Ekale Mwanje*¹⁵, puis *S.J. c. Belgique*¹⁶, la Cour a estimé, dans des termes identiques, que, quand bien même les requérantes respectives verraient leur état de santé se détériorer, pour finalement voir leur pronostic vital engagé à court ou moyen terme en cas d'arrêt de leur traitement, leur état était pour l'heure stabilisé, et qu'elles n'étaient donc pas dans un état critique mais au contraire, étaient aptes à voyager¹⁷. Pour ces raisons, dans les deux cas, la Cour a estimé que les requérantes ne se trouvaient pas dans des circonstances telles que leur expulsion emporterait violation de l'article 3 de la Convention.

La Cour a semblé ainsi confirmer, très froidement, qu'un étranger qui n'était pas sur son lit de mort pouvait parfaitement être renvoyé dans son pays d'origine, quand bien même il y mourrait à bref délai en raison de l'arrêt de son traitement¹⁸.

9. Des voix, de plus en plus nombreuses, se sont élevées contre cette pratique et plaidaient pour un abandon de cette jurisprudence¹⁹. Parmi celles-ci, six des sept juges ayant pris part à l'arrêt *Yoh Ekale Mwanje* ont précisé, dans une opinion "partiellement concordante" à l'arrêt rendu, s'être estimés tenus de suivre la jurisprudence établie par la Grande Chambre afin de préserver la sécurité juridique, mais espérer que celle-ci la reverrait à l'avenir²⁰. Ils estimaient en effet que le seuil de gravité mis en place par la Cour était difficilement compatible avec l'article 3 de la Convention, "*la différence entre une personne qui est sur son lit de mort ou dont on sait qu'elle est condamnée à bref délai*" leur paraissant "*infime en termes d'humanité*"²¹. Dans le même esprit, la juge Powells-Fordes affirmait, dans son opinion dissidente relative à l'arrêt *S.J. c. Belgique*, que "*les arrêts de la Cour doivent protéger non seulement les mourants, mais aussi les vivants*"²².

prématurément après une période de très grandes souffrances physiques et morales. Nous sommes convaincus qu'il existe en l'espèce des faits extrêmes emportant des considérations humanitaires impérieuses. (...) Etant donné qu'il y a ainsi des motifs sérieux et avérés de croire que la requérante courrait presque certainement un risque de subir des traitements interdits en Ouganda, la responsabilité de l'Etat qui expulse est engagée » (§23).

¹⁴ Not Cour eur. dr. h., arrêt *S.H.H. c. Royaume-Uni*, 29 janvier 2013 ; Cour eur. dr. h., arrêt *Tatar c. Suisse*, 14 avril 2015 ; Cour eur. dr. h., arrêt *A.S. c. Suisse*, 30 juin 2015 ; pour une analyse de plusieurs arrêts relatifs à cette question, voy. J.-Y. CARLIER ET S. SAROLÉA, *Droit des étrangers*, Larcier, Bruxelles, 2016, spéc. pp. 509 et s.

¹⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique*, 20 décembre 2011.

¹⁶ Cour eur. dr. h., arrêt *S.J. c. Belgique*, 27 février 2014.

¹⁷ Arrêt *Yoh Ekale Mwanje c. Belgique* précité, §§ 81 à 83 ; arrêt *S.J. c. Belgique* précité, §§ 122-125.

¹⁸ L. LEBOEUF, « Droit à un recours effectif et séjour médical. Le *statu quo* », *Newsletter EDEM*, mars 2014, pp. 9 et s.

¹⁹ S. GANTY, « Protection on Seriously Ill Migrants Facing Expulsion: The Shameless Caselaw of the European Court of Human Rights », *op. cit.* ; J.-P. MARGUÉNAUD, « L'éloignement des étrangers malades du sida : la Cour européenne des droits de l'homme sur "les sentiers de la gloire" », *Rev. trim. dr. h.*, 100/2014, pp. 977 et suivantes ; Opinion partiellement dissidente du juge Lemmens, annexée à l'arrêt *Tatar c. Suisse* précité.

²⁰ Sur cette position, jugée « schizophrénique » par certains, voy. N. HERVIEUX, « Conventionalité du renvoi d'étrangers atteints par le VIH et dilemme de la dissidence perpétuelle », *Lettre Actualités Droits-Libertés*, 27 décembre 2011 ; P. MARTENS, « Le juge repentant », *J.L.M.B.*, 2012/12, pp. 546 et s.

²¹ Opinion partiellement concordante des juges Tulkens, Jociene, Popovic, Karakas, Raimondi et Pinto de Albuquerque annexée à l'arrêt *Yoh Ekale Mwanje* précité, § 6.

²² Opinion dissidente de la juge Powells-Fordes annexée à l'arrêt *S.J. c. Belgique* précité, p. 43.

La Grande Chambre aurait pu revoir sa jurisprudence à l'occasion de sa saisine dans le cadre de l'affaire *S.J.* Elle a cependant décidé de rayer l'affaire du rôle en raison d'un règlement amiable intervenu entre les parties. Ce choix – causant, à nouveau, la désapprobation jusqu'au sein de la Cour²³ – laissait présager qu'un renversement de jurisprudence n'interviendrait pas de sitôt²⁴.

II. 2. L'arrêt Paposhvili: un revirement théorique bienvenu

10. Lorsqu'elle a eu à connaître de la situation de Monsieur Paposhvili, la cinquième section de la Cour européenne a appliqué la jurisprudence établie jusqu'alors par la Cour. Son raisonnement peut être résumé de la sorte: le requérant est effectivement affecté d'une maladie incurable et mortelle, son accès à des soins adéquats en Géorgie n'est pas garanti, mais son état est stable, il n'existe pas de menace imminente pour sa vie et il est capable de voyager ; son renvoi en Géorgie ne pose donc pas de problème au regard de l'article 3²⁵.

11. Dans son arrêt de Grande Chambre, par contre, la Cour saisit enfin l'opportunité qui lui était donnée de réviser sa position. Après avoir rappelé la jurisprudence qui prévalait jusqu'alors, la Cour l'abandonne explicitement, en jugeant que *“l'application de l'article 3 de la Convention aux seules expulsions de personnes se trouvant au seuil de la mort, comme elle l'a fait depuis l'arrêt N. c. Royaume-Uni, a eu pour effet de priver les étrangers gravement malades ne se trouvant pas dans un état aussi critique du bénéfice de cette disposition”*²⁶. Elle élargit ensuite *“les cas exceptionnels”* pouvant soulever un problème au regard de l'article 3, estimant que ceux-ci doivent comprendre, non seulement, les cas dans lesquels l'étranger est sur le point de mourir mais également les hypothèses dans lesquelles l'aggravation de l'état de santé du requérant serait telle que celui-ci subirait un traitement inhumain ou dégradant²⁷ – que celui-ci soit exposé à un déclin grave, rapide et irréversible de son état de santé entraînant des souffrances intenses ou bien à une réduction significative de son espérance de vie.

L'arrêt permet donc un véritable revirement jurisprudentiel, par lequel la Cour renoue avec l'approche *« tout à la fois humaine et raisonnable »*²⁸ qu'elle avait pu avoir auparavant et met en œuvre l'abaissement tant attendu du seuil de gravité²⁹.

²³ Voy. à cet égard, l'implacable opinion dissidente du juge Pinto de Albuquerque, lequel estime que cette affaire était l'occasion de s'écarter de la jurisprudence N. et que l'examen de l'affaire aurait dû être poursuivi dans le cadre de l'arrêt Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *S.J. c. Belgique* (radiation), 19 mars 2015 ; ég. S. GANTY, « S.J. v. Belgium: missed opportunity to fairly protect seriously ill migrants facing expulsion », *Strasbourg Observers*, 30 avril 2015.

²⁴ Not. L. LEBOEUF, « Le titre de séjour pour motif médical. Bruxelles, terminus de la ligne Strasbourg – Luxembourg », *J.L.M.B.*, 2015/29, p. 1373.

²⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Paposhvili c. Belgique*, 17 avril 2014, §§120-124.

²⁶ Arrêt *Paposhvili c. Belgique* du 13 décembre 2016 précité, § 181.

²⁷ *Ibid.*, § 183.

²⁸ Opinion dissidente des juges Tulkens, Bonello et Spielmann, annexée à l'arrêt *N. c. Royaume-Uni* précité, § 17.

²⁹ Not. N. KLAUSSER, « Malades étrangers: la CEDH se réconcilie (presque) avec elle-même et l'humanité », *op. cit.*; P. FRUMER, « L'éloignement des étrangers gravement malades: la Cour européenne des droits de l'homme clarifie sa jurisprudence antérieure et en atténue la sévérité », *Justice en Ligne*, 30 décembre 2016.

III. L'arrêt *Paposhvili c. Belgique* et la procéduralisation des droits fondamentaux

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

Elle semble, en réalité, se décharger de cette évaluation, jugeant que « *dans les affaires mettant en cause l'expulsion d'un étranger, la Cour se garde d'examiner elle-même les demandes de protection internationale ou de contrôler la manière dont les Etats contrôlent l'entrée, le séjour et l'éloignement des non nationaux* »³⁰. Elle souligne, à cet égard, que l'examen de la situation des requérants au regard de l'article 3 appartient en premier lieu aux autorités nationales, et rappelle le caractère subsidiaire du mécanisme de plainte devant la Cour.

Cette constatation, dans un tel contexte, peut paraître étonnante dans la mesure où on a pu voir, dans la jurisprudence abordée jusqu'ici, que la Cour n'a pas hésité à évaluer d'elle-même, à de nombreuses reprises, l'état de santé des requérants se présentant devant elle ainsi que la compatibilité de leur renvoi dans un autre pays avec la Convention.

Luc Leboeuf voit, dans la démarche de la Cour, une façon de ne pas froisser les souverainetés nationales³¹. Si la prise de position de la Cour peut sans doute s'expliquer partiellement de cette façon, elle est surtout symptomatique de façon plus large, à notre estime, du recours de plus en plus fréquent de la Cour à la technique dite de « procéduralisation » des droits de l'homme.

13. La présente contribution vise donc, au départ du raisonnement tenu par la Cour dans le cas concret (**III.1**), à dresser un état des lieux de la procéduralisation telle qu'elle est actuellement utilisée par la Cour européenne des droits de l'homme (**III.2**) : après avoir défini la notion de procéduralisation et tracé brièvement son évolution (**A.**), nous passerons en revue les différentes formes que celle-ci peut prendre et envisagerons une typologie (**B.**). Nous envisagerons ensuite les raisons qui poussent la Cour à recourir à cette technique (**C.**) et mettrons en lumière les avantages et dangers potentiels de celle-ci (**D.**).

Notre contribution se penchera ensuite sur la possibilité, pour nos Cours constitutionnelles nationales d'utiliser cette technique de protection des droits fondamentaux (**III.3**).

³⁰ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Paposhvili c. Belgique* précité, § 184.

³¹ L. LEBOEUF, « Expulsion d'étrangers gravement malades. Une clarification du seuil de gravité conventionnel couplée à une responsabilisation des autorités nationales », *Newsletter Edem*, février 2017, p. 8.

III. 1. Le raisonnement tenu par la Cour

14. Dans l'arrêt commenté, on observe que la Cour, plutôt que d'appliquer les critères et le seuil de gravité nouvellement définis et d'évaluer la situation du requérant, va en réalité évaluer la façon dont les autorités nationales ont elles-mêmes évalué cette situation, et condamner la Belgique sur le plan procédural.

En effet, après avoir rappelé la responsabilité première des Etats membres en ce qui concerne l'évaluation de la situation des personnes se plaignant d'un risque de violation de l'article 3 de la Convention, la Cour insiste sur le fait que cette obligation de protection s'exécute en premier lieu par le biais de procédures adéquates permettant l'examen des craintes du requérant et des risques encourus en cas de renvoi au regard de l'article 3³².

La Cour énonce ensuite les différents éléments que les autorités nationales devraient prendre en compte et la façon dont elles devraient évaluer un risque de traitements inhumains ou dégradants lorsque celles-ci sont confrontées à un requérant produisant des éléments démontrant qu'il existe de sérieuses raisons de penser que, si la mesure d'éloignement était mise en œuvre, il serait exposé à un risque réel de traitements contraires à l'article 3. Elle définit en réalité une véritable « feuille de route » devant être suivie par les Etats parties lorsqu'ils se trouvent confrontés à un tel grief.

La Cour rappelle tout d'abord que l'évaluation du risque d'être confronté à des traitements contraires à l'article 3 en cas d'expulsion vers un autre pays doit faire l'objet, de façon générale, d'un contrôle rigoureux, à l'occasion duquel les autorités doivent envisager les conséquences prévisibles du renvoi de l'intéressé dans l'Etat de destination, compte tenu de la situation générale dudit Etat ainsi que des circonstances propres à la situation de l'intéressé³³. Elle précise que, dans le cas d'espèce, une telle évaluation implique de prendre en compte des sources générales (des rapports d'organisations non gouvernementales ou de l'Organisation mondiale de la santé) ainsi que des attestations médicales relatives à la personne malade³⁴.

Elle précise également qu'il ne s'agit pas d'évaluer l'état de santé du requérant au jour de son expulsion, mais bien de comparer son état de santé avant éloignement et l'évolution de celui-ci après son renvoi³⁵.

L'évaluation des autorités nationales doit porter sur le degré de souffrance qu'engendrerait l'absence de traitement adéquat et sur la possibilité effective d'accéder à un tel traitement³⁶. Le contrôle de l'accès aux soins doit se faire à la fois de façon générale (vérifier quels sont les

³² Arrêt *Paposhvili* du 13 décembre 2016 précité, §185.

³³ Not. Cour eur. dr. h., arrêt *Sufi et Elmi* c. Royaume-Uni, 28 juin 2011, § 214 ; Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Tarakhel* c. Suisse, 4 novembre 2014, § 105.

³⁴ Arrêt *Paposhvili* du 13 décembre 2016 précité, § 187.

³⁵ On l'a vu, une des critiques émises à l'encontre de la jurisprudence antérieure de la Cour tenait au fait que celle-ci se basait souvent sur l'état de santé des requérants au jour de leur expulsion, estimant que ceux-ci étaient stables et aptes à voyager. Voy. à cet égard A. ANDERSON, « Comment on Paposhvili v. Belgium and the temporal scope of risk assessment », *EJIL Talk!*, 21 février 2017, disponible sur <https://www.ejiltalk.org/comment-on-paposhvili-v-belgium-and-the-temporal-scope-of-risk-assessment/> : « *The EctHR contemplated an expanded timeframe in which qualifying harm may manifest post-removal. Rather than requiring that the applicant's death be imminent at the time of removal, the Court extended the enquiry beyond the point of departure from Europe by considering a period of time in the receiving country during which the applicant's condition may decline* ».

³⁶ L. LEBOEUF, « Expulsion d'étrangers gravement malades. Une clarification du seuil de gravité conventionnel couplée à une responsabilisation des autorités nationales », *op. cit.*, p. 6.

soins généralement disponibles) et particulière (vérifier l'accessibilité effective de ceux-ci pour le requérant). En ce qui concerne plus spécifiquement le contrôle général, il ne s'agit pas de rechercher si le niveau de soins dans l'Etat de renvoi est équivalent à celui de l'Etat de séjour mais bien de vérifier si les soins généralement disponibles sont suffisants et adéquats pour traiter la pathologie du requérant afin d'éviter qu'il soit exposé à un traitement contraire à l'article 3. En ce qui concerne le contrôle de l'accessibilité effective aux soins pour le requérant, il s'agit de prendre en compte notamment le coût des médicaments et traitements nécessaires, l'existence d'un réseau social et familial à même d'entourer et d'aider le requérant, ainsi que la distance géographique à couvrir par le requérant pour accéder à ces soins³⁷.

15. Ayant établi cette « feuille de route », la Cour se penche sur la façon dont les autorités belges ont évalué la situation du requérant. En l'occurrence, elle observe que les affirmations du requérant et de son médecin, relatives à son état de santé et à l'absence d'accessibilité des soins nécessaires en Géorgie, n'étaient pas dénuées de toute crédibilité³⁸. Or, ces affirmations n'ont été examinées à aucun moment lors de sa procédure de régularisation de séjour pour raisons médicales, ni lors des procédures d'éloignement menées contre le requérant³⁹.

La Cour en conclut qu' « *en l'absence d'évaluation par les instances nationales du risque encouru par le requérant à la lumière des données relatives à son état de santé et à l'existence de traitements adéquats en Géorgie, les éléments d'information dont disposaient ces instances ne suffisaient pas à leur permettre de conclure qu'en cas de renvoi vers la Géorgie, le requérant n'aurait pas couru de risque concret et réel de traitements contraires à l'article 3 de la Convention* »⁴⁰ et dit pour droit qu'il y aurait eu violation de l'article 3 de la Convention si le requérant avait été éloigné vers la Géorgie sans évaluation, par les autorités belges, du risque encouru par lui, à la lumière des données relatives à son état de santé et à l'existence de traitements adéquats en Géorgie.

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

³⁷ Arrêt *Paposhvili* du 13 décembre 2016 précité, § 190.

³⁸ *Ibid.*, § 197.

³⁹ *Ibid.*, §§ 200-201.

⁴⁰ *Ibid.*, § 205.

III. 2. La Cour européenne des droits de l'homme et la procéduralisation

A. Notion de procéduralisation

17. Selon plusieurs juges de la Cour, la tendance de procéduralisation peut se définir comme le fait que la Cour « *developed implied procedural obligations in respect of the Convention's substantive provisions* »⁴¹. Les droits substantiels contenus dans la Convention se sont vus doublés de garanties d'ordre procédural « *contribuant à l'effectivité du droit concerné et attachées davantage aux processus décisionnels qu'aux décisions proprement dites* »⁴².

De manière générale, cette tendance se traduit par une accentuation du contrôle de la Cour sur les procédures internes et par un examen de la qualité formelle du processus qui a donné lieu aux décisions des autorités nationales⁴³.

Déjà dans son arrêt *Klass*, portant sur la compatibilité avec la Convention de certains aspects d'une loi allemande relative à des mesures de surveillance, la Cour soulignait l'importance de l'existence de garanties procédurales entourant de telles mesures⁴⁴.

Dans son arrêt *Buckley*, la Cour réaffirmait ensuite ce principe, cette fois-ci dans des termes généraux : « *chaque fois que les autorités nationales se voient reconnaître une marge d'appréciation susceptible de porter atteinte au respect d'un droit protégé par la Convention tel que celui en jeu en l'espèce, il convient d'examiner les garanties procédurales dont dispose l'individu pour déterminer si l'Etat défendeur n'a pas fixé le cadre réglementaire en outrepassant les limites de son pouvoir discrétionnaire* »⁴⁵.

Dans le même temps, la Cour consacrait, au départ de l'article 2 de la Convention, l'obligation pour l'Etat de mener une enquête effective lorsque le recours à la force par des agents de l'Etat a engendré le décès de particuliers⁴⁶.

⁴¹ ORGANISING COMMITTEE, « Subsidiarity : a two-sided coin ? », *Seminar to mark the official opening of the judicial year, background paper*, disponible sur http://www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2015_ENG.pdf.

⁴² F. TULKENS ET S. VAN DROOGHENBROECK, « L'évolution des droits garantis et l'interprétation jurisprudentielle de la Convention Européenne des Droits de l'Homme », *L'Europe en transition -Table ronde du 27 septembre 2002*, disponible sur <http://cejm.upmf-grenoble.fr/userfiles/TULKENS.pdf>, p. 17 .

⁴³ E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la cour européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 70/2007, p. 397 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme : prendre l'idée simple au sérieux*, FUSL, Bruxelles, 2001, p. 309.

⁴⁴ Cour eur. dr. h., (plén.), arrêt *Klass et a. c. Allemagne*, 6 septembre 1978, §§ 50-55 « *Quel que soit le système de surveillance retenu, la Cour doit se convaincre de l'existence de garanties adéquates et suffisantes contre les abus. (...) Parmi les principes fondamentaux de pareille société figure la prééminence du droit, à laquelle se réfère expressément le préambule de la Convention. Elle implique, entre autres, qu'une ingérence de l'exécutif dans les droits d'un individu soit soumise à un contrôle efficace que doit normalement assurer, au moins en dernier ressort, le pouvoir judiciaire car il offre les meilleures garanties d'indépendance, d'impartialité et de procédure régulière* ».

⁴⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, § 76.

⁴⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *McCann c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995.

18. Le contrôle de l'existence de procédures – et de leur qualité – s'est d'abord fait de façon sporadique, avant d'être utilisé de plus en plus couramment au fil du temps. Les manifestations d'un tel contrôle se sont également multipliées. On peut donc réellement parler tant d'évolution quantitative de la procéduralisation – celle-ci étant, au fil du temps, amenée à s'appliquer à l'ensemble des droits substantiels⁴⁷ – que d'une évolution qualitative de celle-ci, le type et la portée des obligations procédurales déduites des droits substantiels apparaissant en constante expansion. Dans le même temps, la Cour est passée d'un contrôle intégré des aspects procéduraux et substantiels d'un même droit à une autonomie complète de l'aspect procédural contenu dans les droits substantiels⁴⁸. Une telle évolution a pour conséquence importante que la Cour admet désormais qu'un droit substantiel soit violé uniquement sur base de manquements de l'Etat en cause à des obligations de nature procédurales.

B. Formes et typologie de la procéduralisation

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

Parmi les auteurs, certains distinguent l'adjonction d'une obligation d'enquête effective en cas d'allégation de violation de la Convention de l'ajout de garanties procédurales plus ponctuelles⁴⁹ ; d'autres distinguent les garanties procédurales dérivées de la proportionnalité de celles qui en sont indépendantes⁵⁰ ; d'autres encore distinguent les obligations procédurales intervenant *ex ante* de celles s'appliquant *ex post facto* – c'est-à-dire les garanties s'appliquant à la procédure qui a mené à la décision qui pose problème au regard des droits de l'homme, et celles relatives à une procédure de recours contre une telle décision⁵¹.

Ces distinctions ont toutes leur intérêt. A notre sens, une distinction particulière doit être faite entre deux méthodes de procéduralisation employées par la Cour : d'une part, le contrôle de l'existence de garanties procédurales précises (1.) et, d'autre part, le contrôle plus global de la qualité de la procédure interne et des éléments qui ont été pris en compte par les autorités nationales (2.)⁵².

⁴⁷ F. SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2015, p. 322

⁴⁸ E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits » in F. SUDRE, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthémis, 2014, p. 279.

⁴⁹ Voy. E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 404.

⁵⁰ S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, pp. 313 et 315

⁵¹ Not. E. BREMS, « Procedural protection, an examination of procedural safeguards read into substantive Convention rights », in E. BREMS, J. GERARDS, *Shaping Rights in the European Convention on Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013, p. 138.

⁵² Cette distinction recoupe, à tout le moins partiellement la distinction effectuée par S. Van Drooghenbroeck entre la procéduralisation comme «garantie contre les abus et recours» et la procéduralisation comme «obligation de mise en oeuvre de la proportionnalité par les autorités nationales internes» ainsi que celle effectuée par E. Dubout entre la « procéduralisation supplétive » et la « procéduralisation substitutive » (voy à cet égard S. Van Drooghenbroeck, *op. cit.*, pp. 315 et 321 ; d'autre part, E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », *op. cit.*, pp. 277 et s.).

1. Contrôle de l'existence de garanties procédurales précises (« procéduralisation spécifique »)

20. La procéduralisation a tout d'abord consisté en l'adjonction de l'une ou plusieurs obligations procédurales supplémentaires précises que la Cour a jugé nécessaires afin de pouvoir estimer que le droit fondamental substantiel en cause avait été respecté. Au fil du temps, la Cour a donc déduit différentes garanties procédurales au départ de droits substantiels⁵³.

Les quelques lignes qui suivent n'ont ni pour visée ni pour prétention d'être exhaustives, mais à tout le moins de permettre une illustration du mécanisme de procéduralisation spécifique en faisant un tour d'horizon de différentes garanties procédurales qui ont été reconnues par la Cour en lien avec des droits substantiels⁵⁴.

a) L'obligation d'organiser une enquête effective

21. L'obligation d'instaurer une procédure d'enquête et de mener une enquête effective lorsque des violations de la Convention sont soulevées est présenté par Edouard Dubout comme l'« archétype »⁵⁵ des obligations procédurales pesant sur l'Etat.

La Cour a, très tôt, distingué un tel « volet procédural », indépendant et autonome, du « volet matériel » des articles 2 et 3 de la Convention : elle a jugé que le respect de ces articles, outre l'obligation négative incombant aux Etats de ne pas soumettre les individus sous leur juridiction à des traitements qui violeraient ces droits, implique également de mener une enquête effective lorsque des allégations de violation des articles 2 ou 3 de la Convention sont soulevées⁵⁶. Une obligation similaire existe lorsqu'une personne soutient de manière défendable avoir subi un traitement contraire à l'article 3 de la Convention⁵⁷. S'agissant d'une obligation détachable de l'aspect substantiel de ces articles, la violation du volet procédural de ces articles peut être allégué – et constaté par la Cour – indépendamment de toute plainte ou violation substantielle de ces articles.

⁵³ D'aucuns estiment qu'il est également possible de percevoir, dans divers arrêts de la Cour, une procéduralisation des droits procéduraux eux-mêmes. De telles considérations sortent cependant du champ de la présente étude. A leur égard, voy. not. E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », *op. cit.*, p. 268 et une potentielle application par la Cour constitutionnelle belge : C. const., 15 octobre 2015, n° 138/2015, B.137.

⁵⁴ Pour une étude approfondie des différentes obligations procédurales imposées par la Cour, voy. E BREMS, *op. cit.*, pp. 137 à 161.

⁵⁵ E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 404

⁵⁶ Voy. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *McCann c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, § 161 : La Cour y estime en effet « qu'une loi interdisant de manière générale aux agents de l'Etat de procéder à des homicides arbitraires serait en pratique inefficace s'il n'existait pas de procédure permettant de contrôler la légalité du recours à la force meurtrière par les autorités de l'Etat. L'obligation de protéger le droit à la vie qu'impose cette disposition (...) implique et exige de mener une forme d'enquête efficace lorsque le recours à la force, notamment par des agents de l'Etat, a entraîné mort d'homme » ; dans le même sens, not. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Al Skeini c. Royaume-Uni*, § 163.

⁵⁷ Not Cour eur. dr. h., arrêt *El Masri c. Ex-république yougoslave de Macédoine*, 13 décembre 2012 ; voy. not., à cet égard, J.-F. AKANDJI-KOMBE, « L'obligation positive d'enquêter sur le terrain de l'article 3 C.E.D.H. », in C.-A. CHASSIN, *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2006.

Une telle obligation d'enquête effective a, depuis, été étendue à plusieurs autres droits⁵⁸ et semble susceptible d'être contenue dans chaque droit de la Convention⁵⁹.

22. Au fil de sa jurisprudence, la Cour a également eu l'occasion de préciser les qualités que devait remplir une telle enquête : les autorités ont l'obligation de lancer une enquête d'initiative dès que le décès ou les allégations de mauvais traitement sont portées à leur connaissance, de quelque manière que ce soit⁶⁰. L'enquête doit ensuite être poursuivie de façon diligente et se clôturer dans un délai raisonnable⁶¹. Les personnes chargées de l'enquête doivent également être indépendantes des personnes impliquées, ce qui nécessite bien sûr l'absence de lien hiérarchique ou institutionnel, mais également une indépendance concrète de celles-ci⁶².

L'enquête doit permettre d'établir les faits ainsi que d'identifier et de sanctionner les responsables. Une telle obligation est qualifiée d'obligation de moyen, en ce sens que « *les autorités doivent avoir pris les mesures raisonnables dont elles disposaient pour assurer l'obtention des preuves relatives à l'incident en question* »⁶³. Elle doit, enfin, se conclure par une condamnation dissuasive des auteurs⁶⁴.

b) L'obligation de mettre en place des procédures offrant différentes garanties

23. La Cour a également affirmé à plusieurs reprises que tant les procédures à l'origine d'ingérences dans les droits fondamentaux que les procédures de recours disponibles contre les ingérences doivent respecter certaines garanties, sous peine de violer non pas l'un des droits procéduraux contenu dans la Convention mais bien le droit substantiel en cause. On retrouve ici la distinction entre les obligations procédurales *ex ante* et *ex post* que l'on a mentionnée *supra*.

Diverses garanties, relevant de la possibilité d'être entendu avant une sanction⁶⁵, de participer à la procédure menant à l'ingérence⁶⁶, ou de l'obligation de motiver la décision⁶⁷, ont été mises en lumière par la Cour dans plusieurs affaires.

⁵⁸ Voy. not. Cour eur. dr. h., arrêt *Özgür Gündem c. Turquie*, 16 mars 2000 dans lequel l'absence d'enquête effective des autorités nationales sur différentes agressions commises contre les membres et locaux d'un journal visant à les intimider a été considéré contraire à l'article 10 de la Convention ; concernant l'absence d'enquête concernant des attaques contre le siège d'un parti politique et sa compatibilité avec l'article 11 de la Convention, Cour eur. dr. h., arrêt *Ouranio Toxo et a. c. Grèce*, 20 octobre 2005.

⁵⁹ Not. E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 406 ; S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 319 ;

⁶⁰ Not. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Bouyid c. Belgique*, 28 septembre 2015, § 119.

⁶¹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Al Skeini et a. c. Royaume-Uni*, 7 juillet 2011, § 167 ; ég. Cour eur. dr. h., arrêt *Turan Cakir c. Belgique*, 10 mars 2009, § 63.

⁶² Not. Cour eur. dr. h., arrêt *Shanaghan c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, § 104.

⁶³ Arrêt *Al Skeini* précité, § 166.

⁶⁴ M. BEYS, « Comment éviter les gifles à Strasbourg ? », *J.T.*, n° 6629, 2016, p. 8.

⁶⁵ Not. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Karacsony et a. c. Hongrie*, 17 mai 2016, § 156-157.

⁶⁶ Dans le cas d'une procédure relative à la garde de l'enfant, la Cour a examiné si les parents ont bien été impliqués dans la procédure de décision (Cour eur. dr. h., arrêt *K et T. c. Finlande*, 12 juillet 2001, § 173) ; Dans le cadre de la problématique d'accès à l'avortement, la Cour a jugé que « *the relevant procedure should guarantee to a pregnant woman at least the possibility to be heard in person and to have her views considered* », Cour eur. dr. h., arrêt *P et S. c. Pologne*, 30 octobre 2012, § 99.

⁶⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Lombardi Vallauri c. Italie*, 20 octobre 2009, § 54 ; Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Karacsony et a. c. Hongrie*, 17 mai 2016, § 185.

24. Une procédure de recours contre cette ingérence doit également être disponible ; en effet, « l'absence de contrôle juridictionnel effectif pourrait justifier un constat de violation d'un droit substantiel »⁶⁸. Encore faut-il que cette procédure de recours garantisse notamment l'impartialité des juges⁶⁹, un jugement dans un délai raisonnable⁷⁰, permette la représentation des requérants par un avocat⁷¹ ou, plus généralement, comprenne l'ensemble des garanties « classiques » contenues dans le droit à un procès équitable⁷².

2. Contrôle de la qualité de la procédure interne (« procéduralisation générale »)

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

Déjà en 2001, Sébastien Van Drooghenbroeck soulignait que l'encadrement des processus décisionnels étatiques semblait parfois aller, pour la Cour, jusqu'à exiger que la proportionnalité d'une mesure soit subordonnée « au fait que l'autorité interne qui l'a adoptée fasse démonstration de ce qu'elle a évalué son appropriation, sa nécessité et le "juste équilibre" qu'elle réalise in concreto »⁷³.

Patricia Popelier a recours au concept de « procedural rationality » pour définir ce mécanisme permettant à la Cour de contrôler les motifs de l'action des autorités, même lorsque celles-ci jouissent d'une large marge d'appréciation, en vérifiant qu'elles se sont basées sur des motifs solides et ont pris en compte les intérêts en présence, sans toutefois que la Cour substitue son appréciation à celle portée par les autorités nationales et opère d'elle-même, de façon substantielle, une mise en balance desdits intérêts⁷⁴.

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

⁶⁸ Not. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Baka c. Hongrie*, 23 juin 2016, § 161.

⁶⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Kyprianou c. Chypre*, 15 décembre 2005, §§ 122-135 et 179-181.

⁷⁰ Cour eur. dr. h., arrêt *Association Ekin c. France*, 17 juillet 2001, § 61.

⁷¹ Cour eur. dr. h., arrêt *Steel et Morris c. Royaume-Uni*, 15 février 2005, §§ 95-96.

⁷² Not. Cour eur. dr. h., arrêt *Andrushko c. Russie*, 14 octobre 2010, § 53.

⁷³ S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 321.

⁷⁴ «In other words, where deference is granted because the public authorities are better placed than the courts to determine issues relevant to the balancing test, these authorities are still required to provide evidence that they have in fact decided on the basis of their superior expertise or democratic credential. This does not impose upon the government the duty to follow a well defined optimal procedure (...) but merely requires minimum guarantees for rational, evidence-based decision making». P. POPELIER ET C. VAN DE HEYNING, « Procedural Rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis », *European Constitutional Law Review*, 2013, p. 251.

antagonistes en présence. Comme la Cour l'a rappelé (paragraphe 75 ci-dessus), il ne lui appartient pas de statuer en appel sur le fond de cette décision. Même si certains faits militent en faveur d'une autre issue au niveau interne, la Cour est convaincue que les motifs sur lesquels les autorités responsables de l'aménagement foncier se sont fondées étaient pertinents et suffisants »⁷⁵.

Par la suite, elle n'hésite pas à affirmer clairement que « pour déterminer la proportionnalité d'une mesure générale, la Cour doit commencer par étudier les choix législatifs à l'origine de la mesure (...). La qualité de l'examen parlementaire et judiciaire de la nécessité de la mesure réalisé au niveau national revêt une importance particulière à cet égard »⁷⁶. Dans son arrêt *Hatton* (n°1), la Cour censurera le plan établi concernant le survol de nuit de l'aéroport d'Heathrow, se basant exclusivement sur le fait que le gouvernement n'avait pas procédé à des recherches indépendantes sur la réalité ou l'ampleur de l'importance économique des vols de nuit, ni sérieusement tenté d'évaluer l'ampleur ou les conséquences des troubles du sommeil des requérants⁷⁷. Dans l'arrêt *Animal Defenders International*, elle validera la mesure en cause⁷⁸, en ayant principalement égard à la qualité du processus interne : la Cour soulignera en effet que les organes parlementaires avaient examiné la mesure en cause avec toute la diligence requise et que ceux-ci, ainsi que les organes judiciaires, avaient soumis le régime mis en place à un contrôle exigeant et pertinent, et qu'ils avaient tous conclu que ce régime constituait une ingérence nécessaire et proportionnée du droit de la requérante⁷⁹.

27. Sans doute poussée par le principe de subsidiarité et la volonté de respecter la marge d'appréciation des Etats, qui semblent de plus en plus prégnant dans l'action de la Cour⁸⁰, celle-ci est de plus en plus encline à user d'un contrôle que l'on pourrait qualifier de formel ou marginal. Lorsqu'elle s'aperçoit que les cours – voire plus généralement, les instances – nationales ont usé de critères pertinents⁸¹ et pesé les intérêts en présence de manière raisonnable, elle ne s'aventurera pas à réexaminer la mesure sur le fond et à la soumettre à un nouveau test de proportionnalité⁸² mais entérinera la décision nationale – seules des « *raisons sérieuses* » étant susceptibles de la pousser à substituer son appréciation à celle portée par les instances nationales⁸³.

⁷⁵ Cour eur. dr. h., arrêt *Buckley c. Royaume-Uni*, 25 septembre 1996, § 84 (nous soulignons).

⁷⁶ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Animals Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013 § 108 ; ég. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Hatton et a. c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003, § 128.

⁷⁷ Cour eur. dr. h., arrêt *Hatton et a. c. Royaume-Uni*, 2 octobre 2001, §§ 100-101 et 106.

⁷⁸ En l'occurrence, il s'agissait de l'interdiction de la publicité politique payante à la télévision ainsi qu'à la radio, prévue par la loi anglaise.

⁷⁹ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Animals Defenders International*, 22 avril 2013, §§ 114-116.

⁸⁰ Voy à cet égard, *infra*, les développements qui y sont consacrés.

⁸¹ Et ce, d'autant plus, lorsque la Cour a elle-même défini les critères à prendre en compte dans sa jurisprudence et que les autorités nationales ont basé leur raisonnement sur ces critères.

⁸² « *When faced with a Convention issue, [national courts] are required to apply the Convention in the light of the Court's well-established case-law taking into account the margin of appreciation. The presumption is that if they do this, the Court will not repeat the proportionality test which has been carried out by the domestic courts* ».

⁸³ Not. Cour eur. dr. h., *Von Hannover c. Allemagne* (n°2), § 106 ; voy. également Cour eur. dr. h., *Lillo-Stenberg and Saether c. Norvège*, 16 janvier 2014, § 44, dans lequel la Cour a exclusivement égard au fait que la Cour Suprême norvégienne ait effectué la conciliation des droits en cause en prenant explicitement en compte l'ensemble des critères développés par la Cour dans sa jurisprudence, et conclut que « *The Court therefore finds reason to point out that, although opinions may differ on the outcome of a judgment, where the balancing exercise has been undertaken by the national authorities in conformity with the criteria laid down in the Court's case-law, the Court would require strong reasons to substitute its view for that of the domestic courts* ».

De ce bref échantillonnage, l'on aperçoit la diversité de la jurisprudence relative à la procéduralisation des droits fondamentaux et les nombreuses manifestations, parfois bien différentes, de ce mouvement. Ce mécanisme, qui couvrait autrefois l'adjonction, au coup par coup, de certaines garanties procédurales à des droits fondamentaux dont le contenu était a priori uniquement substantiel, comprend en réalité tout contrôle que la Cour effectuerait du point de vue de la procédure et de l'appréciation qui a eu lieu au niveau national plutôt que d'appréhender le cas devant elle sur le fond. Si les deux « méthodes » de procéduralisation relevées plus haut peuvent sembler fort différentes, celles-ci disposent pourtant d'un dénominateur commun : « *toutes traduisent un déplacement d'intérêt vers la manière dont les Etats cherchent à réaliser les justes équilibres prescrits par la Convention, question qui devient aussi importante que celle de savoir si ils ont concrètement réussi* »⁸⁴. Celles-ci peuvent donc être vues, à notre estime, comme deux revers d'une même médaille : il est en effet difficilement concevable qu'une juste pesée des intérêts puisse avoir lieu sans que les différentes garanties procédurales spécifiques mises en lumière par la Cour aient été respectées.

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

Ce constat de violation procédurale se fait totalement indépendamment de la question de savoir si concrètement, le renvoi du requérant pose réellement problème au regard de la Convention : sur ce dernier point, il est en réalité totalement possible qu'après examen approfondi des éléments mis en lumière par la Cour, les autorités nationales estiment que le requérant ne court pas de risque réel de traitements inhumains ou dégradants en cas de renvoi vers la Géorgie.

Une différence notable distingue cependant cet arrêt de la jurisprudence citée jusqu'ici. Dans les arrêts relevés, la Cour faisait usage de la technique de procéduralisation principalement au stade où elle analysait la proportionnalité d'une mesure et qu'elle estimait ne pas pouvoir substituer sa propre appréciation à celle des Etats, en raison de la marge d'appréciation qui leur est reconnue. Or, en l'occurrence, le droit en cause devant elle dans l'arrêt commenté est un droit absolu. Lorsqu'elle examinait la compatibilité du renvoi d'un étranger vers un autre pays avec l'article 3 de la Convention, la Cour n'hésitait pas, jusqu'ici, à examiner elle-même, sur le fond, la situation des requérants et la compatibilité de leur renvoi⁸⁵.

Ce mouvement de « procéduralisation générale » de l'examen de la Cour semble donc bien gagner l'ensemble des droits de la Convention, y compris le respect de ceux que la Cour n'était

⁸⁴ S. VAN DROOGHENBROECK, *op. cit.*, p. 325.

⁸⁵ Voy. not., à titre d'exemple, les § 81 et suivants de l'arrêt *Yoh-Ekale Mwanje c. Belgique* précité, dans lesquels la Cour analyse d'elle-même l'état de santé de la requérante, la gravité de celui-ci et les conséquences d'un éventuel renvoi vers son pays d'origine.

jusqu'alors pas récalcitrante à contrôler directement. Nous aurons l'occasion de nous interroger dans les sections suivantes sur les raisons du recours à ce mécanisme par la Cour et sur la plus – ou moins – value qu'il entraîne.

C. Motifs et fondements du recours à la procéduralisation

29. L'existence et l'ampleur croissante du mouvement de procéduralisation des droits fondamentaux incitent à s'interroger sur les motivations de la Cour européenne des droits de l'homme lorsqu'elle accentue davantage son contrôle procédural des droits substantiels.

De nombreuses explications sont évoquées pour expliquer la proximité que la Cour de Strasbourg a établi entre les obligations substantielles et les obligations procédurales. En effet, il n'est pas chose aisée de mettre en évidence la motivation animant la Cour dès lors que les arrêts rendus sont variés⁸⁶ et ne mentionnent pas la raison d'être du recours à la procéduralisation. Dans le cadre de la présente contribution, nous développerons deux de ces fondements, lesquels nous semblent incontestables et, plus encore, incontournables pour expliquer ce phénomène.

Il nous apparaît que d'une part, la Cour recherche la qualité reconnue aux décisions adoptées à l'issue d'une procédure adéquate, en d'autres termes « *good process for good outcomes* ». Le second motif de recours à la procéduralisation réside dans la volonté de plus en plus affirmée de la Cour de respecter le principe de subsidiarité, concrétisé par la reconnaissance par la Cour d'une large marge d'appréciation aux Etats membres.

30. L'opinion selon laquelle une procédure efficace constitue une garantie de qualité du contenu de la décision adoptée est largement partagée. Aux fins de déterminer si une loi, un acte administratif ou une décision judiciaire est conforme aux droits fondamentaux, il importe donc de s'intéresser à la qualité du processus d'élaboration de cet acte. Eva Brems constate que la Cour fait d'ailleurs expressément référence à cet argument d'efficacité lorsqu'elle décide de motiver sa décision d'axer son analyse du dossier sur des garanties procédurales⁸⁷.

La Cour examine notamment la manière dont l'autorité nationale a envisagé l'impact de la mesure adoptée sur les droits fondamentaux. Concrètement, elle analyse si ce sujet a fait l'objet de discussions plus ou moins approfondies ou encore si l'autorité a mis en avant des justifications compatibles avec celles reconnues par la Cour de Strasbourg pour imposer l'ingérence. Il semblerait, en revanche, qu'elle ne va pas jusqu'à considérer que l'existence d'une solution moins attentatoire aux droits fondamentaux en cause suffit à constater la violation de ces derniers⁸⁸.

⁸⁶ Voy. *supra*, point B., Formes et typologies de la procéduralisation.

⁸⁷ E. BREMS, « Procedural Protection: An Examination of Procedural Safeguards Read into Substantive Convention Rights », *op. cit.*, p. 159.

⁸⁸ P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, « Procedural Rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis », *op. cit.* pp. 233-234.

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

Il n'est pas dans notre intention de développer ce principe « *particulièrement dense, polymorphe, insaisissable à certains égards et, à d'autres, propice à de nombreux malentendus, voire à une certaine forme d'instrumentalisation* »⁸⁹. Notre propos se limitera donc à ce qui nous semble strictement nécessaire pour comprendre l'impact de ce principe sur la dynamique de procéduralisation des droits fondamentaux.

Le principe de subsidiarité peut être énoncé de la manière suivante : « *the task of ensuring respect for the rights enshrined in the Convention lies first and foremost with the authorities in the Contracting states rather than with the Court. The Court can and should only intervene only where the domestic authorities fail in that task* »⁹⁰. En d'autres termes, le principe de subsidiarité se décline en deux volets : la subsidiarité positive - posant la nécessité pour les autorités nationales d'assurer en premier lieu le respect des droits fondamentaux - et la subsidiarité négative - entendue comme étant l'injonction donnée à la Cour de se mettre en retrait par rapport aux autorités nationales⁹¹. Il s'ensuit qu'au plus les autorités nationales se seront montrées soucieuses du respect des droits de la Convention, au plus la Cour aura un rôle restreint.

Plus précisément, le principe de subsidiarité se concrétise par la reconnaissance d'une large marge d'appréciation aux autorités nationales dans le contrôle de proportionnalité des ingérences apportées aux droits protégés par la Convention, notamment lorsque les matières en jeu sont délicates, dès lors qu'elles ont trait à des options politiques nationales ou qu'elles s'attachent à des questions sociétales⁹². Dans ce contexte, il n'y a plus à attendre de la Cour qu'elle substitue sa propre appréciation au litige qui lui est soumis. En revanche, en tant que garante de la protection des droits fondamentaux, il lui incombe d'examiner si les autorités nationales ont - préalablement à l'adoption de leur décision - suffisamment d'éléments justifiant leur prise de position.

C'est dans ce cadre qu'intervient la procéduralisation des droits fondamentaux substantiels dès lors que la Cour peut conclure à la violation d'un droit fondamental sans se prononcer sur le fond de l'affaire mais plutôt en constatant - par exemple - qu'une garantie procédurale supplémentaire aurait dû être respectée pour respecter le droit fondamental en question⁹³, voire que l'autorité nationale ne dispose pas de suffisamment de documents pour conclure que Monsieur Paposhvili ne serait pas confronté à un risque réel et concret de traitements inhumains ou dégradants s'il devait être renvoyé en Géorgie⁹⁴.

⁸⁹ D. SZYMCZAK, « Rapport introductif: le principe de subsidiarité dans tous ses états », in F. Sudre, *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (sous la dir. de F. SUDRE), Limal, Anthémis, 2014, p. 15.

⁹⁰ Note du juriste de la Cour eur. d. h., *Interlaken Follow-up : Principle of Subsidiarity*, 2010, disponible sur http://www.echr.coe.int/Documents/2010_Interlaken_Follow-up_ENG.pdf.

⁹¹ E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », *op. cit.*, p. 271; E. BREMS, « The 'Logics' of Procedural-type Review by the European Court of Human Rights », Abstract, à paraître dans J. GERARDS and E. BREMS, *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017, disponible sur https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2891280. Voy. également, ORGANISING COMMITTEE, « Subsidiarity : a two-sided coin ? », *op. cit.*

⁹² Au-delà du principe de subsidiarité, on peut également lire dans cette démarche une question de légitimité. Les autorités nationales sont plus à même de définir leurs politiques internes et de prendre des positions sur des sujets de société qui soient cohérentes avec l'opinion publique interne.

⁹³ Voy. p. ex. Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Karacsony et autres c. Hongrie* précité.

⁹⁴ Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Paposhvili c. Belgique* précité, § 205.

Le principe de subsidiarité a gagné davantage d'ampleur au cours de ces dernières années, ayant été inséré dans le préambule de la Convention européenne des droits de l'homme par le protocole additionnel n° 15⁹⁵. Il semblerait donc que le principe directeur de l'effectivité des droits fondamentaux, déduit de l'alinéa 3 du préambule de la Convention, entre dorénavant en concurrence avec le principe de subsidiarité. En d'autres termes, la marge d'appréciation prend une place prépondérante dans le raisonnement de la Cour. Aux yeux de Frédéric Sudre, ce changement de cap vise à « *limiter le rôle de la Cour et l'inciter à une interprétation moins audacieuse du texte conventionnel* »⁹⁶. Dans ce contexte, la procéduralisation des droits fondamentaux semble être une dynamique d'autant plus importante dès lors qu'elle risque de constituer, à l'avenir, l'unique voie permettant de constater la violation d'un droit fondamental.

D. Espoirs et dangers

32. Faut-il saluer l'existence du mouvement de procéduralisation des droits fondamentaux et son importance croissante ? Au contraire, faut-il y percevoir un affaiblissement du rôle de la Cour dans sa mission de "chien de garde" des droits fondamentaux ? Les réponses à ces questions doivent être nuancées dès lors que la dynamique de procéduralisation des droits fondamentaux porte à la fois un espoir de protection renforcée des droits fondamentaux mais également un danger lorsqu'elle est utilisée de manière peu adéquate⁹⁷.

33. Tout d'abord, force est de constater que la procéduralisation des droits substantiels s'apparente à un « *magma plutôt qu'à un système* »⁹⁸, ce qui reflète la construction incessante et désorganisée de cette dynamique. Pour s'en convaincre, il suffit d'avoir égard aux différentes typologies établies par la doctrine qui reconnaît d'ailleurs ne pas être en mesure d'englober toutes les applications concrètes rencontrées dans la jurisprudence de la Cour⁹⁹. Cette architecture bancale crée deux problèmes d'articulation.

Premièrement, un problème d'articulation entre les aspects procédural et substantiel d'un même droit fondamental peut se poser. La tentation est grande pour la Cour de ne se prononcer qu'à l'égard du volet procédural d'un droit substantiel. Si l'absence de garanties procédurales peut conduire la Cour à constater la violation d'un droit fondamental, en revanche, il est plus problématique que la Cour arrête son analyse au contrôle formel si elle juge celui-ci satisfaisant.

⁹⁵ Si ce protocole n'est pas encore entré en vigueur, Frédéric Sudre estime toutefois que la jurisprudence de la Cour de Strasbourg s'inscrit dans une reconnaissance grandissante du principe de subsidiarité. Voy. à cet égard F. SUDRE, "Le recadrage de l'office européen", in *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme* (sous la dir. de F. SUDRE), Limal, Anthémis, pp. 242-243.

⁹⁶ F. SUDRE, « Le recadrage de l'office européen », *op.cit.*, p. 242.

⁹⁷ E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *op.cit.*, pp. 424-425 ; E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », in *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Limal, Anthémis, 2014, pp. 275-276 ; J. CHRISTOFFERSEN, *Fair balance: A study of proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, La Haye, Martinus Nijhof Publishers, p. 455.

⁹⁸ P. POPELIER, « The Court as regulatory watchdog. The procedural approach in the case law of the European Court of Human Rights », in P. POPELIER, A. MAZMANYAN et W. VANDENBRUWAENE, *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Cambridge, Intersentia, 2013, p. 338.

⁹⁹ Voy. à cet égard, *supra*, le point B. relatif à la typologie de la procéduralisation .

Or, la jurisprudence montre que la Cour de Strasbourg ne procède pas systématiquement à un examen substantiel après avoir constaté que la procédure n'était pas critiquable¹⁰⁰.

La procéduralisation des droits substantiels renvoie à un deuxième problème d'articulation en ce qu'elle rend imprécise la frontière entre les droits substantiels protégés par la Convention et les droits procéduraux qu'elle consacre, à l'instar des articles 6 et 13 de la Convention¹⁰¹.

Par ailleurs, cette tendance de formalisation peut être excessive et employée comme une voie de fuite, lorsque l'examen procédural se substitue à un examen substantiel d'un droit fondamental. Il arrive de plus en plus souvent que, sous couvert d'une analyse procédurale, la Cour renonce à se prononcer sur le fond et, partant, s'abstient d'exercer pleinement son contrôle¹⁰². Cette attitude est résolument tentante pour la Cour, puisqu'elle lui permet de remplir sa mission de protection du justiciable tout en ne s'exposant pas vis-à-vis des autorités nationales concernées, puisqu'elle ne remet pas en question le fond de leurs décisions en tant que telles. Il nous semble pourtant que, dans cette hypothèse, la Cour manque à sa mission car elle avalise, à tout le moins de manière implicite, des décisions qui méritaient d'être analysées au fond, voire apparaissent comme contraires aux droits fondamentaux¹⁰³.

34. Malgré ces difficultés, il convient de noter que la procéduralisation des droits fondamentaux constitue également une avancée en matière de protection de ces droits. A notre estime, cette avancée se note à trois égards.

Premièrement, en examinant le procédé ayant conduit à l'adoption des décisions remises en causes devant la Cour, il est évident que la Cour élargit son contrôle et, partant, assure une meilleure effectivité aux droits fondamentaux. On pense particulièrement aux matières dans lesquelles les Etats jouissent d'une grande marge d'appréciation et dans lesquels la Cour devrait donc automatiquement se positionner en retrait quant au fond du litige. Dans ces hypothèses, en axant son contrôle sur les garanties procédurales, la Cour se réserve une possibilité de conclure à la violation des droits substantiels sans pour autant devoir substituer son appréciation à celle des autorités nationales.

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

Troisièmement, par le biais de ce raisonnement procédural, la Cour octroie un caractère objectif à ces arrêts, lesquels sont moins susceptibles de porter atteinte à sa légitimité dès lors qu'ils seront assurément moins discutés par les autorités nationales. Toutefois, une utilisation

¹⁰⁰ P. POPELIER, « The Court as regulatory watchdog. The procedural approach in the case law of the European Court of Human Rights », *op. cit.*, pp. 338-339.

¹⁰¹ Sur ce point, voy. E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, pp. 416 et s. ; M. BORRES et M. SOLBREUX, « La liberté d'expression des parlementaires à l'aune de la nécessité de maintenir l'ordre au sein du Parlement. Obs. arrêt de Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme Karacsony et autres c. Hongrie du 16 mai 2016 », *Rev. trim. dr. h.*, 2017, à paraître.

¹⁰² Cette attitude a été constatée dans les arrêts et opinions dissidentes jointes suivantes : Cour eur. dr. H., *Labita c. Italie*, 6 avril 2000 ; Cour eur. dr. h., *Svetap Veznedaroglou c. Turquie*, 11 avril 2000. Voy. également Cour eur. dr. h., Gde Ch., arrêt *Karacsony et autres c. Hongrie*, 17 mai 2016.

¹⁰³ Voy. M. BORRES et M. SOLBREUX, *op. cit.*, dans lequel nous décrivons précisément un tel stratagème employé par la Cour dans son arrêt de Grande Chambre *Karacsony et a. c. Hongrie*.

excessive de cette dynamique pourrait remettre en question la légitimité de la Cour dès lors que, en tant que garante des droits protégés par la Convention, on attend d'elle qu'elle tranche les litiges avant tout au fond.

35. Il nous semble donc que la procéduralisation des droits substantiels est une démarche positive dès lors que la Cour européenne des droits de l'homme y a recours en vue d'assurer une effectivité élargie des droits substantiels, c'est-à-dire qu'en l'absence d'analyse des garanties procédurales, la Cour aurait conclu à la non-violation de ce droit. Toute autre utilisation nous semble, au contraire, à proscrire dès lors qu'elle affaiblirait la protection des droits fondamentaux¹⁰⁴.

III. 3. La procéduralisation des droits fondamentaux au regard de la Cour constitutionnelle belge

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

Sa mission a ceci de particulier, par rapport au contrôle de la Cour européenne, qu'elle exerce ce contrôle exclusivement à l'égard des normes législatives¹⁰⁵, par le biais de recours en annulation¹⁰⁶ et de saisine sur question préjudicielle¹⁰⁷.

Nous tenterons de rendre compte de l'existence de ce mouvement de procéduralisation des droits fondamentaux à l'échelle nationale en examinant, tout d'abord, les contraintes théoriques qui encadrent le fonctionnement de la Cour (A.) et en exposant, ensuite, un échantillon de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge qui s'inscrit dans ce processus de procéduralisation (B.).

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

A. Contraintes théoriques

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

¹⁰⁴ E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 425 ; M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure et l'effectivité des droits substantiels », in D. D'AMBRA, F. BENOÎT-ROHMER et C. GREWE (dir.), *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2003, pp. 1 à 23.

¹⁰⁵ Art. 1^{er} de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989, p. 315.

¹⁰⁶ *Ibid.*

¹⁰⁷ Art. 26 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 précitée.

38. D'un point de vue juridique, les compétences accordées par le Constituant et le législateur spécial à la Cour constitutionnelle n'incluraient pas la possibilité de contrôler le respect des droits fondamentaux dans le processus d'adoption de la loi¹⁰⁸. La Cour serait uniquement compétente s'agissant du contenu des normes législatives (*output*), mais pas pour contrôler le procédé préalable à l'adoption de ces normes (*input*)¹⁰⁹. De manière constante, la Cour refuse, en théorie, d'examiner tout moyen ayant trait au procédé législatif :

- « *Les parties requérantes invoquent une série de moyens pris de la violation du principe d'égalité, combiné ou non avec d'autres principes ou dispositions, en ce que certaines formalités n'auraient pas été respectées au cours de la procédure de protection. Elles soutiennent notamment qu'un second avis de l'Institut de la conservation de la nature n'aurait pas été déposé en vue de sa consultation au cours de l'enquête publique (A.3.2.2 et A.5.2.7), que les réclamations des parties requérantes n'auraient pas été examinées par la Commission consultative régionale ou par l'Institut de la conservation de la nature (A.5.2.10), qu'une partie des propriétés des parties requérantes n'aurait pas été proposée en vue de sa protection par l'Institut de la conservation de la nature (A.5.2.13) et que la protection aurait été réalisée malgré l'avis négatif de cet Institut (A.5.2.15) ».*

La Cour a répondu à ce moyen comme suit : « *Quand bien même les parties requérantes auraient été traitées de manière inégale au cours des différentes phases de la procédure de protection, la Cour ne saurait se prononcer à ce sujet, dès lors que les griefs concernent des formalités préalables à l'adoption des dispositions décrétales attaquées et non le contenu de celles-ci* »¹¹⁰ ;

- Les parties requérantes allèguent une violation des articles 10 et 11 de la Constitution sur la base du fait qu'il n'est « *pas certain que la commission compétente du Conseil flamand ait examiné les terrains des parties requérantes au regard des critères de protection, que le Conseil flamand réuni en séance plénière n'aurait pas davantage procédé à ce contrôle (A.4.2.3) et que les réclamations des parties requérantes n'auraient pas été examinées par cette commission, contrairement à celles d'autres propriétaires (A.5.2.5) ».*

La Cour s'est exprimée comme suit : « *En principe, il n'appartient pas à la Cour de porter un jugement sur la manière dont les assemblées législatives procèdent en vue de l'adoption d'un texte législatif.*

¹⁰⁸ A noter que dans l'examen du respect de la répartition des compétences, le législateur spécial a expressément habilité la Cour constitutionnelle – en vertu de l'article 30*bis* de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle – à contrôler le respect de certaines formes spécifiques préalables à l'adoption des normes législatives.

¹⁰⁹ D. KEYAERTS, « Toetsing van de concrete toestandkoming van wetgevende normen door het Grondwettelijk Hof. Een pyrrusoverwinning of een echte doorbraak in de uitbreiding van de rechtsbescherming? », noot onder G. H., 22 november 2012, nr. 144/2012, *T.B.P.*, 2013, p. 611.

¹¹⁰ C. const., 27 mars 1996, n° 24/96, B.5.1. et B.5.2.

A supposer fondées les allégations relatives à la manière dont le Conseil flamand a procédé, ce qui n'est pas corroboré par les travaux préparatoires, elles ne sauraient être pertinentes, dès lors que la preuve d'une discrimination ne résulte pas du contenu même des dispositions attaquées »¹¹¹.

- *Les parties requérantes alléguaient « la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus en combinaison avec l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme et avec l'article 22 de la Constitution, en ce que les décrets porteraient atteinte, de manière disproportionnée, à leur droit au respect de la vie privée et familiale et du domicile. Les parties requérantes renvoient à l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme Hatton contre Royaume-Uni, du 2 octobre 2001, pour expliquer qu'en l'espèce, la Région wallonne a créé une discrimination entre les riverains en fixant les zones sans avoir réalisé d'étude d'incidences ou d'expertise relative aux effets qu'aurait le développement de l'activité nocturne de l'aéroport sur le sommeil des riverains et en ne connaissant pas le réel impact économique de sa décision ».*

La Cour a répondu à ce moyen en ce sens : « Le moyen, qui ne vise aucun article du décret entrepris, n'est pas dirigé contre le contenu de celui-ci mais contre l'absence de mesures qui auraient dû entourer sa préparation. La Cour n'est pas compétente pour apprécier si l'adoption d'un décret aurait dû être précédée de consultations, d'études ou d'expertises »¹¹².

La Cour a tenu le même raisonnement pour répondre au moyen suivant : « Citant l'avis de la section de législation du Conseil d'Etat, les parties requérantes constatent que la concertation, bien qu'entamée, n'a pas été clôturée à la date d'adoption de la disposition attaquée, pas plus qu'un accord de coopération n'a été conclu avant cette date, et que, pour le surplus, la section de législation du Conseil d'Etat n'a pas été consultée ensuite de cette concertation. Les parties requérantes se réfèrent notamment aux notifications du Comité de concertation du 25 mai 2005 et du 6 juillet 2005.

Il apparaît ainsi que des éléments essentiels d'études (telles que l'étude sur le balancing des projets onshore et off-shore) manquaient au dossier pour permettre l'adoption de dispositions pertinentes et non discriminatoires »¹¹³.

- *« Un deuxième moyen est pris de la violation de l'article 25, littera (a), du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, lu à travers l'article 2, § 1er, du même Pacte et à travers les articles 10 et 11 de la Constitution, et de l'article 27 de la Constitution.*

La partie requérante souligne que les destinataires du revenu d'intégration ou les associations qui les représentent n'ont pas été consultés avant l'adoption de la loi

¹¹¹ C. const., 27 mars 1996, n° 24/96, B.6.1 et B.6.2.

¹¹² C. const., 30 avril 2003, n° 51/2003, A.4. et B.13.

¹¹³ C. const., 5 décembre 2006, n° 193/2006, A.9. et B.15.

attaquée tandis que l'ont été les associations représentatives des C.P.A.S. ainsi que des représentants de l'Union des villes et communes de Bruxelles et de l'Union des villes et communes de Wallonie ».

La Cour a répondu à ce moyen de la manière suivante : *« Le moyen, qui ne vise aucun article de la loi-programme entreprise, n'est pas dirigé contre le contenu de celle-ci mais contre l'absence de mesures qui auraient dû entourer sa préparation. La Cour n'est pas compétente pour apprécier si l'adoption de dispositions d'une loi-programme aurait dû être précédée de consultations »*¹¹⁴.

- *« (...) la Cour n'est pas compétente pour exercer un contrôle exhaustif, quant au fond et à la procédure, des actes qui précèdent la ratification ou l'adoption des permis en cause, même à l'égard des règles de droit international et européen contenues dans la Convention d'Aarhus ou dans la directive 85/337/CEE. Si elle veille, par le biais des articles 10 et 11 de la Constitution, à ce que le législateur respecte son obligation de notification préalable à la Commission européenne, lorsque la violation de cette obligation constitue, au regard du droit de l'Union européenne, un vice de procédure fondamental, la Cour ne peut étendre les compétences qui lui ont été attribuées par le Constituant et le législateur spécial au-delà d'un tel contrôle formel et exercer elle-même le contrôle substantiel du respect des règles procédurales environnementales qui sont préalables à l'adoption de l'acte législatif attaqué »*¹¹⁵.

39. A notre estime, ces extraits de jurisprudence de la Cour permettent de formuler deux constats.

Premièrement, il apparaît que la Cour constitutionnelle ne pourrait pas se prononcer quant à la violation d'un droit fondamental du seul fait de l'absence d'une mesure préalable à l'adoption de la norme législative¹¹⁶. Deuxièmement, ceux-ci laissent également à penser que la Cour s'abstiendrait d'examiner la violation d'un droit fondamental lorsque le contenu de la norme pourrait être disproportionné en raison de l'absence de mesures préalables à l'adoption des dispositions législatives¹¹⁷.

A première vue, la Cour constitutionnelle belge ne pourrait donc pas s'inscrire dans le second volet du mouvement de procéduralisation des droits fondamentaux¹¹⁸ dès lors que la Cour ne pourrait pas se permettre de contrôler si le législateur a effectivement pris en compte l'ensemble des intérêts en présence avant de décider du contenu de la norme qu'il édicte.

Cette contrainte ne fait toutefois pas obstacle à la possibilité pour la Cour d'inscrire sa jurisprudence dans le premier volet de procéduralisation des droits fondamentaux¹¹⁹, c'est-à-

¹¹⁴ C. const., 28 juillet 2006, n° 123/2006, A.6.1. et B.16.2.

¹¹⁵ C. const., 22 novembre 2012, n° 144/2012, B.9.3 tel que repris dans C. const., 21 février 2013, n° 11/20 et C. const., 13 février 2014, n° 29/2014, B.5.3 et B.9.

¹¹⁶ C. const., 28 juillet 2006, n° 123/2006, A.6.1. et B.16.2.

¹¹⁷ Voy. notes de bas de page 110 à 113.

¹¹⁸ Voy. le point dédié au contrôle de la qualité de la procédure interne.

¹¹⁹ A savoir le « Contrôle de l'existence de garanties procédurales spécifiques », *supra*.

dire de constater qu'une voire plusieurs garanties procédurales manquent pour que la norme législative en cause soit conforme à des droits fondamentaux substantiels.

40. Outre les contraintes juridiques, le rapport particulier que la Cour entretient avec le pouvoir législatif fédéral pourrait justifier une réticence de la Cour constitutionnelle à s'insérer dans la dynamique de procéduralisation des droits fondamentaux. Patricia Popelier et Catherine Van De Heyning soutiennent que cette contrainte d'ordre politique s'exprime à deux niveaux¹²⁰ : d'une part, les juges de la Cour sont nommés alternativement par l'une des deux chambres fédérales¹²¹, étant entendu que la moitié d'entre eux doit avoir exercé une fonction de parlementaire pendant cinq années au moins¹²² ; d'autre part, la Cour est attachée à maintenir un lien de confiance vis-à-vis du législateur dès lors que l'étendue de sa compétence est tributaire de son action.

B. Applications pratiques

41. En dépit des constats théoriques restreignant la possibilité pour la Cour constitutionnelle belge de s'insérer dans le mouvement de procéduralisation des droits fondamentaux, cette dynamique trouve, en pratique, un certain écho au sein de sa jurisprudence.

Dans le cadre de la présente contribution, nous n'évoquons qu'un échantillon d'arrêts. A n'en point douter, une analyse plus approfondie de la jurisprudence de la Cour devrait mettre en évidence un nombre plus important d'arrêts reflétant ce mouvement jurisprudentiel.

A titre préalable, il convient de constater que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle belge s'insère dans les deux volets de procéduralisation évoqués *supra* – à savoir la procéduralisation dite générale et la procéduralisation dite spécifique, même si le premier volet offre une application qui – au vu de nos recherches – semble nettement plus étendue.

42. La Cour a donc déjà eu l'occasion de constater la violation d'un droit substantiel, en l'espèce le droit au respect de la vie privée et familiale, en considérant que la mesure en cause ne présentait pas de garanties procédurales suffisantes.

Cet arrêt portait sur la compatibilité du traitement de données à caractère personnel par les forces de police avec, notamment, le droit à la vie privée. Les parties requérantes critiquaient, notamment, le contrôle du stockage et de la destruction des données et, plus particulièrement, la composition de l'organe amené à effectuer ce contrôle. Celui-ci était en effet composé, au moins pour moitié, par des personnes issues des forces de police, ce qui, selon les requérants, compromettait son indépendance¹²³.

La Cour a jugé que *« Eu égard à l'objectif de contrôle du respect, par les services de police, des dispositions de la loi attaquée, il n'est toutefois pas raisonnablement justifié qu'en l'absence*

¹²⁰ P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, « Procedural Rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis », *op. cit.*, p. 245.

¹²¹ Art. 32 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989, p. 315.

¹²² Art. 34, § 1er, al. 1er, 2° et § 2 de la loi spéciale du 6 janvier 1989 sur la Cour constitutionnelle, *M.B.*, 7 janvier 1989, p. 315.

¹²³ Cour const., 14 juillet 2016, n° 108/2016, A.15.2.

de dispositions relatives au nombre de membres issus des services de police et au nombre total de membres de l'Organe de contrôle, la majorité des membres de l'Organe de contrôle soient nommés en leur qualité de membre de la police locale ou de la police fédérale. La seule circonstance que deux membres de la police locale, deux membres de la police fédérale et deux experts (Ann., Chambre, 24 avril 2014) aient été nommés aux côtés du magistrat président et du membre de la Commission de la protection de la vie privée, lors de la désignation des membres de l'Organe de contrôle, ne permet pas de remédier à l'inconstitutionnalité précitée, étant donné qu'aucune disposition législative n'empêche d'envisager d'autres équilibres numériques lors de la nomination de nouveaux membres de l'Organe de contrôle »¹²⁴. Elle en a donc conclu que l'absence de garanties procédurales suffisantes quant à la composition de l'organe de contrôle du traitement de données à caractère personnelles par les forces de police donnait lieu à la violation du droit à la vie privée des requérants.

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

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

Dans ses arrêts n^{os} 134/98, 53/2009 et 12/2016, la Cour a considéré que les différences de traitement invoquées par les requérants étaient justifiées au regard d'études, de statistiques ou encore d'avis.

Ainsi, la Cour a validé le fait qu'un décret aménageant le régime de congé et de mise en disponibilité du personnel de la Communauté française fixe le nombre de jours de congé à quinze pour l'ensemble des enseignants, et ce sans tenir compte du fait que le risque de maladie est proportionnel à l'âge, dès lors que les statistiques reprises dans les travaux préparatoires montraient que le chiffre de quinze n'était dépassé qu'à partir de l'âge de 50-54 ans¹²⁵.

De même, la Cour a considéré que n'était pas discriminatoire le fait d'interdire la détention et l'exposition de chiens et de chats dans l'espace commercial et les dépendances d'un établissement commercial et non d'autres animaux de compagnies dès lors que « *Le législateur, qui s'est informé de façon circonstanciée auprès de représentants des divers acteurs du secteur lors d'auditions, a pu raisonnablement estimer qu'il fallait surtout agir contre les achats impulsifs de chiens et de chats* »¹²⁶.

Enfin, la Cour a estimé que la décision du législateur régional bruxellois de quadrupler le niveau de radiations électromagnétiques autorisée en vue du déploiement de la 4G ne portait pas atteinte, notamment, aux articles 22 et 23 de la Constitution et au principe de précaution dès lors que ce niveau restait largement en-deçà du niveau recommandé au niveau international et

¹²⁴ Cour const., 14 juillet 2016, n^o 108/2016, B. 120.4.

¹²⁵ C. const., 16 décembre 1998, n^o 134/98, B.8.3. A noter : si la Cour a donc rejeté le moyen pris de la violation des principes d'égalité et de non-discrimination au regard de l'absence de prise en compte de la différence d'âge entre les enseignants, la Cour annulera *in fine* la norme pour d'autres motifs.

¹²⁶ C. const., 19 mars 2009, n^o 53/2009, B.2.7 et B.2.8.

européen et qu'aucune étude scientifique non contestée démontrait que des dommages de santé grave ou irréversibles pouvaient apparaître en dessous de ce niveau¹²⁷.

De manière plus nuancée, la Cour a considéré qu'il n'était pas discriminatoire de réserver la profession de géomètre-expert aux diplômés de gradué en construction, option immobilier, option mesurage et, partant, d'exclure les gradués en topographie dès lors que les parties requérantes ne démontrent pas que « *contrairement à ce qu'estime le Conseil supérieur des indépendants et des PME, le programme de formation d'un gradué en topographie est analogue ou équivalent quant au contenu à celui d'un gradué en construction, option immobilier, orientation mesurage* »¹²⁸.

En revanche, la Cour a déjà annulé une disposition législative délimitant des zones à protéger contre les nuisances sonores due à la proximité avec l'aéroport de Liège-Bierset au motif que cette délimitation serait discriminatoire. Elle a, en effet, tenu compte de l'ensemble des rapports d'expertise mentionnés par les deux parties et constaté - sans « *donner une appréciation sur les conclusions des différents rapports établis par des experts* » - « *qu'aucun de ces rapports ne permet de conclure que les riverains de l'aéroport de Bierset pourraient occuper leur habitation, sans qu'il soit porté une atteinte exorbitante au respect de leur vie privée, s'ils doivent subir des nuisances sonores qui se situent entre 65 et 70 dB(A)* »¹²⁹.

Ce raisonnement de la Cour constitutionnelle démontre l'importance qu'elle attache aux travaux parlementaires et aux réponses de fond apportées par ces travaux. Cette analyse constitue une forme de procéduralisation dans le sens où la Cour se garde de substituer sa propre appréciation à celle formulée par le législateur mais contrôle, par contre, les éléments sur la base desquels la décision a été prise et décortique le procédé législatif pour voir si des réponses suffisantes à la mesure adoptée peuvent y être trouvées¹³⁰.

44. Deuxièmement, la Cour a, à plusieurs reprises, constaté la violation ou l'absence de violation de droits fondamentaux substantiels du seul fait de l'existence ou de l'absence de mesures préalables à l'adoption de la norme attaquée.

Suite à l'arrêt d'annulation (n° 51/2003) des dispositions délimitant les zones à protéger autour de l'aéroport de Liège-Bierset, la Région wallonne a adopté de nouvelles dispositions, lesquelles ont fait l'objet d'un recours en annulation. Dans son arrêt, la Cour a validé ces dispositions considérant que le législateur avait tenu compte de l'ensemble des paramètres, en ce compris de l'arrêt d'annulation, sans pour autant s'assurer que la décision adoptée ne portera pas atteinte au droit au respect à la vie privée et familiale en sanctionnant, par exemple, l'absence d'étude d'impact¹³¹.

¹²⁷ C. const., 27 janvier 20126, n° 12/2016, B.4.2. à B.4.4.

¹²⁸ C. const., 143/2007, 22 novembre 2007, B.18.4.

¹²⁹ C. const., 30 avril 2003, n° 51/2003, B.8. et B.9.

¹³⁰ P. Popelier et C. Van De Heyning qualifient cette forme de procéduralisation comme suit: "*the requirement of evidence-based decision making*" - P. POPELIER and C. VAN DE HEYNING, « Procedural Ratonality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis », *op. cit.*, p. 251.

¹³¹ P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, « Procedural Ratonality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis », *op. cit.*, p. 257 ; Voy également C. Const., 14 décembre 2005, n° 189/2005, B.8.: « *Ces éléments indiquent que le décret attaqué procède non seulement d'un réexamen complet du dossier, à la lumière, notamment, de références scientifiques pouvant laisser des marges d'incertitude (Doc. parl., Parlement wallon, 2003-2004, n° 661/1, p. 25 et n° 661/4, pp. 25 et 27), des suites réservées aux précédentes mesures et des difficultés éprouvées à cette 46 occasion (« pas d'orientation de l'Europe, maintien de l'autorisation des vols de nuit par la justice, silence du Conseil d'Etat en certaines circonstances mais procédures cassées lors des recours » (Doc. parl., Parlement wallon, 2003-2004, n° 661/4, p. 4)), mais aussi d'une nouvelle méthode visant à tenir compte tout à la fois de la*

Dans un arrêt n° 180/2015, la Cour était interrogée par le Conseil d'Etat quant à la compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution la dispositions traitant de manière identique des déchets de bois qui ne sont pas susceptibles d'être réemployés ou recyclés et ceux qui le sont. Il convient de constater que la Cour a expressément reconnu au législateur une large marge d'appréciation « *compte tenu de la haute technicité de la matière en cause* »¹³². La Cour constitutionnelle a conclu à la non-violation des dispositions en cause en s'exprimant comme suit : « *Compte tenu de la marge d'appréciation qu'il convient de reconnaître en la matière au législateur compétent et du caractère a priori raisonnable des éléments sur lesquels il s'appuie, il n'appartient pas à la Cour de remettre en cause l'analyse du législateur décréteur, au seul motif que d'autres études, invoquées par la partie requérante devant le Conseil d'Etat, permettraient d'aboutir à une conclusion différente* »¹³³.

Dans le cadre d'un recours en annulation, les parties requérantes attaquaient un décret de la Région flamande incluant leur terrain dans les zones de dunes et les zones agricoles ayant une importance pour les dunes¹³⁴, contestant le fait qu'il n'était pas certain que leur terrain avait été examiné et que la commission compétente n'avait pas examiné leurs réclamations. Après avoir rappelé qu'elle n'était pas compétente pour contrôler le processus législatif mais uniquement le contenu de la norme¹³⁵, la Cour a toutefois analysé le moyen soulevé par les parties et y a répondu comme suit : « *En ce qui concerne les deux seules modifications cartographiques apportées par l'article 2 du décret du 21 décembre 1994 par rapport à l'arrêté du Gouvernement flamand du 16 novembre 1994, la Cour constate que le législateur décréteur n'a pas procédé de manière arbitraire mais qu'il a, sans aller à l'encontre des critères préalablement établis, estimé nécessaires deux corrections limitées, reposant sur des motifs techniques (Doc., Conseil flamand, 1994-1995, n° 623/4, pp. 14 et 21; Ann., Conseil flamand, 16 décembre 1994, pp. 624-627)* »¹³⁶.

Cet arrêt est intéressant à deux égards. Non seulement, la Cour y vérifie le processus d'adoption de la norme mais, par ailleurs, la Cour valide le procédé sans répondre aux arguments développés par les parties requérantes et justifie sa décision par des « motifs techniques » sans être plus explicite.

Dans un autre registre, on peut également s'interroger sur le fait que la Cour valide la constitutionnalité d'une loi régularisant, avec effet rétroactif, des taxes communales additionnelles à l'impôt des personnes physiques en considérant que cette loi est « *indispensable à la réalisation d'un objectif d'intérêt général, qu'elle repose sur des circonstances exceptionnelles et qu'elle répond à des motifs impérieux d'intérêt général* ».

jurisprudence de la Cour, qui, dans son arrêt n° 51/2003, avait estimé qu'il existait une discrimination entre les riverains de la zone A et ceux de la zone B, ces derniers ne pouvant bénéficier des mesures avantageuses dont bénéficient les premiers, alors qu'ils subiraient des nuisances sonores aussi néfastes pour leur santé (Doc. parl., Parlement wallon, 2003-2004, n° 661/1, p. 30 et n° 661/4, pp. 10 et 17), du souci de donner aux mesures à prendre assez de souplesse pour qu'elles puissent s'adapter à l'évolution du transport aérien et être, par conséquent, modulées (ibid., n° 661/1, p. 3) et de ne pas grever les finances régionales au-delà de ce qui serait nécessaire (ibid., n° 661/4, pp. 12, 16 et 18) »

¹³² C. const., 17 décembre 2015, n° 180/2015, B. 7.

¹³³ C. const., 17 décembre 2015, n° 180/2015, B. 8.3.

¹³⁴ C. const., 27 mars 1996, n° 24/96.

¹³⁵ Voy. la note de bas de page 110.

¹³⁶ C. const., 27 mars 1996, n° 24/96, B.6.2.

Concrètement, les parties requérantes invoquaient l'existence d'une discrimination entre les justiciables ayant introduit un recours à l'encontre de cette taxe en n'invoquant que le grief de la rétroactivité et ceux ayant invoqué d'autres griefs dès lors que la loi rendait le recours des premiers sans objet. La Cour a justifié l'absence de discrimination en exprimant (1) que la rétroactivité était nécessaire car elle rencontrait un objectif d'intérêt général, à savoir que les communes auraient été mises « dans une situation financière délicate » si elles avaient dû rembourser lesdites taxes et (2) que cette mesure visait en réalité à assurer l'égalité entre les contribuables dès lors que seuls les contribuables avertis avaient pu introduire un recours à l'encontre de la taxe¹³⁷. Il semblerait donc que la Cour ait sauvé la constitutionnalité de la norme attaquée en mettant en avant l'importance financière du maintien de la norme pour les communes, et ce sans vérifier la véracité de ce besoin¹³⁸.

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

45. Troisièmement, la Cour a, à plusieurs reprises, annulé des dispositions décrétales au motif que leur processus d'adoption n'était pas conforme à certaines dispositions de droit international et européen.

La Cour a été interrogée, au moins dans le cadre de trois procédures¹³⁹, sur la compatibilité de décrets ratifiant des permis d'urbanisme avec les articles 10, 11 et 23 de la Constitution, combinés avec les articles 2, § 2, et 9, § 2, de la Convention d'Aarhus sur l'accès à l'information, la participation du public au processus décisionnel et l'accès à la justice en matière d'environnement et les articles 1^{er}, § 5 et 10bis de la directive 85/357/CEE du Conseil du 27 juin 1985 concernant l'évaluation des incidences de certains projets publics et privés sur l'environnement.

Les dispositions internationales susmentionnées prévoient la possibilité d'un contrôle étendu des permis. Dès lors que ces permis sont ratifiés par une norme législative, ils deviennent uniquement attaquables devant la Cour constitutionnelle et, partant, sont privés d'un tel contrôle étendu¹⁴⁰. Par conséquent, la différence de traitement qui existe à l'égard des justiciables selon qu'ils souhaitent contester un permis ratifié ou non est justifiée si et seulement si les permis ratifiés satisfont aux exigences déterminées par la Cour de justice de l'Union européenne. Ces exigences concernent essentiellement des garanties procédurales en amont de l'adoption de la norme de ratification, notamment l'assurance de la prise en compte effective des incidences en matière d'environnement. Dans les faits, la Cour a dû constater que ces exigences n'étaient pas

¹³⁷ C. const., 26 novembre 2009, n° 186/2009, B.9.2.3.

¹³⁸ Voy. également une critique de P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, « Procedural Rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis », *op. cit.*, p. 256.

¹³⁹ C. const., 22 novembre 2012, n° 144/2012 ; C. const., 21 février 2013, n° 11/2013 ; C. const., 13 février 2014, n° 29/2014.

¹⁴⁰ C. const., 22 novembre 2012, n° 144/2012, B.9.3 tel que repris dans C. const., 21 février 2013, n° 11/20 et C. const., 13 février 2014, n° 29/2014, B.5.3 et B.9.

rencontrées dès lors que les législateurs se contentaient d'approuver purement et simplement les permis. La Cour en a conclu que les dispositions attaquées étaient discriminatoires.

La Cour a donc dû, afin d'examiner la violation des articles 10, 11 et 13 de la Constitution, se pencher sur le processus conduisant à l'adoption des normes, en refusant de qualifier ce contrôle de procédural. Elle a, en effet, jugé que « *Si, en principe, la Cour n'a pas la compétence de vérifier, fût-ce par le biais de son contrôle de compatibilité avec les articles 10 et 11 de la Constitution, la procédure parlementaire au terme de laquelle un acte législatif a été adopté, force est de constater que, dans le cas présent, la compétence de tenir compte « tant du contenu de l'acte législatif adopté que de l'ensemble de la procédure législative qui a conduit à son adoption et notamment des actes préparatoires et des débats parlementaires » (CJUE, 16 février 2012, C-182/10, Solvay e.a., point 41) découle de la nécessité de déterminer le champ d'application des exigences du droit de l'Union européenne mentionnées en B.9.1 et B.9.2. Ce contrôle ne peut donc être assimilé ni à un contrôle matériel ni à un contrôle procédural de constitutionnalité de dispositions législatives, mais constitue un examen préalable, imposé par le droit de l'Union européenne, de la qualification de l'acte législatif attaqué* »¹⁴¹.

C. Première réflexion relative à la procéduralisation des droits fondamentaux par la Cour constitutionnelle belge

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

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

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

A l'image du principe de subsidiarité motivant la Cour de Strasbourg à se mettre en retrait par rapport aux autorités nationales en leur accordant une large marge d'appréciation, la Cour constitutionnelle belge adopte la même attitude à l'égard du pouvoir législatif en raison de sa légitimité et de son expertise¹⁴². Si l'on pouvait donc légitimement penser que les Cours nationales seraient plus enclines à se prononcer sur le fond du fait de leur proximité et leur connaissance du contexte, il apparaît que d'autres contingences invitent la Cour constitutionnelle belge à adopter une attitude tout aussi prudente. Par conséquent, il nous

¹⁴¹ C. const., 22 novembre 2012, n° 144/2012, B.13 tel que repris dans C. const., 21 février 2013, n° 11/2013, B.9.3 et C. const., 13 février 2014, n° 29/2014, B.9.

¹⁴² P. POPELIER et C. VAN DE HEYNING, « Procedural Rationality: Giving Teeth to the Proportionality Analysis », *op. cit.*, p. 233.

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

Nous remarquons également que la méthode combinatoire consistant à invoquer la violation des articles 10 et 11 de la Constitution consacrant les principes d'égalité et de non-discrimination combinés avec des dispositions internationales imposant des garanties procédurales pousse parfois la Cour à examiner le procédé législatif¹⁴³.

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

De manière plus générale, nous estimons qu'il serait judicieux que la Cour effectue une analyse procédurale des droits substantiels chaque fois que cet examen permet une meilleure effectivité des droits fondamentaux.

A cet égard, il nous semble que la Cour devrait affirmer plus nettement qu'elle procède à ce type de contrôle et le rendre plus systématique. Non seulement les droits fondamentaux seraient davantage protégés mais les législateurs seraient également responsabilisés quant à la nécessité d'évaluer en amont l'impact de leurs mesures sur les droits substantiels.

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

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

¹⁴³ C. const., 22 novembre 2012, n° 144/2012, B.13 tel que repris dans C. const., 21 février 2013, n° 11/2013, B.9.3 et C. const., 13 février 2014, n° 29/2014, B.9.

Conclusion

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

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

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

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

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

A ces deux niveaux, les expressions de ce mouvement sont multiples, à un point tel qu'il n'est parfois pas aisé de déterminer s'il est question ou non de procéduralisation. Ce foisonnement de manifestations mériterait également d'être clarifié dès lors qu'il empiète parfois sur un examen substantiel de la violation alléguée ou rend inutile l'analyse de la violation alléguée d'un droit procédural.

Si les raisons d'être de l'existence de mouvement ne sont pas identiques au niveau de la Cour de Strasbourg et de la Cour constitutionnelle belge, il apparaît toutefois que ces logiques soient similaires dès lors que les deux Cours considèrent - pour des motifs propres - devoir se limiter

à un examen procédural de la mesure dès lors qu'elles ne sont pas les mieux placées pour apprécier la pertinence de la norme adoptée.

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

50. Si la doctrine ne s'était jusqu'à présent penchée que sommairement sur ce phénomène, il semblerait que cette dynamique soit aujourd'hui remise à l'avant-plan¹⁴⁴. Il faut s'en réjouir. Il nous semble, en effet, qu'une analyse plus approfondie de la jurisprudence non seulement de la Cour européenne des droits de l'homme mais également des Cours constitutionnelles nationales, devrait permettre une appréhension plus pointue de cette dynamique et, espérons-le, inciter les juridictions à recourir davantage et de manière plus adéquate à ce mode de raisonnement aux fins de protéger les droits fondamentaux.

¹⁴⁴ N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme. Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2017; J. GERARDS and E. BREMS, *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge, Cambridge University Press, 2017.