



PANTHÉON-ASSAS
UNIVERSITÉ
PARIS

BANQUE DES MEMOIRES

Master de Droit de l'homme et droit humanitaire
Dirigé par le Professeur Sébastien Touzé
2023

***Les mutations du contrôle de la Cour
européenne des droits de l'homme***

Olivia Gallot

Sous la direction du Professeur Sébastien Touzé

REMERCIEMENTS

Je remercie chaleureusement Monsieur le Professeur Sébastien Touzé pour avoir accepté de diriger ce travail de recherche, m'avoir accordé son temps et ses précieux conseils. Je le remercie également pour ses enseignements qui ont fini de me convaincre de réaliser ce projet de recherche.

Je tiens aussi à remercier Myriam Dahhan et Cécile Goubault--Larrecq pour leurs enseignements, leurs encouragements, leur disponibilité et leur aide précieuse.

Enfin, je remercie mes parents, mes frères et ma sœur pour leur présence et encouragements tout au long de ce travail passionnant. J'ai une pensée toute particulière pour Camille, Célia et Elodie pour leur présence, leur soutien, les discussions sans fin et les relectures longues et sinueuses.

SOMMAIRE

PARTIE I. – L'IDENTIFICATION D'UNE PROCÉDURALISATION DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ EUROPÉEN

TITRE 1. – LES FONDEMENTS DU CONTRÔLE DU CONTRÔLE

CHAPITRE 1. – LES FONDEMENTS PRINCIPiels

CHAPITRE 2. – LES FONDEMENTS CONVENTIONNELS

TITRE 2. – LA CARACTÉRISATION DU CONTRÔLE DU CONTRÔLE

CHAPITRE 1. – LE CONTRÔLE DU PROCESSUS DÉCISIONNEL PARLEMENTAIRE

CHAPITRE 2. – LE CONTRÔLE DU PROCESSUS DÉCISIONNEL ADMINISTRATIF
ET JUDICIAIRE

PARTIE II. – L'EXERCICE STRATÉGIQUE DE LA PROCÉDURALISATION DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ EUROPÉEN

TITRE 1. – L'APPLICATION DU CONTRÔLE DU CONTRÔLE

CHAPITRE 1. – L'EXERCICE CIBLÉ ET AUTONOME DU CONTRÔLE DU
CONTRÔLE

CHAPITRE 2. – LE PROLONGEMENT DU CONTRÔLE DU CONTRÔLE

TITRE 2. – LA VALEUR DU CONTRÔLE DU CONTRÔLE

CHAPITRE 1. – UNE EFFICACITÉ CONTROVERSÉE

CHAPITRE 2. – DES FONCTIONS RENOUVELÉES

LISTE D'ABRÉVIATIONS

CCPR	Comité des droits de l'homme
CDFUE	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CE	Conseil de l'Europe
CIDE	Convention internationale sur les droits de l'enfant
CJUE	Cour de justice de l'Union Européenne
Convention EDH	Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
Cour IADH	Cour interaméricaine des droits de l'homme
MNA	Marge nationale d'appréciation
UE	Union Européenne

INTRODUCTION

« La procéduralisation du droit des droits de l’homme est une valeur ajoutée louable à condition qu’elle complète le droit matériel. Si elle ne sert qu’à le remplacer, elle devient un abandon irresponsable par la Cour de ses pouvoirs de contrôle »¹. Bien que décrit comme le « *dissenter* le plus tenace »² du tournant procédural du contrôle de la Cour européenne des droits de l’homme (ci-après, Cour EDH), le juge portugais Pinto de Albuquerque résume en quelques lignes l’ambivalence de l’apparition d’un tel phénomène, sa potentielle valeur et les controverses qui y sont associées.

SECTION 1. – TERMINOLOGIE JURIDIQUE DU MÉMOIRE

La terminologie juridique du mémoire vise à s’interroger sur la teneur du contrôle en droit international public (§ 1), pour mieux appréhender le contrôle de proportionnalité en tant que moyen de contrôle (§ 2) et comprendre la mutation que constitue le contrôle du contrôle (§ 3).

§ 1. – Le contrôle international

La notion de contrôle, en droit international public, bénéficie d’une doctrine fouillée et de longue date³ qui fait dire à certains auteurs que cela rendrait « *a priori* inutile toute recherche dans ce domaine »⁴. Pourtant, le Professeur Charpentier déclarait limpide qu’« [é]tudier

¹ Cour EDH, GC, Affaire *Correia de Matos c. Portugal*, 4 avril 2018, req. n°56402/12, Opinion dissidente du Juge Pinto De Albuquerque à laquelle se rallie le juge Sajó, § 41.

² L. BURGORGUE-LARSEN, *Les 3 Cours régionales des droits de l’homme in context, La justice qui n’allait pas de soi*, Paris, Édition A. Pedone, 2ème édition, 2023, p. 353.

³ Voir N. KAASIK, *Le contrôle en droit international*, Paris, Édition Pedone, 1933 ; P. BERTHOUD, *Le contrôle en droit international de l’exécution des conventions collectives*, thèse, Genève, Université de Genève, 1946 ; L. KOPELMANAS, « Le contrôle international », *Recueil des cours de l’Académie de La Haye*, volume II, 1950, pp. 59-149 ; V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, *La contribution des organisations internationales au contrôle des obligations conventionnelles des États*, thèse, Paris, Université Paris II, 1979 ; J. CHARPENTIER, « Le contrôle par les organisations internationales de l’exécution des obligations des États », *Recueil des cours de l’Académie de La Haye*, volume IV, 1983, pp. 143-245.

⁴ M. AILINCAI, *Le suivi du respect des droits de l’homme au sein du Conseil de l’Europe, Contribution à la théorie du contrôle international*, Paris, Édition Pedone, 2012, p. 20.

le contrôle international revient [...] à rechercher les fonctions que cette institution est susceptible de remplir dans la vie internationale »⁵. Or, à mesure que le contrôle international varie et mute, les fonctions qu'il remplit sont, elles-aussi, vouées à évoluer. Cela est particulièrement le cas en droit européen des droits de l'homme dans la mesure où la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme (ci-après, Convention EDH) constitue elle-même un « instrument vivant à interpréter [...] à la lumière des conditions de vie actuelles »⁶. Force est de constater que le contrôle exercé par la Cour EDH reste un objet de recherche pérenne de par ses mutations spécifiques.

Le contrôle international souffre néanmoins d'une « imprécision terminologique »⁷ qui s'explique pour deux raisons. Premièrement, le mot « contrôle » peut désigner des opérations différentes : il peut désigner « un mécanisme dont la finalité est d'assurer la mise en œuvre du droit, c'est-à-dire d'en garantir l'effectivité »⁸ ou encore « une opération ayant pour objectif de mesurer les effets d'une action, c'est-à-dire son efficacité »⁹. Deuxièmement, la difficulté tient aux influences linguistiques. L'acception anglophone « *control* » renvoie à une idée de domination ou encore de mainmise, telle le contrôle exercé par une armée sur un territoire. En revanche, l'acception francophone désigne la « [v]érification de la conformité à une norme d'une décision, d'une situation, d'un comportement »¹⁰. Il s'agit plus d'un examen ou d'une surveillance. Or, dans un espace tel que la société internationale, l'acception anglophone ne saurait être retenue sans omettre la spécificité de l'ordre juridique international, à savoir l'égalité des sujets de droit international. Il en découle que seule l'acception francophone est mobilisable, ce que la doctrine internationaliste¹¹ confirme.

L'imprécision terminologique de la notion de contrôle est également renforcée par l'existence de notions voisines, ou associées, qui brouillent le sens précis du contrôle en droit international public. Pour cette raison, il faut distinguer le contrôle des notions de *monitoring*, de suivi ou encore de sanction.

Le *monitoring* est défini génériquement comme un « ensemble de techniques permettant d'analyser, de contrôler, de surveiller soit, en électronique, la qualité d'un enregistrement,

⁵ J. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 151.

⁶ Cour EDH, Affaire *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, req. n°5856/72, § 31.

⁷ L. KOPELMANAS, *op. cit.*, p. 63.

⁸ M. AILINCAI, *op. cit.*, p. 28.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ G. CORNU (dir.), *Vocabulaire juridique, Association Henri Capitant*, Paris, Édition PUF, 12^{ème} édition mise à jour par M. Cornu, M. Goré, Y. Lequette et al., 2018, p. 267.

¹¹ Voir V. COUSSIRAT-COUSTÈRE, *op. cit.*, p. 7 ; J. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 152 ; M. AILINCAI, *op. cit.*, p. 29.

soit, en médecine, les rédactions physiopathologiques d'un patient »¹². Par analogie en droit international public, le *monitoring* semble s'assimiler à une opération de surveillance du respect par des États de leurs obligations internationales. Dans le cadre du Conseil de l'Europe, le *monitoring* est tantôt synonyme de « contrôle »¹³ que de « suivi »¹⁴. Or, le *monitoring* ne désigne pas l'ensemble des typologies de contrôle, mais bien le « contrôle systématique »¹⁵ au sens du Professeur Charpentier. Il est un type de contrôle qui implique que tous les États assujettis « rend[ent] compte d'une activité »¹⁶ à un organe des intervalles réguliers. Il s'agit d'une action préventive et permanente, à l'inverse du « contrôle-contentieux »¹⁷ qui se veut comme une action curative et exceptionnelle.

De même, le contrôle n'est pas exactement le suivi. Au sens de Mihaela Ailincăi, le suivi désigne « un contrôle étalé dans le temps qui inclut une surveillance de la mise en œuvre effective des conclusions et recommandations formulées par les organes de suivi »¹⁸. Au sein du CE, ces procédures de suivi sont fixées par diverses conventions¹⁹, résolutions²⁰ et par la Convention EDH qui prévoit dans son article 46 § 2 que le Comité des Ministres sera chargé de « surveiller »²¹ l'exécution des arrêts rendus par la Cour EDH. Le suivi n'est donc pas exercé par l'organe de contrôle de la Convention EDH. Le suivi est, ainsi, un processus répondant à une logique différente et distincte (bien que liée à l'aboutissement du contrôle, ici, le rendu d'un arrêt constatant un manquement) en ce qu'il désigne l'« ensemble de l'opération qui inclut une phase de contrôle systématique et une phase de “*follow up*” »²².

Enfin, le pouvoir de contrôle n'est pas le pouvoir de sanction. La sanction désigne « les mesures permettant de donner effet à la constatation du manquement »²³ et relèvent de l'exécution des obligations internationales et non de leur application. A ce titre, l'exercice du pouvoir de sanction n'est pas systématique : en effet, les organisations internationales et leurs

¹² *Monitoring* [en ligne], in *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*. Disponible sur <<https://www.cnrtl.fr/definition/monitoring>> (consulté le 23 juin 2023).

¹³ CE, *Mécanismes de monitoring* [en ligne], in *Conseil de l'Europe*. Disponible sur <<https://www.coe.int/fr/web/human-rights-rule-of-law/monitoring-mechanism>> (consulté le 23 juin 2023).

¹⁴ M. AILINCAI, *op. cit.*, p. 32.

¹⁵ J. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 173 ; M. AILINCAI, *op. cit.*, p. 34.

¹⁶ *Ibidem*, p. 173

¹⁷ J. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 199 ; P. M., DUPUY, Y. KERBRAT, *op. cit.*, p. 609.

¹⁸ M. AILINCAI, *op. cit.*, pp. 50-51.

¹⁹ Voir Convention relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, adoptée à Strasbourg en 1990 ; Convention du Conseil de l'Europe sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique, adoptée à Istanbul en 2011.

²⁰ Voir CE, Résolution (99) 5, adoptée en 1999 : cette résolution instaure le Groupe d'États contre la Corruption (GRECO).

²¹ Convention EDH, 1950, article 46 § 2.

²² M. AILINCAI, *op. cit.*, p. 50.

²³ J. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 153.

organes « peu[vent] avoir reçu des États qui l'ont créé le pouvoir de décider d'imposer des sanctions définies par la charte constitutive, ainsi que celui de les exécuter, ou de les faire exécuter par les États qui en sont membres »²⁴. C'est par exemple le cas des Nations Unies²⁵. Néanmoins, les États membres du Conseil de l'Europe (ci-après, CE) n'ont pas prévu tel pouvoir au sein de l'article 32 de la Convention EDH : la Cour EDH est astreinte à « l'interprétation et l'application de la Convention et de ses protocoles »²⁶. Dès lors un tel pouvoir de sanction n'existe pas pour elle et doit être distingué de son pouvoir de contrôle.

Enfin, l'opération de contrôle international, telle qu'exercée par la Cour EDH, peut être définie de la manière suivante : il s'agit d'« une appréciation, par un organe approprié, d'un comportement étatique confronté à une norme de référence, à un modèle »²⁷. Cette appréciation se décompose en deux éléments : « d'une part, la *vérification*, qui consiste dans l'établissement des faits constitutifs d'un comportement étatique ; d'autre part, la *qualification*, qui consiste dans l'appréciation de ce fait au regard du droit afin d'établir s'il lui est conforme »²⁸. Historiquement, l'appréciation a d'abord été exercée par les États eux-mêmes dans ce que la doctrine dénomme une phase de « coexistence »²⁹ du contrôle avant d'embrasser une phase de « coopération »³⁰ horizontale caractérisée par l'institutionnalisation du contrôle international. Cette dernière se comprend comme un pouvoir de contrôle confié à un tiers, ici la Cour EDH³¹. A ce titre, elle exerce un « contrôle-contentieux »³², c'est-à-dire qu'en tant qu'organe juridictionnel, son contrôle est déclenché par une requête individuelle³³ ou interétatique³⁴ imputant un État membre d'avoir manqué à ses obligations conventionnelles et impliquant de solutionner un litige entre les deux acteurs.

L'appréciation du comportement étatique n'obéit pas aux mêmes logiques et modalités dans toutes les branches du droit international. La spécificité du droit international et européen des droits de l'homme reste qu'il oblige les États parties à protéger, réaliser et mettre en œuvre une batterie de droits et libertés fondamentales dont les titulaires sont les individus et les

²⁴ D. ALLAND, *Manuel de droit international public*, Paris, Édition PUF, 9^{ème} édition refondue, 2022, p. 311.

²⁵ Charte des Nations Unies, 1945, Chapitre VII.

²⁶ Convention EDH, 1950, article 32.

²⁷ J. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 166.

²⁸ P. M., DUPUY, Y. KERBRAT, *Droit international public*, Paris, Édition Dalloz, 2022, p. 606.

²⁹ J. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 156.

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Convention EDH, 1950, Préambule, articles 19 et 32.

³² J. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 199 ; P. M., DUPUY, Y. KERBRAT, *op. cit.*, p. 609.

³³ Convention EDH, 1950, article 34.

³⁴ *Ibidem*, article 33.

personnes morales sur lesquels ils ont juridiction³⁵. A ce titre, l'appréciation du comportement étatique consiste généralement en l'examen des atteintes et limitations que ce dernier aurait porté aux droits conventionnellement garantis. Les « moyens de contrôle »³⁶, dans ce type d'hypothèse, sont traditionnellement l'utilisation d'un contrôle de proportionnalité.

§ 2. – Le contrôle de proportionnalité

Les premières traces formelles du contrôle de proportionnalité en Europe ont été établies dans l'*Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* de 1794 qui consacre la proportionnalité comme critère d'administration des peines et des mesures de police³⁷. La doctrine³⁸ a observé l'influence certaine et cruciale de la doctrine allemande³⁹ dans la construction prétorienne du contrôle de proportionnalité européen. En termes de définition de celui-ci, il faut remarquer que la doctrine est plus familière du « principe »⁴⁰ que du « contrôle » de proportionnalité. En réalité, comme le dénotent quelques auteurs, la proportionnalité constitue un « raisonnement »⁴¹, une « méthode »⁴² ou encore une « technique »⁴³ du juge. Au moyen de cette méthode, le juge mène « la recherche d'un équilibre entre deux impératifs contradictoires »⁴⁴. Pour ce faire, le raisonnement allemand veut que l'on vérifie que la mesure :

³⁵ Voir notamment Convention EDH, 1950, article 1.

³⁶ J. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 206.

³⁷ G. SCACCIA, « Proportionality and the Balancing of Rights in the Case-law of European Courts » [en ligne], p. 2, in *Federalismi*. Disponible sur <<https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/03/Proportionality-and-the-Balancing-of-Rights-in-the-Case-law-of-European-Courts.pdf>> (consulté le 23 juin 2023).

³⁸ *Ibidem*, p. 5 ; K. TRYKHLIB, « The principle of proportionality in the jurisprudence of the European Court of human rights », *EU and Comparative Law Issues and Challenges*, Série (ECLIC), Issue 4, 2022, p. 129 ; K. MÖLLER, « Proportionality: Challenging the critics », *International Journal of Constitutional Law*, volume 10, issue 3, 2012, p. 709.

³⁹ Voir : M. COHEN-ELIYA, I. PORAT, « American balancing and German proportionality: The historical origins », *International Journal of Constitutional Law*, volume 8, issue 2, 2010, p. 263 : Gunther Heinrich von Berg serait le précurseur de la notion de proportionnalité.

⁴⁰ Voir par exemple G. SCACCIA, *op. cit.* ; M. GUYOMAR, « La Cour européenne des droits de l'homme, garante du respect du principe de proportionnalité : le contrôle du contrôle », in École nationale de la Magistrature, *Le contrôle de proportionnalité*, Revue *Justice Actualités*, n°24, décembre 2020, pp. 15-20 ; K. TRYKHLIB, *op. cit.*

⁴¹ M. BOUCHET, « L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation en droit pénal de fond », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n°3, 2017, p. 496.

⁴² *Ibidem*.

⁴³ *Ibidem* ; Voir aussi P. MUZNY, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, thèse, Marseille, Université Cézanne-Aix Marseille III, Faculté de droit et de Science politique, édition PUAM, 2005.

⁴⁴ F. ROUVIÈRE, « Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité ? », in École nationale de la Magistrature, *Le contrôle de proportionnalité*, Revue *Justice Actualités*, n°24, décembre 2020, p. 35.

« soit “appropriée” à la poursuite de l’objectif poursuivi, c’est-à-dire, qu’elle soit au moins “apte à contribuer” à sa réalisation. La mesure doit, ensuite, être “nécessaire” à la poursuite dudit objectif, ce qui ne peut être le cas “qu’en l’absence de toute autre mesure qui serait aussi appropriée tout en étant moins contraignante”. Enfin, et à la supposer “appropriée” et “nécessaire” aux sens prédéfinis, la mesure devra encore être “proportionnée”, au sens strict, à la poursuite de l’objectif poursuivi, ce qui implique que “les inconvénients causés ne sont pas démesurés par rapport aux buts visés” »⁴⁵.

Le contenu d’un tel raisonnement par la Cour EDH ne fait pas l’objet d’un quelconque consensus doctrinal⁴⁶. Toutefois une économie classique est identifiable : la recherche de la base légale de l’ingérence dans le droit garanti ; la recherche du but légitime de l’ingérence ; la recherche du caractère nécessaire dans une société démocratique de l’ingérence. L’ensemble de l’opération constitue la technique de proportionnalité *largo sensu* tandis que le troisième temps constitue le contrôle de proportionnalité *stricto sensu*. Son domaine privilégié est conventionnellement identifié : les articles 8 à 11 de la Convention prévoient en leur second paragraphe la possibilité d’apporter des restrictions aux droits garantis, et donc la possibilité pour la Cour EDH d’exercer un contrôle sur leur « nécessité dans une société démocratique ». Néanmoins, ce dernier peut être mobilisé sur l’ensemble des droits conventionnellement garantis par la Convention, même pour les articles 2 et 3, dès lors que sont en jeu des « ingérences passives »⁴⁷, c’est-à-dire des manquements aux obligations positives qu’implique le respect de ces droits.

Concernant le contenu précis du contrôle de proportionnalité *stricto sensu*, la doctrine a identifié quelques clefs de définition dans la jurisprudence de la Cour EDH⁴⁸. Dans la *Linguistique Belge*, le raisonnement est expliqué en les termes suivants : la recherche d’« un juste équilibre entre la sauvegarde de l’intérêt général de la communauté et le respect des droits fondamentaux de l’homme, tout en attribuant une valeur particulière à ces derniers »⁴⁹. Sans être bien plus loquace sur son contenu, la Cour EDH a poursuivi cette démarche de précision de son contrôle de proportionnalité en affirmant « pour qu’une mesure puisse être considérée comme proportionnée et nécessaire dans une société démocratique, l’existence

⁴⁵ S. VAN DROOGHENBROECK, X. DELGRANGE, « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », *Revue du droit des religions*, 7, 2019, p. 45 [en ligne], in *Journal OpenEdition*. Disponible sur <<https://journals.openedition.org/rdr/290>> (consulté le 25 juin 2023).

⁴⁶ *Ibidem*, p. 46.

⁴⁷ M. GUYOMAR, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁸ *Ibidem*.

⁴⁹ Cour EDH, Plénière, Affaire « *Relative à certains aspects du régime linguistique de l’enseignement en Belgique* » (FOND), 23 juillet 1968, req. n°474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, en droit, § 5.

d'une mesure portant moins gravement atteinte au droit fondamental en cause et permettant d'arriver au même but doit être exclue »⁵⁰. En ce sens, Sébastien Van Drooghenbroeck et Xavier Delgrange dégagent trois critères formant le volet dit « substantiel »⁵¹ du contrôle de proportionnalité : appropriation, nécessité et proportionnalité. Il s'agit ainsi d'un contrôle *a priori* exclusivement substantiel, à l'instar des juridictions nationales et internationales, c'est-à-dire qu'il « port[e] sur le contenu même de la mesure querellée »⁵². Leur étude du contrôle de proportionnalité ne s'arrête toutefois pas ici : le contrôle de proportionnalité européen aurait développé un volet procédural⁵³.

§ 3. – Le contrôle du contrôle

Les mutations du contrôle de proportionnalité européen impliquent, au sens générique, un « changement radical et profond »⁵⁴. Ce changement radical repose sur le postulat que le contrôle de proportionnalité, dans le domaine de la protection des droits de l'homme, serait borné à un contrôle substantif. Or, depuis les années 2010s⁵⁵, la doctrine a décelé un tournant procédural du contrôle de proportionnalité européen. Ce phénomène fait l'objet d'une terminologie qui n'est pas encore aboutie. En effet, les universitaires et praticiens parlent de « *procedural turn* »⁵⁶, « mouvement procédural »⁵⁷, « *procedural approach* »⁵⁸, « *procedural reasoning* »⁵⁹, « *process-based review* »⁶⁰, « *procedural-type review* »⁶¹, « *review of procedures or processes* »⁶², « *mixed type of review* »⁶³, « *substance-flavoured procedural*

⁵⁰ Cour EDH, Affaire *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009, req. n°13444/04, § 94.

⁵¹ S. VAN DROOGHENBROECK, X. DELGRANGE, *op. cit.*, p. 51.

⁵² *Ibidem*, p. 45.

⁵³ *Ibidem*, p. 51.

⁵⁴ *Mutation* [en ligne], in *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*. Disponible sur <<https://www.cnrtl.fr/definition/mutation#:~:text=1.,conversion%2C%20transformation>> (consulté le 25 juin 2023).

⁵⁵ R. SPANO, « The Future of the European Court of Human Rights– Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law », *Human Rights Law Review*, volume 18, 2018, p. 480.

⁵⁶ J. GERARDS, E. BREMS, « Procedural Review in European Fundamental Rights Cases: Introduction », in J. GERARDS, E. BREMS (dir.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge, Édition Cambridge University Press, 2017, p. 2.

⁵⁷ S. VAN DROOGHENBROECK, X. DELGRANGE, *op. cit.*, p. 51.

⁵⁸ J. GERARDS, E. BREMS, *op. cit.*, in J. GERARDS, E. BREMS (dir.), *op. cit.*, p. 3.

⁵⁹ L. HUIJBERS, *Process-based Fundamental Rights Review*, Cambridge, Édition Cambridge University Press, 2021, p. 4.

⁶⁰ R. SPANO, *op. cit.*, p. 480.

⁶¹ E. BREMS, « Logics of Procedural-type review by the ECtHR » in J. GERARDS, E. BREMS (dir.), *op. cit.*, p. 35.

⁶² *Ibidem*, p. 33.

⁶³ *Ibidem*.

review »⁶⁴, « *procedural rationality review* »⁶⁵, « *semi-procedural review* »⁶⁶, « contrôle du contrôle »⁶⁷ ou encore « *procedural proportionality* »⁶⁸. Il est à noter, toutefois, que ce phénomène est à distinguer de la procéduralisation des droits. En effet, il n'est pas « *limited to procedural issues in the traditional sense, as distinguished from issues of legal substances* »⁶⁹.

De même, la procéduralisation des droits se définit comme étant une

« technique juridique mise en oeuvre par le juge afin de renforcer l'effectivité des droits de l'homme et consistant en l'adjonction, au sein d'un droit conventionnel substantiel, d'une obligation positive procédurale autonome à la charge des autorités nationales par le biais de la théorie de l'inhérence ou par une combinaison avec l'article 1er de la Convention reconnaissant une obligation générale de respect et de garantie des droits et libertés »⁷⁰.

De même, le tournant procédural du contrôle de la Cour EDH n'est pas apparu *ex nihilo*. Il existe un mouvement académique, principalement d'origine américaine⁷¹, qui a largement étudié, promu ou contesté le tournant procédural du contrôle en matière de protection des droits de l'homme. Leurs études se limitent toutefois à la théorisation d'un contrôle procédural dans le cadre strictement national étasunien du contrôle de la Cour suprême. Ses influences sur le contrôle de la Cour EDH sont probables, mais le tournant procédural européen reste spécifique à son contexte de juridiction régionale.

Fidèles à la cacophonie terminologique, les définitions d'un tel tournant procédural n'échappent pas à l'imprécision et à l'incertitude. Plusieurs auteurs se sont risqués à l'ouvrage. Deux types de définitions ressortent de la doctrine. Premièrement, certains auteurs semblent caractériser le contrôle du contrôle comme étant un simple intérêt de la Cour EDH

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ J. GERARDS, E. BREMS, *op. cit.*, in J. GERARDS, E. BREMS (dir.), *op. cit.*, p. 2.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ M. GUYOMAR, *op. cit.*, p. 16.

⁶⁸ T. I. HARBO, « Introducing Procedural Proportionality Review in European Law », *Leiden Journal of International Law*, volume 30, p. 32.

⁶⁹ R. SPANO, *op. cit.*, p. 480.

⁷⁰ 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 Convention européenne des droits de l'homme*, thèse, Bruxelles, Édition Bruylant, 2017, p. 142.

⁷¹ Voir J. H. ELY, *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Édition Harvard University Press, 1980 ; L. TRIBE, « The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories », *Yale Law Journal*, volume 89, 1980, pp. 1063-1080 ; L. LUSKY, « Footnote Redux: A Carolene Products Reminiscence », *Columbia Law Review*, volume 82, 1982, p. 1093 ; B. ACKERMAN, « Beyond Carolene Products », *Harvard Law School Review*, volume 98, 1985, p. 713 ; M. V. TUSHNET, « New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy-based worries », *Wake Forest Law Review*, volume 38, 2003, pp. 813-838 ; I. BAR-SIMAN-TOV, « The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process », *Boston University Law Review*, volume 91, 2011, pp. 1915-1923.

pour les procédures et les processus décisionnels dans son examen de la proportionnalité d'une mesure litigieuse. En effet, Laurence Burgorgue-Larsen définit ce contrôle comme étant un « contrôle conventionnel qui attache de l'importance aux mécanismes procéduraux délibératifs »⁷² ; Aruna Sathanapally le définit comme « *a type of review that focuses on the procedure followed by national authorities in reaching a particular decision or taking particular action, as distinct from the decision or action itself* »⁷³ et ; Oddný Mjöll Arnardóttir considère que la procédure ou les processus décisionnels sont devenus « *an element that influences its review of the proportionality or reasonableness of a contested measure* »⁷⁴. Parmi ces auteurs, certains y suspectent une volonté de la Cour EDH d'amoinrir voire d'éviter de recourir à un contrôle substantiel. C'est le cas de Janneke Gerards qui définit un tel contrôle : « *[i]nstead of assessing the substantive reasons provided by the states in justification of an interference with a fundamental right, [it] increasingly focuses on the quality and transparency of the national procedures and judicial remedies that have been used in relation to the disputed decision or rule* »⁷⁵ ; ou encore de Patricia Popelier qui énonce que la Cour EDH « *takes the quality of the decision-making procedure at the legislative, the administrative as well as the judicial stage, as a decisive factor for assessing whether government interference in human rights was proportional, thereby avoiding intense substantive review* »⁷⁶. Deuxièmement, d'autres auteurs, sans clairement s'opposer aux premiers susmentionnés, se révèlent plus précis dans leur définition du tournant procédural du contrôle européen. A ce titre, ils définissent ce contrôle comme une recherche des standards de droits de l'homme dans le raisonnement des juridictions internes. C'est le cas de Ton-Inge Harbo qui considère que la Cour EDH vérifie « *whether the reasons for the decision, provided by the appropriate decision-making body, contain proof of proportionality analysis* »⁷⁷ ; mais également de Leonie Huijbers qui le définit comme un « *judicial reasoning that assesses public authorities' decision-making processes in light of procedural*

⁷² L. BURGORGUE-LARSEN, *op. cit.*, p. 352.

⁷³ A. SATHANAPALLY, « The Modest Promise of 'Procedural Review' in Fundamental Rights Cases », in J. GERARDS, E. BREMS (dir.), *op. cit.*, p. 45.

⁷⁴ O. M. ARNARDÓTTIR, « 'Organised Retreat? The Move from "Substantive" to "Procedural" Review in the ECtHR's Case Law on the Margin of Appreciation' », *European Society of International Law Conference Paper*, 5(4), 2015, p. 5.

⁷⁵ J. GERARDS, 'The European Court of Human Rights and the National Courts: Giving Shape to the Notion of "Shared Responsibility"', in: J. GERARDS, J. FLEUREN (dir.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECtHR in National Case-Law: A Comparative Analysis*, Cambridge, Édition Intersentia, 2013, p. 52.

⁷⁶ P. POPELIER, « The (potential) value of procedural review for supranational courts deciding fundamental rights cases: political science perspectives », in J. GERARDS, E. BREMS (dir.), *op. cit.*, pp. 9-10.

⁷⁷ T. I. HARBO, *op. cit.*, p. 32.

fundamental rights standards »⁷⁸ ; ou encore de l'ancien Président de la Cour, Robert Spano qui le décrit comme tel : un « *primary methodological focus [shift] from its own independent assessment of the “conventionality” of the domestic measure towards an examination of whether the issue has been properly analysed by the domestic decision-maker in conformity with already embedded principles* »⁷⁹.

Si la définition de ce tournant procédural reste boiteuse, cela s'explique par son contexte très récent. Le contexte est également parlant : si l'ancien Président Spano revisite l'histoire jurisprudentielle de la Cour EDH pour y identifier une phase de « *procedural embedding* »⁸⁰ succédant à une phase de « *substantive embedding* »⁸¹ durant laquelle la Cour EDH aurait développé les fondements matériels nécessaires à la réalisation de la Convention, il ne fait néanmoins pas fi des facteurs d'influence institutionnels.

L'« ambivalence sémantique [tenant aux acceptions anglophones et francophone de “contrôle”] traduit une menace latente de glissement de la notion de vérification à celle de mainmise, dans la mesure où le contrôleur est tenté de se substituer au contrôlé dans son pouvoir de décision »⁸² ; bien que datant des années 1980s, ce propos traduit nettement les inquiétudes des États-parties contrôlés par la Cour EDH. Le tournant procédural de la jurisprudence européenne s'est effectué parallèlement aux conférences intergouvernementales d'Interlaken (2010), d'Izmir (2011), Brighton (2012), Bruxelles (2015) et Copenhague (2018). Ces conférences sont décrites comme des périodes de « défiance »⁸³ des États-parties face à la Cour EDH dont l'objectif était d'affaiblir son contrôle, ce qui n'est pas nié par la Cour⁸⁴. Il s'agit également de périodes d'inquiétudes face à l'augmentation des requêtes et à la surcharge du système conventionnel. Après quoi, c'est un changement de paradigme qui a été instauré au sein de la politique jurisprudentielle de la Cour EDH. Les déclarations mentionnent une demande de renforcement⁸⁵ du principe de subsidiarité au sein du système européen mais organisent aussi précisément les rapports entre les autorités nationales et la

⁷⁸ L. HUIJBERS, *op. cit.*, p. 116.

⁷⁹ S. SPANO, *op. cit.*, p. 480.

⁸⁰ *Ibidem.*

⁸¹ *Ibidem.*

⁸² J. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 152.

⁸³ L. BURGORGUE-LARSEN, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Issy-Les-Moulineaux, LGDJ, Édition *Lextenso*, 2019, p. 21.

⁸⁴ A. NUSSBERGER, « Procedural Review by the ECHR: View from the Court », in J. GERARDS, E. BREMS (dir.), *op. cit.*, p. 172.

⁸⁵ Voir CE, Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Déclaration d'Interlaken, adoptée le 19 février 2010, § 2.

Cour EDH⁸⁶. C'est donc sans surprise que le Protocole n°15 inscrit les concepts de subsidiarité et de marge nationale d'appréciation au Préambule de la Convention EDH comme clefs d'interprétation ce qui se traduit en tournant procédural du contrôle européen : un « *mechanism by which the Court implements the principle of subsidiarity in practice* »⁸⁷.

Un tel tournant n'est pas passé inaperçu et a fait l'objet de moult controverses. Les théoriciens étasuniens faisaient déjà montre de certaines réticences à l'égard d'une généralisation d'un contrôle procédural. Plusieurs réponses critiques aux arguments en faveur d'un tel contrôle ont été soulevées : lutte artificielle contre les discriminations des minorités⁸⁸, annihilation du rôle du contre-pouvoir du pouvoir judiciaire⁸⁹ menant à l'instauration d'une suprématie parlementaire⁹⁰, dégradation de la transparence des débats publics⁹¹, un manque d'attention aux droits de l'homme⁹², etc. Ces critiques sont évidemment à contextualiser dans le contexte étasunien et son système judiciaire de tradition *common-law* ; pourtant, elles ne manquent pas de pertinence dans le système européen des droits de l'homme. La doctrine a pu se montrer à plusieurs reprises très hostile face à ce tournant procédural : certains auteurs dénoncent une justice négligeant les besoins des requérants⁹³, une démission de la Cour EDH dans sa fonction de contrôle⁹⁴, un manque de sécurité juridique⁹⁵, l'instauration d'une concurrence de la Cour EDH avec les législateurs nationaux⁹⁶ ou d'un « *micromanagement* »⁹⁷ des ordres juridiques nationaux, une minimisation de l'universalité des droits de l'homme⁹⁸, etc. De même, le tournant procédural a mené à des controverses internes : le juge Pinto de Albuquerque constitue l'un des dissidents les plus tenaces, rédigeant 174 opinions séparées dénonçant des approches *contra persona*⁹⁹, des

⁸⁶ Voir CE, Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'Homme, Déclaration de Brighton, adoptée le 20 avril 2012, § 10-12.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 481.

⁸⁸ L. TRIBE, *op. cit.*, pp. 1072-1077 ; B. ACKERMAN, *op. cit.*, pp. 728-740.

⁸⁹ L. TRIBE, *op. cit.*, pp. 1077-1079.

⁹⁰ M. V. TUSHNET, *op. cit.*, p. 825.

⁹¹ L. TRIBE, *op. cit.*, pp. 1079-1080.

⁹² M. V. TUSHNET, *op. cit.*, p. 838.

⁹³ L. HUIJBERS, « Process-based fundamental rights review: what about the applicant? », *Montaigne Centre Blog*, Université d'Utrecht [en ligne], disponible sur <<https://blog.montaignecentre.com/en/process-based-fundamental-rights-review-what-about-the-applicant-2/>> (consulté le 15 mai 2023).

⁹⁴ F. SUDRE, « Le recadrage de l'office du juge européen », in F. SUDRE, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Édition Nemesis, n°108, 2014, p. 249.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 250.

⁹⁶ E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », in F. SUDRE, *op. cit.*, p. 297.

⁹⁷ A. NUSSBERGER, *op. cit.*, in J. GERARDS, E. BREMS (dir.), *op. cit.*, p. 172.

⁹⁸ R. SPANO, *op. cit.*, p. 482.

⁹⁹ L. BURGORGUE-LARSEN, 2023, *op. cit.*, p. 353.

« formalisme[s] de façade injustifié[s] »¹⁰⁰ entre le 2 avril 2011 et le 2 février 2020. C'est aussi le cas de l'ancienne vice-présidente de la Cour, Françoise Tulkens. A l'inscription des concepts de subsidiarité et de marge nationale d'appréciation dans le Préambule, elle dénonçait une inscription « qui pose de manière frontale la question de l'indépendance de la Cour EDH s'agissant de ses méthodes d'interprétation – [et qui] est au mieux inutile, au pire extrêmement dangereuse »¹⁰¹ ; et une procéduralisation du contrôle de la Cour EDH qui « pourrait faire le jeu de ceux qui veulent alléger la surveillance de la Cour sur les décisions étatiques »¹⁰². Pourtant, certains juges promeuvent ce type de contrôle : c'est le cas de l'ancien Président de la Cour, Robert Spano¹⁰³, qui en constitue le principal instigateur, mais également le juge français Mattias Guyomar¹⁰⁴ dans une volonté de renforcer l'effectivité du principe de subsidiarité.

SECTION 2. – CADRE DU MÉMOIRE

L'étude des récentes mutations du contrôle de la Cour EDH se justifie pour diverses raisons (§ 1), s'inscrit dans le cadre d'une réflexion délimitée (§ 2) et orientée (§ 3).

§ 1. – L'intérêt du mémoire

L'intérêt de ce mémoire n'est *a priori* pas évident. Nous l'avons soulevé, l'étude du contrôle international est fouillée et datée¹⁰⁵. Il en va de même du contrôle de proportionnalité en tant que principe, technique ou modalité de contrôle, que ce soit en droit interne ou en droit international. Les travaux en la matière, et spécifiquement dans le contexte de la Convention EDH, fourmillent tellement dans la doctrine qu'il n'est pas possible d'en établir une liste exhaustive. Malgré cela, la doctrine admet que « *although the proportionality principle has been the subject of fairly extensive research in recent years, not all relevant questions have been answered. Maybe it is not even possible to find one definite answer to the*

¹⁰⁰Cour EDH, GC, Affaire *Correia de Matos c. Portugal*, 4 avril 2018, req. n°56402/12, Opinion dissidente du Juge Pinto De Albuquerque à laquelle se rallie le juge Sajó, § 42.

¹⁰¹F. TULKENS, « La Cour européenne des droits de l'homme et la déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l'avenir », *Cahiers de droit européen*, 2013, p. 332.

¹⁰²F. TULKENS, « Conclusions générales », in F. SUDRE, *op. cit.*, p. 406.

¹⁰³R. SPANO, *op. cit.*

¹⁰⁴M. GUYOMAR, *op. cit.*

¹⁰⁵Voir supra n°3.

proportionality test, because the test is so multi-shaped »¹⁰⁶

A cet égard, l'on ne peut que donner raison à Jukka Viljanen dans la mesure où le contrôle de proportionnalité européen ne cesse d'évoluer. Le contrôle du contrôle, en tant que modalité de contrôle du comportement étatique, constitue une nouvelle facette de l'étude du contrôle de proportionnalité européen. L'intérêt scientifique d'un tel objet est alors indéniable. Il s'agit de mieux comprendre les modalités de ce type de contrôle-contentieux technique. Ces modalités sont d'autant plus difficiles à comprendre que son apparition dans la jurisprudence reste embryonnaire. L'enjeu est donc particulier : son identification et sa valeur entraînent des conséquences sur la théorie du contrôle international en matière de protection des droits de l'homme.

Les récents travaux sur la question se résument en des articles académiques sporadiques, difficilement liés entre eux à cause de la terminologie inaboutie. La parution de deux ouvrages récents¹⁰⁷ témoignent cependant de l'intérêt croissant de la doctrine pour de telles mutations du contrôle juridictionnel international dans le contexte européen. Cependant, ils restent mineurs et limités. En effet, l'approche de Leonie Huijbers, universaliste et comparatiste, combine étude des contrôles nationaux et internationaux, de différents systèmes juridiques pour faire advenir une définition, *a priori*, universelle de ce que constitue le contrôle du contrôle. Cette approche ne se concilie que très peu avec la spécificité du contrôle européen. De même, l'approche adoptée par Janneke Gerards et Eva Brems puise dans des optiques de droit comparé entre l'Union Européenne (ci-après, UE) et la Cour EDH ce qui, évidemment, n'est pas sans intérêt compte-tenu des interactions symbiotiques entre ces deux systèmes. C'est toutefois l'absence d'ouvrage restituant la spécificité du contrôle du contrôle de la Cour EDH qui est regrettable et justifie en grande partie l'entreprise de ce mémoire de recherche.

§ 2. – La délimitation du mémoire

Cette analyse s'inscrit dans le système européen de protection des droits de l'homme et limite donc le mémoire à la lecture de la Convention EDH et de la jurisprudence de la Cour EDH. A

¹⁰⁶J. VILJANEN, *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law – A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights*, Tampere, Tampere University Press, 2003, p. 271.

¹⁰⁷Voir J. GERARDS, E. BREMS (dir.), *op. cit.* ; L. HUIJBERS, *op. cit.*

ce titre, l'étendue de la jurisprudence étudiée n'est toutefois pas illimitée : nous l'avons établi, l'avènement du contrôle du contrôle est daté aux années 2010s¹⁰⁸ jusqu'à nos jours. Dès lors, il convient de s'attarder sur cette tranche chronologique de la jurisprudence sans s'y borner pour autant. De même, la jurisprudence internationale en matière de protection des droits de l'homme, la jurisprudence nationale des États-membres du CE et la doctrine pourront donner un éclairage sur les rouages, les justifications et la spécificité du contrôle du contrôle européen.

L'étude consistera en l'appréhension de la présence du contrôle du contrôle dans la jurisprudence de la Cour EDH afin de mieux comprendre ses manifestations, comme ses absences. Pour cette raison, la méthodologie choisie sera inductive : il s'agira d'analyser la jurisprudence afin de tenter d'identifier les usages du contrôle du contrôle. En outre, les éclairages de la doctrine permettent d'identifier d'ores et déjà un faisceau d'indices concernant le raisonnement procédural et ses domaines. Finalement, il faudra également opter pour une démarche critique : l'étude passive des manifestations du contrôle du contrôle et de la littérature à son égard ne semble pas pertinente. Comme établi plus haut, « [é]tudier le contrôle international revient [...] à rechercher les fonctions que cette institution est susceptible de remplir dans la vie internationale »¹⁰⁹. Or, une fois les modalités du contrôle identifiées, il faut également vérifier que les fonctions qu'il prétend remplir sont effectives.

§ 3. – La problématique du mémoire

Le mémoire propose une réflexion sur les mutations récentes du contrôle de proportionnalité de la Cour EDH. Plus précisément, il convient d'étudier les mutations du contrôle exercé par les juges dans la jurisprudence européenne au travers du passage d'un contrôle de proportionnalité exclusivement substantiel, favorisant la substitution du contrôle européen au contrôle interne, au développement d'un contrôle du contrôle, priorisant l'examen du respect des obligations procédurales de l'État, la recherche de la restitution des standards de protection des droits de l'homme dans son contrôle et favorisant la sauvegarde dudit contrôle interne. Partant, il convient d'approfondir la démarche en s'interrogeant sur la portée d'un tel tournant procédural, sa valeur au regard des prétentions de la Cour EDH mais également son

¹⁰⁸ R. SPANO, « The Future of the European Court of Human Rights– Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law, *Human Rights Law Review*, volume 18, 2018, p. 480.

¹⁰⁹ J. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 151.

articulation avec le contrôle de proportionnalité dit substantiel.

Nous tenterons donc, à l'aide de cette méthodologie, d'identifier la procéduralisation du contrôle de proportionnalité européen (**PARTIE I**) avant d'en caractériser l'exercice stratégique (**PARTIE II**).

PARTIE I. – L’IDENTIFICATION D’UNE PROCÉDURALISATION DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ EUROPÉEN

Les mutations du contrôle européen peuvent être appréhendées sous l’angle de deux problématiques distinctes.

D’une part, il s’agit de chercher à savoir sur quel fondement le tournant procédural du contrôle de la Cour EDH s’est effectué et pour quelles raisons les États parties y ont consenti. L’étude de ces fondements permettra ainsi d’obtenir des clefs de compréhension de la logique de ces nouvelles modalités (**TITRE 1**).

D’autre part, il s’agit de chercher quels sont les éléments de caractérisation d’un tel contrôle, quelles en sont les étapes et conséquences. Cette analyse permettra alors d’ambitionner une systématisation du recours à cette nouvelle technique (**TITRE 2**).

TITRE 1. – LES FONDEMENTS DU CONTRÔLE DU CONTRÔLE

S’il est vrai que le fondement du contrôle international se situe dans le consentement de l’État à être soumis à une telle opération¹¹⁰, ce simple constat ne suffit pas à expliquer les mutations des moyens de contrôle. Selon cette logique, nous devrions nous contenter d’inférer les fondements du contrôle du contrôle dans les articles 19 et 32 de la Convention EDH qui consacrent le pouvoir de contrôle de la Cour EDH et l’obligation des États de s’y soumettre. S’il s’agit bel et bien des fondements consacrant le *pouvoir*, ces articles n’impliquent en rien des *modalités* particulières, que l’on se place dans un raisonnement procédural ou un raisonnement de proportionnalité. A ce titre, c’est la jurisprudence de la Cour EDH qui nous renseigne : le tournant procédural du contrôle s’est exercé en vertu de fondements principiels (**CHAPITRE 1**) et de fondements conventionnels (**CHAPITRE 2**).

¹¹⁰J. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 165.

CHAPITRE 1. – LES FONDEMENTS PRINCIPIELS

A l'aune de cette étude, il ressort que le tournant procédural est fondé sur l'interaction normative des deux principes irriguant tout le système de la Convention : les principes de subsidiarité (SECTION 1) et d'État de droit (SECTION 2).

SECTION 1. – LE CONDITIONNEMENT DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ

Loin d'être un principe récent et novateur, le principe de subsidiarité irrigue depuis ses débuts le système conventionnel européen (§ 1). Néanmoins, l'avènement du contrôle du contrôle marque un recalibrage des modalités du contrôle européen autour de ce principe comme boussole de l'appréciation des juges (§ 2).

§ 1. – L'inhérence du principe de subsidiarité au sein du système européen

Le principe de subsidiarité est un principe « particulièrement dense, polymorphe, insaisissable à certains égards et, à d'autres, propice à de nombreux malentendus, voire à une certaine forme d'instrumentalisation »¹¹¹. Objet d'une doctrine toujours florissante, il reste l'objet de mystères quant à ses contours, son contenu et sa signification particulière dans le cadre européen des droits de l'homme. Toutefois, la doctrine s'accorde sur certains points :

« Concernant tout d'abord son champ d'intervention, le principe de subsidiarité s'appréhende généralement comme un principe de régulation des compétences entre une "entité englobante" et des "entités englobées". S'agissant ensuite de la logique même de l'intervention, l'idée sous-jacente est que la responsabilité d'une action, lorsqu'elle est nécessaire, devra être allouée à la plus petite entité capable de résoudre le problème d'elle-même. Ou, pour le dire autrement, "il ne faut faire ensemble que ce que l'on ne peut réaliser seul ou ce qui est mieux fait ensemble que séparément" »¹¹².

Concernant le contrôle international des droits de l'homme, le principe de subsidiarité s'entend généralement de manière « fonctionnelle »¹¹³. En ce sens, il constitue un principe de

¹¹¹D. SZYMCZAK, « Rapport introductif : Le principe de subsidiarité dans tous ses état », in F. SUDRE, *op. cit.*, p. 15.

¹¹²*Ibidem*, p. 16.

¹¹³F. SUDRE, « Commentaire de l'arrêt *Handyside* », in F. SUDRE, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Édition PUF Thémis, 10^{ème} édition mise à jour, 2022, p. 82.

distribution de la responsabilité des entités concernant une action précise, à savoir la protection et la mise en œuvre des droits de l'homme. Il revient premièrement aux États, en vertu d'un principe de « primarité »¹¹⁴, de protéger, d'assurer ces droits et d'en assurer le contrôle. Dans un second temps, le contrôle de l'organe de protection des droits de l'homme peut intervenir pour exercer son propre contrôle de nature internationale. Dans le contexte européen, il ne s'agit pas d'un rapport de « deux compétences concurrentes »¹¹⁵ au sens où l'organe exercerait un contrôle qui surplombait le contrôle national, impliquant ainsi une idée de quatrième instance (notion par ailleurs rejetée dans le système conventionnel¹¹⁶) ou encore de hiérarchie. Aussi, bien que la doctrine parle d'un « contrôle complémentaire »¹¹⁷, cette qualification peut poser certaines difficultés conceptuelles. Le contrôle interne et le contrôle international n'ont pas les mêmes objets : quand le rôle du contrôle interne est « d'assurer une coordination entre un droit d'origine interne et un droit d'origine conventionnelle »¹¹⁸ ; le rôle du contrôle international repose sur la « détermination de la conformité ou non du comportement étatique (de manière générale) avec l'obligation internationale et sur la définition des conséquences du non-respect de cette dernière »¹¹⁹. Pourtant, plusieurs fois, la Cour EDH a-t-elle pu affirmer que son rôle, dans certaines affaires, pouvait être de « *ascertain whether domestic law itself is in conformity with the Convention* »¹²⁰. Bien que cela puisse aller dans le sens d'un contrôle complémentaire, en réalité, la détermination de la conventionnalité du droit national avec la Convention ne constitue qu'un moyen de déterminer si l'État s'est conformé à ses obligations conventionnelles. L'objet du contrôle européen est plus précis : il examine l'ensemble du comportement étatique pour déterminer si la responsabilité internationale de l'État peut être engagée. La différence d'objet rend difficile

¹¹⁴S. BESSON, « L'évolution du contrôle européen : vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire », *American Journal of Jurisprudence*, Numéro spécial sur la subsidiarité, 2016, p. 61.

¹¹⁵*Ibidem*, p. 65.

¹¹⁶Cour EDH, déc., Affaire *Kemmache c. France* (N°3), 24 novembre 1994, req. n°17621/91, § 44 ; Cour EDH, déc., Affaire *Catalano c. Italie*, 27 janvier 2000, req. n°34706/97, § En droit ; Cour EDH, déc., Affaire *Guidi c. Italie*, 7 novembre 2000, req. n°37755/97, § En droit ; Cour EDH, déc., Affaire *Contal c. France*, 3 septembre 2002, req. n°67603/01, § 2 ; Cour EDH, déc., Affaire *Sarkisova c. Géorgie*, 6 septembre 2005, req. n°73239/01, § 2 ; Cour EDH, déc., Affaire *A. S. et autres c. Italie*, 13 avril 2021, req. n°46382/13, § 13.

¹¹⁷S. BESSON, *op. cit.*, p. 64.

¹¹⁸S. TOUZÉ, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », in F. SUDRE, *op. cit.*, p. 73.

¹¹⁹*Ibidem*.

¹²⁰Cour EDH, Affaire *Nasrulloev c. Russie*, 11 octobre 2007, req. n°656/06, § 71 ; Cour EDH, Affaire *Ismoilov et autres c. Russie*, 24 avril 2008, req. n°2947/08, § 137 ; Cour EDH, Affaire *Soldatenko c. Ukraine*, 23 octobre 2008, req. n°2440/07, § 111 ; Cour EDH, Affaire *Nolan et K. c. Russie*, 12 février 2009, req. n°2512/04, § 98 ; Cour EDH, Affaire *Lokpo et Toure c. Hongrie*, 20 septembre 2011, req. n°10816/10, § 18 ; Cour EDH, Affaire *Longa Yonkeu c. Lettonie*, 15 novembre 2011, req. n°57229/09, § 120 ; Cour EDH, Affaire *Ademovič c. Turquie*, 5 juin 2012, req. n°28523/03, req. § 37 ; Cour EDH, Affaire *Abdulkhakov c. Russie*, 2 octobre 2012, req. n°14743/11, § 167 ; Cour EDH, Affaire *Bakoyev c. Russie*, 5 février 2013, req. n°30225/11, § 140 ; Cour EDH, Affaire *Yefimova c. Russie*, 19 février 2013, req. n°39786/09, § 256 ; Cour EDH, Affaire *Oravec c. Croatie*, 11 juillet 2017, req. n°51249/11, § 47.

la compréhension du contrôle subsidiaire de la Cour EDH comme étant complémentaire. La subsidiarité est plutôt conçue comme un « principe de coordination de la mise en oeuvre des conséquences tirées du constat de violation des obligations conventionnelles »¹²¹.

La subsidiarité du contrôle de la Cour EDH est un principe prétorien. Développé pour la première fois dans l'affaire de la *Linguistique Belge*¹²², elle l'expliquait en les termes suivant :

« [La Cour] ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. Les autorités nationales demeurent libres de choisir les mesures qu'elles estiment appropriées dans les domaines régis par la Convention. Le contrôle de la Cour ne porte que sur la conformité de ces mesures avec les exigences de la Convention »¹²³.

Bien que le principe, dans sa teneur exprès, soit d'origine prétorienne, il n'en demeure pas moins qu'il est consacré de manière implicite au sein des dispositions la Convention. En effet, les juges¹²⁴ s'accordent à voir dans les articles 1^{er}, 13, 19 et 35 les caractéristiques de la subsidiarité dans le système conventionnel. Il en découle que la subsidiarité se décompose en deux volets : la subsidiarité procédurale et matérielle. Le volet matériel est compris dans les articles 1^{er} et 13 en ce qu'ils assurent la responsabilité première des États dans la mise en œuvre de la Convention. Il s'agit d'obligations conventionnelles matérielles explicitement énoncées¹²⁵. Aussi, il concerne « le degré ou l'intensité du pouvoir de contrôle européen »¹²⁶. Ce volet se matérialise en trois « doctrines »¹²⁷ à savoir la doctrine de la quatrième instance¹²⁸ précitée, la doctrine de la marge nationale d'appréciation¹²⁹, et le principe de

¹²¹ S. TOUZÉ, *op. cit.*, in F. SUDRE, *op. cit.*, p. 78.

¹²² Cour EDH, Plénière, Affaire « *Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* » (FOND), 23 juillet 1968, req. n°474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, § 10.

¹²³ *Ibidem*.

¹²⁴ G. SERGHIDE, « The principle of subsidiarity and the European Convention on Human Rights », in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *Liber Amicorum Robert Spano*, Limal, Édition *Anthemis*, 2022, p. 645 ; D. SPIELMANN, P. VOYATZIS, « "Âge de la subsidiarité" ou "Ère de la retraite ordonnée" ? », in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *op. cit.*, p. 675.

¹²⁵ G. SERGHIDE, *op. cit.*, p. 645.

¹²⁶ S. BESSON, *op. cit.*, p. 67.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Voir supra n°116.

¹²⁹ Cour EDH, Affaire *Lawless c. Irlande (N°1)*, 14 novembre 1960, req. n°332/57, Cour EDH, GC, Affaire *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, req. n°5493/72, § 48-50 ; Cour EDH, GC, Affaire *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003, req. n°36022/97, § 98 Cour EDH, GC, Affaire *Lautsi et autres c. Italie*, 18 mars 2011, req. n°30814/06, § 68 ; Cour EDH, GC, Affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, req. n°48876/08, § 115-116 ; Cour EDH, Affaire *L. B. c. Hongrie*, 9 mars 2023, req. n°36345/16, § 118.

faveur¹³⁰. Le volet procédural de la subsidiarité, quant à lui, se situe dans les articles 19 et 35 qui consiste en « *an admissibility criterion* »¹³¹. Il s'agit tantôt de l'existence tantôt de l'exercice de la compétence du contrôle européen¹³². Elle recouvre ainsi la règle de l'épuisement des voies de recours internes¹³³, la règle des 4 mois de délai¹³⁴, ou encore la qualité de victime¹³⁵. En résumé, comme le soulignait l'ancien président de la Cour, Dean Spielmann, « la subsidiarité du contrôle n'est assurément rien de nouveau »¹³⁶.

§ 2. – Le recalibrage du contrôle autour du principe de subsidiarité

Toutefois, dès 2014 l'ancien président, Robert Spano, décrit l'entrée de la Cour EDH dans « *the age of subsidiarity, a phase that will be manifested by the Court's engagement with empowering the Member States to truly 'bring rights home'* »¹³⁷, constat qu'il réitère en 2018 dans son article « *The Future of the European Court of Human Rights– Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law* »¹³⁸.

Bien qu'il ne soit pas un principe récent, le principe de subsidiarité a fait l'objet de discussions particulières au sein du CE. Ce sont d'abord les conférences intergouvernementales consacrées à la réforme du système conventionnel qui impulsent le recalibrage du contrôle de la Cour EDH autour du principe de subsidiarité : Interlaken (2010), Izmir (2011), Brighton (2012), Bruxelles (2015) et Copenhague (2018). En effet, l'entrée en vigueur en 1998 du Protocole n°11 remplace le mécanisme originel comprenant une Cour et une Commission en faveur de l'érection d'une Cour unique permanente, la Cour EDH. Ce qui

¹³⁰ Convention EDH, 1950, article 53 ; S. BESSON, *op. cit.*, p. 67 ; Voir Cour EDH, GC, Affaire *Beeler c. Suisse*, 11 octobre 2022, req. n°78630/12, § 61.

¹³¹ G. SERGHIDE, *op. cit.*, in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *op. cit.*, p. 645.

¹³² S. BESSON, *op. cit.*, p. 66.

¹³³ Convention EDH, 1950, article 35 ; Cour EDH, GC, Affaire *Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, req. n°21893/93, §§ 65-66 ; Cour EDH, GC, Affaire *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, req. n°25803/94, § 74 ; Cour EDH, Affaire *Andrasik et autres c. Slovaquie*, 22 octobre 2002, req. n°57984/00 et al., § En droit ; Cour EDH, GC, Affaire *A., B. et C. c. Irlande*, 16 décembre 2010, req. n°25579/05, § 142 ; Cour EDH, GC, Affaire *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, req. n°30210/96, § 152 ; Cour EDH, GC, déc., Affaire *Demopoulos et autres c. Turquie*, 1 mars 2010, req. n°46113/99 et al., §§ 69 et 97 ; Cour EDH, GC, Affaire *Vučković et autres c. Serbie*, 25 mars 2014, req. n°17153/11 et al., §§ 69-77.

¹³⁴ Convention EDH, 1950, article 35.

¹³⁵ Convention EDH, 1950, article 34 ; Voir Cour EDH, Affaire *Jensen et Rasmussen c. Danemark*, 20 mars 2003, req. n°52620/99, § The Law ; Cour EDH, Affaire *Albayrak c. Turquie*, 31 janvier 2008, req. n°38406/97, § 32 ; Cour EDH, GC, Affaire *Selahattin Demirtaş c. Turquie (N° 2)*, 22 décembre 2020, req. n°14305/17, §§ 217-223.

¹³⁶ D. SPIELMANN, P. VOYATZIS, *op. cit.*, in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *op. cit.*, p. 674.

¹³⁷ R. SPANO (2014), *op. cit.*, p. 491.

¹³⁸ R. SPANO (2018), *op. cit.*

a eu pour conséquence de faciliter l'accès du justiciable à la Cour, sans le filtrage jadis exercé par la Commission, a aussi, de manière perverse, ouvert la voie à la surcharge du prétoire. Ce sont les préoccupations principales qui gouvernent les conférences intergouvernementales de 2010 à 2018, ce qu'illustre Jean-Paul Costa à l'ouverture de la Conférence d'Interlaken en affirmant qu'il est question de « sauver le système »¹³⁹. A plusieurs reprises, l'inquiétude de l'augmentation du nombre de requêtes auquel fait face la Cour EDH fait l'objet de mentions tant au sein des préambules qu'au sein du corps des Déclarations¹⁴⁰. En effet, en 2021, la Cour EDH s'est prononcée sur environ 36 000 requêtes, a enregistré 44 250 nouvelles requêtes et plus de 70 000 requêtes étaient encore pendantes (contre 160 000 requêtes en 2011)¹⁴¹. Diverses mesures avaient été entreprises : l'instauration du juge unique¹⁴² ; la révision de l'article 47 du Règlement intérieur de la Cour¹⁴³, le développement des arrêts pilotes¹⁴⁴ ; le développement des règlements amiables et des déclarations unilatérales¹⁴⁵ ; néanmoins ces mesures n'ont pas suffi pour endiguer l'augmentation pérenne des requêtes.

Les États membres ont ainsi plaidé l'orientation du contrôle européen vers un « renforcement »¹⁴⁶ du principe de subsidiarité. Systématiquement, ils rappellent le principe, appellent à une application « pleine »¹⁴⁷ de celui-ci et font référence à ses corollaires, telle la responsabilité partagée¹⁴⁸, la marge nationale d'appréciation¹⁴⁹ ou encore la primarité¹⁵⁰. Il en

¹³⁹J. P. COSTA, Discours, in CE, *La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme : Interlaken, Izmir, Brighton et au-delà. Une compilation d'instruments et de textes relatifs à la réforme actuelle de la CEDH*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2014, p. 22.

¹⁴⁰CE, Déclaration d'Interlaken, 2010, Préambule § 7 ; CE, Déclaration d'Izmir, 2011, Préambule § 7 ; CE, Déclaration de Brighton, 2012, Préambule § 5 ; CE, Déclaration de Bruxelles, 2015, § 17 ; CE, Déclaration de Copenhague, 2018, §§ 42-54.

¹⁴¹F. MERLOZ, « La mise en œuvre du principe de subsidiarité au service d'une responsabilité partagée entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales en matière de protection des droits fondamentaux », in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *op. cit.*, p. 489.

¹⁴²Protocole n°14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales amendement le système de contrôle de la Convention, adopté à Strasbourg le 13 mai 2004, entré en vigueur le 1er juin 2010.

¹⁴³F. MERLOZ, *op. cit.*, in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *op. cit.*, p. 489.

¹⁴⁴Cour EDH, GC, Affaire *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004, req. n°31443/96 ; Cour EDH, Affaire *Suljagić c. Bosnie et Herzégovine*, 3 novembre 2009, req. n°27912/02, § 65 ; Cour EDH, Affaire *Greens et M. T. c. Royaume-Uni*, 23 novembre 2010, req. n° 60041/08 et al, § 107 ; Cour EDH, Affaire *Rutkowski et autres c. Pologne*, 7 juillet 2015, req. n°72287/10, §§ 226-227 ; Cour EDH, GC, Affaire *Burmych et autres c. Ukraine*, 12 octobre 2017, req. n°46852/13 et al., §§ 176-199 et 223.

¹⁴⁵Voir Convention EDH, 1950, articles 37 et 39 ; CE, Règlement de la Cour, 2023, articles 43 et 62 ; F. MERLOZ, *op. cit.*, in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *op. cit.*, p. 489.

¹⁴⁶CE, Déclaration d'Interlaken, 2010, Préambule § 2 ; CE, Déclaration de Copenhague, 2018, § 10.

¹⁴⁷CE, Déclaration d'Interlaken, 2010, § 9 b) ; CE, Déclaration d'Izmir, 2011, H. § 2 ; CE, Déclaration de Brighton, 2012, § 29 b).

¹⁴⁸CE, Déclaration d'Interlaken, 2010, § 3 ; CE, Déclaration d'Izmir, 2011, § 6 ; CE, Déclaration de Brighton, 2012, §§ 3 et 11 ; CE, Déclaration de Bruxelles, 2015, § 3 ; CE, Déclaration de Copenhague, 2018, Préambule §§ 6-11.

¹⁴⁹CE, Déclaration de Brighton, 2012, § 11 ; CE, Déclaration de Bruxelles, 2015, Préambule § 7 et § 7.

¹⁵⁰CE, Déclaration de Brighton, 2012, § 9 a).

a découlé une demande expresse¹⁵¹ d'inscrire *expressis verbis* le principe de subsidiarité et son corollaire, la marge nationale d'appréciation, au sein du Préambule de la Convention. Cette demande a été concrétisée par l'adoption et l'entrée en vigueur du Protocole n°15 qui signe ces inscriptions en 2021.

Plusieurs critiques ont été formulées à l'égard de cette nouvelle inscription : elle serait de « *limited significance – a mere rhetorical flourish, or form of window-dressing* »¹⁵² voire une révision de la « volonté des auteurs à un moment donné »¹⁵³. Néanmoins, juridiquement, cette inscription n'est pas anodine. En effet, depuis l'affaire *Golder c. Royaume-Uni*¹⁵⁴, il est acquis que la Convention de Vienne sur le droit des traités¹⁵⁵ constitue une source d'interprétation de la Convention EDH. Cette dernière peut donc être interprétée à l'aune des articles 31 et suivants de la Convention de Vienne sur le droit des traités consacrant la pertinence interprétative du Préambule. Dès lors, l'inscription des principe et concept de subsidiarité et de marge nationale d'appréciation n'est pas anodine : elle guide désormais l'interprétation et les modalités d'exercice du contrôle européen. Les implications sont telles que « le centre de gravité du système de la Convention devrait dorénavant se placer plus bas qu'il ne l'est aujourd'hui, plus proche temporellement et spatialement de tous les Européens et de tous ceux qu'elle protège »¹⁵⁶. Dès lors, dans l'exercice de son office, le juge européen doit mettre l'accent sur la responsabilité partagée pour concrétiser une appréciation du comportement étatique conforme à l'objet et le but de la Convention EDH.

Certains auteurs voient se dessiner une « redistribution du contentieux européen des droits de l'homme »¹⁵⁷ qui se matérialise dans la centralité du juge national et la réorientation de l'office de la Cour EDH selon une « logique de proximité »¹⁵⁸. Elle l'affirme explicitement : « le principe de subsidiarité, désormais intégré au texte du préambule de la Convention, est avant tout un mécanisme pour la répartition adéquate des compétences entre la Cour et les États membres »¹⁵⁹. A partir de ce constat, elle a développé une ligne jurisprudentielle dans

¹⁵¹ *Ibidem*, § 11.

¹⁵² D. SPIELMANN, « Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review? », Heidenberg, *Max Planck Institute Comparative Public Law and International Law*, 2013, p. 8.

¹⁵³ D. SPIELMANN, *op. cit.*, in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *op. cit.*, p. 674.

¹⁵⁴ Cour EDH, Plénière, Affaire *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, req. n°4451/70, § 34.

¹⁵⁵ Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980.

¹⁵⁶ D. SPIELMANN (2022), *op. cit.*, in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *op. cit.*, p. 676.

¹⁵⁷ F. SUDRE, *op. cit.*, in F. SUDRE (2014), *op. cit.*, p. 239.

¹⁵⁸ D. SZYMCAK, *op. cit.*, in F. SUDRE (2014), *op. cit.*, p. 17.

¹⁵⁹ Cour EDH, Affaire *Demirtaş et Yüksekdağ Şenoğlu c. Turquie*, 6 juin 2023, req. n°10207/21 et al, § 77.

laquelle elle rappelle, de manière fréquente, le principe de subsidiarité et ses conséquences logiques tenant à l'office des autorités nationales. Ce faisant, elle vient renforcer leur capacité de contrôle au travers du développement de la subsidiarité procédurale ; et elle vient légitimer leur contrôle en modulant l'étendue de son contrôle de proportionnalité au travers du développement de la subsidiarité matérielle.

Cela se traduit par le développement de raisonnements explicitement subsidiaires : la Cour EDH rappelle qu'elle « a conscience du caractère subsidiaire de son rôle et doit se montrer prudente avant d'assurer celui d'une juridiction de première instance amenée à connaître des faits, lorsque les circonstances d'une affaire donnée ne lui commandent pas »¹⁶⁰. Elle n'hésite pas à rappeler à de nombreuses reprises que les autorités nationales sont les mieux placées pour apprécier l'intention des auteurs¹⁶¹ ou encore si des déclarations troubleraient l'ordre public¹⁶², s'inscrivant dans une démarche de déférence à l'égard des États membres. Ces rappels sont, somme toute, logiques dans le cadre du contrôle européen : l'objet de son contrôle n'est pas d'évaluer la conformité du droit interne, ou des faits avec la Convention. Il est bel et bien de rechercher si l'État a adopté un comportement conforme à ses obligations conventionnelles. Dans le cadre du tournant procédural, le contrôle interne de l'État doit pouvoir être reconnu comme revêtant une certaine pertinence conformément à une logique de proximité et d'efficacité du système conventionnel si celui-ci n'est pas manifestement déraisonnable ou arbitraire¹⁶³. Ces raisonnements posent ainsi les jalons de la modulation de l'étendue du contrôle de la Cour EDH au profit d'une compréhension du principe de subsidiarité plus cohérente et solide.

Par conséquent, une attention accrue a été portée aux conditions de recevabilité pour saisir la Cour. L'épuisement des voies de recours internes a bénéficié de développements

¹⁶⁰ Cour EDH, Affaire *Tanli c. Turquie*, 10 avril 2001, req. n°26129/95, § 110 ; Cour EDH, Affaire *Ipek c. Turquie*, 17 février 2004, req. n°25760/94, § 110 ; Cour EDH, Affaire *Nevmerjitski c. Ukraine*, 5 avril 2005, req. n°54825/00, § 73 ; Cour EDH, Affaire *Imakayeva c. Russie*, 9 novembre 2006, req. n°7615/02, § 113 ; Cour EDH, Affaire *Giuliani et Gaggio c. Italie*, 25 août 2009, req. n°23458/02, § 2.

¹⁶¹ Cour EDH, Affaire *Jalbã c. Roumanie*, 18 février 2014, req. n°43912/10, § 33 ; Cour EDH, Affaire *Monica Macovei c. Roumanie*, 28 juillet 2020, req. n°53028/14, § 88 ; Cour EDH, Affaire *Stancu et autres c. Roumanie*, 18 octobre 2022, req. n°22953/16, § 134.

¹⁶² Cour EDH, déc., Affaire *Association Solidarité des Français c. France*, 16 juin 2009, req. n°26787/07, § En droit ; Cour EDH, Affaire *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG c. Suisse*, 21 juin 2012, req. n°34124/06, § 61 ; Cour EDH, Affaire *E. S. c. Autriche*, 25 octobre 2018, req. n°38450/12, § 50.

¹⁶³ Cour EDH, Affaire *N. C. c. Italie*, 11 janvier 2001, req. n°24952/94, § 48 ; Cour EDH, déc., Affaire *Yiarenios c. Grèce*, 6 décembre 2001, req. n°64413/01, § 1 ; Cour EDH, Affaire *Pla et Puncernau c. Andorre*, 13 juillet 2004, req. n°69498/01, § 46 ; Cour EDH, GC, Affaire *Anheuser-Busch INC. c. Portugal*, 11 janvier 2007, req. n°73049/01, §§ 855-86 ; Cour EDH, GC, Affaire *Nait-Liman c. Suisse*, 15 mars 2018, req. n°51357/07, § 116 ; Cour EDH, GC, Affaire *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, 1^{er} décembre 2020, req. n°26374/18, § 174 ; Cour EDH, Affaire *Tercan c. Turquie*, 29 juin 2021, req. n°6158/18, § 201.

jurisprudentiels allant dans le sens d'une subsidiarité accrue. Ce fut le cas dans l'affaire *Köksal c. Turquie*¹⁶⁴ dans laquelle la Cour EDH a jugé que le requérant devait épuiser un recours ayant été introduit dans l'ordre juridique turc postérieurement à son recours devant la Cour EDH sous peine d'irrecevabilité. Cet apport était explicitement fondé dans un souci de protection du principe de subsidiarité¹⁶⁵. Des discussions ont notamment émergé parmi les juges européens concernant la possibilité de considérer la compétence de la Cour de soulever *ex officio* l'absence d'épuisement des voies de recours internes et donc son incompétence alors même que l'épuisement des voies de recours internes constitue une question de recevabilité et non de compétence. Cette réflexion s'est retrouvée dans de nombreuses opinions de juges telles celles des juges O'Leary¹⁶⁶, Wojtyczek, Eicke, et Ilievski¹⁶⁷.

Toujours dans le sens d'une subsidiarité procédurale accrue, des juges rédigent des opinions individuelles justifiant la démarche de la Cour EDH dans un paysage normatif de subsidiarité : ce fut notamment le cas du juge belge Krenc dans l'affaire *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse* qui formulait un « appel à la subsidiarité »¹⁶⁸ et appuyait particulièrement sur l'importance du droit au recours effectif dans une affaire où la Cour EDH avait constaté l'absence d'un tel recours en Suisse durant la crise de pandémie du coronavirus. De manière légèrement différente, les juges Silvis et Motoc, dans l'affaire *Grămadă c. Roumanie*¹⁶⁹, refusent nettement la doctrine de la quatrième instance¹⁷⁰. L'affaire concernait un ressortissant roumain s'étant vu infliger des blessures par des tirs d'un policier lors de l'interpellation d'une autre personne. Les tribunaux roumains, ayant apprécié les faits, ont écarté la responsabilité pénale du policier. Le requérant invoquait la violation des articles 6 et 3. La Cour EDH avait constaté la violation de l'article 3 en raison de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire par le juge roumain – lié à la notion d' « excès justifié » consacrée par le droit roumain – exercé de telle sorte à minimiser l'acte illégal plutôt que de le prohiber. Les juges dénonçaient ainsi une démarche intrusive de la Cour EDH dans le réexamen des faits, alors que, en principe, cette dernière « a conscience du caractère

¹⁶⁴Cour EDH, déc., Affaire *Köksal c. Turquie*, 6 juin 2017, req. n°70478/16, § 29.

¹⁶⁵*Ibidem*, § 22.

¹⁶⁶Cour EDH, Affaire *D. c. France*, 16 juillet 2020, req. n°11288/18, Opinion concordante de la Juge O'Leary, § 13.

¹⁶⁷Cour EDH, Affaire *Pasquini c. Saint-Marin*, 2 mai 2019, req. n°50956/16, Opinion partiellement dissidente et partiellement concordante des Juges Wojtyczek, Eicke et Ilievski, § 17.

¹⁶⁸Cour EDH, Affaire *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, 15 mars 2022, req. n°21881/20, Opinion concordante du Juge Krenc à laquelle se rallie le juge Pavli, § 24.

¹⁶⁹Cour EDH, Affaire *Grămadă c. Roumanie*, 11 février 2014, req. n°14974/09, Opinion dissidente commune aux Juges Silvis et Motoc, § 1.

¹⁷⁰Voir supra n°116.

subsidaire de son rôle et doit se montrer prudente avant d'assurer celui d'une juridiction de première instance amenée à connaître des faits, lorsque les circonstances d'une affaire donnée ne lui commandent pas »¹⁷¹. Cet accent des juges fait montre d'une politique jurisprudentielle que Nina Le Bonniec¹⁷² analyse comme une application plus rigoureuse du principe de subsidiarité. En effet, la juridiction européenne n'est pas une juridiction d'appel, de cassation ou de révision. A ce titre, la répartition des compétences respectives des États est beaucoup plus solide et permet une compréhension, en effet, plus stricte de la subsidiarité au travers d'un recalibrage des responsabilités lui permettant, simultanément, d'appuyer la centralité du juge national et de réguler les hypothèses dans lesquelles elle est amenée à exercer son contrôle (ce qui, par effet utile, permet de réduire le nombre de requêtes qu'elle doit gérer).

Enfin, Mikael Rask Madsen a soutenu qu'il existait une augmentation de la mobilisation des principes de marge nationale d'appréciation et de subsidiarité dans la jurisprudence de la Cour, suggérant ainsi que « *the ECtHR does provide more subsidiarity overall* »¹⁷³. L'étude est, par ailleurs, revendiquée par Robert Spano dans son étude du contrôle du contrôle¹⁷⁴. Cela était *a priori* attendu et prévisible dans une certaine mesure compte tenu de l'insistance des États membres à cet égard et de l'accession des concepts au rang de principes par leur inscription au Préambule. L'étude, mobilisant principalement des méthodes quantitatives¹⁷⁵, se concentre principalement sur les occurrences du principe de subsidiarité et de ses corollaires, dans la jurisprudence européenne. A ce titre, l'épistémologie choisie peut être commentée puisque la mobilisation formelle des concepts de subsidiarité et ses corollaires peut, en effet, donner des indications sur l'intérêt que la Cour EDH accorde à ceux-ci. Néanmoins, une analyse qualitative d'un échantillon d'arrêts aurait probablement été souhaitable pour calculer l'apport matériel de subsidiarité au sein du système conventionnel. En effet, la mobilisation de ces principes semble plus révéler une « subsidiarisation » des raisonnements adoptés tantôt par la Cour EDH tantôt par les parties qu'une réelle hausse qualitative de la subsidiarité dans la jurisprudence de la Cour. A contrario, les études qualitatives de l'évocation de la subsidiarité et de ses corollaires démontrent qu'il n'est pas nécessairement possible de « *detect whether a case is lost or won when MoA [margin of*

¹⁷¹ Voir supra n°160.

¹⁷² N. LE BONNIEC, *op. cit.*, p. 460.

¹⁷³ M. R. MADSEN, « Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe? », *Journal of International Dispute Settlement*, volume 9, issue 2, 2018, p. 23.

¹⁷⁴ R. SPANO (2018), *op. cit.*, p. 481.

¹⁷⁵ M. R. MADSEN, *op. cit.*, p. 10.

appreciation] is evoked in the case »¹⁷⁶, ce qui permettrait en réalité d’avoir des informations plus précises sur l’apport matériel de la subsidiarité. Néanmoins, l’analyse de Madsen a le mérite de pouvoir confirmer qu’il existe bel et bien une « ère de subsidiarité »¹⁷⁷ en ce sens que la Cour EDH et les différentes parties prenantes accordent bel et bien une plus grande attention au rôle des autorités nationales dans la protection des droits fondamentaux ; ce faisant, il est permis d’affirmer que le contrôle est bel et bien influencé par des considérations de subsidiarité.

En tout état de cause, il faut relever que le contrôle du contrôle, tel qu’élaboré par la Cour EDH ces dernières années, a pris ancrage sur le principe de subsidiarité ainsi que ses composantes. Cependant, l’analyse serait incomplète s’il n’était pas soulevé son interaction évidente avec le principe d’État de droit (SECTION 2).

SECTION 2. – LE CONDITIONNEMENT AU PRINCIPE D’ÉTAT DE DROIT

De la même manière que le principe de subsidiarité, le principe d’État de droit n’est pas récent dans le système conventionnel (§ 1). Néanmoins, le contrôle du contrôle revigore ce principe en le posant comme condition de mise en œuvre de la subsidiarité (§ 2).

§ 1. – La lente émergence du principe d’État de droit au sein du système européen

Le principe d’État de droit est une notion dont la définition « reste controversée »¹⁷⁸. Bien que le principe soit consacré à l’article 3 du Statut du CE, les premières occurrences explicites de l’État de droit dans la jurisprudence de la Cour EDH apparaissent dans l’arrêt *Sporrong et Lönnroth*¹⁷⁹ dans lequel il est mobilisé lors de la description du droit interne et dans ses motifs sans révéler l’existence d’une notion européenne propre et spécifique. Pour cause, l’État de droit est une notion initialement étatique : de nombreuses constitutions y font référence comme un « marqueur démocratique »¹⁸⁰ et un refus de l’arbitraire. En effet, l’État

¹⁷⁶M. R. MADSEN, « “Unity in Diversity” Reloaded: The European Court of Human Rights’ Turn to Subsidiarity and its Consequences », *The Law & Ethics of Human Rights*, 2021, p. 114.

¹⁷⁷R. SPANO (2018), *op. cit.*, p. 485.

¹⁷⁸C. ROMAINVILLE, « La protection de l’État de droit par la Convention européenne des droits de l’Homme – la Cour Européenne et l’exigence de légalité », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chronique n°33, 2019, p. 2.

¹⁷⁹Cour EDH, Affaire *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, req. n°7151/75 et al, § 72.

¹⁸⁰C. HUSSON-ROCHCONGAR, « La redéfinition permanente de l’État de droit par la Cour européenne des droits de l’homme », *Civitas Europa*, volume 37, n°2, 2016, p. 183.

de droit peut être défini comme un système « *respect[ing] for personal autonomy and exclud[ing] of the arbitrary use of governmental power* »¹⁸¹. Néanmoins, le droit étant le fruit d'un État, Kaarlo Tuori formulait son paradoxe principal : « comment le pouvoir de l'État [peut]-il être discipliné par le droit si tout le droit [trouve] son origine dans ce même pouvoir ? »¹⁸². L'internationalisation des droits fondamentaux a été envisagée comme une solution. Ces derniers ont en effet permis de poser des « limites à la régulation par le droit »¹⁸³, internationalisant la solution au paradoxe de l'État de droit. Ainsi, l'État de droit constituerait « un mécanisme qui cherche à établir un ordre de relations vertueuses entre les États et les tribunaux régionaux des droits de l'homme, dans la mesure où ils représentent les organes appelés à appliquer les normes juridiques »¹⁸⁴. Si la mention de l'État de droit ne figure pas *expressis verbis* dans la Convention, les nombreuses occurrences dans la jurisprudence sont « quasi systématique[ment en lien avec] l'article 6.1 de la Convention »¹⁸⁵. Celui-ci entretient aussi des rapports particuliers avec la notion de prééminence du droit qui est tantôt conçue comme son synonyme, tantôt comme son « fondement »¹⁸⁶ qui figure dans le Préambule de la Convention et est consacrée par l'affaire *Golder c. Royaume-Uni*¹⁸⁷. Eu égard aux articles 31 et suivants de la Convention de Vienne sur le droit des traités, il s'agit d'un principe qui irrigue l'interprétation de la Convention à l'instar de la subsidiarité.

L'État de droit peut se définir selon une double signification au sein du système conventionnel. Il est d'abord conçu comme un outil normatif de consécration de garanties procédurales et de droits procéduraux ; mais également comme un principe axiologique promouvant tant la société démocratique que le respect des droits fondamentaux.

Concernant son volet normatif, la consécration des droits et garanties procéduraux procède des « *concepts of legality, legal certainty, preventing abuse of power, equality before the law and access to justice* »¹⁸⁸. A ce titre, le principe de légalité est central puisqu'un « *government*

¹⁸¹R. SPANO, « The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary », *European Law Journal*, volume 27, Issue 1-3, 2021, p. 3.

¹⁸²K. TUORI, M. TROPER et D. CHAGNOLLAUD (dir.), « L'État de droit », *Traité international de droit constitutionnel : Théorie de la Constitution*, Paris, Édition Dalloz, 2012, p. 663.

¹⁸³*Ibidem*.

¹⁸⁴G. CANDIA-FALCON, « The rule of Law and the Inter-American Court of Human Rights », *Dikaion*, volume 24, n°2, 2015, p. 233 : « Desde esa perspectiva, el Estado de derecho se plantea como un mecanismo que busca establecer un orden de relación virtuoso entre Estados y tribunales regionales de derechos humanos, en la medida que ellos representan órganos llamados a administrar normas jurídicas. » (traduction de l'autrice).

¹⁸⁵T. LAURAIRE, *La prééminence du droit en droit positif*, thèse, Marseille, Édition Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2021, p. 254.

¹⁸⁶*Ibidem*, p. 225.

¹⁸⁷Cour EDH, Plénière, Affaire *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, req. n°4451/70, § 34.

¹⁸⁸S. YÛKSEL, « Interplay Between the Principle of Rule of Law and the Process-Based Review », in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *op. cit.*, p. 776.

cannot simply legislate its way out of its Convention obligations »¹⁸⁹. Celui-ci « a pour objet d'éviter que l'organisation du système judiciaire ne soit laissée à la discrétion de l'exécutif et de faire en sorte que cette matière soit régie par une loi adoptée par le pouvoir législatif d'une manière conforme aux règles encadrant l'exercice de sa compétence »¹⁹⁰. La Convention se réfère également audit principe de légalité dans la lettre des articles 5 et 7. Ainsi, l'État de droit exige en premier lieu l'existence d'une loi : dans l'affaire *Baka c. Hongrie*, déterminant l'origine de la violation, elle fait remarquer que « quant au point de savoir si cette législation était conforme à l'état de droit. Elle partira toutefois du principe que l'ingérence était "prévues par la loi" [...], la mesure litigieuse emportant en tout état de cause violation de cet article pour d'autres raisons »¹⁹¹. Bien qu'implicite, il faut en déduire que l'existence d'une base légale est un prérequis de l'État de droit. Cette base légale est d'ailleurs contrôlée strictement puisque la Cour EDH va jusqu'à vérifier si « *domestic law is in conformity with the Convention* »¹⁹² et prescrit que la loi doit être « accessible, précise et prévisible dans son application »¹⁹³. Cette dernière doit aussi être « compatible avec la prééminence du droit [...] impliqu[ant] ainsi [...] que le droit interne doit offrir une certaine protection contre des atteintes arbitraires de la puissance publique aux droits garantis »¹⁹⁴. Dès lors, se sont dessinées les prémisses substantielles d'un contrôle procédural vérifiant l'existence formelle

¹⁸⁹R. LIDDEL, « The Three Crucial Ingredients of the Convention System: Democracy, the Rule of Law and Subsidiarity », in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *op. cit.*, p. 449.

¹⁹⁰Commission EDH, déc., Affaire *Zand c. Autriche*, 12 octobre 1978, req. n°7360/76, § 69 ; Cour EDH, Affaire *Savino et autres c. Italie*, 28 avril 2009, req. n°17214/05 et al., § 94 ; Cour EDH, Affaire *DMD GROUPE, A. S. c. Slovaquie*, 5 octobre 2010, req. n°19334/03, § 60 ; Cour EDH, Affaire *Miracle Europe KFT c. Hongrie*, 12 janvier 2016, req. n°57774/13, § 51 ; Cour EDH, Affaire *Guðmundur Andri Astraðsson c. Islande*, 1^{er} décembre 2020, req. n° 26374/18, § 73.

¹⁹¹Cour EDH, Affaire *Baka c. Hongrie*, 23 juin 2016, req. n° 20261/12, § 154.

¹⁹²Voir supra n°120.

¹⁹³Cour EDH, Affaire *Steel et autres c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, req. n°24838/94, § 54 ; Cour EDH, Affaire *Baranowski c. Pologne*, 28 mars 2000, req. n°28358/95, § 52 ; Cour EDH, Affaire *Jecius c. Lituanie*, 31 juillet 2000, req. n°34578/97, § 56 ; Cour EDH, Affaire *Khudoyorov c. Russie*, 8 novembre 2005, req. n°6847/02, § 125 ; Cour EDH, Affaire *Soldatenko c. Ukraine*, 23 octobre 2008, req. n°2440/07, § 111 ; Cour EDH, GC, Affaire *Mooren c. Allemagne*, 9 juillet 2009, req. n°11364/03, § 76 ; Cour EDH, Affaire *M. c. Allemagne*, 17 décembre 2009, req. n°19359/04, § 90 ; Cour EDH, Affaire *Toniolo c. Saint-Marin et Italie*, 26 juin 2012, req. n°44853/10, § 46 ; Cour EDH, Affaire *Del Rio Prada c. Espagne*, 10 juillet 2012, req. n°42750/09, § 69 ; Cour EDH, Affaire *C. W. c. Suisse*, 23 septembre 2014, req. n°67725/10, § 33 ; Cour EDH, Affaire *Ruslan Yakovenro c. Ukraine*, 6 juin 2015, req. n°5425/11, § 58 ; Cour EDH, Affaire *Merabishvili c. Géorgie*, 28 novembre 2017, req. 72508/13, §186 ; Cour EDH, Affaire *Paci c. Belgique*, 17 avril 2018, req. n°45597/09, § 65 ; Cour EDH, Affaire *Selahattin Demirtaş c. Turquie (N°2)*, 20 novembre 2018, req. n° 14305/17, § 143 ; Cour EDH, GC, Affaire *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, 31 janvier 2019, req. n°78103/14, § 119 ; Cour EDH, Affaire *Muhammad Saqawat c. Belgique*, 30 juin 2020, req. n°54962, § 45.

¹⁹⁴Cour EDH, Affaire *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, req. n°8691/79, § 67 ; Cour EDH, Affaire *Andruliewicz c. Pologne*, 3 avril 2007, req. n°43120/05, § 19 ; Cour EDH, Affaire *Przyjemski c. Pologne*, 5 octobre 2010, req. n°6820/07, § 25 ; Cour EDH, Affaire *Bereza c. Pologne*, 19 octobre 2010, req. n°42332/06, § 29 ; Cour EDH, déc., Affaire *Romanazzi et autres c. Italie*, 4 novembre 2014, req. n°18931/09, § 34 ; Cour EDH, Affaire *Aydoğan Et Dara Radyo Televizyon Yayincilik Anonim Sirketi c. Turquie*, 13 février 2018, req. n°12261/06, § 42 ; Cour EDH, Affaire *Baydemir c. Turquie*, 13 juin 2023, req. n°234456/18, § 49.

d'une loi, et sa qualité : en effet, il ne suffit pas de légiférer, il faut légiférer de manière conventionnelle, à savoir en se conformant aux standards de protection conventionnels incluant l'État de droit.

De même, les développements normatifs de l'État de droit fourmillent au sein des articles 6 et 13. En particulier, le respect du procès équitable semble en composer la pierre angulaire. La Cour EDH a précisé qu'en tant que « garant de la justice, valeur fondamentale dans un État de droit, [l'action du pouvoir judiciaire] a besoin de la confiance des citoyens pour prospérer »¹⁹⁵. Cette confiance passe par le respect du droit à un tribunal¹⁹⁶ ou encore le caractère « effectif en pratique comme en droit »¹⁹⁷ du recours exigé par l'article 13. De même, la bonne administration de la justice constitue un « élément de l'État de droit »¹⁹⁸ et la sécurité juridique un des « principes fondamentaux de l'État de droit »¹⁹⁹. L'affaire *Hornsby c. Grèce* a, par ailleurs, rendu obligatoire l'application des décisions de justice en se fondant sur l'État de droit. Les droits procéduraux s'incarnent aussi dans l'exigence d'enquête effective²⁰⁰ dont, « en certaines circonstances[,] l'absence [...] constituerait une atteinte à l'État de droit »²⁰¹. Dans l'impossibilité d'être exhaustif, il faut mentionner toute la jurisprudence de la Cour EDH sur les qualités d'impartialité et d'indépendance des juges²⁰²,

¹⁹⁵ Cour EDH, Affaire *Prager et Oberschlick c. Autriche*, 26 avril 1995, req. n°15974/90, § 34 ; Cour EDH, déc., Affaire *Lolo c. Pologne*, 11 mars 2014, req. n°11503/12, § 31 ; Cour EDH, Affaire *Mustafa Erdogan et autres c. Turquie*, 27 mai 2014, req. n°346/04, § 42 ; Cour EDH, déc., Affaire *Meslot c. France*, 9 janvier 2018, req. n°50538/12, § 41 ; Cour EDH, Affaire *Miljević c. Croatie*, 25 juin 2020, req. n°68317/13, § 53.

¹⁹⁶ Cour EDH, Plénière, Affaire *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, req. n°4451/70, § 34 ; Cour EDH, Affaire *Sotiris et Nikos Koutras Attee c. Grèce*, 16 novembre 2000, req. n°39442/98, § 14 ; Cour EDH, Affaire *Miu c. Roumanie*, 6 novembre 2012, req. n°7088/03, § 25 ; Cour EDH, déc., Affaire *Skorobogatov c. Russie*, 19 janvier 2021, req. n°76598/14, §§ 25-27 ; Cour EDH, Affaire *Ali Riza c. Suisse*, 22 novembre 2021, req. n°74989/11, § 72.

¹⁹⁷ Cour EDH, Affaire *Menteş et autres c. Turquie*, 28 novembre 1997, req. n°23186/94, § 89 ; Cour EDH, GC, Affaire *Ilhan c. Turquie*, 27 juin 2000, req. n°22277/93, § 97 ; Cour EDH, Affaire *Demirel et autres c. Turquie*, 24 juillet 2007, req. n°75512/01, § 24 ; Cour EDH, Affaire *D. M. c. Grèce*, 16 février 2017, req. n°44559/15, § 44 ; Cour EDH, Affaire *Association Innocence en danger et Association Enfance et Partage c. France*, 4 juin 2020, req. n°15343/15 et al., § 193.

¹⁹⁸ Cour EDH, Affaire *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, req. n°18357/91, § 41 ; Cour EDH, Affaire *Lemke c. Turquie*, 5 juin 2007, req. n°17381/02, § 42 ;

¹⁹⁹ Cour EDH, GC, Affaire *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*, 25 mai 2021, req. n°58170/13 et al., § 251 ; Cour EDH, GC, Affaire *Centrum för Rättvisa c. Suède*, 25 mai 2021, req. n°35252/08, § 140.

²⁰⁰ Cour EDH, Affaire *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, req. n°18984/91, § 161 ; Cour EDH, GC, Affaire *Çakici c. Turquie*, 8 juillet 1999, req. n°23657/94, § 86 ; Cour EDH, GC, Affaire *Nachova et autres c. Bulgarie*, 6 juillet 2005, req. n°43577/98 et al., § 110 ; Cour EDH, GC, Affaire *Ramsahai et autres c. Pays-Bas*, 15 mai 2007, req. n°52391/99, § 321 ; Cour EDH, Affaire *Machalikashvili et autres c. Géorgie*, 19 janvier 2023, req. n°32245/19, § 71.

²⁰¹ C. HUSSON-ROCHCONGAR, *op. cit.*, p. 194 ; Voir Cour EDH, Affaire *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, req. n°24746/94, § 108 et Cour EDH, Affaire *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, 14 mars 2002, req. n°46477/99, § 72.

²⁰² Voir Cour EDH, GC, Affaire *Denisov c. Ukraine*, 25 septembre 2018, req. n°76639/11, §§ 61-64 ; Cour EDH, GC, Affaire *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, 6 novembre 2018, req. n°55391/13 et al., §§ 153-156 ; Cour EDH, Affaire *Guðmundur Andri Astradsson c. Islande*, 1^{er} décembre 2020, req. n° 26374/18, § 232 ;

l'interdiction de la détention arbitraire qui constitue une atteinte à l'État de droit²⁰³ et le contentieux des extraditions qui contournent les droits des individus²⁰⁴ : par celle-ci, les droits procéduraux bénéficient d'une protection extensive qui ne cesse de s'étendre et de se préciser. Étant dans une phase de « *substantive embedding* »²⁰⁵ jusque les années 2010s, la Cour EDH suivait un

« *functional process aimed at progressively creating the necessary foundations for the realisation of the Convention's overarching institutional structure, so as to trigger the full engagement of the States Parties with their obligations under Article 1 of the Convention as the primary guarantors of human rights and freedoms subject to the supervision of the Strasbourg Court* »²⁰⁶.

L'État de droit n'échappe pas à cette période de développement substantiel. Au contraire, ce principe dynamique s'inscrit dans une logique de « redéfinition permanente »²⁰⁷ et pose les jalons de nouvelles modalités du contrôle européen, à savoir le contrôle du contrôle.

Concernant l'État de droit en tant que principe axiologique, sa mobilisation tend à créer une « contrainte politique »²⁰⁸ vers la démocratie. Ce penchant se perçoit aisément dans l'arrêt *Hirst c. Royaume-Uni* dans lequel elle souligne « que les droits garantis [...] sont cruciaux pour l'établissement et le maintien des fondements d'une véritable démocratie régie par l'État de droit »²⁰⁹. Ainsi, le principe est distillé au sein des différents droits garantis. L'exemple le

Cour EDH, Affaire *Dolińska-Ficek et Ozimek c. Pologne*, 8 novembre 2021, req. n°49868/19 et al., § 316 ; Cour EDH, GC, Affaire *Grzęda c. Pologne*, 15 mars 2022, req. n°43572, § 301.

²⁰³Cour EDH, Affaire *Baranowski c. Pologne*, 28 mars 2000, req. n°28358/95, § 52 ; Cour EDH, Affaire *Ječius c. Lituanie*, 31 juillet 2000, req. n° 34578/97, § 62 ; Cour EDH, Affaire *Melnikova c. Russie*, 21 juin 2007, req. n°24552/02, §§ 53-56 ; Cour EDH, Affaire *Fursenko c. Russie*, 24 avril 2008, req. n°26386/02, §§ 77-79 ; Cour EDH, Affaire *Petr Ponomarev c. Russie*, 10 juin 2010, req. n°35411/05, § 29 ; Cour EDH, Affaire *Lebedev c. Russie*, 25 juillet 2013, req. n°4493/04, §§ 52-59 ; Cour EDH, Affaire *Gal c. Ukraine*, 16 avril 2015, req. n°6759/11, § 41 ; Cour EDH, Affaire *Bogosyan c. Russie*, 9 janvier 2018, req. n°47230/11, § 15 ; Cour EDH, Affaire *Karimbayev c. Russie*, 31 mars 2022, req. n°26627/05, § 19.

²⁰⁴Cour EDH, Affaire *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, 17 janvier 2012, req. n° 8139/09, § 200 ; Cour EDH, Affaire *Babar Ahmad et autre c. Royaume-Uni*, 10 avril 2012, req. n°24027/07 et al., § 145 ; Cour EDH, GC, Affaire *El-Masri c. L'Ex-République Yougoslave de Macédoine*, 13 décembre 2012, req. n°39630/09, § 239 ; Cour EDH, Affaire *Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne*, 24 juillet 2014, req. n°7511/13, § 452 ; Cour EDH, Affaire *Al Nashiri c. Pologne*, 24 juillet 2014, req. n°28761/11, § 455 ; Cour EDH, Affaire *Nasr et Ghali c. Italie*, 23 février 2016, req. n°44883/09, § 244 ; Cour EDH, Affaire *Al Nashiri c. Roumanie*, 31 mai 2018, req. n°33234/12, § 596.

²⁰⁵R. SPANO (2018), *op. cit.*, p. 475.

²⁰⁶*Ibidem*, p. 475.

²⁰⁷C. HUSSON-ROCHCONGAR, *op. cit.*, p. 1.

²⁰⁸*Ibidem*, p. 197.

²⁰⁹Cour EDH, Affaire *Hirst c. Royaume-Uni (n°2)*, 6 octobre 2005, req. n°74028/01, § 58 ; Cour EDH, Affaire *Albanese c. Italie*, 23 mars 2006, req. n°77924/01, § 44 ; Cour EDH, Affaire *Campagnano c. Italie*, 23 mars 2006, req. n°77955/01, § 44 ; Cour EDH, Affaire *Vitiello c. Italie*, 23 mars 2006, req. n°77962/01, § 38 ; Cour EDH, Affaire *Vertucci c. Italie*, 29 juin 2006, req. n°29871/02, § 41 ; Cour EDH, Affaire *Vincenzo Taiani c. Italie*, 13 juillet 2006, req. n°3638/02, § 30 ; Cour EDH, Affaire *Yumak et Sadak c. Turquie*, 30 janvier 2007, req. n°10226/06, § 59 ; Cour EDH, Affaire *Davydov et autres c. Russie*, 30 mai 2017, req. n°75947/11, § 272.

plus criant est le contentieux relatif à l'article 10 consacrant la liberté d'expression. Dans l'affaire *Selahattin Demirtaş c. Turquie*, elle n'hésite pas à affirmer que les « élections libres et la liberté d'expression, notamment la liberté du débat politique, constituent l'assise de tout régime démocratique »²¹⁰ faisant le lien avec le fait qu'une « véritable démocratie [soit] régie par la prééminence du droit »²¹¹ (ici entendu comme l'État de droit). En cela, l'État de droit au sens démocratique trouve une assise juridique dans le fait que la liberté d'expression soit une de ses composantes. Parfois, la Cour EDH est plus directe et transversale en énonçant que la « société démocratique [...] domine la Convention tout entière »²¹², ce qui interpelle en ce sens que l'État de droit la domine tout autant par analogie. Par cet usage polysémique, la Cour EDH favorise – et essaye de garantir – la diffusion et le maintien d'un régime démocratique au sein du Conseil de l'Europe : « l'État de droit ne peut être respecté hors d'un cadre démocratique »²¹³.

L'État de droit recouvre également la protection des droits fondamentaux : « dans sa dimension matérielle, l'État de droit s'attache à la réalisation de certaines valeurs par le droit ; il s'agit principalement du respect des droits fondamentaux »²¹⁴. Ainsi, la boucle est bouclée : l'État de droit signifie autant la mise en place de droits procéduraux, d'un régime démocratique que le développement de droits de l'Homme substantiels, créant ainsi un cercle vertueux. En effet, « l'essence du système de protection »²¹⁵ se situe dans la démocratie et l'État de droit. Ces notions se superposant, on en arrive à l'idée qu'un État de droit est un État qui garantit la sauvegarde des droits fondamentaux. En ce sens, l'État de droit « semble donc aujourd'hui mis au service de l'expansion d'un contrôle supra-étatique de la protection des droits de l'Homme »²¹⁶, et donc au service de mutations du contrôle européen.

²¹⁰ Cour EDH, Affaire *Selahattin Demirtaş c. Turquie*, 22 décembre 2020, req. n° 14305/17, § 383.

²¹¹ *Ibidem*, § 382.

²¹² Cour EDH, Affaire *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, req. n° 9815/82, § 42 ; Cour EDH, Plénière, Affaire *Oberschlick c. Autriche*, 23 mai 1991, req. n° 11662/85, § 58 ; Commission EDH, Affaire *Haider c. Autriche*, 18 octobre 1995, req. n° 25060/94, § b ; Cour EDH, Affaire *Keller c. Hongrie*, 4 avril 2006, req. n° 33352/02, § The Law ; Cour EDH, Affaire *Malisiewicz-Gąsior c. Pologne*, 6 avril 2006, req. n° 43797/98, § 64 ; Cour EDH, Affaire *Lyashko c. Ukraine*, 10 août 2006, req. n° 21040/02, § 41 ; Cour EDH, Affaire *Cheltsova c. Russie*, 13 juin 2017, req. n° 44294/06, § 95.

²¹³ C. HUSSON-ROCHCONGAR, *opt. cit.*, p. 208 ; Voir Cour EDH, GC, Affaire *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*, 30 janvier 1998, req. n° 19392/92, § 45 ; Cour EDH, Affaire *Melnitchenko c. Ukraine*, 19 octobre 2004, req. n° 17707/02, § 53 ; Cour EDH, Affaire *Vona c. Hongrie*, 9 juillet 2013, req. n° 35943/10, § 53 ; Cour EDH, Affaire *Fondation Zehra et autres c. Turquie*, 10 juillet 2018, req. n° 51595/07, § 49 ; Cour EDH, Affaire *Altinkaynak et autres c. Turquie*, 15 janvier 2019, req. n° 12541/06, § 29 ; Cour EDH, Affaire *Associazione Politica Nazionale Lista Marco Pannella et Radicali Italiani c. Italie*, 31 août 2021, req. n° 20002/13, § 79.

²¹⁴ C. ROMAINVILLE, *opt. cit.*, p. 2.

²¹⁵ C. HUSSON-ROCHCONGAR, *op. cit.*, p. 208.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 209.

§ 2. – Le conditionnement de la mise en oeuvre du principe de subsidiarité au respect du principe d'État de droit

Une grande partie de la doctrine consent à voir dans le principe de subsidiarité, une « justification »²¹⁷ ou un fondement du contrôle du contrôle. Néanmoins, peu d'auteurs ont soulevé la spécificité du fondement principal du contrôle du contrôle : celui-ci repose sur une interdépendance du respect et de la mise en œuvre des principes de subsidiarité et d'État de droit. Cette interaction n'a rien d'évident : la juge turque Saadet Yüksel souligne que « *[a]t times, the principle of subsidiarity seems at odds with [...] the rule of law* »²¹⁸. En effet, le principe d'État de droit implique que la Cour EDH contrôle précisément le processus décisionnel des États membres et le contrôle du respect d'un certain nombre de valeurs dans son volet axiologique. Il en découle, *a priori*, un contrôle étendu, à la fois procédural et substantiel élevant les probabilités que la Cour EDH substitue son appréciation à celle des autorités nationales.

Pourtant, cette interaction est sous-tendue par les États membres lors des Conférences intergouvernementales concernant les réformes institutionnelles du système conventionnel européen. Depuis 2010, toutes les déclarations adoptées²¹⁹ par les États rappellent l'interdépendance entre le mécanisme de contrôle de la Convention EDH et les autres activités du CE, concernant les droits de l'homme, l'État de droit et la démocratie, allant de la simple référence à l'article 3 de son Statut à la déclaration selon laquelle « [le] système de la Convention a apporté une immense contribution à la protection et au développement des droits de l'homme et de l'État de droit en Europe »²²⁰. Le lien entre le système conventionnel et l'État de droit est établi, toutefois il n'est pas récent ni réellement évocateur d'une interaction avec le principe de subsidiarité à ce stade. Les nombreux et systématiques rappels de l'importance et de l'attachement au droit de recours individuel²²¹ permettent d'amorcer l'interaction entre les deux principes. Tout l'enjeu de ces conférences étant d'alléger la surcharge du prétoire de la Cour, la solution de la subsidiarité ne saurait fonctionner sans un droit au recours individuel fonctionnel et effectif. En filigrane, s'il est plaidé une responsabilité partagée et une certaine déférence pour les autorités nationales, c'est parce que

²¹⁷ E. BREMS, *op. cit.*, in J. GERARDS, E. BREMS (dir.), *op. cit.*, p. 22.

²¹⁸ S. YÜKSEL, *op. cit.*, in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *op. cit.*, p. 776.

²¹⁹ CE, Déclaration d'Interlaken, 2010, Préambule § PP3 ; CE, Déclaration de Brighton, 2012, § 8 ; CE, Déclaration de Bruxelles, 2015, § PP3.

²²⁰ CE, Déclaration de Copenhague, 2018, § 2.

²²¹ CE, Déclaration d'Interlaken, 2010, Préambule § 1 ; CE, Déclaration d'Izmir, 2011, A §§ 1-5 ; CE, Déclaration de Brighton, 2012, §§ 2, 13, 17 et 31 ; CE, Déclaration de Bruxelles, 2015, §§ PP1, PP8 et 1 ; CE, Déclaration de Copenhague, 2018, §§ 1 et 48 .

ces dernières se conformeraient à l'État de droit.

Le lien entre subsidiarité et État de droit est devenu explicite au travers des développements récents de la Cour EDH sur la notion de « tribunal établi par la loi » découlant de l'article 6 § 1 de la Convention, conçue comme le « [reflet du] principe de la prééminence du droit »²²². A ce titre, l'affaire *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande* enracine cette interaction expressément en 2020. Approfondissant la notion d'État de droit, elle a élevé le droit au tribunal établi par la loi au rang de droit autonome²²³ pour la première fois, et a approfondi et défini chaque concept. L'affaire concernait la participation d'un juge dont la nomination avait été viciée par l'intervention injustifiée de l'exécutif en l'absence de contrôle juridictionnel et de redressement effectif. En effet, bien que la Cour Suprême eût constaté l'irrégularité de la nomination, celle-ci avait été jugée comme n'étant pas de nature à entraîner l'annulation de la nomination en violation flagrante du droit interne. Le cœur du problème était, dans le cadre du contrôle européen, de déterminer les conséquences conventionnelles de telles violations du droit interne, à savoir, est-ce que ces violations avaient violé le droit à un tribunal établi par la loi (article 6 § 1). La problématique pose, plus largement, la question de l'étendue du contrôle européen et du périmètre de la subsidiarité, marquant d'ores et déjà un lien entre ce principe et l'État de droit. Cela est aisément visible à la défense optée par le gouvernement islandais : celui-ci critique l'arrêt de chambre en rappelant qu'en vertu du principe de subsidiarité, il ne revient pas à la Cour EDH de contrôler la conformité d'une décision interne au droit interne. Néanmoins, il faut rappeler que le contrôle de la Cour, conformément au principe de subsidiarité, implique d'apprécier l'entièreté du comportement étatique pour établir si la responsabilité internationale peut être engagée. La Cour EDH rappelle :

« À cet égard, la Cour est consciente du rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la Convention, selon lequel c'est en premier lieu aux Parties contractantes qu'il incombe de garantir le respect des droits et libertés définis dans la Convention et ses Protocoles [...]. Elle note également que le principe de subsidiarité implique toutefois une responsabilité partagée entre les États parties et la Cour, et que les autorités et juridictions nationales doivent interpréter et appliquer le droit interne d'une manière qui donne plein effet à la Convention (voir, en particulier, les références aux Conférences et Déclarations d'İzmir et de Brighton dans l'arrêt *Burmych et autres c. Ukraine* (radiation) [GC], nos

²²² Cour EDH, GC, Affaire *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, 1er décembre 2020, req. n°26374/18, § 211.

²²³ *Ibidem*, § 231.

46852/13 et al., §§ 120-122, 12 octobre 2017). Il s'ensuit donc que, si c'est au premier chef aux autorités nationales, et notamment aux tribunaux, qu'il revient d'interpréter et d'appliquer le droit interne, c'est en dernier ressort à la Cour de dire si la manière dont ce droit est interprété et appliqué entraîne des conséquences conformes aux principes de la Convention »²²⁴.

L'appréciation du comportement étatique, conformément au principe de subsidiarité, implique, parfois, d'examiner si les autorités nationales ont appliqué et interprété le droit interne de manière conventionnelle. En toute logique alors, « lorsqu'elle recherche s'il y a eu atteinte aux règles internes pertinentes dans une affaire donnée, la Cour EDH s'en remet en principe à l'interprétation et à l'application du droit interne par les juridictions nationales, *sauf si leurs conclusions sont arbitraires ou manifestement déraisonnables* »²²⁵ (accentuation de l'autrice). Ce vocabulaire n'est pas nouveau dans le système européen²²⁶, toutefois la terminologie reste intéressante : elle évoque précisément les tenants et aboutissants de l'État de droit, à savoir la lutte contre l'arbitraire²²⁷. L'articulation de cet apport démontre que le principe de subsidiarité – au sens de l'exercice de déférence envers les autorités nationales – n'est exercé qu'à *condition* que les autorités nationales se soient conformées aux exigences tirées de l'article 6 § 1, soit de l'État de droit. Dans cette hypothèse inédite et particulière, la Cour EDH a développé un test en trois temps cumulatifs permettant de caractériser la gravité, à savoir 1) l'identification d'une violation manifeste du droit interne ; 2) l'analyse de la violation à la lumière de l'objet et du but de l'exigence d'un tribunal établi par la loi « de manière à préserver ainsi la prééminence du droit et la séparation des pouvoirs »²²⁸ ; 3) le contrôle qu'ont opéré les juridictions nationales, le cas échéant, sur la question des conséquences juridiques d'une atteinte au droit interne. Ce test vise expressément le contrôle de la conformité au principe de d'État de droit dans sa deuxième étape, conditionnant ainsi quelle déférence (au titre de la subsidiarité) accorder aux autorités nationales dans le cadre de la troisième étape.

L'interdépendance des deux principes, irriguant le contrôle du contrôle, est posée a été

²²⁴ *Ibidem*, § 250.

²²⁵ *Ibidem*, § 251.

²²⁶ Cour EDH, Affaire *Bochan c. Ukraine* (N° 2), 5 février 2015, req. n°22251/08, § 61 ; Cour EDH, GC, Affaire *De Tommaso c. Italie*, 23 février 2017, req. n°43395/09, § 170 ; Cour EDH, GC, Affaire *Moreira Ferreira c. Portugal* (n°2), 11 décembre 2017, req. n°19867/12, § 83 ; Cour EDH, GC, Affaire *Zubac c. Croatie*, 5 avril 2018, req. n°40160/12, § 79 ; Cour EDH, GC, Affaire *López Ribalda et autres c. Espagne*, 17 octobre 2019, req. n°1874/13 et al., § 149 ; Cour EDH, Affaire *Paixão Moreira Sá Fernandes c. Portugal*, 25 février 2020, req. n°78108/14, § 70.

²²⁷ Voir supra. n°194.

²²⁸ *Ibidem*, § 246.

maintenue et approfondie au travers du contentieux polonais²²⁹ concernant l'article 6 § 1 et les réformes judiciaires. A titre illustratif, l'affaire *Grzęda c. Pologne* pousse celle-ci en visant expressément les principes de subsidiarité²³⁰ et de prééminence du droit²³¹ comme principes « sous-tend[us] dans son ensemble comme dans chacune de ses dispositions »²³². La Cour EDH soulève, dans le paragraphe rappelant le principe de subsidiarité et la responsabilité partagée, que « [à] cet égard, la Cour EDH souligne que le système de la Convention ne peut fonctionner correctement en l'absence de juges indépendants. Ainsi, la mission qu'ont les Parties contractantes de garantir l'indépendance de la justice revêt une importance cruciale »²³³. L'indépendance des juges, constituant l'une des garanties procédurales centrales à l'État de droit, une nouvelle fois, la Cour EDH conditionne la mise en œuvre de la subsidiarité au respect de l'État de droit. Cette logique est frontalement confirmée dans l'affaire *Bilgen c. Turquie* : « *It would be a fallacy to assume that judges can uphold the rule of law and give effect to the Convention if domestic law deprives them of the guarantees of the Articles of the Convention on matters directly touching their individual independence and impartiality* »²³⁴. La sentence est posée : si les juges ne sont pas en condition pour se conformer à l'État de droit, ils sont *de jure* et *de facto* dans l'impossibilité de donner effet à la Convention si bien que cette incapacité implique une impossibilité de mettre en œuvre le principe de subsidiarité. Cela est explicitement confirmé par les acteurs de la Cour EDH : la juge maltaise Lorraine Schembri Orland confirme que

« *Once the rule of law is undeniably proclaimed to be at the very core of the Convention, the collaboration between the national organs and the Court must, of necessity, be based on the respect for what is a fundamental European standard. This is an implicit precondition for the Court to apply the subsidiarity principle* »²³⁵.

De même, l'ancien Président Robert Spano avait plaidé cette interaction de manière implicite : « *Subsidiarity is not realistic without strong, independent and impartial domestic*

²²⁹Voir Cour EDH, Affaire *Xero Flor w Polsce sp. z. o. o. c. Pologne*, 5 mai 2021, req. n°4907/18 ; Cour EDH, Affaire *Broda et Bojara c. Pologne*, 29 juin 2021, req. n° 26691/18 et al. ; Cour EDH, Affaire *Reczkowicz c. Pologne*, 22 juillet 2021, req. n°43447/19 ; Cour EDH, GC, Affaire *Grzęda c. Pologne*, 15 mars 2022, req. n°43572 ; Cour EDH, Affaire *Zurek c. Pologne*, 16 juin 2022, req. n°39650/18.

²³⁰Cour EDH, GC, Affaire *Grzęda c. Pologne*, 15 mars 2022, req. n°43572, § 324.

²³¹*Ibidem*, § 341.

²³²*Ibidem*.

²³³*Ibidem*, § 324.

²³⁴Cour EDH, Affaire *Bilgen c. Turquie*, 9 mars 2021, req. n°1571/07, § 79.

²³⁵L. SCHEMBRI ORLAND, « The Rule of Law and Subsidiarity – The ECtHR – The Gatekeeper of the Rule of Law Through Its Power of Review on the Basis of “A Tribunal Established by Law” », in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *op. cit.*, p. 621.

courts which function within a national system that is governed by the rule of law »²³⁶. Enfin, la greffière de la Cour, Marialena Tsirli, avait elle-aussi indiqué que « *Inherent in the notion of subsidiarity embraced by the Court is, therefore, a sort of rule of law conditionality that reserves deference only in circumstances where the relevant national structures fully incorporate this fundamental principle underlying the Convention system* »²³⁷.

En conclusion, le contrôle du contrôle repose sur deux fondements principaux : la subsidiarité et l'État de droit, selon une impulsion étatique au moyen de conférences intergouvernementales et une appropriation jurisprudentielle consacrant l'interdépendance des deux principes.

CHAPITRE 2. – LES FONDEMENTS CONVENTIONNELS

La mise en œuvre du contrôle du contrôle implique l'existence d'un corpus normatif au regard duquel la Cour EDH peut exercer son pouvoir d'appréciation du comportement étatique. Terminologiquement, la référence aux « droits processuels »²³⁸, opposés aux droits procéduraux, sera évincée en raison de l'impertinence de la « différence qualitative sous-entendue entre les termes »²³⁹. En outre, la référence aux « droits processuels »²⁴⁰ limiterait le propos à la tenue du procès de manière injustifiée, dans la mesure où les droits procéduraux s'appliquent à un domaine plus large – incluant notamment l'enquête –, à l'instar du contrôle du contrôle. Sera ainsi privilégiée la référence aux droits procéduraux textuels et aux droits procéduraux jurisprudentiels.

Il est remarquable que la mutation du contrôle européen implique l'observation spécifique de garanties procédurales textuelles (SECTION 1), approfondies par la consécration de garanties procédurales jurisprudentielles (SECTION 2).

²³⁶R. SPANO, « *The significance of the European Convention at the national level* », Stockholm, 28 octobre 2011, p. 5.

²³⁷M. TSIRLI, S. GURUS-TANYAR, « Upholding Human Rights and Rule of Law in the Age of Subsidiarity: The Case of *Guðmundur Andri Ástráðsson v. Island* », in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *op. cit.*, p. 742.

²³⁸J. F. FLAUSS, « Actualité de la Convention des droits de l'homme (septembre 2003-janvier 2004) », *AJDA*, spéc., 2004, p. 534.

²³⁹N. LE BONNIEC, *op. cit.*, o. 78.

²⁴⁰J. F. FLAUSS, *op. cit.*, p. 534.

SECTION 1. – LA VÉRIFICATION DU RESPECT DES GARANTIES PROCÉDURALES TEXTUELLES

Le corps normatif conventionnel, incluant des garanties spécifiquement procédurales, traduit l'intérêt des États-membres pour la protection des procédures. Le contrôle du contrôle implique ainsi l'appréciation du respect de garanties et droits procéduraux textuels (§ 1), étant toutefois quelque peu limités (§ 2).

§ 1. – Le contrôle de garanties et de droits procéduraux textuels classiques

Comme le souligne justement Leonie Huijbers, « *Process-based review and the definition and application of procedural standards seem to go hand-in-hand. In a way, it may be said that there is a 'circular relationship' between courts' procedural assessment and their activity in applying procedural standards* »²⁴¹.

Dès lors, cette assomption suppose l'identification d'un corpus normatif édictant des obligations ayant spécifiquement trait aux obligations procédurales. Ces dernières se définissent comme :

« la mise en place d'une procédure effective et accessible en vue de protéger [le droit substantiel] et notamment la création d'un cadre réglementaire instaurant un mécanisme judiciaire et exécutoire destiné à protéger les droits des individus et la mise en œuvre, le cas échéant, de mesures spécifiques »²⁴².

Au premier rang des obligations procédurales textuelles, figurent les obligations tirées de la Convention elle-même. Il s'agit de la norme fondamentale en matière de protection des droits de l'homme au sein du CE, et de l'objet normatif du contrôle de la Cour EDH. Toute la Convention EDH ne consacre pas de droits procéduraux de manière expresse. Les dispositions spécifiquement procédurales sont limitées à trois articles : les article 5²⁴³ (le

²⁴¹L. HUIJBERS, *op. cit.*, p. 235.

²⁴²Cour EDH, GC, Affaire *A. B. C. c. Irlande*, 16 décembre 2010, req. n°25579/05, § 245.

²⁴³L'article 5 prévoit une batterie de garanties pour les personnes privées de liberté. A ce titre, une privation de liberté n'est conventionnelle que si l'État respecte l'exigence de condamnation antérieure (Cour EDH, Plénière, Affaire *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, req. n°5100/71 et al., § 68 ; Cour EDH, Affaire *Galstyan c. Arménie*, 15 novembre 2007, req. n°26986/03, § 46 ; Cour EDH, GC, Affaire *Del Rio Prada c. Espagne*, 21 octobre 2013, req. n°42750/09, § 125), observe les garanties pour des privations de liberté spécifiques (Cour EDH, Affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, req. n°13178/03, § 100 concernant les mineurs ; Cour EDH, Affaire *Enhorn c. Suède*, 25 janvier 2005, req. n°56526, § 43 concernant les malades ; Cour EDH, GC, Affaire *Saadi c. Royaume-Uni*, 29 janvier 2008, req. n°13229, §§ 64-66 concernant les étrangers) et respecte les droits des détenus : droit à la communication des motifs de l'arrestation

droit à la liberté et la sûreté) ; article 6²⁴⁴ (le droit à un procès équitable) et article 13²⁴⁵ (le droit au recours effectif). Dans une logique conventionnelle, ces articles consacrent des obligations procédurales tant négatives que positives à destination des États-membres. Par définition, ils ont donc une obligation de s'abstenir (obligation négative) de porter atteinte de manière disproportionnée aux garanties et droits procéduraux ; mais en outre, ils ont des obligations d'agir (obligation positive), mettant à leur charge de prendre des mesures pour que les garanties et droits procéduraux soient mis en oeuvre²⁴⁶. Il s'agit des articles générant

(Cour EDH, GC, Affaire *Khlaifia et autres c. Italie*, 15 décembre 2016, req. n°16483/12, § 115), droit d'être aussitôt traduit devant un magistrat (Cour EDH, GC, Affaire *Aquilina c. Malte*, 29 avril 1999, req. n°25642/94, § 47), droit à être jugé dans un délai raisonnable (Cour EDH, Affaire *Selahattin Demirtaş c. Turquie*, 22 décembre 2020, req. n° 14305/17, § 290), droit à ce qu'un tribunal statue sur la légalité de la détention (Cour EDH, GC, Affaire *Mooren c. Allemagne*, 9 juillet 2009, req. n°11364/03, § 106) ou encore le droit à réparation en cas de détention illégale (Cour EDH, GC, Affaire *A. et autres c. Royaume-Uni*, 19 février 2009, req. n°3455/05, § 229).

²⁴⁴ L'article 6 contient les garanties les plus foisonnantes : son applicabilité se divisant en deux notions autonomes, à savoir les matières civile (Cour EDH, GC, Affaire *Grzęda c. Pologne*, 15 mars 2022, req. n°43572, § 287) et pénale (Cour EDH, GC, Affaire *Blokhin c. Russie*, 23 mars 2016, req. n°47152/06, § 179), il consacre une multitude de garanties et de droits procéduraux généraux et spécifiques à la matière invoquée. Il faut mentionner le droit à un tribunal « établi par la loi » (Cour EDH, Affaire *Jorgic c. Allemagne*, 12 juillet 2007, req. n°74613/01, § 64), l'indépendance et l'impartialité des juges (Cour EDH, Affaire *Findlay c. Royaume-Uni*, 25 février 1997, req. n°22107/93, § 73), le respect du délai raisonnable (Cour EDH, Affaire *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, req. n°2122/64, § 18), le respect du contradictoire et de l'égalité des armes (Cour EDH, GC, Affaire *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, req. n°46221/99, § 140), le respect de la séparation des pouvoirs (Cour EDH, GC, Affaire *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, 1er décembre 2020, req. n°26374/18, §§ 232-233), le respect de la publicité du procès (Cour EDH, Affaire *Riepan c. Autriche*, 14 novembre 2000, req. n°35115/97, § 27), l'obligation d'exécution des arrêts (Cour EDH, GC, Affaire *Assanidzé c. Géorgie*, 8 avril 2004, req. n°71503/01, § 181), la prévisibilité des arrêts (Cour EDH, GC, Affaire *Zubac c. Croatie*, 5 avril 2018, req. n°40160/12, § 88), le raisonnement suffisant des arrêts (Cour EDH, GC, Affaire *García Ruiz c. Espagne*, 21 janvier 1999, req. n°30544/96, § 26), l'accès gratuit à l'aide juridictionnelle (Cour EDH, Affaire *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, §§ 26-28) et notamment l'harmonisation de la jurisprudence (Cour EDH, Affaire *Çelebi et autres c. Turquie*, 9 février 2016, req. n°582/05, § 66). Ces garanties permettent de remplir l'objectif d'équité procédurale découlant du standard européen du procès équitable (Cour EDH, GC, Affaire *Moreira Ferreira c. Portugal (No. 2)*, 11 juillet 2017, req. n°19867/12, § 67). Des garanties plus spécifiques existent également. En matière pénale, les États doivent assurer le droit à la présomption d'innocence (Cour EDH, GC, Affaire *Allen c. Royaume-Uni*, 12 juillet 2013, req. n°25424/09,

§ 93), les droits de la défense (Cour EDH, GC, Affaire *Sejdovic c. Italie*, 1^{er} mars 2006, req. n°56581/00, § 90) ou encore le rejet du déni de justice flagrant (Cour EDH, Plénière, Affaire *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req. n°14038/88, § 113).

²⁴⁵ Concernant l'article 13, ce dernier dispose d'une portée spécifique puisque le droit à un recours effectif est un droit-moyen, invocable uniquement en combinaison d'un autre droit substantiel aussi longtemps que le grief répond aux critères d'applicabilité. A savoir, la doléance doit être un grief défendable (Cour EDH, Plénière, Affaire *Boyle et Rice c. Royaume-Uni*, 27 avril 1998, req. n°9659/82 et al., § 52) devant une instance nationale (Cour EDH, Plénière, Affaire *Klass c. Allemagne*, 6 septembre 1978, req. n°5029/71, § 64) constitutive d'un recours effectif (Commission EDH, Affaire *Pine Valley Developments LTD et autres c. Irlande*, 3 mars 1989, req. n°12742/87, § 65-66). Son domaine est plus large que celle de l'article 6 : il trouve à s'appliquer dans des affaires ayant égard à des actes de l'administration ou du pouvoir exécutif (Cour EDH, Affaire *Al-Nashif c. Bulgarie*, 20 juin 2002, req. n°50963/99, § 137), des actes du pouvoir législatif (Cour EDH, Plénière, Affaire *Sunday Times c. Royaume-Uni (N°2)*, 26 novembre 1991, req. n°13166/87, § 61), des actes du pouvoir judiciaire (Cour EDH, Affaire *Konstas c. Grèce*, 24 mai 2011, req. n°53466/07, §§ 56-57) mais également des actes des personnes privées (Cour EDH, Affaire *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, 14 mars 2002, req. n°46477/99, § 101).

²⁴⁶ L. HUIJBERS, *op. cit.*, p. 235.

le plus ample contentieux : en 2022, ces articles concentraient plus de la moitié²⁴⁷ des violations constatées au sein du système conventionnel.

Les garanties procédurales textuelles interagissent aussi entre elles : à ce titre, l'affaire *Kudla c. Pologne* avait vu, pour la première fois, l'article 13 combiné à l'article 6. L'affaire concernait un ressortissant polonais dépressif placé en détention provisoire ayant formulé moult fois des demandes de mise en liberté qui furent systématiquement rejetées. L'enjeu de l'affaire concernait la durée excessive de la procédure judiciaire ainsi que l'absence de traitement psychiatrique adéquat en prison. Alors que de jurisprudence constante, la Cour avait considéré que lorsqu'une violation de l'article 6 était constatée (tel était le cas en l'espèce), il ne s'imposait pas à la Cour d'examiner les faits sous l'angle de l'article 13, ici, elle vérifie pour la première fois un grief tiré de l'article 13 combiné à 6. Pour cause, la recrudescence de requêtes²⁴⁸ dénonçant les durées excessives des procédures internes a mené la Cour à considérer qu'il incombait aux États, auquel cas, de fournir un recours effectif permettant de se plaindre d'une méconnaissance de l'obligation d'entendre la cause de l'intéressé dans un délai raisonnable²⁴⁹. Cette interaction particulière montre bel et bien que la protection des procédures et du droit des individus au recours effectif constituent une des pierres angulaires du système conventionnel : quand l'État de droit en constitue l'étoile polaire²⁵⁰, ce type d'interaction spécifique en constitue les constellations.

Au second rang des obligations procédurales textuelles, figurent les obligations tirées des Protocoles. Seul le Protocole n°7 en consacre explicitement au sein de ses article 1^{er}²⁵¹ (garanties procédurales en cas d'expulsion d'étrangers), article 2⁵² (droit à un double degré de juridiction en matière pénale), article 3²⁵³ (droit d'indemnisation en cas d'erreur judiciaire)

²⁴⁷ CE, « Violation par article et par État 2022 » [en ligne], in *Conseil de l'Europe*. Disponible sur <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Stats_violation_2022_FRA> (consulté le 11 juillet 2023).

²⁴⁸ Cour EDH, GC, Affaire *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, req. n°30210/96, § 148.

²⁴⁹ *Ibidem*, § 156.

²⁵⁰ R. SPANO (2021), *op. cit.*, p. 211.

²⁵¹ L'article 1er protège le droit de faire valoir les raisons motivant la contestation de l'expulsion (Cour EDH, Affaire *Lupsa c. Roumanie*, 8 juin 2006, req. n°10337/04, § 60), le droit à l'examen de sa situation (Cour EDH, Affaire *Kaushal et autres c. Bulgarie*, 2 septembre 2010, req. n°1537/08, § 49), ou encore le droit à la représentation (Cour EDH, GC, Affaire *Muhammad et Muhammad c. Roumanie*, 15 octobre 2020, req. n°80982/12, §§ 154-155).

²⁵² L'article 2 du Protocole vient compléter les garanties issues de l'article 6, en matière pénale, en consacrant le droit à un double degré de juridiction. Il pose l'obligation de consacrer un effet suspensif (Cour EDH, Affaire *Shvydka c. Ukraine*, 30 octobre 2014, req. n°17888/12, §§ 53-55) ou encore de fournir un recours effectif dans le cadre des procédures d'appel succédant aux condamnations *in absentia* (Cour EDH, Affaire *Krombach c. France*, 13 février 2001, req. n°29731/96, §§ 96-100.).

²⁵³ L'article 3 du Protocole vient compléter les garanties issues de l'article 6, en matière pénale, en consacrant le droit d'indemnisation en cas d'erreur judiciaire. L'article 3, quant à lui, consacre le droit à l'indemnisation en cas d'erreur judiciaire. Cette dernière doit résulter de la découverte d'un fait nouveau (Cour EDH, déc., Affaire

et article 4²⁵⁴ (droit à ne pas être jugé ou puni deux fois). Bien qu'au titre de l'article 7 du Protocole n°7, les articles qu'il consacre doivent être considérés comme « des articles additionnels à la Convention et [que] toutes les dispositions de la Convention s'appliquent en conséquence »²⁵⁵, il n'en demeure pas moins que la prise d'effet dudit Protocole reste soumise au consentement des États. En l'occurrence, il n'est pas possible d'affirmer promptement que les droits procéduraux issus de ce protocole font l'objet d'un contrôle-contentieux pour tous les États-membres en Europe, puisqu'il ne fait pas l'objet d'une ratification unanime. En effet, le Royaume-Uni n'a ni signé ni ratifié ledit protocole, si bien que les obligations qu'il consacre ne lui sont pas opposables.

Ces garanties procédurales textuelles incarnent le premier objet normatif du contrôle du contrôle européen à trois égards. D'abord, elles établissent les fondements textuels sur lesquels le juge européen se repose pour consacrer la logique de l'État de droit au sein du système conventionnel. Comme établi plus haut, les obligations consacrées sous l'égide de l'État de droit reposent principalement sur le fondement de l'article 6²⁵⁶ mais notamment sous l'angle des articles 5 au sujet du principe de légalité. Ensuite, elles établissent également le standard au regard duquel les États doivent se conformer pour espérer bénéficier de la déférence modulant l'amplitude du contrôle de la Cour eu égard au principe de subsidiarité. Les travaux préparatoires de la Convention EDH²⁵⁷ vont par ailleurs dans ce sens : la portée de l'article 13 est bel et bien de fournir un moyen aux individus d'obtenir le redressement de leur situation au rang national avant d'actionner le mécanisme international²⁵⁸. Dernièrement, si nous nous cantonnons au premier rang de définitions proposées par la doctrine concernant le contrôle du contrôle, à savoir notamment celle d'un contrôle qui « *increasingly focuses on the quality and transparency of the national procedures and judicial remedies that have been*

Camilleri c. Malte, 19 octobre 2021, req. n°16101/18, §§ 27-29) donnant lieu à l'infirmité d'une condamnation initiale (Cour EDH, GC, Affaire *Allen c. Royaume-Uni*, 12 juillet 2013, req. n°25424/09, § 72).

²⁵⁴ L'article 4 développe le principe *non bis in idem*, notion autonome (Cour EDH, GC, Affaire *Mihalache c. Roumanie*, 8 juillet 2019, req. n°54012/10) au sein du CE, plus précisément notamment dans le cadre des procédures combinant des aspects pénaux et disciplinaires (Commission EDH, déc., Affaire *Kremzow c. Autriche*, 7 novembre 1990, req. n°16417/90), tenant au droit des étrangers (Cour EDH, déc., Affaire *Davydov c. Estonie*, 31 mai 2005, req. n°16387), aux infractions mineures (Cour EDH, GC, Affaire *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009, req. n°14939/03), ou encore aux destitutions (Cour EDH, GC, Affaire *Paksas c. Lituanie*, 6 janvier 2011, req. n°34932/04).

²⁵⁵ Protocole n°7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales amendement le système de contrôle de la Convention, adopté à Strasbourg le 22 novembre 1984, entré en vigueur le 1er novembre 1981, article 7.

²⁵⁶ T. LAURAIRE, *op. cit.*, p. 254.

²⁵⁷ CE, *Recueil des Travaux préparatoires de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, volume 2, 1975-1985, pp. 485 et 490.

²⁵⁸ Cour EDH, GC, Affaire *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, req. n°30210/96, § 152.

used in relation to the disputed decision or rule »²⁵⁹, en réalité, nous pourrions arguer que le contrôle du contrôle a toujours existé aussi longtemps que le texte de la Convention a lui-même accordé une importance particulière aux procédures. Toutefois, force est de constater que la singularité de ce contrôle se fonde dans ses logiques principielles et son domaine bien plus large que les seuls champs d'application de ces articles.

§ 2. – L'insuffisance des garanties et droits procéduraux textuels

Bien que la protection proposée par les garanties procédurales textuelles offrent un premier corpus normatif à l'aune duquel la Cour peut apprécier le comportement étatique au travers d'un prisme procédural, très vite, se sont dessinées les limites desdites garanties.

La problématique se situe principalement dans le champ d'applicabilité des articles susmentionnés. En effet, les articles 5, 6 et 13 conditionnent l'invocabilité des droits qu'ils consacrent à un domaine précis et délimité. Par conséquent, ils ne trouvent pas à s'appliquer à tout type de procédure judiciaire, administrative ou encore délibérative. Pourtant, à titre de comparaison, l'Union Européenne (ci-après, UE) a consacré un champ d'application très large de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux de l'UE (ci-après CDFUE) incluant, par exemple, l'obligation pour l'administration, au sens général, de respecter des garanties procédurales spécifiques²⁶⁰. Dès lors, deux écueils sont à soulever : le champ d'application des articles laisse échapper certaines procédures classiques aux garanties qu'ils consacrent, et ne sont pas suffisamment malléables pour capter les nouveaux contentieux.

D'une part, concernant les procédures classiques, les champs d'applicabilité des articles susmentionnés faillissent à couvrir l'ensemble des procédures existantes dans l'ensemble des ordres juridiques nationaux. Nous l'avons mentionné : l'applicabilité de l'article 6 est bornée à deux notions autonomes, à savoir la matière pénale et la matière civile. Par conséquent, la matière civile exclut certaines procédures de la fonction publique²⁶¹, les procédures tenant au

²⁵⁹J. GERARDS, 'The European Court of Human Rights and the National Courts: Giving Shape to the Notion of "Shared Responsibility"', in: J. GERARDS, J. FLEUREN (dir.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECtHR in National Case-Law: A Comparative Analysis (Intersentia 2014)*, 2013, p. 52.

²⁶⁰CDFUE, 2000, article 41 § 2-3.

²⁶¹Cour EDH, GC, Affaire *Pellegrin c. France*, 8 décembre 1999, req. n°28541/95, § 66 ; Cour EDH, déc., Affaire *Lacombe c. France*, 21 mars 2000, req. n°44211/98, § 1 ; Cour EDH, déc., Affaire *Grass c. France*, 23 mars 2000, req. n°44066/98, § 1 ; Cour EDH, déc., Affaire *Laloussi-Kotsovos c. Grèce*, 19 décembre 2002, req. n°65430/01, § Sur le caractère civil du droit ; Cour EDH, GC, Affaire *Martinie c. France*, 12 avril 2006, req. n°58675/00, § 27.

contentieux du droit des étrangers²⁶², les procédures tenant à la taxation fiscale²⁶³, ou encore le contentieux électoral²⁶⁴. Concernant la matière pénale, celle-ci exclut les procédures concernant l'exécution des peines²⁶⁵.

Si le Protocole n°7 permet de renforcer certaines garanties de la matière pénale, leurs champs d'applicabilité restent aussi très restreints. D'abord, concernant le droit à un double degré de juridiction (article 2 du Protocole n°7), son champ d'applicabilité est en réalité similaire à celui de l'article 6 en matière pénale, puisque la notion d'« infraction pénale » visée par l'article correspond à la notion d'« accusation en matière pénale »²⁶⁶ de l'article 6, reprenant ainsi les critères dits *Engel*²⁶⁷. Toutefois, son applicabilité est d'autant plus restreinte que certaines procédures sont exonérées de la protection d'un tel droit : c'est notamment le cas des infractions mineures²⁶⁸. Ensuite, concernant le droit d'indemnisation en cas d'erreur judiciaire (article 3 du Protocole n°7), ce droit ne couvre pas non plus toutes les procédures puisqu'il exclut les procédures civiles et administratives²⁶⁹ et se borne à la matière pénale à l'instar du droit à ne pas être jugé ou puni deux fois (article 4 du Protocole n°7)²⁷⁰. Bien que l'article 13 se soit vu octroyé une certaine autonomisation, il n'en reste pas moins que son domaine est circonscrit à l'existence d'un recours effectif. Enfin, la même critique est à formuler pour l'article 5 qui se borne à octroyer des garanties procédurales uniquement dans le cadre de la liberté et de la sûreté (et donc le plus souvent, dans le cadre de la détention). L'article 1^{er} du Protocole n°7, pensé comme un palliatif à l'exclusion du contentieux des étrangers du champ de l'article 6, reste une protection très maigre. Bien qu'il consacre le droit des étrangers à être informé des raisons de leur expulsion et d'avoir accès aux

²⁶² Cour EDH, GC, Affaire *Maaouia c. France*, 5 octobre 2001, req. n°39652/98, §§ 36-40 ; Cour EDH, GC, Affaire *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, 4 février 2005, req. n°46827/99 et al., §§ 81-83 ; Cour EDH, déc., Affaire *Panjeheighalehei c. Danemark*, 13 octobre 2009, req. n°11230/07, § En droit ; Cour EDH, déc., Affaire *Dalea c. France*, 2 février 2010, req. n°964/07, § En droit.

²⁶³ Cour EDH, GC, Affaire *Ferrazzini c. Italie*, 12 juillet 2001, req. n°44759/98, § 29 ; Cour EDH, déc., Affaire *Mieg de Boofzheim c. France*, 3 décembre 2002, req. n°529/38/99, § En droit.

²⁶⁴ Cour EDH, Affaire *Pierre-Bloch c. France*, 21 octobre 1997, req. n°24194, § 50 ; Cour EDH, déc., Affaire *Refah Partisi (Parti de prospérité) et autres c. Turquie*, 3 octobre 2000, req. n°41340/98 et al., § En droit ; Cour EDH, déc., Affaire *Papon c. France*, 11 octobre 2005, req. n°344/04, § En droit ; Cour EDH, déc., Affaire *Geraguyun Khorhurd Patgamavorakan Akumb c. Arménie*, 14 avril 2009, req. n°11721/04, § En droit ; Cour EDH, Affaire *Lovrić c. Croatie*, 4 avril 2017, req. n°38458/15, § 55 ; Cour EDH, déc., Affaire *Cătănicu c. Roumanie*, 6 décembre 2018, req. n°22717/17, § 35.

²⁶⁵ Commission EDH, déc., Affaire *A. c. Autriche*, 7 mai 1990, req. n°16266/90, § En droit ; Cour EDH, déc., Affaire *Montcornet c. France*, 13 mai 2003, req. n°59290/00, § En droit ; Cour EDH, déc., Affaire *Szabo c. Suède*, 27 juin 2006, req. n°28578/03, § En droit.

²⁶⁶ Cour EDH, Affaire *Saquetti Iglesias c. Espagne*, 30 juin 2020, req. n°50514/13, § 22.

²⁶⁷ Cour EDH, Plénière, Affaire *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, req. n°5100/71 et al., §§ 82-83.

²⁶⁸ Cour EDH, Affaire *Saquetti Iglesias c. Espagne*, 30 juin 2020, req. n°50514/13, § 36.

²⁶⁹ Cour EDH, Affaire *Neigel c. France*, 17 mars 1997, req. n°18725/91, §§ 40-44.

²⁷⁰ CE, Rapport explicatif du Protocole No. 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, adopté à Strasbourg le 22 novembre 1984, § 32.

documents versés au dossier motivant la demande d'expulsion de ceux-ci, leur contenu est très circonscrit. Les étrangers ne peuvent que demander l'accès aux éléments factuels pertinents qui ont conduit l'autorité nationale compétente à considérer qu'ils représentaient une menace pour la sécurité nationale²⁷¹ et au contenu des documents et des informations du dossier de l'affaire sur lesquels ladite autorité s'est fondée pour décider l'expulsion²⁷². A titre comparatif, l'article 6 permet à la personne accusée d'être informée de la nature et de la cause de l'accusation portée à son encontre, et dispose du droit de consulter l'intégralité des pièces versées au dossier²⁷³.

D'autre part, concernant les nouveaux contentieux, les dispositions conventionnelles se sont montrées difficiles à manipuler dans le cadre des contentieux issus de changements sociétaux. Il s'agit principalement du cas des droits issus de la « quatrième génération de droit »²⁷⁴ définis comme des droits protecteurs face aux abus de la science. Nina Le Bonniec a identifié plusieurs contentieux problématiques : le contentieux des évolutions technologiques, incluant l'apparition d'activités dangereuses et l'utilisation de procédés industriels dangereux²⁷⁵, l'émergence de nuisances liées à l'activité humaine²⁷⁶, l'avancée en matière génétique²⁷⁷, l'avancée en matière médicale²⁷⁸, les nouvelles méthodes de surveillance secrète²⁷⁹ et le développement d'*Internet*²⁸⁰ ; l'esclavage moderne²⁸¹ ; ou encore l'enlèvement d'enfants²⁸². De nouveaux enjeux interrogent également sur l'applicabilité des articles garanties procédurales textuelles : ce fut notamment le cas du refus des demandes de rapatriement dans l'affaire *H. F. c. France* dans laquelle la Cour avait considéré que l'analyse de l'article 13 été

²⁷¹ Cour EDH, GC, Affaire *Muhammad et Muhammad c. Roumanie*, 15 octobre 2020, req. n°80982/12, § 129.

²⁷² *Ibidem*.

²⁷³ Cour EDH, GC, Affaire *Rowe et Davis c. Royaume-Uni*, 16 février 2000, req. n°28901/95, § 59 ; Cour EDH, Affaire *Moiseyev c. Russie*, 9 octobre 2008, req. n°62936/00, §§ 213-218 ; Cour EDH, Affaire *Rasmussen c. Pologne*, 28 avril 2009, req. n°38886/05, §§ 48-49 ; Cour EDH, Affaire *Leas c. Estonie*, 6 mars 2012, req. n°59577/08, § 76 ; Cour EDH, Affaire *Beraru c. Roumanie*, 18 mars 2014, req. n°40107/04, § 70.

²⁷⁴ Nina Le BONNIEC les définit comme étant des droits « qui doivent protéger la dignité humaine de certains abus de la science » (N. LE BONNIEC, *op. cit.*, p. 126). Cette catégorisation ne fait, en réalité, pas encore consensus au sein de la doctrine (S. MARCUS HELMONS, « La quatrième génération des droits de l'homme », in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Édition Bruylant, 2000, pp. 547-559 ; G. BENAR, « Vers des droits de l'homme de la quatrième dimension. Essai de classification et de hiérarchisation des droits de l'homme », in *Karel Vasak Amicorum Liber. Les droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Bruxelles, Édition Bruylant, 1999, pp. 75-114).

²⁷⁵ Voir Cour EDH, Affaire *McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, req. n°21825/93 et al. ; Cour EDH, GC, Affaire *Öneriyildiz c. Turquie*, 30 novembre 2004, req. n°48939/99.

²⁷⁶ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Hatton c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003, req. n°36022/97, § 104.

²⁷⁷ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, req. n°30562/04 et al.

²⁷⁸ Voir Cour EDH, Affaire *P. et S. c. Pologne*, 30 octobre 2012, req. n°57375/08.

²⁷⁹ Voir Cour EDH, Affaire *Lenev c. Bulgarie*, 4 décembre 2012, req. n°41452/07.

²⁸⁰ Voir Cour EDH, Affaire *K. U. c. Finlande*, 2 décembre 2008, req. n°2872/02.

²⁸¹ Voir Cour EDH, Affaire *C. N. et V. c. France*, 11 octobre 2012, req. n°67724/09.

²⁸² Voir Cour EDH, GC, Affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, req. n°41615/07.

absorbée²⁸³ par l'analyse de l'article 3 § 2 du Protocole n°4 alors même que l'enjeu principal se situait dans l'absence d'un recours effectif pour contester les décisions qualifiées d' « actes de gouvernement » en France. La solution privilégiée avait été d'opter pour une autre technique prétorienne : la mobilisation de la théorie des obligations positives, et plus précisément son mouvement de procéduralisation des droits (SECTION 2).

SECTION 2. – LA VÉRIFICATION DU RESPECT DES GARANTIES PROCÉDURALES JURISPRUDENTIELLES

Le constat de l'insuffisance des garanties procédurales textuelles a mené la Cour EDH à développer des techniques interprétatives palliatives. Elle s'est appuyée sur la théorie des obligations positives pour approfondir la protection des procédures (§ 1), avant d'entrer dans un mouvement de procéduralisation des droits (§ 2).

§ 1. – Le recours à la théorie des obligations positives

La technique des obligations positives, selon la thèse de Colombine Madelaine, constitue une « un outil d'adaptation de la norme juridique conventionnelle à l'évolution des États démocratiques et libéraux européens »²⁸⁴ qui consiste en la consécration d'« obligations d'action à la charge des États, non expressément prévues par le texte de la Convention, leur découverte fait nécessairement appel au pouvoir interprétatif du juge »²⁸⁵. Parmi les obligations positives développées par le juge européen, figurent les obligations positives procédurales définies précédemment. Trouvant leurs premières traces dans l'affaire *Airey c. Irlande*²⁸⁶, la Cour a pu consacrer ce type d'obligations positives dans un souci de garantie du principe d'effectivité : « des obligations procédurales peuvent être dégagées, dans divers contextes, des dispositions substantielles de la Convention lorsque cela [est] perçu comme nécessaire pour garantir que les droits consacrés par cet instrument ne soient pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs »²⁸⁷.

²⁸³ Cour EDH, GC, Affaire *H. F. c. France*, 14 septembre 2022, req. n°24384/19 et al., § 155.

²⁸⁴ C. MADELAINE, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Édition Dalloz, 2014, p. 32.

²⁸⁵ *Ibidem*, p. 33.

²⁸⁶ Cour EDH, Chambre, Affaire *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, §§ 26-28.

²⁸⁷ Cour EDH, Affaire *Caloc c. France*, 20 juillet 2000, req. n°33951/96, § 88.

Dès lors, a été procédé à une réelle « absorption »²⁸⁸ des articles 6 et 13 par les autres dispositions substantielles de la Convention menant à l'élaboration d'obligations d'une part dites substantielles et d'autre part dites procédurales. Les obligations substantielles font référence à « une partie du droit objectif qui pose les règles de la conduite sociale en autorisant ou interdisant un certain comportement »²⁸⁹ ; tandis que les obligations procédurales font références à « une partie du droit objectif dont la seule fonction est d'assurer la sanction des règles de droit entrant dans la catégories des droits [substantiels] »²⁹⁰. Dans ce mouvement d'absorption des garanties procédurales textuelles par les dispositions substantielles, les auteurs soulignent la difficulté de systématiser clairement leurs fondements²⁹¹. Il est, en effet, question d'un « va et vient permanent »²⁹² entre le fondement sur l'article 6 et sur l'article 13, qui se justifierait avant tout par « une décision d'opportunité qui ne s'embarrasse guère d'explications juridiques rationnelles »²⁹³. Il est également question d'un rattachement occasionnel à l'article 1er de la Convention²⁹⁴ ou encore au principe d'État de droit.

De cette cacophonie de sources, les auteurs ont systématisé deux classifications d'obligations procédurales jurisprudentielles. Il est question d'obligations « de conciliation »²⁹⁵ ou de « prévention »²⁹⁶ et d'obligations de « réparation »²⁹⁷. Les obligations de conciliation consistent en l'obligation pour les État d'empêcher la réalisation d'une potentielle violation. Celles-ci font ainsi principalement référence à des obligations de mise en oeuvre de garanties adéquates et suffisantes contre les abus²⁹⁸ ayant pour but d'« assurer la meilleure conciliation possible entre les différents intérêts en jeu dans une société démocratique »²⁹⁹. L'article 8 (droit à la vie privée) de la Convention a été le terreau fertile du développement de telles obligations. Les obligations de réparation, quant à elles, par définition, permettent la

²⁸⁸F. SUDRE, « Chronique de droit de la Convention européenne des droits de l'homme », JCP G, volume 1, n°160, 2003, § 11.

²⁸⁹N. LE BONNIEC, *op. cit.*, p. 75.

²⁹⁰*Ibidem*.

²⁹¹C. MADELAINE, *op. cit.*, p. 75 ; E. DUBOUT, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », RTDH, n°70, 2007, p. 416 ; J. F. AKANDJI-KOMBÉ, « L'obligation positive d'enquête sur le terrain de l'article 3 CEDH », in C.-A. CHASSIN, *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Édition Bruylant, 2006, p. 140.

²⁹²J. F. AKANDJI-KOMBÉ, *op. cit.*

²⁹³*Ibidem*.

²⁹⁴Cour EDH, Affaire *McCann c. Royaume-Uni*, 13 mai 2008, req. n°19009/04, § 161.

²⁹⁵C. MADELAINE, *op. cit.*, p. 77.

²⁹⁶N. LE BONNIEC, *op. cit.*, p. 80.

²⁹⁷C. MADELAINE, *op. cit.*, p. 81 ; *Ibidem*, p. 84.

²⁹⁸Cour EDH, Plénière, Affaire *Klass c. Allemagne*, 6 septembre 1978, req. n°5029/71, § 55 ; Cour EDH, Chambre, Affaire *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, req. 9248/81, § 47.

²⁹⁹C. MADELAINE, *op. cit.*, p. 80.

« réparation des violations des droits »³⁰⁰. Dès lors, elles se manifestent par des obligations d'enquêtes effectives³⁰¹, de recours effectif³⁰² et de réparation³⁰³. Les articles 2 et 3 ont constitué le premier terrain de développement d'un tel type d'obligations.

Usant de la technique des obligations positives, le juge entame une démarche de palliation aux limites d'applicabilité des garanties procédurales textuelles au moyen de son contrôle. Dès lors, il pose les jalons d'un processus de procéduralisation des droits entraînant des mutations des dichotomies classiques entre substance et procédure.

§ 2. – Le recours à la théorie de la procéduralisation des droits substantiels

D'une part, la distinction entre théorie des obligations positives et mouvement de procéduralisation des droits n'a rien d'évident. En effet, Nina Le Bonniec définit la procéduralisation des droits comme une

« technique juridique mise en œuvre par le juge afin de renforcer l'effectivité des droits de l'homme et consistant en l'adjonction, au sein d'un droit conventionnel substantiel, d'une obligation positive procédurale autonome à la charge des autorités nationales par le biais de la théorie de l'inhérence ou par une combinaison avec l'article 1er de la Convention reconnaissant une obligation générale de respect et de garantie des droits et libertés »³⁰⁴.

Il est autorisé, de prime abord, de penser que la procéduralisation constitue une utilisation spécifique de la théorie des obligations positives. Pourtant, comme le souligne Nina Le Bonniec, en réalité, la procéduralisation des droits ne se rattache à cette théorie que dans son sens large, et non, dans son sens strict³⁰⁵. En effet, c'est la « grande adaptabilité des obligations procédurales »³⁰⁶ qui complexifie le rattachement du mouvement de

³⁰⁰ *Ibidem*, p. 81.

³⁰¹ Cour EDH, GC, Affaire *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, req. n°23452/94, § 128 ; Cour EDH, Affaire *M.C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, req. n°39272/98, § 151 ; Cour EDH, Affaire *McCann c. Royaume-Uni*, 13 mai 2008, req. n°19009/04, § 163 ; Cour EDH, Affaire *Alptekin et autres c. Turquie*, 17 novembre 2020, req. n°27466/12, §§ 15-19.

³⁰² Cour EDH, GC, Affaire *Roman Zakharov c. Russie*, 4 décembre 2015, req. n°47143/06, § 233 ; Cour EDH, Affaire *Posevini c. Bulgarie*, 19 janvier 2017, req. n°63638/14, § 84 ; Cour EDH, GC, Affaire *H. F. c. France*, 14 septembre 2022, req. n°24384/19 et al., § 276.

³⁰³ Cour EDH, Affaire *Codarcea c. Roumanie*, 2 juin 2009, req. n°31675/04, § 108 ; Cour EDH, Affaire *C. A. .S. et C. S. c. Roumanie*, 20 mars 2012, req. n°26692/05, § 72 ; Cour EDH, Affaire *Vasileva c. Bulgarie*, 17 mars 2016, req. n°23796/10, § 63.

³⁰⁴ N. LE BONNIEC, *op. cit.*, p. 142.

³⁰⁵ *Ibidem*, p. 94.

³⁰⁶ *Ibidem*, p. 101.

procéduralisation des droits à la théorie des obligations positives.

Le développement des garanties procédurales prétoriennes est, en réalité, indifférent à la distinction entre obligations négatives et positives. Elle note à cet égard deux hypothèses dans lesquelles la Cour s'est passée de la théorie des obligations positives : il s'agit de la consécration à d'autres étapes que l'examen de la nécessité (contrôle de proportionnalité *stricto sensu*) ; et la consécration dans le cadre d'un comportement actif – et non passif donc – de l'État. Dans le cadre de la consécration d'obligations procédurales à d'autres étapes que l'examen de la nécessité, la Cour a souvent consacré des garanties procédurales à l'étape de l'examen de la légalité³⁰⁷, ne rattachant pas de manière expresse les garanties procédurales aux obligations positives. Dans le cadre de la consécration d'obligations procédurales issues d'un comportement étatique actif, elle souligne que la Cour opère une « "confusion" récurrente entre "imputation du fait à l'État et nature de l'obligation en cause" »³⁰⁸. Alors, la Cour peut, dans un même arrêt, fonder certaines obligations procédurales d'action dans la théorie des obligations positives et d'autres non. Nina Bonniec prend l'exemple du contentieux des mesures de garde, soulignant que dans l'affaire *Haase c. Allemagne*, la Cour affirme qu'elle doit vérifier si « *the applicants have been involved in the decision-making process, seen as a whole, to a degree sufficient to provide them with the requisite protection of their interests* »³⁰⁹, s'analysant en une obligation positive procédurale sans se fonder sur la théorie des obligations positives. Pourtant, dans ce même contentieux, plusieurs fois elle s'est fondée sur la théorie des obligations positives pour consacrer de telles obligations positives procédurales³¹⁰. En outre, c'est l'autonomisation prétorienne du volet procédural des droits substantiels qui permet de différencier la procéduralisation des droits de la théorie des obligations positives. Cette autonomisation est expresse : la rédaction d'un arrêt par la Cour sépare formellement l'examen du volet matériel et du volet procédural d'un droit substantiel. Cela est particulièrement visible dans le contentieux des articles 2³¹¹ et 3³¹², et plus à la marge

³⁰⁷Cour EDH, Chambre, Affaire *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, req. n°11801/85, §§ 32-35 ; Cour EDH, GC, Affaire *Amann c. Suisse*, 16 février 2000, req. n°27798/95, § 60 ; Cour EDH, GC, Affaire *Rotaru c. Roumanie*, 4 mai 2000, req. n°28341/95, § 59 ; Cour EDH, Affaire *Al-Nashif c. Bulgarie*, 20 juin 2002, req. n°50963/99, § 123 ; Cour EDH, Affaire *C.G. et autres c. Bulgarie*, 24 avril 2008, req. n°1365/07, § 40.

³⁰⁸N. LE BONNIEC, *op. cit.*, p. 102.

³⁰⁹Cour EDH, Affaire *Haase c. Allemagne*, 8 avril 2004, req. n°11057/02, § 94.

³¹⁰Voir Cour EDH, GC, Affaire *K. A. B. c. Espagne*, 10 avril 2012, req. n°25702/94, §§ 95-98 ; Cour EDH, Affaire *B. c. Roumanie*, 19 février 2013, req. n°1285/03, § 109 (article 2 volets procédural et matériel).

³¹¹Voir, par exemple, Cour EDH, Affaire *McCann c. Royaume-Uni*, 13 mai 2008, req. n°19009/04, § 151-164.

³¹²Voir, par exemple, Cour EDH, Affaire *B. Y. c. Grèce*, 26 janvier 2023, req. n°60990/14, §§ 53-91 (article 3 volets procédural et matériel).

dans le cadre du contentieux des articles 4³¹³ et 8³¹⁴. Cette autonomisation est d'ailleurs confirmée par la Cour, elle-même, qui indique par exemple que l'obligation procédurale d'enquête effective « devenue une obligation distincte et indépendante »³¹⁵ si bien qu'elle peut être considérée comme une « obligation détachable résultant de l'article 2 »³¹⁶. Dès lors, le seul constat d'un manquement au volet procédural d'un droit substantiel peut emporter violation de la Convention. Néanmoins, la seule rédaction explicite n'est pas la seule observation de l'autonomisation du volet procédural : celle-ci peut également être implicite, tel est le cas du contentieux des articles 8, 9, 10, 11 et 1^{er} du Premier Protocole additionnel³¹⁷.

D'autre part, Robert Spano soulignait que le contrôle du contrôle ne devait pas être confondu avec la procéduralisation des droits en raison du domaine du contrôle du contrôle, bien plus large, ne se limitant pas à des questions purement procédurales au sens traditionnel³¹⁸. Si les deux opérations mobilisent le pouvoir créateur du juge, elles n'ont en réalité pas le même objet. La procéduralisation des droits, nous l'avons vu, constitue un outil normatif consistant en l'élaboration d'obligations procédurales à charge des États tandis que l'opération de contrôle du contrôle, bien que spécifique dans ses modalités, reste une opération d'appréciation du comportement étatique dans le cadre de la responsabilité internationale. Seulement la nuance de Robert Spano appelle à quelques remarques. Ce dernier souligne qu'en comparaison le contrôle du contrôle n'est pas « *limited to procedural issues in the traditional sense, as distinguished from issues of legal substance* »³¹⁹. Ce constat implique, *in fine*, que la procéduralisation des droits substantiels se limiterait à des considérations purement procédurales. Or, il serait caricatural de résumer cette technique à des considérations purement procédurales. En effet, la distinction entre obligation substantielle et obligation procédurale, dans le cadre de la procéduralisation des droits, pose de réelles difficultés conceptuelles. Pour rappel, les obligations substantielles font référence à « une partie du droit objectif qui pose les règles de la conduite sociale en autorisant ou interdisant

³¹³ Voir, par exemple, Cour EDH, Affaire *C. N. et V. c. France*, 11 octobre 2012, req. n°67724/09, §§ 109-114 (article 4 volets procédural et matériel).

³¹⁴ Voir, par exemple, Cour EDH, Affaire *Flamenbaum c. France*, 13 décembre 2012, req. n°3675/04 et al., §§ 142-160 (article 8 volets procédural et matériel).

³¹⁵ Cour EDH, GC, Affaire *Šilih c. Slovénie*, 9 avril 2009, req. n°71463/01, § 159. Voir aussi : Cour EDH, Affaire *Trufin c. Roumanie*, 20 octobre 2009, req. n°3990/04, § 31 ; Cour EDH, Affaire *Weber et autres c. Pologne*, 27 avril 2010, req. n°23039/02, § 65 ; Cour EDH, Affaire *Crainiceanu et Frumusanu c. Roumanie*, 24 avril 2012, req. n°12442/04, § 81 ; Cour EDH, Affaire *Dimovi c. Bulgarie*, 6 novembre 2012, req. n°52744/07, § 38.

³¹⁶ *Ibidem*.

³¹⁷ Voir N. LE BONNIEC, *op. cit.*, pp. 90-92.

³¹⁸ R. SPANO (2018), *op. cit.*, p. 480.

³¹⁹ *Ibidem*.

un certain comportement »³²⁰ ; tandis que les obligations procédurales font références à « une partie du droit objectif dont la seule fonction est d'assurer la sanction des règles de droit entrant dans la catégories des droits [substantiels] »³²¹. Par définition, les obligations procédurales ont longtemps été considérées comme des obligations dites secondaires dont la fonction était, en réalité, d'assurer le respect et l'effectivité des droits substantiels³²². Or, comme le souligne Laure Milano, « il n'existe pas de frontière étanche entre droit substantiel et garantie procédurale »³²³, compte tenu du mouvement de procéduralisation des droits, mais également de celui de substantialisation³²⁴ des droits procéduraux. En réalité, les volets substantiels et procéduraux des droits conventionnels fonctionnent tels des vases communicants : chaque droit dispose des deux volets, même les droits considérés comme purement procéduraux tels l'article 6 dont Laure Milano présente le droit à un tribunal comme une de ses garanties substantielles.

Dès lors, il n'est pas possible d'évincer totalement un lien entre la procéduralisation des droits et le contrôle du contrôle en se fondant sur cette dichotomie qui perd en pertinence. En effet, certains auteurs soulèvent, au contraire, un lien à minima voire une interdépendance entre les deux. Analysant le phénomène de procéduralisation, Edouard Dubout parle de deux formes de procéduralisations : il s'agit de la « procéduralisation supplétive »³²⁵ qui se recouperait avec le phénomène de procéduralisation des droits tel que décrit par Nina Le Bonniec ; et de la « procéduralisation substitutive »³²⁶ qu'il analyse comme étant le contrôle du contrôle³²⁷. Seulement son analyse conduit à évincer la possibilité pour le juge européen d'opérer un contrôle de proportionnalité, classiquement réservé aux droits substantiels. Or, comme nous le verrons, là n'est pas le propre du contrôle du contrôle. Néanmoins, son propos ne manque pas de pertinence quant aux questions du fondement du contrôle du contrôle. En effet, le développement foisonnant de garanties procédurales, qu'elles découlent des garanties procédurales textuelles, jurisprudentielles ou des volets procéduraux des droits substantiels,

³²⁰ N. LE BONNIEC, *op. cit.*, p. 75.

³²¹ *Ibidem*.

³²² A ce titre, la Cour EDH fonde explicitement les obligations procédurales dans un souci de respect du principe d'effectivité : « des obligations procédurales peuvent être dégagées, dans divers contextes, des dispositions substantielles de la Convention lorsque cela [est] perçu comme nécessaire pour garantir que les droits consacrés par cet instrument ne soient pas théoriques ou illusoire mais concrets et effectifs » (Cour EDH, Affaire *Caloc c. France*, 20 juillet 2000, req. n°33951/96, § 88).

³²³ L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, collection Nouvelles bibliothèques de Thèses, Édition Dalloz, 2006, p. 9.

³²⁴ *Ibidem*, pp. 19 et suivantes.

³²⁵ E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », in F. SUDRE (2014), *op. cit.*, p. 277.

³²⁶ *Ibidem*, p. 281.

³²⁷ *Ibidem*.

permet au juge européen d'exercer le contrôle du contrôle tel que défini pour le moment par la doctrine. Si cette modalité de contrôle constitue un simple intérêt de la Cour EDH pour les procédures et les processus décisionnels ou encore une recherche des standards de droits de l'homme dans le raisonnement des juridictions internes, alors ces développements conventionnels en constituent la prémisse théorique. En effet, sans ces garanties, cet intérêt ne saurait tout bonnement exister puisqu'aucune garantie ne saurait opposable aux États, et dès lors, aucun pouvoir de contrôle n'existerait pour la Cour EDH. C'est justement parce que la procéduralisation des droits a eu lieu que le contrôle du contrôle a été rendu possible dans son amplitude. Par ailleurs, la Cour EDH peut tout à fait mobiliser la technique de la procéduralisation des droits et se fonder sur l'obligation consacrée pour exercer son contrôle du contrôle. Ce fut le cas dans l'affaire *H. F. c. France*. L'affaire concernait les demandes de rapatriement laissées sans réponse par la France de femmes et enfants français détenus dans des camps dans le nord-est syrien après qu'ils aient quitté la France volontairement dans le cadre du djihad. Dans son examen de l'article 3 § 2 du Protocole n°4 (droit d'entrée des nationaux dans leur État), sans pour autant consacrer une obligation générale de rapatriement, la Cour EDH consacre une obligation procédurale de protection effective du droit d'entrée des nationaux contre l'arbitraire³²⁸. Cette opération relève bel et bien du mouvement de procéduralisation des droits : se fondant sur l'effectivité du droit garanti par l'article 3 § 2 du Protocole n°4, elle adjoint une obligation positive procédurale autonome à charge des autorités nationales. Une fois cette opération d'interprétation réalisée, elle réalise son contrôle du contrôle : en l'absence de mécanisme de contrôle effectif³²⁹, l'absence de contrôle opérée par les autorités nationales n'est pas conforme à la Convention, et le constat de violation tombe. L'intrication de la procéduralisation des droits et du contrôle du contrôle prend alors une forme relativement manifeste : l'un peut tout à fait engendrer l'autre, suivant la logique du fondement opposable engendrant le contrôle.

Ainsi, s'il n'est pas question d'établir un inventaire exhaustif de toutes les garanties procédurales existantes, il est possible d'en énumérer quelques-unes constituant un référentiel normatif dans l'exercice du contrôle du contrôle. A cet effet, Janneke Gerards note que si la Cour EDH n'impose ni structure constitutionnelle aux États ni que la Convention ait un effet direct dans leur ordre juridique interne³³⁰, elle requiert toutefois que les États n'organisent pas

³²⁸ Cour EDH, GC, Affaire *H. F. c. France*, 14 septembre 2022, req. n°24384/19 et 44234/20, § 261.

³²⁹ *Ibidem*, § 276.

³³⁰ Cour EDH, Chambre, Affaire *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, 6 février 1976, req. n°5614/72, § 50 ; Cour EDH, Plénière, Affaire *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, req. n°8793/79, § 85.

leur incompétence pour appliquer la Convention³³¹. L'application de la Convention est un enjeu central dans le cadre du contrôle du contrôle : à ce titre, il existe une obligation pour les autorités nationales de prendre en compte la Convention et ses développements jurisprudentiels dans l'interprétation du droit national³³². Cette obligation est telle que la Cour EDH requiert parfois que les États adoptent un raisonnement fournissant des standards minimaux de protection issues de la Convention voire d'adopter un raisonnement précis, hérité de la jurisprudence européenne³³³. En règle générale, la protection effective du droit substantiel contre l'arbitraire³³⁴ reste la pierre angulaire des fondements du contrôle du contrôle. Cela se traduit donc par un approfondissement des exigences tenant à l'existence d'un recours effectif³³⁵, tenant à la motivation des arrêts compatible avec les standards européens³³⁶ ou encore aux qualités institutionnelles de la procédure³³⁷.

En conclusion, le corpus normatif à l'aune duquel le contrôle du contrôle est exercé est issu du développement de garanties procédurales tant textuelles que procédurales. Là où le texte n'offrait qu'une protection limitée et difficilement systématisable, le contrôle a permis de suppléer à la carence de la rédaction de 1950 en renforçant la portée des droits garantis. Ainsi, ce n'est pas seulement la Convention EDH qui engendre le contrôle, mais c'est aussi le contrôle de la Cour EDH qui renforce son contenu. En ce sens, Leonie Huijbers parle de « *standard review loop* »³³⁸, expliquant qu'en développant continuellement les garanties procédurales, la Cour EDH a peu à peu développé son contrôle du contrôle. En effet, « *[s]tandards and review are thus interacting in a continuous loop, in which 'standards' are connected to 'review' through questions of what standards may be the basis for review, and*

³³¹ Cour EDH, Affaire *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, 9 novembre 2010, req. n°664/06, § 50.

³³² Cour EDH, Affaire *Pla et Puncernau c. Andorre*, 13 juillet 2004, req. n°69498/01, § 62 ; Cour EDH, GC, Affaire *X. c. Lettonie*, 26 novembre 2013, req. n°27853/09, § 107.

³³³ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Fabris c. France*, 7 février 2013, req. n°16574/08, § 75.

³³⁴ Cour EDH, Affaire *Van Rossem c. Belgique*, 9 décembre 2004, req. n°41872/98, § 42 ; Cour EDH, Affaire *Agnelet c. France*, 10 janvier 2013, req. n°61198/08, §§ 50-62 ; Cour EDH, Affaire *Gybels c. Belgique*, 18 novembre 2014, req. n°43305/09, § 27 ; Cour EDH, Affaire *Kurt c. Belgique*, 17 février 2015, req. n°17663/10, § 30 ; Cour EDH, Affaire *Duong c. République Tchèque*, 14 janvier 2016, req. n°21381/11, § 49 ; Cour EDH, GC, Affaire *Lhermitte c. Belgique*, 29 novembre 2016, req. n°34238/09, § 50 ; Cour EDH, Affaire *Savatin c. Roumanie*, 13 décembre 2016, req. n°49588/13, § 42 ; Cour EDH, Affaire *Dakhkilgov c. Russie*, 8 décembre 2020, req. n°34376, § 44 ; Cour EDH, GC, Affaire *H. F. c. France*, 14 septembre 2022, req. n°24384/19 et al., § 261 ; Cour EDH, Affaire *Mazowiecki c. Pologne*, 8 juin 2023, req. n°34734/13, § 22.

³³⁵ Voir supra n°295.

³³⁶ Cour EDH, Affaire *Pla et Puncernau c. Andorre*, 13 juillet 2004, req. n°69498/01, § 62 ; Cour EDH, Affaire *Sanchez Cardenas c. Norvège*, 4 octobre 2007, req. n°12148/03, § 34 ; Cour EDH, Affaire *C. C. c. Espagne*, 6 octobre 2009, req. n°1425/06, § 30 ; Cour EDH, Affaire *Henri Rivière et autres c. France*, 27 juillet 2013, req. n°46460/10, § 32 ; Cour EDH, GC, Affaire *X. c. Lettonie*, 26 novembre 2013, req. n°27853/09, § 107 ; Cour EDH, Affaire *Sousa Goucha c. Portugal*, 22 mars 2016, req. n°70434/12, § 53 ; Cour EDH, Affaire *Carvalho Basso c. Portugal*, 4 février 2021, req. n°73053/14 et al., § 59.

³³⁷ Voir supra n°244.

³³⁸ L. HUIJBERS, *op. cit.*, p. 274.

'review' is connected with 'standards' through questions of how courts should fulfill their function »³³⁹.

Tous ces développements jurisprudentiels aboutissent finalement en l'érection d'une « *obligation to apply the substantive content of the ECHR in the course of proscribed procedures* »³⁴⁰. C'est au regard de cette obligation précise, héritant de tous les développements spécifiquement procéduraux, que sera apprécié, au moyen du contrôle du contrôle, la conventionnalité du comportement des États. Comme évoqué plus haut, se joue également en filigrane la construction de l'édifice principal de l'État de droit, prérequis de la mise en oeuvre de la subsidiarité, comme modulateur des modalités et de l'étendue du contrôle européen, qu'il convient de caractériser (**TITRE 2**).

TITRE 2. – LA CARACTÉRISATION DU CONTRÔLE DU CONTRÔLE

Les fondements principaux et conventionnels du contrôle du contrôle étant posés, il reste encore, pour en évaluer le fonctionnement et la valeur, à caractériser celui-ci comme moyen d'appréciation du comportement étatique. En effet, comme établi précédemment, le contrôle du contrôle fait l'objet d'une terminologie cacophonique divisible en deux types de définition : un simple intérêt de la Cour EDH pour les procédures et les processus décisionnels dans son examen de la proportionnalité d'une mesure litigieuse et ; une recherche des standards de droits de l'homme dans le raisonnement des juridictions internes. Cela nous mène à l'interrogation logique : qu'est-ce, réellement, que le contrôle du contrôle ? Cette partie s'enquerra ainsi d'apporter plus de clarté sur la définition, et la forme de raisonnement que prend le contrôle du contrôle.

Un premier intérêt doit être apporté au contrôle du processus décisionnel parlementaire (**CHAPITRE 1**) avant de s'intéresser au contrôle des décisions judiciaires et administratives (**CHAPITRE 2**).

³³⁹ *Ibidem*, pp. 274-275.

³⁴⁰ J. CHRISTOFFERSEN, *Fair Balance: Proportionality and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Édition Martinus Nijhoff Publishers, 2009, p. 463.

CHAPITRE 1. – LE CONTRÔLE DU PROCESSUS DÉCISIONNEL PARLEMENTAIRE

Il apparaît que le contrôle du processus décisionnel parlementaire se divise en deux étapes de raisonnement. Premièrement, le juge recherche le raisonnement de proportionnalité dans le processus décisionnel parlementaire (SECTION 1), ce qui, par conséquent, l'amène deuxièmement à moduler la marge nationale d'appréciation (SECTION 2).

SECTION 1. – LA RECHERCHE DU RAISONNEMENT DE PROPORTIONNALITÉ DANS LE PROCESSUS DÉCISIONNEL PARLEMENTAIRE

Dans l'exercice du contrôle du contrôle, le juge européen est voué à rencontrer deux types d'hypothèses : le Parlement a, en effet, opté pour un raisonnement de proportionnalité (§ 1) ; ou celui-ci ne l'a pas fait, signant l'absence de ce raisonnement au fondement d'activité législative (§ 2).

§ 1. – L'existence d'un raisonnement de proportionnalité

Dans l'hypothèse où le juge rencontre un raisonnement de proportionnalité dans le cadre du contrôle du contrôle parlementaire, ce dernier ne se contente pas d'en constater l'existence (A) mais il en évalue également la qualité (B).

A. Son existence

La première étape consiste, donc, en la recherche d'un raisonnement de proportionnalité à l'origine de la mesure litigieuse dans le cadre parlementaire. Cette exigence a été posée pour la première fois dans l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)* dans laquelle la Cour affirme qu'

« [e]n ce qui concerne le poids à accorder à la position adoptée par les pouvoirs législatif et judiciaire au Royaume-Uni, rien ne montre que le Parlement ait jamais cherché à peser les divers intérêts en présence ou à apprécier la proportionnalité d'une interdiction totale de voter visant les détenus condamnés »³⁴¹.

³⁴¹ Cour EDH, GC, Affaire *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*, 6 octobre 2005, req. n°74025/01, § 79.

A ce stade, il est donc consacré l'exigence, pour le Parlement, d'avoir premièrement, un intérêt pour les droits fondamentaux en cause dans la législation d'une mesure, deuxièmement de procéder à un examen de proportionnalité quant aux conséquences de la mesure sur les divers intérêts en présence, sur sa nécessité en somme. Ce contrôle de l'existence du contrôle de proportionnalité peut être explicite, comme implicite.

Dans la recherche d'un raisonnement de proportionnalité explicite, la Cour accorde, de manière exprès, une partie de son raisonnement de proportionnalité à la recherche du raisonnement de proportionnalité dans les débats parlementaires. Ce fut particulièrement le cas dans l'affaire *Animal Defenders International*.

L'affaire concernait, en l'espèce, le refus d'autoriser une organisation non gouvernementale à diffuser un spot télévisé dans le cadre de leur campagne relative au traitement des primates. Ce refus était motivé par l'application de la loi de 2003 sur les communications interdisant la publicité politique à la télévision et à la radio de telle sorte à maintenir l'impartialité des médias. Cette affaire suscite un intérêt particulier dans l'étude du contrôle du contrôle dans la mesure où la Cour affirme explicitement, sans détours, 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 »³⁴².

Au travers de ce passage de l'arrêt, il est remarquable que la Cour allie examen de la proportionnalité *stricto sensu* de la mesure à la recherche du raisonnement de proportionnalité dans les débats parlementaires. Ce faisant, dans la partie allouée à l'examen de la proportionnalité de la mesure (§§ 113-125), la Cour affirme, de manière exprès, avoir « passé en revue les contrôles effectués par le Parlement [...] quant à la nécessité, ces contrôles revêtant [...] une importance cruciale »³⁴³. Elle continue en appuyant sur le réexamen et la confirmation de « la nécessité »³⁴⁴ d'une telle mesure par la Commission Neill. Elle apprécie notamment qu'à tous les stades ultérieurs de l'examen prélegislatif, l'impact de l'arrêt *VgT* sur la compatibilité de l'interdiction avec la Convention a été examiné de manière approfondie³⁴⁵, et que tous les organes spécialisés consultés se sont montrés favorables au

³⁴² Cour EDH, GC, Affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, req. n°48876/08, § 108.

³⁴³ *Ibidem*, § 113.

³⁴⁴ *Ibidem*, § 114.

³⁴⁵ *Ibidem*.

maintien de la mesure car elle constituait une « mesure générale proportionnée »³⁴⁶. Cette description de la procédure parlementaire la mène à conclure que « tous les organes consultés ont estimé que l'interdiction litigieuse constituait une restriction nécessaire des droits garantis par l'article 10 »³⁴⁷.

Cette recherche explicite du contrôle de proportionnalité a notamment été reprise dans la jurisprudence³⁴⁸, à titre illustratif il faut mentionner l'arrêt *Correia de Matos c. Portugal*, dans lequel la Cour EDH affirme que

« Lorsque le législateur bénéficie d'une marge d'appréciation, celle-ci s'applique en principe tant à la décision de légiférer ou non sur un sujet donné que, le cas échéant, aux règles détaillées édictées pour veiller à ce que la législation soit conforme à la Convention et pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés en conflit. Les choix opérés et les solutions retenues par le législateur en la matière n'échappent pas pour autant au contrôle de la Cour. Il incombe à celle-ci d'examiner attentivement les arguments dont le législateur a tenu compte pour parvenir aux solutions qu'il a retenues *et de rechercher si un juste équilibre a été ménagé entre les intérêts de l'État ou du public en général et ceux des individus directement touchés par les solutions en question* »³⁴⁹.
(accentuation de l'autrice).

Dans la recherche d'une proportionnalité implicite, la Cour EDH ne mentionne, en effet, pas sa démarche de manière exprès. Ce fut le cas dans l'affaire *S. A. S. c. France*. L'affaire concernait une requérante, musulmane pratiquante, qui dénonçait l'interdiction du port d'un vêtement religieux dissimulant le visage dans l'espace public posée par la loi du 11 octobre 2010 en France. Dans cette affaire, bien que la Cour EDH ne l'exprime pas clairement, il est latent que l'existence d'un raisonnement de proportionnalité dans le processus parlementaire soit pertinente pour déterminer la proportionnalité de la mesure litigieuse. En effet, la Cour EDH souligne, d'entrée, que

« Lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder *une importance particulière au rôle du décideur national* [...]. Il en va en particulier ainsi lorsque ces questions concernent les rapports entre l'État et les religions

³⁴⁶ *Ibidem*.

³⁴⁷ *Ibidem*.

³⁴⁸ Voir Cour EDH, GC, Affaire *S. H. et autres c. Autriche*, 3 novembre 2011, req. n°57813/00, § 97 ; Cour EDH, GC, Affaire *Garib c. Pays-Bas*, 6 novembre 2017, req. n°43494/09, § 138 ; Cour EDH, GC, Affaire *Correia de Matos c. Portugal*, 4 avril 2018, req. n°56402/12, § 117.

³⁴⁹ Cour EDH, GC, Affaire *Correia de Matos c. Portugal*, 4 avril 2018, req. n°56402/12, § 117.

[...]. S'agissant de l'article 9 de la Convention, il convient alors, en principe, de reconnaître à l'État une ample marge d'appréciation pour *décider si et dans quelle mesure une restriction au droit de manifester sa religion ou ses convictions est "nécessaire"* »³⁵⁰.

Ici, alors même que la Cour EDH établit que le législateur tient un rôle fondamental, notamment concernant les questions difficiles telles que l'organisation des rapports entre l'État et la religion, elle ne fait pas directement le lien entre la préparation de la loi et la recherche de son caractère nécessaire. Ce prérequis semble reposer simplement sur l'État de manière abstraite. Pourtant, la Cour EDH observe bel et bien les conditions dans lesquelles la loi a été préparée : elle souligne qu'elle a étudié « l'exposé des motifs accompagnant le projet de loi »³⁵¹, le rapport « sur la pratique du port du voile intégral sur le territoire national », préparé par la mission d'information de l'Assemblée nationale³⁵² et qu'elle est consciente que la loi a fait l'objet de « certaines controverses »³⁵³. Elle observe également la proportionnalité de la mesure en nuancant l'objet et les motifs de la loi³⁵⁴.

En tout état de cause, le contrôle du contrôle se matérialise par la recherche de l'existence d'un raisonnement de proportionnalité exercé par le Parlement. L'existence de ce raisonnement ne suffit néanmoins pas en tant que telle.

B. Sa qualité

Si ces arrêts mettent en avant, de manière explicite ou implicite, l'importance d'opter pour un raisonnement de proportionnalité, la seule existence de ce raisonnement ne suffit pas. Cela était déjà latent dans l'affaire *Animal Defenders International*, dans laquelle la Cour souligne que le « maintien de l'interdiction est donc l'aboutissement d'un examen exceptionnel, effectué par les organes parlementaires, de tous les aspects culturels, politiques et juridiques de cette mesure »³⁵⁵. Elle réitère notamment, dans le même arrêt, qu'elle

« accorde un poids considérable aux contrôles exigeants et pertinents auxquels les organes parlementaires [...] ont soumis le régime parlementaire complexe encadrant la diffusion à la radio et/ou à la télévision de messages politiques au Royaume-Uni ainsi

³⁵⁰ Cour EDH, GC, Affaire *S. A. S. c. France*, 1 juillet 2014, req. n°43835/11, § 129.

³⁵¹ *Ibidem*, § 141.

³⁵² *Ibidem*, § 145.

³⁵³ *Ibidem*, § 148.

³⁵⁴ *Ibidem*, §§ 150-154.

³⁵⁵ Cour EDH, GC, Affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, req. n°48876/08, § 114.

qu'à l'avis desdits organes selon lequel la mesure générale en cause était nécessaire pour empêcher la distorsion de débats d'importance cruciale sur des sujets d'intérêt public et, ainsi, l'affaiblissement du processus démocratique »³⁵⁶.

L'un des facteurs favorables au constat de non-violation, dans cette affaire, était donc non seulement l'existence d'un contrôle de proportionnalité à l'étape parlementaire, mais également sa qualité remarquable.

Cela est d'autant plus évident que la Cour EDH a pu constater une violation, alors que le processus parlementaire avait réalisé un contrôle parlementaire, en raison d'un manque de qualité dudit contrôle. Ce fut le cas dans l'affaire *Lindheim c. Norvège*. L'affaire concernait des ressortissants norvégiens propriétaires de parcelles de terrain données en location avant 1976 dans le cadre de baux fonciers, en tant que résidences principales ou secondaires, pour des durées allant de 40 à 99 années. Leur doléance se résumait ainsi : en vertu de la législation de 1996 telle que modifiée en 2004, confirmée par la Cour suprême en 2007, l'interprétation de la loi permettait désormais à leur locataires respectifs d'exiger la prolongation indéfinie de leur bail aux mêmes conditions que précédemment. Dès le début de l'arrêt, la Cour EDH concède la complexité de l'affaire à laquelle le Parlement norvégien était confronté³⁵⁷. Dès lors, elle observe toutes les dispositions que le Parlement a prises dans le cadre de l'édiction de la nouvelle loi. Elle a pris en compte, spécifiquement, le fait que le Parlement avait procédé à une « *a survey and assessment had been carried out with regard to the implementation of the Ground Lease Act 1996 after its entry into force on 1 January 2002* »³⁵⁸ ; qu'une « *special attention was given to the particular provision in section 15 governing rent adjustment under contracts containing ground value clauses, which, it was observed, concerned a minority of ground lease contracts* »³⁵⁹ ; et qu'« *[i]n the Ministry's opinion balancing the interests of the lessors and those of the lessees required that there should be no intervention in rent adjustment clauses in existing contracts other than what would follow from this proposal* »³⁶⁰. A priori, et compte tenu des facteurs pris en compte dans les affaires *Animal Defenders International*, ou encore *S. A. S. c. France*, le Parlement norvégien semblait avoir eu à cœur d'édicter une loi attentive aux intérêts en présence. Toutefois, la Cour, étonnamment, affirme qu'elle :

³⁵⁶ *Ibidem*, § 116.

³⁵⁷ Cour EDH, Affaire *Lindheim c. Norvège*, 12 juin 2012, req. n°13221/08 et al., § 125.

³⁵⁸ *Ibidem*, § 126.

³⁵⁹ *Ibidem*.

³⁶⁰ *Ibidem*.

« has not been made aware, nor does it appear from the material submitted, that any specific assessment was made of whether the amendment to section 33 regulating the extension of the type of ground lease contracts at issue in the applicants' case achieved a "fair balance" between the interests of the lessors, on the one hand, and those of the lessees, on the other hand »³⁶¹.

Cela mène la Cour EDH à constater que le Parlement n'a pas réussi à ménager un juste équilibre entre l'intérêt général de la communauté et le droit de propriété des requérants³⁶². Ici, la recherche d'un raisonnement de proportionnalité est expresse, et la démarche du Parlement norvégien assidue. Il y a, en effet, eu des efforts pour concilier les intérêts en présence. Néanmoins, cela ne suffit pas : le raisonnement de proportionnalité doit exister, et il doit être de qualité.

L'établissement de cette qualité ne bénéficie pas encore de critères clairs. Selon la doctrine, cela nuit à la capacité des Parlements de se conformer aux exigences de la Cour³⁶³. Matthew Saul a tenté de systématiser les critères retenus par la Cour EDH pour déterminer la qualité du processus parlementaire. Selon ce dernier, elle prendrait en compte la démocratie, l'expertise nationale et la nature et le contexte du décideur national³⁶⁴. Cette prise en compte se traduirait par l'intérêt qu'elle porte aux travaux de comités (auditions, rapports et débats)³⁶⁵ ; aux débats³⁶⁶ ; aux commissions (notamment leurs auditions)³⁶⁷ ; aux sélections de formations parlementaires et leurs activités³⁶⁸ ; aux formations en plénières³⁶⁹ ; et au vote³⁷⁰. En réalité, bien que la qualité du processus parlementaires soit un premier faisceau d'indice quant à la qualité attendue par la Cour relative à l'étendue des démarches que doit prendre le

³⁶¹ *Ibidem*, § 128.

³⁶² *Ibidem*, § 134.

³⁶³ L. LAZARUS, N. SIMONSEN, « *Judicial Review and Parliamentary Debate: Enriching the Doctrine of Due Deference* », in M. HUNT, H. J. HOOPER, P. YOWELL (dir.), *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*, Oxford, Édition *Hart Publishers*, 2015, pp. 385 et 393.

³⁶⁴ M. SAUL, « The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments », *Human Rights Law Review*, n°15, 2015, p. 762.

³⁶⁵ Cour EDH, GC, Affaire *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, req. n°6339/05 ; Cour EDH, déc., Affaire *Friend et autres c. Royaume-Uni*, 24 novembre 2009, req. n°16072/06 et al. ; Cour EDH, GC, Affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, req. n°48876/08 ; Cour EDH, GC, Affaire *S. A. S. c. France*, 1 juillet 2014, req. n°43835/11.

³⁶⁶ Cour EDH, Affaire *Murphy c. Irlande*, 10 juillet 2003, req. n°44179/98 ; Cour EDH, GC, Affaire *Maurice c. France*, 6 octobre 2005, req. n°11810/03 ; Cour EDH, Affaire *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Royaume-Uni*, 8 avril 2014, req. n°31045/10 ; Cour EDH, GC, Affaire *S. A. S. c. France*, 1 juillet 2014, req. n°43835/11.

³⁶⁷ Cour EDH, déc., Affaire *Noack et autres c. Allemagne*, 25 mai 2000, req. n°46346/99 ; Cour EDH, GC, Affaire *S. A. S. c. France*, 1 juillet 2014, req. n°43835/11.

³⁶⁸ Cour EDH, Affaire *Shindler c. Royaume-Uni*, 7 mai 2013, req. n°19840/09.

³⁶⁹ Cour EDH, Affaire *Zdanoka c. Lettonie*, 17 juin 2004, req. n°58278/00 ; Cour EDH, GC, Affaire *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, req. n°6339/05.

³⁷⁰ Cour EDH, GC, Affaire *S. A. S. c. France*, 1 juillet 2014, req. n°43835/11.

Parlement pour édicter une loi, les critères proposés par Matthew Saul omettent le critère de la mise en oeuvre de la proportionnalité, raisonnement favorisé dans le contexte de protection des droits de l'homme. Cela est, par ailleurs, conforté par la *Contribution of the Court to the Brussels Conference* dans laquelle elle « *encourage national parliaments to give careful consideration to the human rights issues that arise in the course of adopting legislation* »³⁷¹. En tout état de cause, ils permettent néanmoins au Parlement de se conformer aux exigences de l'État de droit, prérequis de la mise en oeuvre de la subsidiarité.

§ 2. – L'absence d'un raisonnement de proportionnalité

La mise en oeuvre de la subsidiarité n'est pas envisageable lorsque le Parlement ne répond pas aux prérequis procéduraux lui étant spécifiques³⁷². La même chose peut être affirmée lorsque le Parlement ne prend pas la peine de tenter de ménager un équilibre entre les intérêts des parties prenantes (B), toutefois cela doit être nuancé : le Parlement peut tout à fait ménager le terrain, dans la rédaction d'une loi, pour qu'un examen de proportionnalité puisse être adopté par l'administration ou l'organe judiciaire (A).

A. L'absence partielle : l'organisation du raisonnement de proportionnalité par d'autres autorités

Si le juge européen est amené à rechercher la présence de la proportionnalité dans le processus décisionnel parlementaire, ce dernier peut apprécier l'organisation du raisonnement de proportionnalité, à défaut de sa présence directe dans la législation. Cette tolérance du juge

³⁷¹ Cour EDH, *Contribution of the Court to the Brussels Conference*, 26 janvier 2015, § 6.

³⁷² Bien que la Cour EDH n'ait pas compétence pour prendre position sur un système politique ou électoral comme un autre dans la mesure où ces choix relèvent de la compétence exclusive de l'État (Cour EDH, Affaire *Grosaru c. Roumanie*, 2 mars 2010, req. n°78039/01, § 44), il n'en demeure pas moins qu'elle ait compétence pour se prononcer sur des atteintes au droit aux élections libres (article 3 du Premier Protocole additionnel), l'amenant à développer des obligations procédurales spécifiques au Parlement et aux délibérations qui y ont lieu. A ce titre, l'État doit assurer l'égalité des participants et la bonne représentation au sein du Parlement (Cour EDH, Plénière, Affaire *Mathieu Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, req. n°9267/81, § 54 ; Cour EDH, GC, Affaire *Yumak et Sadak c. Turquie*, 8 juillet 2008, req. n°10226/03, § 86 ; Cour EDH, GC, Affaire *Tănase c. Moldova*, 24 avril 2010, req. n°07/08, § 178 ; Cour EDH, Affaire *Sitaropoulos et autres c. Grèce*, 8 juillet 2010, req. n°42202/07, § 34) ; garantir le pluralisme dans les médias et l'égal accès à l'information (Cour EDH, Affaire *Frăsilă et Ciocîrlan c. Roumanie*, 10 mai 2012, req. n°25329/03, § 64 ; Cour EDH, GC, Affaire *Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie*, 7 juin 2012, req. n°38433/09, §§ 129-135) ; la liberté d'expression des parlementaires (Cour EDH, GC, Affaire *Karácsony et autres c. Hongrie*, 17 mai 2016, req. n°42461/13 et al., § 137) ; et ne pas exclure les minorités du processus décisionnel (Cour EDH, Affaire *Alajos Kiss c. Hongrie*, 20 mai 2010, req. n°38832/06, § 44).

européen va se caractériser par la recherche, dans la législation, de la permission d'une individualisation permettant aux tribunaux ou à l'administration d'appliquer une bonne proportionnalité. Ce type de démarche se retrouve notamment dans l'affaire *Lohuis et autres c. Pays-Bas*. Il s'agissait de deux ressortissants néerlandais, éleveurs de porcs, se plaignant d'avoir été privés de leurs propriétés sans compensation en vertu d'une législation réduisant le nombre de porcs autorisés par ferme. Cette législation était édictée en application du droit européen et visait à réduire l'impact environnemental de l'élevage porcin. Par sa nature, la loi était vouée à recouvrir un caractère générique : en ce sens, tous les éleveurs de porcs néerlandais étaient concernés par l'édiction de ces quotas de porcs, et donc par la limitation de leur propriété. Par conséquent, la loi ne prenait pas nécessairement en compte les situations particulières de chacun qui auraient pu, dans des circonstances particulières, justifier des exonérations. Toutefois, tel n'est pas le cas de la législation litigieuse. Dans sa rédaction, le Parlement avait pris en compte les intérêts en présence et prévu l'organisation d'un raisonnement de proportionnalité déporté sur les autorités judiciaires. En effet, il est souligné que :

« Furthermore, the Court is satisfied that the interests of the applicants were not disregarded. General provision was made for cases of individual hardship through the Pig Farming Restructuring (Hardship) Decree which provided for certain categories of cases. Pig farmers whose situation was not alleviated by the Pig Farming Restructuring (Hardship) Decree had the option of taking their claims against the State to the civil courts – as indeed the applicants did. The fact that the applicants Lohuis and Lohuis-Voshaar obtained a judgment in their favour from the Arnhem Court of Appeal, even though not on the grounds they argued, which judgment moreover survived an appeal to the Supreme Court lodged by their opponent, demonstrates that the procedure available offered adequate protection of the rights of any pig farmer unduly affected »³⁷³.

Au constat de l'organisation du déport de la proportionnalité sur les autorités judiciaires et la bonne application de cette option par ces dernières, la Cour EDH avait conclu au défaut manifeste de fondement de la requête des intéressés. Elle apprécie manifestement la prise en compte, par le Parlement, des diverses situations que peut affecter la législation qu'il rédige pour éviter, tant que ce peut, les violations des droits fondamentaux (ici, le droit de propriété), même dans le cadre d'une application du droit européen. La satisfaction de la Cour EDH dépend toutefois de la bonne application de la loi par les autorités sur lesquelles sont

³⁷³Cour EDH, déc., Affaire *Lohuis et autres c. Pays-Bas*, 30 avril 2013, req. n°37265/10, § 59.

déportées le raisonnement de proportionnalité ; encore une fois, la Cour EDH s'inquiète particulièrement de la qualité de la procédure et ne concède la pertinence d'une telle démarche que dans le cas d'une procédure fonctionnelle et de qualité.

B. L'absence totale : l'absence d'intérêt pour les droits fondamentaux

Si l'absence partielle de raisonnement de proportionnalité dans la préparation de la loi peut être tolérée par la Cour, tel n'est pas le cas d'une absence totale d'intérêt pour les atteintes aux droits fondamentaux. L'absence de raisonnement de proportionnalité se constate principalement dans les affaires tenant à des législations indiscriminées, ne prévoyant pas de déport de l'examen de la proportionnalité sur les autorités judiciaires et administratives, et d'application générale voire automatique.

Ce fut particulièrement le cas du contentieux des restrictions du droit de vote des détenus. En effet, la Cour a posé ce précédent dans l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*. L'affaire concernait l'application à un ressortissant de la législation britannique prévoyant l'interdiction pour les prisonniers condamnés de voter aux élections parlementaires et locales. Le propre de l'arrêt consiste en l'examen scrupuleux du processus parlementaire et la critique véhémement de l'absence de toute considération pour les droits fondamentaux, même si cela implique de critiquer le fonctionnement même du Parlement :

« En ce qui concerne le poids à accorder à la position adoptée par les pouvoirs législatif et judiciaire au Royaume-Uni, rien ne montre que le Parlement ait jamais cherché à peser les divers intérêts en présence ou à apprécier la proportionnalité d'une interdiction totale de voter visant les détenus condamnés. La question a certes été examinée par la conférence multipartite de députés qui s'est tenue en 1968 sur la loi électorale et qui a recommandé à l'unanimité de ne pas autoriser un détenu condamné à voter. Il est également vrai que le groupe de travail qui a préconisé d'amender la loi pour permettre aux détenus non condamnés de voter a pris note de l'avis exprimé par les gouvernements successifs selon lequel les détenus condamnés avaient perdu l'autorité morale nécessaire pour voter, et n'a donc pas recommandé de modification de la législation pour ces derniers. Peut-être peut-on considérer qu'en se prononçant comme il l'a fait, c'est-à-dire en exemptant les détenus non condamnés de la restriction au droit de vote, le Parlement a implicitement reconnu la nécessité de maintenir cette restriction pour les détenus condamnés. *Cependant, on ne saurait dire que les députés ont tenu un débat de fond sur le point de*

savoir s'il se justifiait toujours, à la lumière de la politique pénale moderne et des normes en vigueur en matière de droits de l'homme, d'appliquer une telle restriction générale au droit de vote des détenus »³⁷⁴ (accentuation de l'autrice).

Ces considérations se retrouvent ainsi systématiquement dans les affaires où le Parlement n'a pas débattu la question de la proportionnalité et l'impact sur les droits fondamentaux³⁷⁵. Peu importe, finalement, la qualité de la procédure parlementaire : le critère central, à tout le moins dans le contentieux des restrictions générales du droit de vote des détenus, semble tenir à l'examen de la proportionnalité d'une telle mesure.

Certes, il est possible de dénoncer le flou artistique qu'implique ce manque dénoncé par la Cour EDH qui ne donne aucune clé de raisonnement³⁷⁶, ou de démarches à réaliser pour se conformer aux exigences de la Convention EDH. Toutefois, premièrement, la Cour EDH a postérieurement donné des clés de raisonnement dans l'affaire *Animal Defenders International* en soulignant que l'examen devait s'intéresser à « tous les aspects culturels, politiques et juridiques de [la] mesure [litigieuse] »³⁷⁷. Deuxièmement, en réalité, il est difficile – voire impossible – de justifier de retirer de manière générale et automatique un droit civil et politique aussi crucial dans une démocratie à toute personne détenue sans exception. La critique n'a pas une simple portée procédurale qui se contenterait d'une exigence formelle de débattre sur la nécessité de la mesure. En tout état de cause, nous l'avons vu, la simple existence d'un raisonnement de proportionnalité ne suffit pas, encore faut-il que ce dernier soit qualitatif. Ce qui importe pour la Cour EDH est aussi de nature matérielle : en menant un examen de proportionnalité, et donc en portant un intérêt aux droits fondamentaux, le Parlement britannique aurait nécessairement constaté l'impossibilité d'édicter une interdiction d'application générale et automatique à toute personne détenue compatible avec la Convention EDH. Le raisonnement de proportionnalité l'aurait probablement mené à distinguer certaines catégories de détenus (par exemple, différencier les détenus condamnés des détenus provisoires, ou encore différencier selon la nature de l'infraction), ou à minima, à l'aune de l'affaire *Lohuis et autres c. Pays-Bas*, à déporter l'examen de la proportionnalité vers l'autorité judiciaire ou l'administration.

³⁷⁴ Cour EDH, GC, Affaire *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*, 6 octobre 2005, req. n°74025/01, § 79.

³⁷⁵ Voir Cour EDH, Affaire *Alajos Kiss c. Hongrie*, 20 mai 2010, req. n°38832/06, § 41 ; Cour EDH, Affaire *Greens et M.T.V. c. Royaume-Uni*, 23 novembre 2010, req. n°60041/08 et al., § 44 ; Cour EDH, Affaire *Anchugov et Gladkov c. Russie*, 4 juillet 2013, req. n°11157/04 et al., § 109.

³⁷⁶ M. SAUL, *op. cit.*, p. 759.

³⁷⁷ Cour EDH, GC, Affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, req. n°48876/08, § 114.

C'est précisément la démarche de la Cour EDH dans l'affaire *Scoppola c. Italie (N°3)* dans laquelle elle consacre l'intervention nécessaire du juge comme critère de compatibilité des interdictions générales et absolues³⁷⁸. Nous en revenons ainsi à l'hypothèse de l'absence partielle de proportionnalité : seule celle-ci est tolérée³⁷⁹.

Dès lors que le constat d'un raisonnement de proportionnalité est établi dans le processus décisionnel parlementaire, le juge européen est amené à moduler la marge nationale d'appréciation dont bénéficie l'État (SECTION 2).

SECTION 2. – LA MODULATION DE LA MARGE NATIONALE D'APPRÉCIATION

La doctrine est unanime : il existe un lien entre le contrôle du contrôle et l'étendue de la marge nationale d'appréciation³⁸⁰ (ci-après, MNA). Le concept de la MNA fait, néanmoins, encore l'objet d'une littérature cacophonique compte tenu de la difficulté d'en définir les contours et les logiques. Tout en restituant les débats entre George Letsas et Andrew Legg, Oddný Mjöll Arnardóttir³⁸¹ a proposé une systématisation de la composition de la notion en se fondant sur la jurisprudence et les travaux de l'ancien Président de la Cour EDH, Dean Spielmann. Elle explique que la MNA est, en réalité, composée de deux éléments distincts reposant sur des raisonnements et fonctions différents : il s'agit des volets structurel et normatif selon la terminologie de Dean Spielmann³⁸². Se fondant dans le principe de subsidiarité, la doctrine de la MNA, au sens d'Arnardóttir, déploie une « *dual justification (functional and normative)* »³⁸³ ainsi qu'une « *dual function (the systemic distribution of competences between decision making bodies and the normative function of allowing pluralism and flexibility in the interpretation and application of rights)* »³⁸⁴. D'une part, la MNA systémique recouvre la logique selon laquelle la Cour EDH concluerait à un degré de

³⁷⁸ Cour EDH, GC, Affaire *Scoppola c. Italie (N°3)*, 22 mai 2012, req. n°126/05, § 99.

³⁷⁹ *Ibidem*, § 102.

³⁸⁰ J. GERARDS, *op. cit.*, in J. GERARDS, E. BREMS (dir.), *op. cit.*, p. 146 ; T. KLEINLEIN, « The procedural approach of the European Court of Human Rights: Between subsidiarity and dynamic evolution », *British Institute of International and Comparative Law*, 2019, p. 93 ; O. M. ARNARDÓTTIR, « The “procedural turn” under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance », *Oxford University Press and New York University of Law*, 2017, p. 11. ; P. CUMPER, T. LEWIS, « Blanket bans, subsidiarity, and the procedural turn of the European Court of Human Rights », *British Institute of International and Comparative Law*, volume 68, 2019, p. 615 ; L. HUIJBERS, *op. cit.*, p. 147 ; M. SAUL, *op. cit.*, p. 749.

³⁸¹ O. M. ARNARDÓTTIR, « Rethinking the Two Margins of Appreciation », *European Constitutional Law Review*, volume 12, 2016, pp. 27-53.

³⁸² D. SPIELMANN, « Whither the Margin of Appreciation », *UCL – Current Legal Problems (CLP)*, 20 mars 2014, pp. 1-13.

³⁸³ O. M. ARNARDÓTTIR (2016), *op. cit.*, p. 42.

³⁸⁴ *Ibidem*.

déférence à l'égard de l'organe décisionnel national à l'issue de l'examen de ses caractéristiques, capacités et qualités. En effet, dès lors que l'organe répond aux standards conventionnels, la Cour EDH est disposée à conclure sur la base de la décision nationale à laquelle elle s'en remet. Comme établi précédemment, il s'agit en réalité de la mise en application de l'interdépendance des principes de subsidiarité et d'État de droit : si l'organe décisionnel se conforme à l'État de droit, la Cour EDH est disposée à lui accorder un certain degré de déférence au moyen de la MNA. D'autre part, la MNA normative recouvrirait la logique selon laquelle la Cour EDH observerait les caractéristiques matérielles pertinentes, le droit en cause ou les intérêts en présence et évaluerait quel degré de flexibilité normative fondée sur le pluralisme juridique au sein du CE est possible.

Cette systématisation s'inscrit dans la tendance procédurale du contrôle européen identifiée au sein de cette étude. En effet, elle se vérifie dans la jurisprudence de la Cour EDH qui affirme décomposer la MNA selon des considérations matérielles *et* procédurales (ou normatives et systémiques) :

« Lorsque le législateur bénéficie d'une marge d'appréciation, celle-ci s'applique en principe tant à la décision de légiférer ou non sur un sujet donné que, le cas échéant, aux règles détaillées édictées pour veiller à ce que la législation soit conforme à la Convention et pour ménager un équilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés en conflit. Les choix opérés et les solutions retenues par le législateur en la matière n'échappent pas pour autant au contrôle de la Cour »³⁸⁵.

Cette dernière sera donc mobilisée pour identifier la modulation de la MNA, étape succédant l'identification du raisonnement de proportionnalité, dans le cadre du processus décisionnel parlementaire.

Il est observable que le constat de proportionnalité dans le raisonnement parlementaire amène la Cour EDH à moduler la MNA à vocation de déférence (§ 1), tandis que son absence amène la Cour EDH à moduler la MNA à vocation limitative (§ 2).

§ 1. – Le recours à la marge nationale d'appréciation à vocation de déférence

Lorsque la Cour constate la présence d'un raisonnement de proportionnalité dans le processus décisionnel parlementaire, elle est généralement amenée à constater le respect de la MNA

³⁸⁵Cour EDH, GC, Affaire *Correia de Matos c. Portugal*, 4 avril 2018, req. n°56402/12, § 117.

systémique dans l'examen de la proportionnalité de la mesure litigieuse. A ce titre, elle peut accorder un certain degré de déférence à l'organe décisionnel parlementaire : il s'agit d'une déférence totale (A) ou partielle (B).

A. L'octroi d'une déférence totale

Une déférence totale impliquerait que la Cour EDH s'en remette complètement au processus décisionnel parlementaire national, après le constat de capacités, qualités et caractéristiques conformes au standard européen. Selon la logique du contrôle du contrôle, le Parlement devrait répondre de ses obligations procédurales et opter pour un raisonnement de proportionnalité de qualité pour qu'une telle déférence totale soit possible.

L'affaire *Animal Defenders International* amène un éclairage tout particulier quant à cette hypothèse. Alors que la Cour EDH avait commencé son analyse de la proportionnalité en soulignant que « la marge d'appréciation devant être reconnue à l'État dans le présent contexte est en principe étroite »³⁸⁶, elle finit par observer que la mesure litigieuse ne constitue pas une atteinte disproportionnée au droit à la liberté d'expression de l'intéressée alors même qu'il s'agit d'une interdiction quasi-totale.

Pour cause, la Cour EDH a commencé son analyse en mobilisant la MNA normative *in abstracto*. Un contexte où la liberté d'expression, le pluralisme, le débat d'intérêt public, le rôle de chien de garde de l'organisation non-gouvernementale (semblable à celui de la presse) sont fondamentaux dans une société démocratique (§§ 100-104) appelle nécessairement à une MNA normative étroite. Cela signifie que dans un tel contexte, la Cour EDH ne tolère pas une très grande flexibilité normative et se cantonne à une interprétation, *a priori*, stricte de la proportionnalité des mesures portant atteinte à la liberté d'expression. Pourtant, la Cour EDH modère tout de suite son propos en soulignant que « [l]a qualité de l'examen parlementaire et judiciaire de la nécessité de la mesure réalisé au niveau national revêt une importance particulière à cet égard, y compris pour ce qui est de l'application de la marge d'appréciation pertinente »³⁸⁷. Ici, la Cour EDH introduit des considérations tenant au périmètre de la MNA systémique : la capacité, les qualités et caractéristiques de l'organe décisionnel peuvent l'amener à moduler un certain degré de déférence quant à une mesure litigieuse. Comme

³⁸⁶ Cour EDH, GC, Affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, req. n°48876/08, § 104.

³⁸⁷ *Ibidem*, § 108.

établi précédemment, elle continue son examen en félicitant la qualité du raisonnement et des démarches entreprises par le Parlement britannique dans la rédaction de la législation à l'origine de la mesure litigieuse³⁸⁸. Néanmoins, elle n'assume pas entièrement de tirer les conséquences logiques du constat d'absence d'excès de la MNA systémique. En effet, au seul constat de ces qualités, caractéristiques et capacités, la Cour EDH aurait dû directement accorder une déférence totale sans détour. Toutefois, il est palpable que la démarche ne fait pas entièrement consensus³⁸⁹ et que sa mobilisation est encore embryonnaire puisqu'elle renforce son propos en revenant dans le volet normatif de la MNA. Après avoir félicité le processus parlementaire et examiné les contestations de la requérante, elle mobilise la méthode consensuelle, propre à la MNA normative, pour appuyer (voire justifier) sa conclusion au titre de la MNA systémique. Parce qu'il n'existe aucun consensus européen sur la question, en réalité, il est possible d'élargir la MNA normative dont bénéficie l'État et d'être donc plus flexible quant aux interprétations possibles. Dans cette hypothèse, il devient plus acceptable que la MNA systémique emboîte le pas et favorise une déférence totale à l'égard de l'État, alors même que la mesure litigieuse est très sévère. Alors que le détour par la MNA normative aurait pu indiquer que la Cour EDH n'offrirait qu'une déférence partielle (cf. B), en concluant que malgré une procédure exceptionnelle, le résultat n'était pas conforme substantiellement aux standards européens, ici, l'emploi de la méthode consensuelle vient, au contraire, justifier la position normative britannique et rendre acceptable le constat de non-violation dans le cadre conceptuel de la MNA systémique. Cette octroi de déférence totale s'inscrit, au sens de Robert Spano, dans une approche de

« *qualitative, democracy enhancing approach to legislative deference* »³⁹⁰.

Dans ce cadre précis, il est palpable que la MNA systémique est mobilisée et appliquée à un degré surplombant celle de la MNA normative, bien plus minoritaire (et qui pourrait être totalement absente si la Cour EDH tirait toutes les conséquences de la logique systémique). Toutefois, alors que dans une démarche logique, l'emploi de la MNA devrait être primaire, et précéder l'emploi de la marge nationale d'appréciation normative, tel n'est pas le cas. La Cour EDH s'emploie à insérer des considérations systémiques dans un cadre normatif préétabli. Cela nous amène à considérer que le contrôle du contrôle ne se déclenche que dans

³⁸⁸ *Ibidem*, § 114 ; 116.

³⁸⁹ Cour EDH, GC, Affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, req. n°48876/08, Opinion dissidente commune aux juges Ziemele, Sajó, Kalaydjieva, Vučinić et de Gaetano ; Opinion dissidente de la Juge Tulkens, à laquelle se rallient les juges Spielmann et Laffranque : ces opinions dissidentes marquent la sensibilité et la caractère controversé de la démarche au sein des juges ce qui finit par s'illustrer par la proportion des votes : la majorité est à neuf voix contre huit.

³⁹⁰ R. SPANO (2018), *op. cit.*, p. 488.

l'hypothèse d'une MNA normative ample, préétablie ou – à tout le moins – annoncée postérieurement. C'est pourquoi la méthode consensuelle³⁹¹ semble apparaître souvent dans le contentieux contrôle du contrôle : elle est une méthode d'évaluation des contours de la MNA normative, qui précède l'engagement de la Cour EDH sur le terrain systémique. Cela s'explique probablement par des considérations d'acceptabilité du raisonnement, et de volonté de garantir sa propre autorité normative.

B. L'octroi d'une déférence partielle

Une déférence partielle implique que la Cour EDH s'engage à la fois sur le terrain de la MNA systémique et sur celui de la MNA normative. Oddný Mjöll Arnardóttir souligne que dans cette hypothèse, « *the fact that the Court itself does engage normatively with the relevant substantive issue indicates that it nevertheless in the final analysis exercises its authority under Article 32 ECHR to have the last say on the interpretation and application of Convention standards* »³⁹².

Comme indiqué précédemment, il ne suffit pas que le Parlement use d'un raisonnement de proportionnalité pour que, dans le cadre du contrôle du contrôle, la Cour EDH lui octroie une déférence totale et s'en remette entièrement aux motivations exposées dans le cadre de la rédaction de la législation. Le raisonnement doit également être de qualité, à savoir, il doit répondre aux standards substantiels européens. C'est pourquoi, dans cette hypothèse, il est question de déférence partielle. Bien que la Cour EDH admette la qualité du processus décisionnel parlementaire et félicite l'intérêt du Parlement pour les conséquences qu'aurait la mesure sur les droits fondamentaux, elle ne peut s'en remettre à la décision nationale si celle-ci constitue une mesure disproportionnée.

Pour illustrer cette dynamique au travers d'un contrôle du processus parlementaire, il est possible de reprendre l'exemple de l'affaire *Lindheim c. Norvège*. L'affaire posait une problématique tenant à la conformité de la législation sur la restriction des loyers avec les droits garantis par l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel. Comme énoncé

³⁹¹ La méthode consensuelle a été consacrée par l'affaire *Rasmussen c. Danemark* (Cour EDH, 28 novembre 1984, req. n°8777/79). Cette méthodologie interprétative implique « une recherche de droit comparé » (Cour EDH, Affaire *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, req. n°65192/11, § 40) visant à établir un « dénominateur commun » (*Ibidem*, § 87), c'est-à-dire de rechercher des principes communs aux législations des États membres. S'il existe un consensus, alors la MNA normative doit être étroite, s'il y a une absence de consensus, alors la MNA normative est plus large.

³⁹² O. M. ARNARDÓTTIR (2016), *op. cit.*, p. 47.

précédemment, la Cour EDH souligne la difficulté³⁹³ à laquelle le Parlement norvégien était confronté concernant le ménagement d'un juste équilibre entre les locataires et les bailleurs. Ces premières remarques indiquent l'entrée sur le terrain de la MNA systémique, néanmoins, elle indique tout de suite qu'elle va examiner « *whether in the instant case the national authorities acted within the wide margin of appreciation accorded under Article 1 of Protocol No. 1* »³⁹⁴. Une fois encore, l'entrée dans la marge nationale d'appréciation systémique est articulée dans le cadre conceptuel de la MNA normative : la Cour EDH contrôle la capacité, la qualité et les caractéristiques du processus décisionnel parlementaire dans le cadre d'une grande flexibilité interprétative. Ce faisant, a priori, la déférence nationale est facilitée car la Cour EDH tolère plus aisément un pluralisme interprétatif dans ce type d'affaires. Elle observe attentivement quelle a été la démarche du Parlement norvégien, pour quel raisonnement il a opté, comment il a motivé la législation litigieuse³⁹⁵. Nous avons noté que le Parlement avait, en effet, fait montre d'un intérêt particulier pour le ménagement d'un certain équilibre entre les intérêts des parties prenantes. Cela montre que la Cour EDH accorde un intérêt particulier au processus décisionnel, au respect des obligations procédurales et à la démarche du Parlement dans un esprit implicitement orienté vers l'interaction entre l'État de droit et la subsidiarité.

Néanmoins, tout de suite après, elle souligne le manque de proportionnalité dans la législation en cause³⁹⁶. Ce paragraphe signe le revirement de la MNA systémique vers la marge nationale d'appréciation normative. Son examen, jusqu'à présent centré sur la qualité du processus décisionnel parlementaire et le raisonnement adopté par ce dernier, se détourne de considérations *procédurales largo sensu* pour passer à des considérations dites *substantielles*. Elle analyse le niveau du loyer, particulièrement bas, pour une durée indéfinie³⁹⁷, indifférent à la situation financière du locataire³⁹⁸ comme n'étant pas justifié par des exigences d'intérêt général suffisamment fortes³⁹⁹. Comme l'indiquait Oddný Mjöll Arnardóttir, le fait que la Cour EDH engage normativement avec la problématique en cause montre que l'autorité interprétative lui appartient en tout état de cause. Si une certaine flexibilité est possible, elle ne peut excéder les limites posées par la Cour EDH.

³⁹³ Cour EDH, Affaire *Lindheim c. Norvège*, 12 juin 2012, req. n°13221/08 et 2139/10, § 125.

³⁹⁴ *Ibidem*.

³⁹⁵ *Ibidem*, § 126.

³⁹⁶ *Ibidem*, § 128.

³⁹⁷ *Ibidem*, § 131.

³⁹⁸ *Ibidem*, § 130.

³⁹⁹ *Ibidem*, § 129.

Ici, à la différence de l'affaire *Animal Defenders International*, le raisonnement n'est pas suffisamment solide pour justifier une mesure aussi attentatoire au droit en cause. Le revirement rationnel de la MNA systémique vers la MNA normative n'a pas la même portée ni logique : alors que dans *Animal Defenders International*, l'analyse normative vient renforcer les conclusions tenant à l'analyse systémique ; ici, l'analyse normative vient contrecarrer l'analyse systémique. Ce faisant, optant pour un même raisonnement, la Cour EDH aboutit à deux solutions différentes : déférence totale et déférence partielle.

Dans ce cadre précis, il est palpable que la MNA normative est mobilisée et appliquée à un degré surplombant celle de la MNA systémique. Pour cause, si l'État outrepassé les limites de sa MNA systémique (en optant pour un raisonnement insatisfaisant normativement, bien que le processus décisionnel ait été de qualité et que les obligations procédurales aient été respectées), le raisonnement ne pourra pas être accueilli par la Cour.

§ 2. – Le recours à la marge nationale d'appréciation à vocation de constat de violation

En l'absence de considérations de proportionnalité ou pour les droits fondamentaux en cause, l'État défendeur outrepassé sa MNA systémique. Pour cause, ce dernier ne remplit pas les exigences tirées de l'État de droit, dès lors, la Cour EDH ne peut s'en remettre aux motivations exposées par le Parlement. Par conséquent, l'absence d'organisation de la proportionnalité et l'absence de proportionnalité dans la législation emportent nécessairement l'établissement d'une marge nationale d'appréciation systémique étroite (A) et le rappel d'une marge nationale d'appréciation normative limitée (B).

A. L'outrepassé de la marge nationale d'appréciation systémique : le défaut d'organisation du raisonnement de proportionnalité vers d'autres autorités

Nous l'avons vu, le simple constat de l'absence de proportionnalité dans la motivation d'une législation ne suffit pas nécessairement pour conclure à l'inconformité de ladite législation sous l'angle du contrôle du contrôle. Le Législateur peut tout à fait déporter le raisonnement de proportionnalité sur une autre autorité, à savoir l'administration ou l'autorité judiciaire, à condition toutefois que l'application faite par ces autorités soit conventionnelle. Ce type de raisonnement, dans le cadre de l'application de la doctrine de la MNA systémique, est

acceptable : elle prend en compte les requis de l'État de droit et permet une mise en œuvre de la subsidiarité.

Toutefois, dans le cas contraire où le Législateur édicte une loi sans déport de la proportionnalité vers une autre autorité, l'objet du contrôle est la mesure d'application stricte de la loi en elle-même. Dans ce cas, aucune proportionnalité déportée n'est possible, et, *a priori*, l'État outrepassé la MNA systémique.

L'affaire *Godelli c. Italie* illustre cette logique. Cette affaire concernait une ressortissante italienne, abandonnée à la naissance par une femme n'ayant pas consenti à être nommée dans l'acte de naissance, ni à communiquer quelque information non-identifiante. Malgré des tentatives de recours, la ressortissante s'est vue déboutée de toutes ses demandes d'accès à des informations non identifiantes sur le fondement d'une application stricte de la loi n°184/983 interdisant absolument tout accès à toute information.

La Cour EDH commence son propos en rappelant que l'étendue de la MNA implique un « examen approfondi [...] pour peser les intérêts concurrents »⁴⁰⁰ dans le cadre du droit à l'identité, du droit de connaître son ascendance (article 8). Dès le début de l'examen de la proportionnalité, elle rappelle que l'État doit pouvoir exercer un contrôle de proportionnalité sur tous les intérêts en présence dans ce type d'affaire au regard de la particularité du droit en cause, qui suppose des pondérations d'intérêts complexes (les intérêts de la mère, et ceux de la fille). Or, après avoir différencié cette affaire de l'affaire *Odièvre c. France*⁴⁰¹, elle souligne que :

« la législation italienne ne tente de ménager aucun équilibre entre les droits et les intérêts concurrents en cause. En l'absence de tout mécanisme destiné à mettre en balance le droit de la requérante à connaître ses origines avec les droits et les intérêts de la mère à maintenir son anonymat, une préférence aveugle est inévitablement donnée à cette dernière »⁴⁰².

Deux éléments sont à souligner : premièrement, la législation ne cherche pas à ménager la proportionnalité de ses conséquences sur les intérêts en présence ; deuxièmement, aucune organisation d'un raisonnement de proportionnalité sur une autre autorité n'est observée, dès lors, c'est la législation qui s'applique strictement sans possibilité de proportionnalité. De ces

⁴⁰⁰ Cour EDH, Affaire *Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012, req. n°33783/09, § 65.

⁴⁰¹ Cour EDH, GC, Affaire *Odièvre c. France*, 13 février 2003, req. n°42326/98.

⁴⁰² Cour EDH, Affaire *Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012, req. n°33783/09, § 70.

deux éléments, la Cour EDH en tire une conclusion logique dans le cadre de la MNA systémique, inverse à celle d'*Animal Defenders International* :

« Dans le cas d'espèce, la Cour note que, si la mère biologique a décidé de garder l'anonymat, la législation italienne ne donne aucune possibilité à l'enfant adopté et non reconnu à la naissance de demander soit l'accès à des informations non identifiantes sur ses origines, soit la réversibilité du secret. Dans ces conditions, *la Cour estime que l'Italie n'a pas cherché à établir un équilibre et une proportionnalité entre les intérêts des parties*

concernées et a donc excédé la marge d'appréciation qui doit lui être reconnue »⁴⁰³

(accentuation de l'autrice).

Le constat de l'absence de capacité, de qualité, et de caractéristique conforme au standard européen suffit à constater la violation. Elle ne prend même pas la peine de se prononcer sur le terrain de la MNA normative concernant la portée de l'interdiction. Le simple fait qu'aucune considération de proportionnalité ne soit exercée ou possible à quelconque stade du processus décisionnel suffit pour emporter violation de l'article 8. Cette affaire illustre la logique radicalement inverse d'*Animal Defenders International* : dans cette affaire, le processus parlementaire avait été particulièrement excellent au sens de la Cour EDH ce qui passait par l'exercice d'un contrôle de proportionnalité de qualité par le Parlement ; ce faisant, dans le cadre de la MNA systémique, une déférence totale avait été accordée. Ici, le processus parlementaire est particulièrement non conforme aux attentes du juge européen : aucune proportionnalité n'est envisagée ni même rendue possible. Dès lors, c'est une violation immédiate qui est constatée.

B. Le déport vers la marge nationale d'appréciation normative : l'absence de raisonnement de proportionnalité dans la législation

Alors que la Cour EDH peut, en se fondant sur l'outrepassement de la MNA systémique, constater directement la violation comme illustré précédemment, ce n'est pas toujours le cas. En effet, dans le cadre d'un processus décisionnel défaillant au sens des standards européens, la Cour EDH peut aussi choisir d'affirmer une interprétation propre et finale au sens de l'article 32 de l'obligation en cause.

⁴⁰³ *Ibidem*, § 71.

Ce fut notamment le cas de l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni (N° 2)*. Nous l'avions évoqué précédemment, la Cour EDH démarre son examen de la proportionnalité de la mesure en constatant l'absence de raisonnement de proportionnalité par le Parlement britannique⁴⁰⁴. Ici, nous pourrions arguer que le Royaume-Uni a, dans la même veine que l'Italie dans l'affaire *Godelli*, excédé sa MNA systémique. En effet, la Cour EDH souligne qu'aucun raisonnement de proportionnalité n'a été engagé par le Parlement⁴⁰⁵ mais, en outre, les juridictions se sont déclarées incompétentes pour juger de la proportionnalité d'une telle restriction⁴⁰⁶ appliquée de manière automatique et indifférente aux situations des différents détenus. Dès lors, aucun examen de proportionnalité n'est possible à n'importe quelle étape décisionnelle, à l'aune de l'affaire *Godelli*. Pourtant, la Cour EDH s'engage tout de même sur le terrain de la MNA normative : mobilisant la méthode consensuelle, elle détermine le fait qu'il n'existe en réalité pas de consensus européen sur la question de l'interdiction de vote des détenus, et que seule une certaine minorité d'États européens l'appliquent⁴⁰⁷. Cela implique donc, logiquement, l'existence d'une MNA normative large : le degré de flexibilité normative fondée sur le pluralisme juridique au sein du CE est donc élevé. Certes, toutefois elle n'est pas « illimitée »⁴⁰⁸. Le propre de l'arrêt *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)* est que, s'engageant spécifiquement sur les terrains systémique et normatif de la MNA, la Cour EDH conclut que : « Force est de considérer que pareille restriction générale, automatique et indifférenciée à un droit consacré par la Convention et revêtant une importance cruciale outrepassé une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle »⁴⁰⁹.

En l'absence de considérations de proportionnalité, qu'elles existent directement dans le processus décisionnel parlementaire ou déportées sur le processus décisionnel administratif ou judiciaire, la Cour EDH est confrontée à deux types d'hypothèses. Soit elle estime que la MNA systémique a été outrepassée, et elle constate immédiatement la violation ; soit elle s'engage sur les terrains normatif et systémique de la MNA pour évaluer si la mesure litigieuse emporte violation de la Convention. Par conséquent, aucune déférence n'est offerte à l'État défendeur.

Des considérations similaires peuvent être observées dans le cadre du processus décisionnel judiciaire ou administratif (**CHAPITRE 2**), bien qu'il dispose de ses propres spécificités.

⁴⁰⁴ Cour EDH, GC, Affaire *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*, 6 octobre 2005, req. n°74025/01, § 79.

⁴⁰⁵ *Ibidem*.

⁴⁰⁶ *Ibidem*, § 80.

⁴⁰⁷ *Ibidem*, § 81.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, § 82.

⁴⁰⁹ *Ibidem*.

CHAPITRE 2. – LE CONTRÔLE DU PROCESSUS DÉCISIONNEL ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE

Similairement au contrôle du processus décisionnel parlementaire, le contrôle du contrôle administratif et judiciaire implique une démarche en deux étapes. Premièrement, le juge recherche le raisonnement de proportionnalité dans le processus décisionnel administratif ou judiciaire (SECTION 1) selon des modalités différentes, ce qui, une fois encore, l'amène deuxièmement à moduler la MNA (SECTION 2).

SECTION 1. – LA RECHERCHE DU RAISONNEMENT DE PROPORTIONNALITÉ DANS LE PROCESSUS DÉCISIONNEL ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE

Dans l'exercice du contrôle du contrôle administratif et judiciaire, le juge européen est voué à rencontrer les deux mêmes types d'hypothèses : l'autorité administrative ou judiciaire a, en effet, opté pour un raisonnement de proportionnalité (§ 1) ; ou celle-ci ne l'a pas fait, signant l'absence de ce raisonnement dans la décision rendue (§ 2).

§ 1. – L'existence d'un raisonnement de proportionnalité

Dans l'hypothèse où le juge rencontre un raisonnement de proportionnalité dans le cadre du contrôle du contrôle administratif ou judiciaire, ce dernier ne se contente pas d'en constater l'existence (A) mais il en évalue également la qualité (B).

A. Son existence

La recherche du raisonnement de proportionnalité dans une décision administrative ou judiciaire ne répond pas aux mêmes modalités que la recherche dudit raisonnement dans le processus décisionnel parlementaire. Pour cause, le contrôle du processus décisionnel parlementaire n'est pas une donnée évidente du contrôle européen : la Cour n'a pas compétence pour prendre position sur un système politique ou électoral dans un contexte national particulier compte tenu du fait que cela relève de la compétence exclusive de l'État défendeur⁴¹⁰. Cela implique donc une certaine prudence dans le contrôle du processus

⁴¹⁰Cour EDH, Affaire *Grosaru c. Roumanie*, 2 mars 2010, req. n°78039/01, § 44.

parlementaire. Cette prudence ne se retrouve pas nécessairement dans le contrôle du processus administratif ou parlementaire puisqu'il s'agit des autorités vouées à appliquer la Convention, et que leurs décisions sont l'objet premier du contrôle européen.

Concernant le contrôle du processus décisionnel administratif, le juge européen cherche l'existence d'un raisonnement de proportionnalité au travers de la recherche d'un *juste équilibre* et de la notion d'*individualisation*.

La recherche d'un juste équilibre s'est particulièrement illustrée dans le contentieux environnemental. L'affaire *Hatton c. Royaume-Uni* donne quelques clefs de compréhension. L'affaire concernait deux ressortissants britanniques résidant aux alentours d'un aéroport et qui se plaignaient des nuisances sonores occasionnées par les décollages et atterrissages des avions. Ici, la Cour EDH annonce que son examen portera « l'ensemble des éléments procéduraux, notamment le type de politique ou de décision en jeu, la mesure dans laquelle les points de vue des individus (y compris les requérants) ont été pris en compte tout au long du processus décisionnel, et les garanties procédurales disponibles »⁴¹¹. Dans le cadre d'un contentieux environnemental, le processus décisionnel administratif doit « nécessairement comporter la réalisation d'enquêtes et d'études appropriées, de manière à permettre l'établissement d'un juste équilibre entre les divers intérêts concurrents en jeu »⁴¹². En l'espèce, la Cour EDH constate que le gouvernement britannique avait mis en place un contrôle permanent de l'adéquation des mesures conformément à l'état des connaissances sur les troubles du sommeil et les vols de nuit⁴¹³. Chaque plan de mesures était valable cinq années de sorte à ce qu'il puisse être mis à jour conformément à l'état de la recherche sur le sujet et chaque mesure avait été portée à l'attention du public de manière transparente par le biais d'un document de consultation⁴¹⁴. Ledit document fut adressé aux organismes de l'industrie aérienne ainsi qu'aux riverains des aéroports dont font partie les requérants qui ont été alertés sur la possibilité de formuler un recours judiciaire pour exposer leurs observations⁴¹⁵. Ainsi, il est perceptible que la Cour EDH recherche l'argumentation de proportionnalité au travers de l'*établissement d'un juste équilibre* lui-même caractérisé par l'existence d'une procédure consciencieuse, conforme aux connaissances scientifiques et en consultation directe avec les personnes concernées.

⁴¹¹ Cour EDH, GC, Affaire *Hatton c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003, req. n°36022/97, § 104.

⁴¹² *Ibidem*, § 128.

⁴¹³ *Ibidem*.

⁴¹⁴ *Ibidem*.

⁴¹⁵ *Ibidem*.

En outre, la proportionnalité d'une mesure administrative se mesure aussi à son niveau d'*individualisation*. Cette notion est particulièrement présente dans le contentieux relatif aux droits des étrangers. L'affaire *Üner c. Pays-Bas*, qui concernait l'expulsion d'un étranger pour des motifs d'ordre public résultant en la séparation de l'intéressé de sa famille, a permis notamment de poser des critères pédagogiques que l'administration est supposée suivre pour mettre en œuvre la proportionnalité au sens européen.⁴¹⁶ Reprenant en filigrane les critères établis, la Cour reprend les éléments factuels sur la base de laquelle les autorités administratives néerlandaises s'étaient fondées pour prononcer l'expulsion et l'interdiction de retour sur le territoire (§§ 61-67) et confirme la proportionnalité de la mesure. Dès lors, pour qu'existe proportionnalité au sens de la notion d'*individualisation*, les autorités administratives nationales doivent suivre les critères.

Concernant le contrôle du processus décisionnel judiciaire, la logique est la même. Le juge européen cherche l'existence d'un raisonnement de proportionnalité au travers de la restitution de critères prétoriens préétablis. Le développement de critères et de standards applicables aux autorités judiciaires fait l'objet d'une jurisprudence fourmillante. Il est possible d'énumérer des critères établis dans les affaires tenant à la diffamation et la liberté d'expression garantie par l'article 10 en équilibre avec l'article 8⁴¹⁷ ; la garde d'enfants, tutelle, adoption ou établissement de la paternité garantis au titre de l'article 8⁴¹⁸ ; l'enlèvement d'enfants au titre de l'article 8⁴¹⁹ ; les questions tenant à l'autonomie personnelle garanties par l'article 8⁴²⁰ ; ou encore l'évaluation de l'équité dans les affaires pénales sous l'angle de l'article 6⁴²¹. Comme le souligne Robert Spano, l'établissement de

⁴¹⁶ Cour EDH, GC, Affaire *Üner c. Pays-Bas*, 18 octobre 2006, req. n°46410/99, req. n°46410/99, § 57 ; Voir aussi Cour EDH, GC, Affaire *Maslov c. Autriche*, 23 juin 2008, req. n°1638/03, § 68.

⁴¹⁷ Voir Cour EDH, Affaire *Raëlien Suisse c. Suisse*, 13 janvier 2011, req. n°16354/06, §§ 67-75 ; Cour EDH, GC, Affaire *Von Hannover c. Allemagne*, 7 février 2012, req. n°40660/08 et al., §§ 108-113 ; Cour EDH, GC, Affaire *Axel Springer AG c. Allemagne*, 7 février 2012, req. n°39954/08, § 78 ; Cour EDH, Affaire *Peta Deutschland c. Allemagne*, 8 novembre 2012, req. n°43481/09, § 46 ; Cour EDH, Affaire *Remuszko c. Pologne*, 16 juillet 2013, req. n°1562/10, § 92 ; Cour EDH, Affaire *Von Hannover c. Allemagne (N° 3)*, 19 septembre 2013, req. n°8772/10, § 45 ; Cour EDH, Affaire *Ojala et Etkeno Oy c. Finlande*, 14 janvier 2014, req. n°69939/10, § 48 ; Cour EDH, Affaire *Lillo-Stenberg et Sæther c. Norvège*, 16 janvier 2014, req. n°13258/09, § 34 ; Cour EDH, Affaire *Matúz c. Hongrie*, 21 octobre 2014, req. n°73571/10, § 34 ; Cour EDH, GC, Affaire *Bédard c. Suisse*, 29 mars 2016, req. n°56925/08, §§ 55-81.

⁴¹⁸ Cour EDH, Affaire *Krisztián Barnabás Tóth c. Hongrie*, 12 février 2013, req. n°48494/06, §§ 30-38 ; Cour EDH, Affaire *Dmitriy Ryabov c. Russie*, 1^{er} août 2013, req. n°33774/08, § 48 et 50 ; Cour EDH, Affaire *Z. J. c. Lituanie*, 29 avril 2014, req. n°60092/12, § 96 et 98 ; Cour EDH, Affaire *Buchs c. Suisse*, 27 mai 2014, req. n°9929/12, § 49 et 51.

⁴¹⁹ Cour EDH, GC, Affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, req. n°41615/07, §§ 139-140 ; Cour EDH, GC, Affaire *X. Lettonie*, 26 novembre 2013, req. n°27853/09, § 68.

⁴²⁰ Cour EDH, Affaire *De la Flor Cabrera c. Espagne*, 27 mai 2014, req. n°10764/09, § 34.

⁴²¹ Cour EDH, Affaire *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, 13 septembre 2016, req. n°5054/08 et al., §§ 250-252 ; Cour EDH, Affaire *Simeonovi c. Bulgarie*, 12 mai 2017, req. n°21980/04, § 120.

tels critères permet de « *incentivise national judges to engage forcefully with embedded principles when having to undertake the often complicated assessment of legality, legitimate aims and necessity under the limitation clauses of qualified Convention provisions* »⁴²².

Néanmoins, l'établissement des critères n'est pas une chose figée : la Cour EDH est tout à fait ouverte à considérer l'utilisation, par l'autorité judiciaire nationale, de son propre raisonnement tant qu'il garantit une protection adéquate du droit en cause. Ce fut notamment le cas dans l'affaire *Harroudj c. France* qui concernait une ressortissante française ayant adopté une enfant de nationalité algérienne abandonnée à la naissance sous le régime de la *kafala* accordée par un tribunal algérien. Cette dernière avait demandé, en France, à pouvoir adopter l'enfant. Toutefois, elle avait été confrontée à un rejet par les autorités françaises au motif que la loi nationale de l'enfant prohibe l'adoption. Le raisonnement des autorités françaises se fondait sur une articulation entre le régime de l'adoption internationale au sens du droit international privé français, l'application de la Convention internationale sur les droits de l'enfant (ci-après, la CIDE) et de la Convention internationale de La Haye de 1996. Cette articulation était suffisamment flexible pour respecter, d'une part, « l'esprit et l'objectif des conventions internationales »⁴²³, et d'autre part assurer des « voies d'assouplissement de cette interdiction à la mesure des signes objectifs d'intégration de l'enfant dans la société française »⁴²⁴. Ces voies se caractérisent par la possibilité, pour l'enfant, d'obtenir la nationalité française dans un délai réduit et donc la faculté d'être adopté par une personne de nationalité française. Cette articulation des corpus nationaux et internationaux permet ainsi d'effacer progressivement l'obstacle à l'adoption en favorisant « l'intégration [de l'enfant] d'origine étrangère sans [la] couper immédiatement des règles de [son] pays d'origine, respect[ant] le pluralisme culturel et ménage[ant] un juste équilibre entre l'intérêt public et celui de la requérante »⁴²⁵. Cette affaire illustre ainsi la logique selon laquelle si l'État adopte un raisonnement de proportionnalité conforme, la Cour est susceptible de « *expressly embrac[e] the criteria adopted by the national court, rather than reviewing whether the national court applied the Convention standards* »⁴²⁶. Le fond du contrôle restant, en réalité, la recherche de traces, dans le raisonnement national, d'une prise en compte de tous les intérêts pertinents et d'une réelle démarche de conciliation de ces derniers.

⁴²²R. SPANO (2018), *op. cit.*, p. 487.

⁴²³Cour EDH, Affaire *Harroudj c. France*, 4 octobre 2012, req. n°43631/09, § 50.

⁴²⁴*Ibidem*, § 51.

⁴²⁵*Ibidem*.

⁴²⁶J. GERARDS, *op. cit.*, in J. GERARDS, E. BREMS (dir.), *op. cit.*, pp. 151-152.

Qu'il soit confronté à une décision administrative ou judiciaire, le juge européen cherche, dans la motivation de celles-ci, la restitution du raisonnement conforme au standard européen. Ce raisonnement passe par la recherche d'un juste équilibre au moyen d'une procédure consciencieuse, la recherche de l'individualisation de la mesure ou encore la retranscription de critères prétoriens. Toutefois, une fois encore, le raisonnement adopté ne suffit pas : il doit revêtir une certaine qualité pour être accueilli par la juridiction de Strasbourg (§ 2).

B. Sa qualité

A l'instar du processus décisionnel parlementaire, la seule existence du raisonnement de proportionnalité ne suffit pas à passer le contrôle européen. Ce dernier doit revêtir une certaine qualité.

Concernant le contrôle du processus décisionnel administratif, le juge européen cherche l'existence d'un raisonnement de proportionnalité qualitatif. Sans revenir sur les différentes manières de caractériser la proportionnalité dans une affaire, il ressort de la jurisprudence qu'un raisonnement de proportionnalité doit être particulièrement de qualité pour être conforme au standard européen. L'affaire *Vincent Lambert* montre que l'attention minutieuse à la procédure et les précautions prises pour évaluer la nécessité d'une mesure, la mise en balance des intérêts en question est particulièrement appréciée de la Cour EDH.

L'affaire *Vincent Lambert c. France* concernait la décision, par le médecin de l'intéressé, de l'interruption de l'alimentation et de l'hydratation artificielles le maintenant en vie. En effet, ce dernier avait été victime d'un accident de la route l'ayant rendu entièrement tétraplégique et dépendant de ces procédés. Le médecin avait entamé la procédure prévue par la loi Leonetti afin d'éviter l'obstination déraisonnable, à savoir le maintien artificiel de la vie de Vincent Lambert. Dans son examen du processus décisionnel tenant à la procédure hospitalière, la Cour EDH souligne que « la procédure a été menée en l'espèce de façon longue et méticuleuse, en allant au-delà des conditions posées par la loi, et estime que, même si les requérants sont en désaccord avec son aboutissement, cette procédure a respecté les exigences découlant de l'article 2 de la Convention »⁴²⁷. Concernant les recours administratifs, la Cour EDH souligne la qualité de la procédure devant le Conseil d'État. En

⁴²⁷ Cour EDH, GC, Affaire *Lambert et autres c. France*, 5 juin 2015, req. n°46043/14, § 168.

effet, ce dernier a examiné l'affaire dans sa formation plénière ce qui est mis en avant comme étant inhabituel dans le cadre de la procédure des référés⁴²⁸ ; a fait appel à une expertise qui a été menée de manière très approfondie⁴²⁹ ; a exercé un contrôle étendu⁴³⁰ ; enfin, il s'est attaché à caractériser quels étaient les souhaits de Vincent Lambert⁴³¹. Dans sa conclusion, la Cour EDH conclut à l'absence de violation en raison de la méticulosité avec laquelle le processus décisionnel a été réalisé. Il ressort ainsi de l'affaire que la Cour EDH attend de l'État que la procédure administrative soit particulièrement consciencieuse et de qualité pour que celle-ci soit conforme au standard européen dans le cadre du contrôle européen.

Concernant le contrôle du processus décisionnel judiciaire, la logique est la même. Le juge cherche la qualité du raisonnement de proportionnalité. La remobilisation des critères prétoriens ou de la jurisprudence européenne peut constituer un premier indice, néanmoins c'est la bonne application de ceux-ci qui permettent à la Cour, dans le cadre du contrôle du contrôle, d'affirmer si l'État s'est conformé à son obligation internationale. L'affaire *Lindheim c. Norvège*, citée précédemment, l'illustre.

En effet, la Cour EDH avait tant déploré le manque de proportionnalité dans les débats parlementaires à l'origine de la législation litigieuse, que le manque de proportionnalité du raisonnement des autorités judiciaires. A la fin de son examen de la violation de l'article 1^{er} du Premier Protocole additionnel, la Cour EDH souligne qu'elle apprécie que la Cour suprême norvégienne ait apprécié l'affaire en cause sous l'angle dudit article conventionnel⁴³². Au sens des propos de Robert Spano, cela fait montre d'une certaine sensibilité des magistrats norvégiens face au droit européen des droits de l'homme qui est en phase avec la logique de l'interdépendance entre les principes d'État de droit et de subsidiarité. Toutefois, malgré cette démarche appréciable, le raisonnement norvégien ne convient pas : celui-ci n'est pas mené de manière qualitative. En effet, la Cour EDH souligne que :

« en premier lieu, elle ne peut partager l'avis de cette dernière selon lequel la question suivante doit être prise comme point de départ de cette appréciation : "[S]i le fait que, en cas de prorogation, le bailleur n'a pas le droit de régulariser le bail foncier à la hausse jusqu'à un montant qui reflète la valeur réelle du terrain signifie que l'arrangement est

⁴²⁸ *Ibidem*, § 173.

⁴²⁹ *Ibidem*, § 174.

⁴³⁰ *Ibidem*, § 175.

⁴³¹ *Ibidem*, § 176.

⁴³² Cour EDH, Affaire *Lindheim c. Norvège*, 12 juin 2012, req. n°13221/08 et 2139/10, § 135.

contraire à cette disposition de la convention" (point 125 de l'arrêt). Bien que cela reflète une demande formulée par les bailleurs lors des négociations avec les preneurs avant la modification de l'article 33 de la loi sur les baux fonciers, cela ne reflétait pas le contenu de cette disposition. En effet, l'article 33 interdisait toute augmentation de loyer (au-delà de ce qui découlait de la réglementation de l'indice des prix à la consommation conformément à l'article 15). Le manque de proportionnalité dans cette affaire était dû aux différents facteurs soulignés dans le raisonnement de la Cour aux paragraphes 128 à 134 ci-dessus, et non au fait que les bailleurs ne pouvaient pas réclamer le loyer du marché dans le cas d'une prolongation du contrat de bail. D'autre part, l'analyse de la Cour suprême semble se fonder essentiellement sur l'arrêt de la Cour dans l'affaire *James e.a.* (précitée). Or, cet arrêt traitait d'une situation qui, à bien des égards, était différente de celle en cause dans la présente affaire. Dans son raisonnement ci-dessus, la Cour ne s'est appuyée sur cet arrêt que dans la mesure où elle l'a jugé pertinent au regard des circonstances concrètes de l'affaire et a également tenu compte de plusieurs arrêts plus récents mentionnés dans sa jurisprudence, qui représentent des développements jurisprudentiels allant dans le sens d'une protection plus forte de l'article 1 du Protocole n° 1 »⁴³³.

La mobilisation de la mauvaise jurisprudence vient entacher la qualité de la démarche norvégienne. En effet, si celle-ci était remarquable et appréciable, l'erreur du magistrat vient confirmer le manque de proportionnalité de l'application de la législation au requérant, confirmant, sans réelle pondération des intérêts, une mesure attentatoire au droit de propriété.

La qualité du raisonnement des autorités administratives et judiciaires, contrairement à celle du raisonnement parlementaire, bénéficie de meilleures directives par la Cour EDH. En effet, la jurisprudence bénéficie de raisonnements-types et d'explicitations des notions. La démarche de la Cour se veut plus pédagogique : sa jurisprudence définie,

« dans toute la mesure qu'autorisent les caractéristiques des régimes prétoriens, les modalités du contrôle : portée des droits en cause et des obligations qui en découlent ; détermination des étapes du raisonnement à suivre ; typologie des critères pertinents à mobiliser pour apprécier le respect des exigences résultant de la Convention telles qu'interprétées par la Cour ; description de l'opération de mise en balance »⁴³⁴.

Dès lors, il s'agit de l'hypothèse la plus simple pour le juge européen : il recherche la bonne utilisation explicite de son raisonnement, même s'il est évidemment disposé à accueillir

⁴³³ *Ibidem.*

⁴³⁴ M. GUYOMAR, *op. cit.*, p. 17.

d'autres raisonnements de proportionnalité. La condition reste la qualité du raisonnement, à savoir sa capacité à garantir l'effectivité du droit en cause au moyen d'une juste évaluation de l'équilibre des intérêts en présence.

§ 2. – L'absence d'un raisonnement de proportionnalité

La mise en œuvre de la subsidiarité n'est pas envisageable lorsque l'autorité nationale administrative ou judiciaire ne répond pas aux prérequis procéduraux. A ce titre, l'absence de recours effectif (A), et l'absence de raisonnement de proportionnalité (B) aboutissent en un contrôle du contrôle « négatif »⁴³⁵.

A. L'absence de recours effectif

Le juge européen peut, certes, tolérer l'absence de proportionnalité dans la législation si celle-ci est déportée sur l'autorité administrative ou judiciaire. Mais, ce dernier peut aussi être amené à rencontrer des hypothèses dans lesquelles la législation ne prévoit pas de recours effectif. L'hypothèse peut être envisagée lors de l'examen de la recevabilité comme lors de l'examen du fond, dans l'examen des obligations positives procédurales. Le développement du contrôle du contrôle a impliqué des développements jurisprudentiels allant dans le sens d'une vérification, d'une part, que l'État fournit bel et bien un recours effectif, d'autre part, que le requérant fasse preuve d'une plus grande diligence dans la présentation de ses griefs.

L'affaire *Vučković et autres c. Serbie* est interprétée comme « *requiring applicants to be more diligent in raising their Convention complaints for domestic remedies to be properly exhausted* »⁴³⁶. Cette affaire concernait plusieurs ressortissants yougoslaves militaires réservistes. Ces derniers réclamaient des indemnités journalières non-perçues au titre d'une période de service militaire effectuée pendant une durée de quatre mois en 1999. Après un premier rejet, le gouvernement avait fini par accepter de faire droit à ces demandes pour les réservistes résidant dans des communes dites défavorisées. Les requérants, ne résidant pas dans ces communes, n'avaient donc perçu aucune indemnité. L'affaire, tout en faisant un rapide panorama des principes applicables concernant la règle d'épuisement des voies de recours internes (§§ 69-77), fait une application de ces derniers allant vers une

⁴³⁵J. GERARDS, *op. cit.*, in J. GERARDS, E. BREMS, *op. cit.*, p. 154.

⁴³⁶R. SPANO (2018), *op. cit.*, p. 486.

responsabilisation du requérant. Dans son raisonnement, la Cour EDH soulève que les juridictions civiles avaient plénitude de juridiction pour connaître des demandes des requérants et qu'elles étaient, par conséquent, des recours effectifs à l'époque des faits⁴³⁷. Toutefois, premièrement, les intéressés, ayant saisi la juridiction en 2009, n'avaient pas soulevé en substance de grief tenant à la discrimination de la mesure litigieuse⁴³⁸. La discrimination n'est pas soulevée, que ce soit sur le fondement d'une loi nationale, ou des articles 14 et 1^{er} du Protocole n°12 de la Convention EDH. Deuxièmement, les autorités internes saisies ont constaté le non-respect par les requérants des règles de prescription valables⁴³⁹. Troisièmement, la Cour EDH constate que le recours constitutionnel aurait pu offrir des perspectives raisonnables de succès quant à leur grief tenant à la discrimination s'il avait été dûment soulevé devant la Cour constitutionnelle serbe. La Cour EDH finit par constater le bien-fondé de l'exception préliminaire (en l'absence notamment de circonstances particulières les en exemptant) et souligne précisément qu'« il incombe à l'individu lésé d'éprouver l'ampleur de cette protection, l'intéressé devant donner aux juridictions nationales la possibilité de faire évoluer ces droits par la voie de l'interprétation »⁴⁴⁰.

Inversement, l'État doit avoir la capacité de fournir un recours véritablement effectif. L'affaire *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse* illustre particulièrement l'importance du recours effectif dans le cadre du contrôle du contrôle. L'affaire concernait une association syndicale genevoise prétendant organiser et participer à des manifestations annuelles à Genève. Lors de la période de pandémie du coronavirus, la Suisse avait édicté une ordonnance interdisant toute manifestation de manière générale et absolue pour une durée de deux mois et demi. Le gouvernement suisse avait soulevé une exception préliminaire tenant à l'épuisement des voies de recours interne puisque l'association aurait pu, malgré l'ordonnance d'interdiction, solliciter une autorisation d'organiser une manifestation publique qui aurait donné lieu à une décision contestable devant la Cour de Justice du canton de Genève, puis devant le Tribunal fédéral. Dans son examen du caractère effectif des recours, d'une part, la Cour EDH constate que la jurisprudence genevoise ne donne pas d'exemple de demande d'autorisation d'organiser une manifestation ayant bénéficié d'une dérogation durant la période pertinente⁴⁴¹. D'autre part,

⁴³⁷ Cour EDH, GC, Affaire *Vučković et autres c. Serbie*, 25 mars 2014, req. n°171253/11 et al., § 78.

⁴³⁸ *Ibidem*, § 79 et 82.

⁴³⁹ *Ibidem*, § 80.

⁴⁴⁰ *Ibidem*, § 84.

⁴⁴¹ Cour EDH, Affaire *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, 15 mars 2022, req. n°21881/20, § 56.

elle constate qu'il est très peu probable que les tribunaux suisses auraient procédé à un contrôle préjudiciel de l'ordonnance litigieuse compte tenu de la jurisprudence de l'époque⁴⁴². L'exception est donc rejetée au motif qu'il n'existait donc pas de recours effectif et disponible en pratique à l'époque des faits⁴⁴³. L'opinion du juge belge Krenc apporte un éclairage sur l'importance du recours effectif au titre de l'article 35 § 1 dans le cadre du contrôle du contrôle. Ce dernier souligne que

« dès lors qu'aucun recours effectif n'était disponible pour contester, en temps utile, l'interdiction litigieuse, celle-ci se voyait, en pratique, immunisée de tout contrôle. Ceci me paraît difficilement conciliable avec les exigences de l'État de droit, lequel est au cœur de la Convention et en constitue « l'étoile polaire » (Robert Spano, « L'État de droit – L'étoile polaire de la Convention européenne des droits de l'homme », *Rev. trim. dr. h.*, 2021, pp. 481-509) »⁴⁴⁴.

Ici encore, les logiques de l'intrication entre les principes de l'État de droit et de subsidiarité se retrouvent : parce qu'aucun contrôle n'est prévu en droit interne, la Cour EDH ne saurait reconnaître la conformité de la démarche étatique au principe d'État de droit. Par conséquent, il y a des « raisons sérieuses pour que [la Cour] substitue son appréciation à celle du juge national »⁴⁴⁵, ne laissant place à aucune déférence nationale et aucune possibilité même pour l'État de redresser les mesures potentiellement inconvencionnelles.

Cette logique se retrouve aussi dans l'examen au fond, ce qu'illustre l'affaire *H. F. c. France*. Le constat de violation de l'article 3 § 2 du Protocole n°4 prend fondement spécifiquement sur le manquement à l'obligation de fournir « [l']accès à un contrôle indépendant des décisions implicites de refus de rapatriement prises à leur égard permettant d'examiner s'il existait des raisons légitimes et raisonnables dépourvues d'arbitraire justifiant ces décisions »⁴⁴⁶. Ce contrôle ne se matérialise, certes, pas nécessairement au travers d'une procédure juridictionnelle au sens de la Cour. Néanmoins, force est de constater l'importance de la présence d'un organe de contrôle permettant de lutter contre l'arbitraire des décisions émanant du pouvoir exécutif, ce qui laisse penser, de prime abord, à une critique de l'absence de recours juridictionnel.

⁴⁴² *Ibidem*, § 58.

⁴⁴³ *Ibidem*, § 59.

⁴⁴⁴ *Ibidem*, Opinion concordante du Juge Krenc à laquelle le Juge Pavli se rallie, § 17.

⁴⁴⁵ *Ibidem*, § 24.

⁴⁴⁶ Cour EDH, Affaire *H. F. c. France*, 14 septembre 2022, req. n°24384/19 et 44234/20, § 281.

Dès lors, l'absence de recours est particulièrement mal accueillie dans le cadre du contrôle du contrôle : premièrement, en l'absence de contrôle, il est évident qu'il y a défaut de raisonnement de proportionnalité concernant la mesure litigieuse. Deuxièmement, l'absence de contrôle implique nécessairement l'absence de garantie contre l'arbitraire, et donc l'absence de conformité au principe d'État de droit et à la logique même de la subsidiarité. La Cour EDH devient la seule juge à connaître du litige alors que, selon la logique de la responsabilité partagée, cette responsabilité appartient au juge national.

B. L'absence de proportionnalité

L'absence de recours effectif n'est pas la seule hypothèse dans laquelle la Cour EDH conclut à un contrôle du contrôle négatif. Le juge peut également être confronté à des décisions administratives ou judiciaires fondées sur un raisonnement dénué de toute considération de proportionnalité.

Concernant le contrôle du processus décisionnel administratif, une nouvelle fois, l'absence de proportionnalité peut se constater à l'absence de mise en balance entre les intérêts pertinents ou encore à l'absence d'individualisation de la mesure.

L'affaire *Hirsi Jamaa c. Italie* illustre l'insatisfaction de l'absence d'individualisation des mesures d'expulsions d'étrangers sous l'angle de l'article 4 du Protocole n°4. L'affaire concernait le renvoi immédiat de migrants interceptés en haute mer par l'Italie vers la Libye. Dans cette affaire, le principal facteur ayant pesé en faveur du constat de violation était :

« l'absence de toute forme d'examen de la situation individuelle de chaque requérant. Il est incontesté que les requérants n'ont fait l'objet d'aucune procédure d'identification de la part des autorités italiennes, lesquelles se sont bornées à faire monter l'ensemble des migrants interceptés sur les navires militaires et à les débarquer sur les côtes libyennes. De plus, la Cour relève que le personnel à bord des navires militaires n'était pas formé pour mener des entretiens individuels et n'était pas assisté d'interprètes et de conseils juridiques. Cela suffit à la Cour pour exclure l'existence de garanties suffisantes attestant une prise en compte réelle et différenciée de la situation individuelle de chacune des personnes concernées »⁴⁴⁷.

⁴⁴⁷Cour EDH, GC, Affaire *Hirsi Jamaa c. Italie*, 23 février 2012, req. n°27765/09, § 185.

De la même manière que l'absence de recours effectif constitue un manquement formel dans le cadre du contrôle du contrôle, l'absence de raisonnement de proportionnalité – incarné par la logique d'individualisation – suffit à la Cour EDH pour constater un manquement substantiel dans le cadre de cette modalité de contrôle.

Concernant le contrôle du processus décisionnel judiciaire, la logique est la même. L'absence de proportionnalité se caractérise généralement *in casu* lorsque la jurisprudence européenne ne fournit pas d'indications précises, mais elle peut également s'observer lorsque l'État ne se conforme pas aux critères prétoriens préétablis.

L'affaire *Winterstein et autres c. France* fait montre d'une absence de considération telle qu'exposée. L'affaire concernait des gens du voyage français qui s'étaient établis sur un terrain depuis cinq à trente ans, voire étaient nés sur ledit terrain. Celui-ci a été défini comme « zone naturelle » par un plan d'occupation des sols *a posteriori*. A la suite de quoi, l'occupation du terrain a été jugée contraire au plan d'action et les requérants ont été condamnés à évacuer le terrain sous astreinte par les autorités judiciaires françaises.

Dès le début de son analyse de la proportionnalité de la mesure litigieuse, la Cour EDH souligne que pour apprécier celle-ci, l'État doit prendre en compte des indices préétablis :

« si le domicile a été établi légalement, cela amoindrit la légitimité de toute mesure d'expulsion et à l'inverse, s'il a été établi illégalement, la personne concernée est dans une position moins forte ; par ailleurs si aucun hébergement de rechange n'est disponible, l'ingérence est plus grave que si un tel hébergement est disponible, son caractère adapté ou pas s'appréciant au regard, d'une part, des besoins particuliers de l'individu et, d'autre part, du droit de la communauté à voir protéger l'environnement »⁴⁴⁸.

Une attention particulière devait aussi être accordée à la vulnérabilité des Roms et des gens du voyage « du fait qu'ils constituent une minorité »⁴⁴⁹ dans le cadre de l'obligation positive des États de permettre aux Roms et aux gens du voyage de suivre leur mode de vie⁴⁵⁰. En l'état, les autorités internes disposaient ainsi de critères et indices préétablis pour s'assurer de la proportionnalité de la mesure.

⁴⁴⁸ Cour EDH, Affaire *Winterstein et autres c. France*, 17 octobre 2013, req. n°27013/07, § 148.

⁴⁴⁹ *Ibidem*.

⁴⁵⁰ Cour EDH, GC, Affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 octobre 2001, req. n°27238/95, § 96.

Toutefois, les autorités internes se sont principalement fondées sur le fait que la présence des intéressés était contraire au plan d'occupation des sols⁴⁵¹. En outre, lors de la procédure au fond, les autorités judiciaires ont bel et bien analysé le droit au logement sous ses fondements législatifs et constitutionnels, les conclusions des autorités de première instance et d'appel sont la même : ce droit ne saurait être mis en oeuvre au mépris des règles en vigueur (à savoir le plan d'occupation des sols). Cette appréciation s'analyse comme un raisonnement de légalité : les autorités internes ont cherché à savoir si l'exercice du droit fondamental se heurtait à une règle préétablie. Toutefois, comme le rappelle la Cour, la remise en cause de l'exercice du droit fondamental au logement appelle à un « exam[en de] la proportionnalité par un tribunal »⁴⁵² que les autorités judiciaires françaises n'ont réalisé à aucun stade de la procédure⁴⁵³. La Cour EDH critique l'absence d'examen de proportionnalité, ainsi que l'absence de motivation quant à la nécessité de l'expulsion. La Cour EDH n'impose pas à l'État de tolérer la présence des gens du voyage sur ce terrain de manière aveugle en conformité abstraite avec le droit au logement ; l'intérêt précis du raisonnement de la Cour est de dénoncer l'approche entièrement déconnectée de l'intérêt du droit fondamental en cause, et le choix d'un raisonnement de légalité aveugle, déconnecté des arguments de la partie défenderesse. Ainsi, l'absence de conformité aux obligations procédurales (l'insuffisance de la motivation, le formalisme excessif) et l'absence de raisonnement de proportionnalité (l'absence d'individualisation de mise en équilibre des intérêts en présence, de conformité aux indices prétoriens) font souvent l'objet d'un contrôle du contrôle « négatif »⁴⁵⁴, à savoir insatisfaisant⁴⁵⁵.

Le contrôle du contrôle implique donc la recherche de l'existence d'un recours effectif, valablement garanti par l'État et correctement mobilisé par le requérant. Le juge va ensuite rechercher le raisonnement de proportionnalité dans la décision litigieuse et évaluer sa qualité. La seconde étape du raisonnement est la modulation de la MNA (SECTION 2).

⁴⁵¹ Cour EDH, Affaire *Winterstein et autres c. France*, 17 octobre 2013, req. n°27013/07, §§ 152 et 154.

⁴⁵² *Ibidem*, § 155.

⁴⁵³ *Ibidem*, § 156.

⁴⁵⁴ J. GERARDS, *op. cit.*, in J. GERARDS, E. BREMS, *op. cit.*, p. 154.

⁴⁵⁵ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Hirsi Jamaa c. Italie*, 23 février 2012, req. n°27765/09, § 185 ; Cour EDH, Affaire *Waldemar Nowakowski c. Pologne*, 24 juillet 2012, req. n°55167/11, §§ 44-58 ; Cour EDH, Affaire *Jucha et Žak c. Pologne*, 23 octobre 2012, req. n°19127/06, §§ 34-49 ; Cour EDH, Affaire *Rousk c. Suède*, 25 juillet 2013, req. n°27183/04, §§ 112-127 et 134-142 ; Cour EDH, Affaire *Ringier Axel Springer Slovakia, A. S. c. Slovaquie*, 7 janvier 2014, req. n°21666/09, §§ 49-55.

SECTION 2. – LA MODULATION DE LA MARGE NATIONALE D'APPRÉCIATION

Il est observable que le constat de proportionnalité dans le raisonnement administratif ou judiciaire, à l'instar du raisonnement parlementaire, amène la Cour EDH à moduler la MNA à vocation de déférence (§ 1), tandis que son absence l'amène à moduler la MNA à vocation de constat de violation (§ 2).

§ 1. – Le recours à la marge nationale d'appréciation à vocation de déférence

Lorsque la Cour EDH constate la présence d'un raisonnement de proportionnalité dans le processus décisionnel administratif ou judiciaire, elle est généralement amenée à constater la conformité de la MNA systémique dans l'examen de la proportionnalité de la mesure litigieuse. A ce titre, elle peut accorder un certain degré de déférence à l'organe décisionnel parlementaire : il s'agit d'une déférence totale (A) ou partielle (B) dont les modalités sont relativement différentes.

A. L'octroi d'une déférence totale

Une déférence totale impliquerait que la Cour EDH s'en remette complètement au processus décisionnel administratif ou judiciaire national, après le constat de capacités, qualités et caractéristiques conformes au standard européen. Selon la logique du contrôle du contrôle, les autorités administratives ou judiciaires devraient répondre de leurs obligations procédurales et opter pour un raisonnement de proportionnalité de qualité pour qu'une telle déférence totale soit possible. Deux hypothèses sont possibles dans le cadre de la MNA : soit la Cour EDH évalue la conformité des capacités, qualités et caractéristiques du processus décisionnel avant d'octroyer une déférence totale (a), soit elle applique une présomption réfragable de déférence totale (b).

a. L'octroi d'une déférence totale simple

L'octroi de la déférence totale après examen de la proportionnalité menée par l'organe administratif ou judiciaire reste majoritaire. En effet, le mouvement de création des

raisonnements-types et critères à expliquer reste récent et consigné à certaines notions, certains domaines qui ne sont pas encore prédominants.

Concernant le contrôle du processus décisionnel administratif, dans le cadre de la MNA systémique, l'affaire *Vincent Lambert* illustre la logique de la déférence totale à l'instar de l'affaire *Animal Defenders International* dans le processus décisionnel parlementaire. Dans cette affaire, la Cour EDH commence par rappeler que dans le cadre des obligations positives sous l'angle de l'article 2, une certaine MNA a été reconnue aux États⁴⁵⁶. Il en va particulièrement le cas des affaires donnant lieu à un dilemme éthique complexe dont la solution ne fait pas l'objet d'un consensus européen. Dans ce cadre, la Cour EDH commence son analyse par des considérations normatives, sans se prononcer sur l'étendue de cette MNA, elle affirme néanmoins son existence. Cela a tout son intérêt compte tenu de la qualité indérogable du droit protégé par l'article 2. La question de l'étendue de celle-ci est la suivante : elle souligne que cette dernière est « considérable »⁴⁵⁷, à savoir étendue. Elle rappelle qu'il n'existe pas de consensus européen sur les questions qui touchent à la problématique spécifique de la situation de Vincent Lambert, à savoir la possibilité de permettre l'arrêt d'un traitement maintenant artificiellement la vie, les modalités de sa mise en œuvre et la façon de ménager un équilibre entre la protection du droit à la vie et le droit à la vie privée et à l'autonomie personnelle⁴⁵⁸. Dès lors, le début de l'analyse s'ancre dans des considérations normatives : la Cour EDH est disposée à faire preuve d'une grande flexibilité normative vu la complexité de l'affaire, de l'absence de précédent et de consensus.

Sans revenir sur l'examen du processus décisionnel, il est important de noter que la Cour EDH affirme que « l'organisation du processus décisionnel, y compris la désignation de la personne qui prend la décision finale d'arrêt des traitements et les modalités de la prise de décision, s'inscrivent dans la marge d'appréciation de l'État »⁴⁵⁹. Ici, entre en ligne de compte la MNA systémique : l'affirmation selon laquelle les modalités du processus décisionnel relèvent de la MNA indiquent l'approche procédurale pour conclure à la proportionnalité de la mesure. Dans le cadre d'une affaire dont la MNA normative est si large, la Cour EDH va déporter son contrôle sur le domaine de la MNA systémique de telle sorte à s'assurer que l'État a bel et bien entendu ménager un juste équilibre entre les intérêts en présence et garantir l'effectivité des droits garantis. Par conséquent, il est logique que la Cour EDH rentre

⁴⁵⁶ Cour EDH, GC, Affaire *Lambert et autres c. France*, 5 juin 2015, req. n°46043/14, § 144.

⁴⁵⁷ *Ibidem*, § 145.

⁴⁵⁸ *Ibidem*, § 148.

⁴⁵⁹ *Ibidem*, § 168.

dans des considérations particulièrement descriptives de la procédure administrative : entre l'hôpital et le Conseil d'État, la méticulosité particulière de la procédure permet à la Cour EDH de caractériser les qualités, caractéristiques et capacités conformes au standard européen. Ce faisant, elle peut conclure à la non-violation de l'article 2 « compte tenu de la marge d'appréciation »⁴⁶⁰. En effet, la Cour octroie une déférence totale à la décision administrative française s'inscrivant dans une MNA normative très large.

Concernant le contrôle du processus décisionnel judiciaire, dans le cadre de la MNA systémique, l'affaire *Harroudj c. France* illustre la logique de la déférence totale. Ici, pour rappel, la spécificité de l'affaire se tenait justement dans le fait que la Cour EDH accueillait le raisonnement français comme étant conforme au standard européen sans vérifier que celui-ci se plie à l'existence de critères préétablis.

Concernant la notion spécifique de MNA, la Cour commence par établir l'existence « d'une certaine marge d'appréciation »⁴⁶¹, dont l'étendue est « de façon générale ample lorsque les autorités publiques doivent ménager un équilibre entre les intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention »⁴⁶². Une fois encore, elle ancre le début de son propre dans des considérations normatives : l'amplitude de la MNA est notamment justifiée par l'absence de consensus européen sur la question de la kafala en Europe⁴⁶³. Pourtant, une fois encore, le raisonnement adopté sera principalement procédural : comme examiné précédemment, elle retranscrit le raisonnement de proportionnalité français, décrivant méticuleusement l'articulation entre le droit international privé français et les deux conventions internationales applicables ainsi que l'effort d'intégration et d'effacement de l'obstacle à l'adoption proposé par cette articulation. Ce sont des considérations systémiques qui lui permettent de conclure à l'absence de violation, mais également d'octroyer une déférence totale. Parce que les autorités françaises se sont montrées particulièrement compétentes au travers d'une procédure de qualité, la Cour EDH s'en remet totalement à leur décision sans opposer d'interprétation autonome.

Dans ces hypothèses, la Cour vérifie simplement que l'État n'a pas outrepassé sa MNA systémique dans le cadre d'une MNA normative large. Il n'en demeure pas moins que le

⁴⁶⁰ *Ibidem*, § 181.

⁴⁶¹ Cour EDH, Affaire *Harroudj c. France*, 4 octobre 2012, req. n°43631/09, § 40.

⁴⁶² *Ibidem*, § 44.

⁴⁶³ *Ibidem*, §§ 44 et 48.

contrôle existe : la déférence totale n'est pas dûe. Dans certaines hypothèses, elle peut pourtant être présumée (b).

b. La présomption de déférence totale

Dans certaines hypothèses, la Cour EDH peut engager ce qui a été décrit comme « *a presumption of complete deference to the national courts* »⁴⁶⁴. Cette présomption de déférence totale a été entamée par l'affaire *MGN Limited c. Royaume Uni*. Cette affaire concernait l'octroi de dommages-intérêts pour manquement au devoir de discrétion, après qu'un journal avait révélé des détails sur la thérapie suivie par une célébrité dans un cadre de toxicomanie. La Cour avait affirmé que :

« *However, the relevancy and sufficiency of the reasons of the majority as regards the limits on the latitude given to the editor's decision to publish the additional material is such that the Court does not find any reason, let alone a strong reason, to substitute its view for that of the final decision of the House of Lords or to prefer the decision of the minority over that of the majority of the House of Lords, as the applicant urged the Court to do* »⁴⁶⁵.

Faisant expressément le lien entre la MNA et la pertinence et suffisance du raisonnement national, la Cour EDH pose les prémisses de la MNA systémique. Cette expression spécifique démontre les prémisses du raisonnement de présomption, mais ici, elle pose simplement les jalons d'une déférence totale conditionnée à la suffisance du raisonnement.

La caractérisation de la présomption, en elle-même, se situe dans l'affaire *Von Hannover (N°2)*. L'affaire concernait le refus des autorités internes d'interdire la publication d'une photographie du couple princier de Monaco, prise à leur insu. Reprenant les critères élaborés de manière prétorienne, la Cour affirme que « [s]i la mise en balance par les autorités nationales s'est faite dans le respect des critères établis par la jurisprudence de la Cour, il faut des raisons sérieuses pour que celle-ci substitue son avis à celui des juridictions internes »⁴⁶⁶. Comme nous l'avons vu, la Cour EDH a eu l'occasion de développer des critères dans de nombreux domaines pour sensibiliser les autorités internes au raisonnement de proportionnalité européen. Cette opération qui se fondait, *a priori*, dans une démarche de

⁴⁶⁴O. M. ARNARDÓTTIR (2016), *op. cit.*, p. 48.

⁴⁶⁵Cour EDH, Affaire *MGN Limited c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2011, req. n°39401/04, § 155.

⁴⁶⁶Cour EDH, GC, Affaire *Von Hannover c. Allemagne (N°2)*, 7 février 2012, req. n°40660/08 et al., § 107.

Voir également : Cour EDH, GC, Affaire *Axel Springer AG c. Allemagne*, 7 février 2012, req. n°39954/08, § 88.

sensibilisation et de diffusion du droit européen dans les droits internes, prend un tout autre sens dans le cadre conceptuel de la MNA. Dès lors que l'État utilise les outils conceptuels prétoriens qui sont créés à sa destination, ce dernier peut bénéficier d'une présomption de déférence totale. Dès lors que la motivation nationale fait référence à des critères européens, à la jurisprudence européenne, la Cour devra trouver « des raisons sérieuses »⁴⁶⁷ pour s'y substituer. La mention des raisons sérieuses indique que la présomption est réfragable : l'État ne bénéficie pas d'une confiance aveugle du simple fait qu'il a mobilisé les critères européens, encore faut-il que le raisonnement soit qualitatif et qu'un « dispositif juridique efficace de protection des droits [...] ait été mis en place et que le requérant ait pu s'en prévaloir »⁴⁶⁸. La présomption de déférence totale est ainsi conditionnée au respect des premières étapes du raisonnement : l'existence d'un dispositif juridique efficace, d'un recours efficace en capacité de réaliser un raisonnement de proportionnalité dans le respect des critères établis par la jurisprudence.

Cette présomption de déférence totale n'est pas sans rappeler la présomption de protection équivalente exercée dans le cadre du droit communautaire, que l'on doit à l'affaire *Bosphorus*⁴⁶⁹.

B. L'octroi d'une déférence partielle

Une déférence partielle implique que la Cour EDH s'engage à la fois sur le terrain de la MNA systémique et sur celui de la MNA normative. Comme indiqué précédemment, il est question de déférence partielle dès lors que la décision des autorités nationales administratives ou judiciaires n'est pas qualitative. Bien que la Cour EDH admette la qualité du processus décisionnel en question, elle ne peut s'en remettre à la décision nationale si celle-ci constitue une mesure disproportionnée.

Pour illustrer cette dynamique, il est possible de reprendre l'exemple de l'affaire *Lindheim c. Norvège*. La Cour EDH avait commencé son raisonnement en posant la complexité de l'affaire⁴⁷⁰ et en déterminant l'existence d'une MNA normative large⁴⁷¹.

⁴⁶⁷ *Ibidem*.

⁴⁶⁸ Cour EDH, GC, Affaire *Aksu c. Turquie*, 15 mars 2012, req. n°4149/04 et al., § 68.

⁴⁶⁹ Cour EDH, GC, Affaire *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, 30 juin 2005, req. n°45036/98, § 156.

⁴⁷⁰ Cour EDH, Affaire *Lindheim c. Norvège*, 12 juin 2012, req. n°13221/08 et 2139/10, § 125.

⁴⁷¹ *Ibidem*.

Ensuite, vient l'examen du processus décisionnel parlementaire et judiciaire, marquant l'entrée dans l'examen dans le cadre de la MNA systémique. Lors de l'évaluation du processus décisionnel judiciaire, nous l'avons vu, la Cour EDH avait félicité la Cour suprême norvégienne : « *The Court appreciates the fact that the Norwegian Supreme Court has assessed the present case also from the angle of Article 1 of Protocol No. 1 to the Convention* »⁴⁷². Une certaine déférence est ainsi accordée aux autorités nationales : *a priori*, la démarche est considérée comme adéquate. Toutefois, le revirement vers la MNA normative renverse la possibilité de déférence totale. En effet, la Cour dénonce⁴⁷³, d'une part, une erreur de raisonnement concernant la première question à se poser *in casu*, et d'autre part, l'erreur de fondement jurisprudentiel. Alors que la Cour suprême s'était très largement fondée sur l'affaire *James et autres c. Royaume-Uni*⁴⁷⁴, la Cour souligne l'impertinence de ce fondement en raison des différences trop prononcées entre les deux espèces. Ce fondement erroné (par ailleurs non croisé avec d'autres affaires européennes) mène ainsi l'autorité nationale à une conclusion disproportionnée. Comme l'indiquait Oddný Mjöll Arnardóttir, le fait que la Cour engage normativement avec la problématique en cause montre que l'autorité interprétative appartient, en tout état de cause, à la Cour EDH. Si une certaine flexibilité est possible, elle ne peut aboutir à une conclusion disproportionnée.

Dans ce cadre précis, il est palpable que la MNA normative est mobilisée et appliquée à un degré surplombant celle de la MNA systémique. Pour cause, si l'État excède sa MNA systémique (en optant pour un raisonnement insatisfaisant normativement, bien que le processus décisionnel ait été de qualité et que les obligations procédurales aient été respectées), la Cour devra substituer sa propre appréciation et le constat de violation tombera.

§ 2. – Le recours à la marge nationale d'appréciation à vocation de constat de violation

En l'absence de recours effectif ou de raisonnement de proportionnalité, l'État outrepassa sa MNA systémique. Pour cause, ce dernier ne remplit pas les exigences tirées de l'État de droit, conformément à son articulation avec le principe de subsidiarité. Par conséquent, l'absence de recours effectif emporte nécessairement l'outrepassement de la MNA systémique (A) et, parfois, le déport sur un raisonnement tenant à la MNA normative (B).

⁴⁷² *Ibidem*, § 135.

⁴⁷³ Cour EDH, Affaire *Lindheim c. Norvège*, 12 juin 2012, req. n°13221/08 et 2139/10, § 135.

⁴⁷⁴ Cour EDH, Plénière, Affaire *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, req. n°8793/79.

A. L'outrepassement de la marge nationale d'appréciation systémique : le défaut de recours effectif

Nous l'avons vu, le simple constat de l'absence de recours effectif ou de garanties pour lutter contre l'arbitraire suffit pour conclure à l'inconformité de la mesure sous l'angle du contrôle du contrôle. Dans ce cas, aucune proportionnalité n'est possible, et, *a priori*, l'État outrepassa sa MNA systémique.

En l'absence de recours effectif, c'est l'absence de contrôle d'une mesure tirée d'un corpus juridique législatif ou réglementaire qui est observée. Or, comme nous l'avons vu, l'absence de contrôle d'une législation qui ne déporte pas le contrôle de proportionnalité sur une autorité administrative ou judiciaire appelle, généralement, au constat de violation du volet procédural de l'article en cause. C'est typiquement le cas des affaires *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse et H. F. c. France*.

Dans le cadre de la première affaire, la Cour EDH avait constaté, au stade de la recevabilité, l'absence de recours effectif disponible en pratique au moment de la pandémie du coronavirus en Suisse en 2020. L'absence de recours effectif avait eu pour conséquence l'application aveugle de l'ordonnance d'interdiction, sans contrôle possible. Commencant son propos par le rappel de l'existence d'une « certaine marge d'appréciation [...] néanmoins pas illimitée »⁴⁷⁵, la Cour pose les bases d'une MNA normative. Les circonstances exceptionnelles de l'affaire résultent en l'acceptation, par la Cour EDH, d'une certaine flexibilité normative. Puis, elle rentre dans des considérations systémiques, soulignant qu'« une interdiction générale d'un certain comportement est une mesure radicale qui exige une justification solide et un contrôle particulièrement sérieux par les tribunaux autorisés à opérer une pesée des intérêts pertinents en jeu »⁴⁷⁶. Cela est par ailleurs confirmé plus tard dans l'argumentation : « la qualité de l'examen parlementaire et judiciaire de la nécessité de la mesure réalisé au niveau national revêt une importance particulière dans la détermination de la proportionnalité d'une mesure générale, y compris pour ce qui est de l'application de la marge d'appréciation pertinente »⁴⁷⁷. Le constat de violation est à demi-mot amorcé : dans le cadre de la MNA normative, la Cour est disposée à une flexibilité interprétative ; dans le cadre de la MNA systémique, l'existence du recours est exigée. C'est dans cette logique,

⁴⁷⁵ Cour EDH, Affaire *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, 15 mars 2022, req. n°21881/20, § 84.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, § 85.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, § 88.

comme l'explicitait le juge Krenc dans son opinion concordante, que le constat de violation est posé. L'absence de recours effectif constitue un outrepassement de la MNA systémique. Il faut néanmoins nuancer le propos concernant cette affaire précise, compte tenu du renvoi de l'affaire vers la Grande Chambre en avril 2023.

La logique est reprise à l'examen au fond, dans l'affaire *H. F. c. France*. La notion de MNA s'avère timide dans cette affaire, mentionnée uniquement quatre fois malgré les nombreux griefs. La Cour établie tout de même que l'État bénéficiait d'une MNA ample concernant le choix des mesures à mettre en œuvre pour garantir les droits protégés par la Convention EDH⁴⁷⁸. Cela implique une certaine flexibilité normative quant à la manière dont la France était supposée garantir l'interdiction de l'expulsion des nationaux. Compte-tenu de la sensibilité de l'affaire (l'existence non-avérée d'un droit général au rapatriement), la Cour EDH s'engage finalement dans un examen purement procédural, entrant ainsi dans le domaine de la MNA systémique. Si l'État est libre de choisir les mesures à prendre dans cette hypothèse, il n'est, toutefois, pas libre d'opposer des décisions de refus de rapatriement fondées dans l'arbitraire de l'exécutif. Le simple manquement à l'obligation de fournir « [l']accès à un contrôle indépendant des décisions implicites de refus de rapatriement prises à leur égard permettant d'examiner s'il existait des raisons légitimes et raisonnables dépourvues d'arbitraire justifiant ces décisions »⁴⁷⁹ suffit dès lors à caractériser une violation de l'article en cause, dans la mesure où l'État a outrepassé sa MNA systémique. La Cour EDH ne prend même pas la peine de se prononcer sur le terrain de la MNA normative concernant la portée du refus de rapatriement. Le simple fait qu'aucun recours ne soit réellement disponible aux requérants suffit pour emporter violation de l'article 3 § 2 du Protocole n°4.

B. Le déport vers la marge nationale d'appréciation normative : l'absence de raisonnement de proportionnalité dans la décision

Alors que la Cour EDH peut, en se fondant sur la MNA systémique, constater directement la violation comme illustré précédemment, ce n'est pas systématiquement le cas, à l'instar du processus décisionnel parlementaire. En effet, dans le cadre d'un processus décisionnel

⁴⁷⁸ Cour EDH, Affaire *H. F. c. France*, 14 septembre 2022, req. n°24384/19 et 44234/20, § 252.

⁴⁷⁹ *Ibidem*, § 281.

administratif ou judiciaire, la Cour peut aussi choisir d'affirmer une interprétation propre et finale au titre de l'article 32 de l'obligation en cause.

En l'occurrence, cette hypothèse se retrouve dans l'affaire *Gabashvili c. Russie*. L'affaire concernait un ressortissant géorgien s'étant installé en Russie et marié à une femme russe avec qui il avait eu un enfant. Ce dernier, s'étant administré des substances illicites, a fait l'objet d'une mesure d'expulsion sévère par la Russie. Toutefois, celui-ci a, par la suite, été diagnostiqué comme étant porteur du VIH. Il a donc entamé une procédure de contestation de la mesure d'expulsion accompagnée d'une interdiction de retour sur le territoire compte tenu de l'atteinte grave à sa vie privée et familiale et du danger que celle-ci représente pour sa santé. Il s'est vu opposer que des rejets.

L'analyse de la proportionnalité des mesures et confirmation de l'expulsion a commencé par le rappel des critères applicables dans ce type d'affaires. La Cour avait, en effet, établi la liste suivante :

« - the nature and seriousness of the offence committed by the applicant; - the length of the applicant's stay in the country from which he or she is to be expelled; - the time that has elapsed since the offence was committed and the applicant's conduct during that period; - the nationalities of the various persons concerned; - the applicant's family situation, such as the length of the marriage, and other factors expressing the effectiveness of a couple's family life; - whether the spouse knew about the offence at the time when he or she entered into a family relationship; - whether there are children from the marriage, and if so, their age; and - the seriousness of the difficulties which the spouse is likely to encounter in the country to which the applicant is to be expelled »⁴⁸⁰.

Eu égard à la première étape du raisonnement du contrôle du contrôle, la Cour EDH a donc en tête de retrouver, en substance, les critères européens dans le raisonnement des autorités administratives : *« the Court has to satisfy itself that the national authorities applied standards which were in conformity with the principles established in its case-law and, moreover, that they based their decisions on an acceptable assessment of the relevant facts »⁴⁸¹*. Dès lors, c'est sous l'angle d'une MNA systémique, et potentiellement de la présomption de déférence totale, qu'elle s'engage dans l'analyse des mesures d'expulsion.

⁴⁸⁰ Cour EDH, Affaire *Gabashvili c. Russie*, 26 juin 2014, req. n°39428/12, § 47.

⁴⁸¹ *Ibidem*, § 48.

Or, dans son examen de la procédure, la Cour constate « *with concern that they did not contain any analysis of the proportionality of the expulsion measure in the light of the above principles or any assessment of its impact on the applicant's family life* »⁴⁸². Pire qu'une simple absence, les juridictions russes ont expressément refusé de mettre en œuvre un raisonnement de proportionnalité et la jurisprudence européenne (§ 51). Cela suffit pour prononcer une première conclusion de violation de l'article 8. Néanmoins, cela ne l'empêche pas de se prononcer, dans le cadre de la MNA normative, sur le caractère disproportionné de l'interdiction de séjour illimitée contenue dans la mesure d'expulsion : « *[t]he Court reiterates that the imposition of a residence prohibition of unlimited duration is an overly rigorous measure which it has found to be disproportionate to the aim pursued in many previous cases* »⁴⁸³, tout en dénonçant l'absence de raisonnement sur la question dans les mesures nationales.

En l'absence de considérations de proportionnalité, en raison de l'absence de recours effectif ou en l'absence d'intérêt pour la proportionnalité, soit elle estime que la MNA systémique a été outrepassée, et elle constate immédiatement la violation ; soit elle s'engage sur les terrains normatif et systémique de la MNA pour évaluer si la mesure litigieuse emporte violation de la Convention EDH. Par conséquent, aucune déférence n'est offerte à l'État défendeur.

⁴⁸² *Ibidem*, § 51.

⁴⁸³ *Ibidem*, § 59.

CONCLUSION DE LA PARTIE I. – LA DÉFINITION D’UNE NOUVELLE MODALITÉ DE CONTRÔLE EUROPÉEN

Eu égard à ce qui précède, peut-on définir la particularité de cette nouvelle modalité de contrôle européen ? Tout d’abord, il semble qu’elle soit fondée dans deux types de sources : à la fois principielles et conventionnelles. Il s’agit d’un contrôle qui puise dans la vérification du respect des garanties procédurales, tant conventionnelles que prétoriennes, pour exercer une appréciation articulant conformité au principe d’État de droit et mise en œuvre de la subsidiarité pour apprécier la conventionnalité du comportement étatique. Pour ce faire, indépendamment de l’organe contrôlé, la Cour EDH procède en deux étapes : elle recherche premièrement la présence d’un raisonnement de proportionnalité dans les motivations des processus décisionnels, puis en évalue la qualité substantielle. A ce stade, elle vérifie également que l’organe contrôlé se conforme à ses obligations procédurales. Deuxièmement, la Cour EDH module la MNA dans ses volets systémiques et normatifs. Si l’État démontre la qualité de sa procédure et de son raisonnement, elle est disposée à lui accorder une déférence totale ou partielle. Dans le cas inverse, elle sera disposée à prononcer une violation du volet procédural de l’article en cause, ou à substituer sa propre interprétation substantielle lorsque cela est utile. Par conséquent, l’on peut définir le contrôle du contrôle de la manière suivante :

Le contrôle du contrôle constitue une modalité du contrôle de proportionnalité européen consistant en la vérification de la conformité de la procédure ayant abouti à la mesure litigieuse au principe d’État de droit au moyen d’un critère de proportionnalité ; et aboutissant en la modulation de la marge d’appréciation, dans ses volets systémiques et normatifs, dans un esprit de mise en œuvre du principe de subsidiarité.

L’étude des fondements et de la caractérisation du raisonnement propre au contrôle du contrôle ne saurait s’arrêter à une telle définition : il faut également s’intéresser à l’application d’un tel contrôle et à sa valeur (**PARTIE II**).

PARTIE II. – L’EXERCICE STRATÉGIQUE DE LA PROCÉDURALISATION DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ EUROPÉEN

L’identification de la procéduralisation du contrôle européen a permis d’en déterminer les fondements et les éléments de caractérisation théoriques. Bien que cela nous permette d’identifier les étapes du nouveau raisonnement européen, l’étude ne saurait se passer d’une analyse de l’application du contrôle du contrôle et d’une évaluation de sa valeur.

D’une part, il n’est pas encore possible d’affirmer qu’il existe véritablement un processus de procéduralisation absolue du contrôle européen visant à prioriser, coûte que coûte, le contrôle national. Il en découle que le contrôle du contrôle dispose d’une sphère d’application, certes, précise, mais permettant une extension de la sphère du contrôle européen (**TITRE 1**).

D’autre part, l’évaluation des fonctions et de l’application du contrôle du contrôle permettra de situer le développement de cette nouvelle modalité dans la théorie du contrôle international, tout en veillant à en établir l’efficacité (**TITRE 2**).

TITRE 1. – L’APPLICATION DU CONTRÔLE DU CONTRÔLE

Nous l’avons vu, le contrôle du contrôle constitue une boucle continue entre l’établissement de standards normatifs et la fonction de contrôle, dont les modalités méthodologiques se résument en la recherche de l’exercice du raisonnement de proportionnalité par les autorités nationales, pour mieux moduler leur marge nationale d’appréciation.

De prime abord, le contrôle du contrôle pourrait, en effet, avoir vocation à se systématiser, de telle sorte à ce que l’office de la Cour s’y réduise. Pourtant, tel n’est pas le cas au regard de la pratique de la Cour EDH : il est exercé de manière conditionnée et autonome (**CHAPITRE 1**) et prolonge son office (**CHAPITRE 2**).

CHAPITRE 1. – L’EXERCICE CIBLÉ ET AUTONOME DU CONTRÔLE DU CONTRÔLE

L’exercice du contrôle du contrôle implique la caractérisation d’une sphère d’application (SECTION 1) dans lequel il est exercé de manière ciblée ce qui l’autonomise (SECTION 2).

SECTION 1. – LA SPHÈRE D’APPLICATION DU CONTRÔLE DU CONTRÔLE

Loin d’être une méthode de contrôle généralisée, le contrôle du contrôle suppose une application exclusive aux espèces mettant en cause des restrictions et des ingérences passives (§ 1). Même au sein des articles conventionnels concernés, seules les affaires présentant une MNA normative large font l’objet d’un contrôle du contrôle (§ 2).

§ 1. – Les articles conventionnels dérogeables et les ingérences passives

Nous l’avons vu, le contrôle du contrôle implique, dans son raisonnement, une modulation de la MNA. Pour qu’une telle doctrine entre en jeu, l’espèce doit *ipso facto* relever des droits dérogeables de la Convention EDH. En effet, seuls ces droits peuvent souffrir de restrictions et suivre l’économie générale du raisonnement de proportionnalité, à savoir subir des ingérences légitimes et nécessaires dans une société démocratique.

Dès lors, devraient être exclus de la sphère d’application du contrôle du contrôle, les articles 2 (droit à la vie hors décès résultants d’actes licites de guerre) ; 3 (interdiction de la torture et des traitements inhumains ou dégradants) ; 4 (interdiction de l’esclavage) ; 7 (principe de légalité des délits et des peines. Cela laisse donc le périmètre des autres articles conventionnels, *a priori*, restrictibles pour appliquer un tel contrôle du contrôle.

Or, comme le souligne Mattias Guyomar⁴⁸⁴, le terrain privilégié du contrôle du proportionnalité de la Cour se situe principalement dans les contentieux mettant en jeu les articles 8 (droit à la vie privée) ; 9 (liberté de pensée, de conscience et de religion) ; 10 (liberté d’expression) ; 11 (liberté de réunion et d’association), dans la mesure où ces dispositions prévoient expressément la possibilité pour les États d’y apporter des restrictions. Néanmoins, il peut également exister dans le cadre du contentieux des articles indérogeables

⁴⁸⁴M. GUYOMAR, *op. cit.*, p. 15.

lorsque ceux-ci mettent en jeu des obligations positives : il s'agit des « ingérences passives »⁴⁸⁵ dont le contrôle de proportionnalité porte sur « l'obligation mise à la charge des États pour en garantir, notamment dans les rapports horizontaux entre particuliers, le respect effectif »⁴⁸⁶.

Ce constat se vérifie par la sélection de la jurisprudence de cette étude : les arrêts faisant montre d'un contrôle du contrôle s'ancrent dans les contentieux tenant aux articles 2⁴⁸⁷ (obligations positives) ; 6⁴⁸⁸ ; 8⁴⁸⁹ ; des mises en équilibres des obligations tenant aux articles 8 et 10⁴⁹⁰ ; 9⁴⁹¹ ; 10⁴⁹² ; 11⁴⁹³ ; 1^{er494} et 3⁴⁹⁵ du Premier Protocole additionnel ; 3⁴⁹⁶ et 4⁴⁹⁷ du Protocole n°4. Toutefois, statistiquement, il semble particulièrement prégnant dans

⁴⁸⁵ *Ibidem*.

⁴⁸⁶ *Ibidem*.

⁴⁸⁷ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Lambert et autres c. France*, 5 juin 2015, req. n°46043/14, § 168.

⁴⁸⁸ Voir Cour EDH, Affaire *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, 13 septembre 2016, req. n°5054/08 et al., §§ 250-252 ; Cour EDH, Affaire *Simeonovi c. Bulgarie*, 12 mai 2017, req. n°21980/04, § 120 ; Cour EDH, GC, Affaire *Correia de Matos c. Portugal*, 4 avril 2018, req. n°56402/12, § 117.

⁴⁸⁹ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Hatton c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003, req. n°36022/97, § 104 ; Cour EDH, GC, Affaire *Üner c. Pays-Bas*, 18 octobre 2006, req. n°46410/99, § 57 ; Cour EDH, GC, Affaire *Maslov c. Autriche*, 23 juin 2008, req. n°1638/03, § 68 ; Cour EDH, GC, Affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, req. n°41615/07, §§ 139-140 ; Cour EDH, Affaire *Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012, req. n°33783/09, § 65 ; Cour EDH, Affaire *Harroudj c. France*, 4 octobre 2012, req. n°43631/09, § 50 ; Cour EDH, Affaire *Krisztián Barnabás Tóth c. Hongrie*, 12 février 2013, req. n°48494/06, §§ 30-38 ; Cour EDH, Affaire *Dmitriy Ryabov c. Russie*, 1er août 2013, req. n°33774/08, § 48 et 50 ; Cour EDH, Affaire *Winterstein et autres c. France*, 17 octobre 2013, req. n°27013/07, § 148 ; Cour EDH, GC, Affaire *X. Lettonie*, 26 novembre 2013, req. n°27853/09, § 68 ; Cour EDH, Affaire *Z. J. c. Lituanie*, 29 avril 2014, req. n°60092/12, § 96 et 98 ; Cour EDH, Affaire *Buchs c. Suisse*, 27 mai 2014, req. n°9929/12, § 49 et 51 ; Cour EDH, Affaire *De la Flor Cabrera c. Espagne*, 27 mai 2014, req. n°10764/09, § 34 ; Cour EDH, Affaire *Gabashvili c. Russie*, 26 juin 2014, req. n°39428/12, § 47.

⁴⁹⁰ Voir Cour EDH, Affaire *Raëlien Suisse c. Suisse*, 13 janvier 2011, req. n°16354/06, §§ 67-75 ; Cour EDH, Affaire *MGN Limited c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2011, req. n°39401/04, § 155 ; Cour EDH, GC, Affaire *Von Hannover c. Allemagne (N°2)*, 7 février 2012, req. n°40660/08 et al., §§ 108-113 ; Cour EDH, GC, Affaire *Axel Springer AG c. Allemagne*, 7 février 2012, req. n°39954/08, § 78 ; Cour EDH, Affaire *Peta Deutschland c. Allemagne*, 8 novembre 2012, req. n°43481/09, § 46 ; Cour EDH, Affaire *Remuszko c. Pologne*, 16 juillet 2013, req. n°1562/10, § 92 ; Cour EDH, Affaire *Von Hannover c. Allemagne (N°3)*, 19 septembre 2013, req. n°8772/10, § 45 ; Cour EDH, Affaire *Ojala et Etukeno Oy c. Finlande*, 14 janvier 2014, req. n°69939/10, § 48 ; Cour EDH, Affaire *Lillo-Stenberg et Sæther c. Norvège*, 16 janvier 2014, req. n°13258/09, § 34 ; Cour EDH, Affaire *Matúz c. Hongrie*, 21 octobre 2014, req. n°73571/10 § 34.

⁴⁹¹ Voir Cour EDH, GC, Affaire *S. A. S. c. France*, 1 juillet 2014, req. n°43835/11, § 129.

⁴⁹² Voir Cour EDH, GC, Affaire *S. H. et autres c. Autriche*, 3 novembre 2011, req. n°57813/00, § 97 ; Cour EDH, GC, Affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, req. n°48876/08, § 108 ; Cour EDH, GC, Affaire *Garib c. Pays-Bas*, 6 novembre 2017, req. n°43494/09, § 138 ; Cour EDH, GC, Affaire *Correia de Matos c. Portugal*, 4 avril 2018, req. n°56402/12, § 117.

⁴⁹³ Voir Cour EDH, Affaire *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, 15 mars 2022, req. n°21881/20, § 56.

⁴⁹⁴ Voir Cour EDH, Affaire *Lindheim c. Norvège*, 12 juin 2012, req. n°13221/08 et 2139/10, § 125 ; Cour EDH, déc., Affaire *Lohuis et autres c. Pays-Bas*, 30 avril 2013, req. n°37265/10, § 59.

⁴⁹⁵ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*, 6 octobre 2005, req. n°74025/01, § 79 ; Cour EDH, Affaire *Alajos Kiss c. Hongrie*, 20 mai 2010, req. n°38832/06, § 41 ; Cour EDH, Affaire *Greens et M.T.V. c. Royaume-Uni*, 23 novembre 2010, req. n°60041/08 et al., § 44 ; Cour EDH, GC, Affaire *Scoppola c. Italie (N°3)*, 22 mai 2012, req. n°126/05, § 99 ; Cour EDH, Affaire *Anchugov et Gladkov c. Russie*, 4 juillet 2013, req. n°11157/04 et al., § 109.

⁴⁹⁶ Voir Cour EDH, Affaire *H. F. c. France*, 14 septembre 2022, req. n°24384/19 et al., § 281. ⁴⁹⁷

Voir Cour EDH, GC, Affaire *Hirsi Jamaa c. Italie*, 23 février 2012, req. n°27765/09, § 185.

le contentieux du droit à la vie privée (article 8), ce qui peut s'expliquer par la nature particulièrement gigogne de ce droit.

Il serait probablement exagéré de parler de sélectivité du contrôle du contrôle en termes de fondements conventionnels compte tenu de l'immensité du contentieux qu'il capte. Nous l'avons vu, il s'agit d'articles particulièrement présents dans les statistiques du contentieux européen. Dès lors, il est possible d'affirmer que le contrôle du contrôle est un contrôle voué à s'appliquer, parallèlement, dans la même sphère d'application que le contrôle de proportionnalité classique puisque, de toute façon, il en constitue une modalité. Une fois cela établi, nous n'avons toujours pas justifié les raisons amenant la Cour à mobiliser cette technique d'une affaire à l'autre.

En réalité, l'évincement des droits dérogeables ne permet pas véritablement d'expliquer le choix de la Cour d'opter pour le raisonnement du contrôle du contrôle. Pour cause, la sélectivité se situe à l'intérieur même du contentieux des droits dérogeables. On parle alors de « *dilemma cases* »⁴⁹⁸.

§ 2. – Les affaires octroyant une large marge nationale d'appréciation normative

Les « *dilemma cases* »⁴⁹⁹ ou encore « *hard cases* »⁵⁰⁰ constituent des affaires particulièrement difficiles à trancher, « *with a high degree of sensitivity* »⁵⁰¹. Edouard Dubout, dans son étude de la procéduralisation substitutive et supplétive, avait proposé des critères permettant de caractériser le degré de sensibilité déclenchant la procéduralisation substitutive (correspondant, peu ou prou, au contrôle du contrôle tel qu'envisagé dans l'étude). Ces critères se fondent en deux volets : axiologiques et jurisprudentiels. Concernant les critères axiologiques, l'affaire amenée devant le juge européen doit soulever une question de fond particulièrement difficile à trancher⁵⁰² et une indécidabilité substantielle⁵⁰³. Concernant les critères jurisprudentiels, il semblerait que l'affaire amenée devant le juge européen doive soulever une problématique tenant au degré d'intrication entre l'obligation procédurale et

⁴⁹⁸ J. GERARDS, *op. cit.*, in J. GERARDS, E. BREMS (dir.), *op. cit.*, p. 146.

⁴⁹⁹ *Ibidem*.

⁵⁰⁰ E. DUBOUT, *op. cit.*, in F. SUDRE (dir.), *op. cit.*, p. 283.

⁵⁰¹ J. GERARDS, *op. cit.*, in J. GERARDS, E. BREMS (dir.), *op. cit.*, p. 146.

⁵⁰² E. DUBOUT, *op. cit.*, in F. SUDRE (dir.), *op. cit.*, p. 283.

⁵⁰³ *Ibidem*.

substantielle⁵⁰⁴ et qu'elle tienne à une mesure dont la MNA est suffisamment élevée⁵⁰⁵.

Compte tenu de la sélection de la jurisprudence, force est de constater que les affaires tenant à des difficultés substantielles sont, en effet, nombreuses. Le contentieux de l'article 8 en offre une illustration criante : contentieux environnemental⁵⁰⁶, des accouchements sous X⁵⁰⁷, des avortements⁵⁰⁸, du recours à la fécondation *in vitro*⁵⁰⁹, de la reconnaissance de droits aux personnes LGBT⁵¹⁰ ou encore du suicide assisté⁵¹¹ et de l'acharnement thérapeutique⁵¹². Il faut également mentionner, dans le cadre des autres articles, le droit de vote des détenus⁵¹³ ou encore le contentieux religieux⁵¹⁴ qui portent particulièrement à débat. Ces affaires, dans lesquelles s'inscrivent particulièrement le contrôle du contrôle, font montre d'une réelle complexité puisqu'elles s'approchent au plus près de la difficulté de concilier un équilibre entre conception européenne harmonisée des droits de l'homme et relativismes nationaux⁵¹⁵ auquel la Cour tient (ce qu'illustre particulièrement le principe de subsidiarité).

Toutefois, bien que conforté par la doctrine⁵¹⁶, le critère axiologique, tel qu'élaboré par Edouard Dubout, omet les développements pédagogiques de la Cour octroyant la présomption de déférence totale dans le cadre de la marge nationale d'appréciation

⁵⁰⁴ *Ibidem*.

⁵⁰⁵ *Ibidem*.

⁵⁰⁶ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Hatton c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003, req. n°36022/97, § 104 ; Cour EDH, Affaire *Winterstein et autres c. France*, 17 octobre 2013, req. n°27013/07, § 148.

⁵⁰⁷ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Odièvre c. France*, 13 février 2003, req. n°42326/98. et Cour EDH, Affaire *Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012, req. n°33783/09, § 65.

⁵⁰⁸ Voir Cour EDH, GC, Affaire *A, B, et C. c. Irlande*, 16 décembre 2010, req. n°25579/05.

⁵⁰⁹ Voir Cour EDH, GC, Affaire *S. H. c. Autriche*, 3 novembre 2011, req. n°57813/00.

⁵¹⁰ Voir Cour EDH, Affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, req. n°30141/04 ; Cour EDH, Affaire *Gas et Dubois*, 15 mars 2012, req. n°25951/07 et Cour EDH, GC, Affaire *X et autres c. Autriche*, 19 février 2013, req. n°19010/07.

⁵¹¹ Voir Cour EDH, Affaire *Haas c. Suisse*, 20 janvier 2011, req. n°31322/07 ; Cour EDH, Affaire *Koch c. Allemagne*, 19 juillet 2012, req. n°497/09 ; Cour EDH, GC, Affaire *Gross c. Suisse*, 30 septembre 2014, req. n°67810/10 ; Cour EDH, Affaire *Mortier c. Belgique*, 4 octobre 2022, req. n°78017/17.

⁵¹² Voir Cour EDH, GC, Affaire *Lambert et autres c. France*, 5 juin 2015, req. n°46043/14, § 168.

⁵¹³ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*, 6 octobre 2005, req. n°74025/01, § 79 ; Cour EDH, Affaire *Alajos Kiss c. Hongrie*, 20 mai 2010, req. n°38832/06, § 41 ; Cour EDH, Affaire *Greens et M.T.V. c. Royaume-Uni*, 23 novembre 2010, req. n°60041/08 et al., § 44 ; Cour EDH, GC, Affaire *Scoppola c. Italie (N°3)*, 22 mai 2012, req. n°126/05, § 99 ; Cour EDH, Affaire *Anchugov et Gladkov c. Russie*, 4 juillet 2013, req. n°11157/04 et al., § 109.

⁵¹⁴ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Leyla Şahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, req. n°44774/98 ; Cour EDH, GC, Affaire *Lautsi et autres c. Italie*, 18 mars 2011, req. n°30814/06 ; Cour EDH, GC, Affaire *S. A. S. c. France*, 1 juillet 2014, req. n°43835/11, § 129.

⁵¹⁵ La Cour EDH a, en effet, rappelé maintes fois que les autorités nationales se trouvent, en principe, mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux (Cour EDH, GC, Affaire *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003, req. n°36022/97, § 97 ; Cour EDH, GC, Affaire *Garib c. Pays-Bas*, 6 novembre 2017, req. n°43494/09, § 137 ; Cour EDH, GC, Affaire *Correia de Matos c. Portugal*, 4 avril 2018, req. n°56402/12, § 116 ; Cour EDH, GC, Affaire *Sanchez c. France*, 15 mai 2023, req. n°45581/15, § 189).

⁵¹⁶ F. SUDRE, *op. cit.*, in F. SUDRE (dir.), *op. cit.*, p. 144 ; J. GERARDS, *op. cit.*, in J. GERARDS, E. BREMS (dir.), *op. cit.*, p. 146.

systémique. Le propre des affaires dans lesquelles les autorités nationales sont menées à suivre les critères prétoriens – tels le contentieux de la mise en équilibre des obligations tirées des articles 8 et 10⁵¹⁷ – est justement de faciliter l’appréciation des autorités nationales en proposant des raisonnements stéréotypés qu’il convient simplement d’appliquer *in casu* dans des espèces qui n’offrent, *a priori*, pas de difficultés particulières. Dès lors, bien que le critère axiologique revête une certaine pertinence statistique, il n’est pas possible de l’amener au rang de « critère » d’application du contrôle du contrôle *stricto sensu*. Il peut constituer un indice, éventuellement, mais il ne saurait être généralisé sans omettre des éléments fondamentaux de caractérisation du contrôle du contrôle.

Concernant les critères jurisprudentiels, Edouard Debout avance que plus l’obligation en cause est procédurale et intégrée au contrôle substantiel de fond, plus la Cour sera encline à privilégier un contrôle du contrôle⁵¹⁸. En 2014, il annonçait pourtant la difficulté selon laquelle seulement les articles 2, 3 et 8 comportaient un volet dit procédural à ce moment-là. Toutefois, la procéduralisation des droits substantiels a très largement contribué à ériger la possibilité d’un contrôle du contrôle pour l’ensemble des articles conventionnels au moyen de volets procéduraux implicites. Aujourd’hui, bien que cette procéduralisation soit implicite pour le reste des articles de la Convention EDH, la difficulté soulevée par Edouard Dubout n’existe plus vraiment dans la mesure où la Cour a engagé une dynamique de procéduralisation de l’ensemble des droits substantiels. Toutefois, l’analyse ne manque pas de pertinence dans la mesure où l’intégration des obligations procédurales au contrôle participe du fondement même du contrôle du contrôle.

Enfin, le critère de l’étendue de la MNA emporte finalement conviction. A l’aune de l’étude précédente, il est remarquable que l’examen de la MNA systémique (octroyant une déférence nationale partielle, totale, ou présumée) succède systématiquement à l’annonce de la Cour EDH d’une MNA normative large. Cette observation se retrouve dans la majorité des

⁵¹⁷ Voir Cour EDH, Affaire *Raëlien Suisse c. Suisse*, 13 janvier 2011, req. n°16354/06, §§ 67-75 ; Cour EDH, GC, Affaire *Von Hannover c. Allemagne (N°2)*, 7 février 2012, req. n°40660/08 et al., §§ 108-113 ; Cour EDH, GC, Affaire *Axel Springer AG c. Allemagne*, 7 février 2012, req. n°39954/08, § 78 ; Cour EDH, Affaire *Peta Deutschland c. Allemagne*, 8 novembre 2012, req. n°43481/09, § 46 ; Cour EDH, Affaire *Remuszko c. Pologne*, 16 juillet 2013, req. n°1562/10, § 92 ; Cour EDH, Affaire *Ojala et Tukeno Oy c. Finlande*, 14 janvier 2014, req. n°69939/10, § 48 ; Cour EDH, Affaire *Lillo-Stenberg et Sæther c. Norvège*, 16 janvier 2014, req. n°13258/09, § 34 ; Cour EDH, Affaire *Matúz c. Hongrie*, 21 octobre 2014, req. n°73571/10, § 34 ; Cour EDH, Affaire *Von Hannover c. Allemagne (N° 3)*, 19 septembre 2013, req. n°8772/10, § 45 ; Cour EDH, GC, Affaire *Bédard c. Suisse*, 29 mars 2016, req. n°56925/08, §§ 55-82 ; Cour EDH, GC, Affaire *Sanchez c. France*, 15 mai 2023, req. n°45581/15, §§ 167-210.

⁵¹⁸E. DUBOUT, *op. cit.*, in F. SUDRE, *op. cit.*, p. 284.

affaires étudiées⁵¹⁹. Une étude rigoureuse pourrait néanmoins soulever qu'*Animal Defenders International* diffère des autres affaires, dans la mesure où la Cour commençait son propos par le fait que « la marge d'appréciation devant être reconnue à l'État dans le présent contexte est en principe étroite »⁵²⁰. Néanmoins, il faut souligner que cette affirmation est rapidement nuancée par la mention de l'absence de consensus européen, permettant d'agrandir la MNA normative, et donc de faire preuve d'une plus grande flexibilité interprétative à l'issue de l'arrêt.

S'il est difficile d'asseoir des critères précis entourant la sphère d'application du contrôle du contrôle eu égard à la pratique de la Cour, quelques indices subsistent. L'existence d'une difficulté axiologique peut, en effet, attirer notre attention sur la possibilité d'un contrôle du contrôle. Toutefois, c'est particulièrement l'existence d'une large MNA normative qui semble décisive. Les affaires aux difficultés axiologiques ne constituent qu'une sous-catégorie sous celles s'inscrivant dans des MNA normatives larges.

En réalité, le critère de la large MNA normative se justifie pleinement : lorsque la Cour décide qu'elle est en condition de tolérer une grande flexibilité interprétative quant à une question donnée, il est logique qu'elle se fie à l'interprétation nationale dès lors que celle-ci répond au standard de l'État de droit et qu'elle n'est pas manifestement disproportionnée. En effet, les États sont les mieux placés pour connaître des besoins et traditions nationaux⁵²¹. Il s'agit, finalement, d'une mise en œuvre du principe de subsidiarité renforcée.

SECTION 2. – L'AUTONOMISATION DU CONTRÔLE DU CONTRÔLE

Si l'exercice du contrôle du contrôle semble ciblé, il n'en demeure pas moins que son champ d'application est beaucoup plus vaste que ceux des *process-based review* d'autres systèmes de protection des droits de l'homme (§ 1). Cette vastitude permet au juge européen d'opter pour une priorisation du contrôle du contrôle qui le marginalise sur la scène internationale des systèmes de protection des droits de l'Homme (§ 2).

⁵¹⁹ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*, 6 octobre 2005, req. n°74025/01, § 81 ; Cour EDH, Affaire *Lindheim c. Norvège*, 12 juin 2012, req. n°13221/08 et al., § 125 ; Cour EDH, Affaire *Harroudj c. France*, 4 octobre 2012, req. n°43631/09, § 40 ; Cour EDH, GC, Affaire *Lambert et autres c. France*, 5 juin 2015, req. n°46043/14, § 145 ; Cour EDH, Affaire *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, 15 mars 2022, req. n°21881/20, § 84 Cour EDH, Affaire *H. F. c. France*, 14 septembre 2022, req. n°24384/19 et al., § 252.

⁵²⁰ Cour EDH, GC, Affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, req. n°48876/08, § 104.

⁵²¹ Voir supra n°508.

§ 1. – L'autonomisation par l'étendue du champ d'application du contrôle du contrôle

Comme établi précédemment, le contrôle du contrôle constitue une modalité du contrôle européen dans laquelle les normes (standards procéduraux) et le contrôle interagissent ensemble dans une « *standard review loop* »⁵²². En ce sens, le développement de standards procéduraux appelle le contrôle du contrôle, et le contrôle du contrôle appelle le développement de standards procéduraux. La procéduralisation des droits substantiels avait constitué le terreau de formation de tels standards pour l'ensemble de la Convention. Nina Le Bonniec dénote que cette technique de développement d'obligations positives d'ordre procédural n'est pas spécifique au contexte européen. En effet, elle a pu être mobilisée par d'autres systèmes internationaux, tels interaméricain, onusien ou encore l'UE.

Concernant la Cour interaméricaine des droits de l'homme (ci-après, Cour IADH), cette procéduralisation des droits substantiels s'est retrouvée dans divers contentieux. L'affaire *Personnes dominicaines et haïtiennes expulsées c. République Dominicaine* avait été l'occasion de procéduraliser les droits à la nationalité (article 18) et à la personnalité juridique (article 8) dans le cadre du contentieux d'expulsions d'étrangers. La Cour avait, à partir de ces droits substantiels, érigé une obligation, pour les États-membres, d'individualiser les expulsions en prenant en compte leurs documents d'identité⁵²³ à l'aune de l'affaire *Hirsi Jamaa*⁵²⁴ de la Cour EDH. En parallèle, elle a pu consolider sa propre « théorie du contrôle de conventionnalité »⁵²⁵, équivalent du contrôle du contrôle. La Cour IADH a, ainsi, consacré une obligation du juge national d'« *exercise a sort of “conventionality control” between the domestic legal provisions which are applied to specific cases and the American Convention on Human Rights* »⁵²⁶ impliquant notamment de se conformer à la jurisprudence de la Cour IADH.

Concernant le système onusien, le Comité des droits de l'homme (ci-après, CCPR) a eu l'occasion d'appliquer cette technique aussi dans ses propres affaires. Il a développé une tendance à la procéduralisation principalement dans le contentieux tenant aux disparitions

⁵²² L. HUIJBERS, *op. cit.*, p. 274.

⁵²³ Cour IADH, Affaire *Personnes dominicaines et haïtiennes expulsées c. République Dominicaine*, 28 août 2014, Série C n°282, § 274.

⁵²⁴ Cour EDH, GC, Affaire *Hirsi Jamaa c. Italie*, 23 février 2012, req. n°27765/09, § 185.

⁵²⁵ L. BURGORGUE-LARSEN, « Chronique d'une théorie en vogue en Amérique latine. Décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionnalité », *Revue française de droit constitutionnel*, volume n°100, 2014, p. 834.

⁵²⁶ Cour IADH, Affaire *Almonacid Arellano et autres c. Chili* (Fond et réparations), 26 septembre 2006, Série C n° 154, § 124.

forcées⁵²⁷ mais également dans celui des minorités. Effectivement, il a pu procéduraliser l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques en consacrant une obligation de garantie de participation effective des minorités aux processus décisionnels les concernant⁵²⁸, par exemple. De même, cette tendance peut également soulever des enjeux de procéduralisation du contrôle qu'exerce le CCPR.

Concernant, enfin, l'UE, il est possible d'observer une tendance à la procéduralisation également. L'affaire *Kadi* fait montre d'une tendance de la Cour de justice de l'UE (ci-après, CJUE) à suivre le mouvement de procéduralisation des droits substantiels tel qu'exercé par la Cour EDH. Suivant la jurisprudence de la Cour EDH concernant la protection de la propriété privée (article 1er du Premier Protocole additionnel), elle avait avancé que « les procédures applicables doivent aussi offrir à la personne concernée une occasion adéquate d'exposer sa cause aux autorités compétente [...] [ce] qui constitue une exigence inhérente à l'article 1er du protocole n°1 de la CEDH »⁵²⁹ pour conclure à l'existence d'une restriction injustifiée au droit à la propriété privée du requérant et à l'annulation du règlement litigieux. Si la procéduralisation des droits substantiels n'est pas identique dans chacun des systèmes, il est, en revanche, indéniable qu'une forme de procéduralisation existe dans ceux-ci, appelant ainsi, à la possibilité d'un contrôle dit procédural.

La Cour EDH a mobilisé la technique de manière tout à fait singulière en comparaison avec les autres systèmes. L'utilisation de la procéduralisation des droits s'est faite de manière généralisée, comme nous l'avons vu, et à une fréquence particulièrement haute : « l'usage de la procéduralisation dans le cadre européen se révèle alors incomparable tant au niveau quantitatif que qualitatif »⁵³⁰. En effet, le système européen a développé une batterie d'obligations procédurales concernant tous les droits substantiels sans exception tandis que les autres systèmes ont opté pour telle méthode de manière plus ponctuelle, voire à la marge. La procéduralisation ne concerne alors que quelques articles conventionnels⁵³¹, ou quelques

⁵²⁷ Voir notamment CCPR, Affaire *Hisham Abushaala c. Libye*, 21 juin 2013, communication n°1913/2009, CCPR/C/107/D/1913/2009 ; CCPR, Affaire *Slimane Mechani c. Algérie*, 5 juillet 2013, communication n°1807/2008, CCPR/C/107/D/1807/2008 ; CCPR, Affaire *Mustapha Saadoun c. Algérie*, 9 juillet 2013, communication n°n°1806/2008, CCPR/C/107/D/1806/2008.

⁵²⁸ Voir CCPR, Affaire *Ilmari Länsman c. Finlande*, 26 octobre 1994, communication n°511/1992, § 9.5.

⁵²⁹ CJUE, GC, Affaire *Kadi et Al Barakaat c. Conseil de l'Union européenne*, 3 septembre 2008, req. n° C-402/05 P et C-415/05 P, § 368.

⁵³⁰ N. LE BONNIEC, *op. cit.*, p. 183.

⁵³¹ *Ibidem*, p. 184 : il s'agit particulièrement des droits intangibles.

domaines⁵³². En outre, ces obligations sont plus nombreuses, approfondies et variées. Les obligations de recours effectif concernent tant les droits matériels que procéduraux⁵³³, alors que ce n'est pas forcément le cas des autres systèmes, par exemple. Cela pourrait s'expliquer par la particularité du contrôle de proportionnalité européen, et par le rôle de la jurisprudence européenne de « princip[al] vecteu[r] de diffusion de la culture de la proportionnalité en Europe »⁵³⁴. Cette procéduralisation, bien avancée, permet ainsi à la Cour EDH, d'une part, de développer la nouvelle modalité de contrôle qu'est le contrôle du contrôle ; d'autre part, de fonder ce dernier sur un corpus normatif très large de sorte à capter l'ensemble de la Convention EDH. Dès lors que le champ d'application du contrôle du contrôle, tributaire de la progression de la procéduralisation des droits substantiels, est aussi vaste, le juge européen peut se permettre d'opter pour une approche plus systématique du contrôle du contrôle.

§ 2. – L'autonomisation par la priorisation du contrôle du contrôle

Ce développement ne s'est pas réalisé de manière hasardeuse. Dès lors que le corpus de standards procéduraux s'étend, il appelle à un contrôle (soit-il de proportionnalité classique, ou procédural au sens du contrôle du contrôle) de ceux-ci. Il semble qu'une logique de priorité lui soit accordée dès lors qu'une MNA normative large entre en jeu. Leonie Huijbers et Nina Le Bonniec ont ainsi argué que la Cour EDH a développé une « *systematic prioritisation approach* »⁵³⁵. En effet, il semble que :

« [l]e juge strasbourgeois est, à ce titre, le seul qui applique une procéduralisation que l'on pourrait qualifier de "prioritaire", alors que dans les autres ordres juridiques, il s'agit au contraire d'une procéduralisation "subsidaire" à laquelle le juge aura recours en dernier lieu si aucun droit procédural textuel ne s'applique au cas d'espèce »⁵³⁶.

Si le propos de Nina Le Bonniec concerne la procéduralisation au sens normatif, il est possible d'inférer qu'il existe une telle logique de priorisation exclusivement européenne concernant la procéduralisation au sens du contrôle dans la mesure où ces mouvements

⁵³² *Ibidem*, p. 184 : il s'agirait principalement des domaines tenant aux disparitions forcées, aux minorités, ou encore environnementaux.

⁵³³ *Ibidem*, p. 187 ; Voir Cour EDH, GC, Affaire *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, req. n°30210/96 ; Cour EDH, Affaire *Taşkin et autres c. Turquie*, 10 novembre 2004, req. n°46117/99.

⁵³⁴ E. DUBOUT, « Le côté obscur de la proportionnalité », *Les droits de l'homme à la croisée des droits. Mélanges en l'honneur de Frédéric Sudre*, Paris, Édition Lexis Nexis, 2018.

⁵³⁵ L. HUIJBERS, *op. cit.*, p. 278 ; N. LE BONNIEC, *op. cit.*, p. 188.

⁵³⁶ N. LE BONNIEC, *op. cit.*, p. 188.

interagissent dans une boucle continue. En effet, il a été observé que la Cour EDH ne se sent pas particulièrement liée par les moyens des parties aux affaires qu'elle doit connaître, et qu'à ce titre, elle a pu utilement requalifier les griefs en cause et les *procéduraliser* de telle sorte à pouvoir exercer son contrôle du contrôle.

L'affaire *H. F. c. France* illustre cette hypothèse. D'une part, alors que les requérants avaient plaidé moult griefs tirés de plusieurs articles conventionnels, la Cour s'est contentée d'examiner les griefs tirés des articles 3 et 3 § 2 du Protocole n°4. D'autre part, les requérants alléguaient de l'existence d'un droit substantiel d'entrer sur le territoire national tiré de l'article 3 § 2 du Protocole n°4 auquel la France aurait manqué dans le contexte des refus implicites de rapatriements des femmes et enfants situés en Syrie. Un grief combiné à l'article 13 est également invoqué pour dénoncer l'absence de recours effectif et disponible pour contester lesdits refus de rapatriement. Alors que la Cour EDH aurait pu se borner à se prononcer sur les questions substantielles tirées de l'article 3 § 2 du Protocole n°4 (à savoir, l'existence d'un droit au rapatriement tiré de la disposition pertinente – ce qu'elle fait par ailleurs⁵³⁷, mais ne s'y arrête pas) et procédurales au titre de l'article 13 ; elle mobilise la procéduralisation des droits substantiels et procéduralise le grief des requérants tiré de l'article 3 § 2 du Protocole n°4, qui absorberait – apparemment – le grief tiré de l'article 13. L'appréciation finale de la conformité de la mesure à l'article 3 § 2 du Protocole n°4 se borne à soulever que « les garanties dont ont bénéficié les requérants n'étaient pas appropriées »⁵³⁸.

En outre, cette politique de priorisation du contrôle du contrôle se traduit nettement dans le contentieux où elle a élaboré des critères prétoriens⁵³⁹. Si la première fonction de l'élaboration des critères prétoriens est pédagogique, de telle sorte à diffuser une culture de la

⁵³⁷ Cour EDH, Affaire *H. F. c. France*, 14 septembre 2022, req. n°24384/19 et 44234/20, §§ 258-259.

⁵³⁸ *Ibidem*, § 278.

⁵³⁹ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, req. n°41615/07, §§ 139-140 ; Cour EDH, Affaire *Raëlien Suisse c. Suisse*, 13 janvier 2011, req. n°16354/06, §§ 67-75 ; Cour EDH, GC, Affaire *Von Hannover c. Allemagne*, 7 février 2012, req. n°40660/08 et al., §§ 108-113 ; Cour EDH, GC, Affaire *Axel Springer AG c. Allemagne*, 7 février 2012, req. n°39954/08, § 78 ; Cour EDH, Affaire *Peta Deutschland c. Allemagne*, 8 novembre 2012, req. n°43481/09, § 46 ; Cour EDH, Affaire *Krisztián Barnabás Tóth c. Hongrie*, 12 février 2013, req. n°48494/06, §§ 30-38 ; Cour EDH, Affaire *Remuszko c. Pologne*, 16 juillet 2013, req. n°1562/10, § 92 ; Cour EDH, Affaire *Dmitriy Ryabov c. Russie*, 1er août 2013, req. n°33774/08, § 48 et 50 ; Cour EDH, Affaire *Von Hannover c. Allemagne (N° 3)*, 19 septembre 2013, req. n°8772/10, § 45 ; Cour EDH, GC, Affaire *X. Lettonie*, 26 novembre 2013, req. n°27853/09, § 68 ; Cour EDH, Affaire *Ojala et Etukeno Oy c. Finlande*, 14 janvier 2014, req. n°69939/10, § 48 ; Cour EDH, Affaire *Lillo-Stenberg et Sæther c. Norvège*, 16 janvier 2014, req. n°13258/09, § 34 ; Cour EDH, Affaire *Z. J. c. Lituanie*, 29 avril 2014, req. n°60092/12, § 96 et 98 ; Cour EDH, Affaire *Buchs c. Suisse*, 27 mai 2014, req. n°9929/12, § 49 et 51 ; Cour EDH, Affaire *De la Flor Cabrera c. Espagne*, 27 mai 2014, req. n°10764/09, § 34 ; Cour EDH, Affaire *Matúz c. Hongrie*, 21 octobre 2014, req. n°73571/10 § 34 ; Cour EDH, GC, Affaire *Bédát c. Suisse*, 29 mars 2016, req. n°56925/08, §§ 55-81 ; Cour EDH, Affaire *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, 13 septembre 2016, req. n°5054/08 et al., §§ 250-252 ; Cour EDH, Affaire *Simeonovi c. Bulgarie*, 12 mai 2017, req. n°21980/04, § 120.

proportionnalité au sein des autorités nationales ; sa seconde fonction est aussi de faciliter la tâche du juge européen (pour rappel, le second objectif de l'ère de subsidiarité était de faire face à l'afflux de requêtes handicapant le système européen). Le contrôle du contrôle implique bien moins de réflexion interprétative dès lors qu'une présomption de déférence est en jeu : le contrôle se limite à la vérification de la restitution des critères, et son étendue à la disproportion manifeste. Dès lors, le contrôle du contrôle devient un automatisme dans ce type d'affaires, logique que l'on ne retrouve pas dans d'autres systèmes de protection des droits de l'homme.

Il est observable que la Cour a – à tout le moins récemment – développé une politique de priorisation systématique du contrôle du contrôle dès lors que l'espèce rentre dans son champ d'application. Cela se constate notamment à la multiplication du contentieux portant les marques des considérations procédurales, qu'elles soient explicites ou implicites. C'est bien cette observation qui l'isole sur la scène internationale. Comme le souligne Nina Le Bonniec, il s'agit déjà d'une opération « subsidiaire »⁵⁴⁰ concernant la procéduralisation des droits pour les autres systèmes, alors le contrôle dit procédural ne peut constituer qu'une considération encore marginale pour ces derniers. Par exemple, Malu Beijer souligne que dans son contrôle du respect de la législation européenne, la CJUE a eu tendance à mobiliser le recours à son propre contrôle dit procédural, toutefois, elle le mobilise beaucoup moins dans son contrôle des mesures prises à l'échelle nationale⁵⁴¹. La CJUE reste encore très loin de prioriser le contrôle procédural, ce qui la différencie nettement de la Cour EDH. Il en va de même pour les organes onusiens, ou encore la Cour IADH. En raison d'un champ d'application particulièrement vaste et d'une tendance à la systématisation, il est possible d'affirmer que le contrôle du contrôle dispose d'une autonomie spécifiquement européenne. Elle s'explique notamment par la conception particulière que la Cour EDH a développé du principe de subsidiarité, ou encore de responsabilité partagée, qu'elle érige, par ailleurs, comme motivation principale de l'emploi du contrôle du contrôle⁵⁴². En effet, le contrôle du contrôle a été perçu comme une stratégie d'évitement, de restreinte judiciaire ou de retenue interprétative⁵⁴³. Parce que la Cour EDH octroie une certaine déférence aux autorités nationales, elle contrôlerait *moins* impliquant, *a priori*, un recul de l'office du juge européen (**CHAPITRE 2**).

⁵⁴⁰ N. LE BONNIEC, *op. cit.*, p. 188.

⁵⁴¹ M. BEIJER, « Procedural Fundamental Rights Review by the Court of Justice of the European Union », in J. GERARDS, E. BREMS, *op. cit.*, p. 207.

⁵⁴² E. BREMS, *op. cit.*, in J. GERARDS, E. BREMS (dir.), *op. cit.*, p. 22.

⁵⁴³ F. SUDRE, *op. cit.*, in F. SUDRE (dir.), *op. cit.*, p. 253.

CHAPITRE 2. – LE PROLONGEMENT DU CONTRÔLE DU CONTRÔLE

Motivé par des fondements principiels – subsidiarité et État de droit –, nous avons vu que le contrôle du contrôle était une modalité du contrôle européen accordant une importance toute particulière à ce que les autorités nationales appliquent correctement le contrôle de proportionnalité au sein de leurs propres processus décisionnels. C’est en ce sens que l’on peut parler de la démarche européenne comme « princip[al] vecteu[r] de diffusion de la culture de la proportionnalité en Europe »⁵⁴⁴.

La logique du contrôle du contrôle ne s’arrête toutefois pas à l’application *stricto sensu* du contrôle, dans cette forme précise, au sein du contentieux européen. En effet, un prolongement de ce contrôle est observé au niveau institutionnel (SECTION 1) et le contrôle du contrôle prolonge lui-même des modalités de contrôle antérieures (SECTION 2).

SECTION 1. – LE PROLONGEMENT INSTITUTIONNEL DU CONTRÔLE DU CONTRÔLE

Le contrôle du contrôle a impliqué un prolongement de l’office européen d’ordre institutionnel. Effectivement, si la démarche est de familiariser les autorités nationales avec le contrôle de proportionnalité européen, attendre l’occasion du contentieux ne semble pas suffire. C’est dans cet esprit qu’est entré en vigueur, parallèlement, « le protocole du dialogue »⁵⁴⁵, instaurant une procédure dialogique entre les juges nationaux et le juge européen. L’entrée en vigueur du Protocole n°16, prolongeant la démarche entamée au travers du contrôle du contrôle, a abouti à une autonomisation des autorités nationales (§ 1) au service du maintien du monopole interprétatif de la Cour (§ 2).

§ 1. – L’instauration de la procédure dialogique au service d’une autonomisation des autorités nationales

Le Protocole n°16 a instauré une procédure de demande d’avis consultatifs sur des questions de principe relatives à l’interprétation ou à l’application des droits et des libertés définis par

⁵⁴⁴E. DUBOUT (2018), *op. cit.*

⁵⁴⁵D. SPIELMANN, *Discours du Président Dean Spielmann, Séminaire Tribunal constitutionnel*, Madrid, 22 mai 2015, p. 5.

la Convention ou ses protocoles⁵⁴⁶. Le lien avec le contrôle du contrôle, tel qu'établi auparavant, n'est, *a priori*, pas évident. Pourtant, au détour d'un discours, l'ancien Président de la Cour EDH, Dean Spielmann, soulève que cette nouvelle procédure constituait un « [é]lément supplémentaire du dialogue judiciaire entre la Cour et les juridictions internes, [et] il aura pour effet d'éclairer les cours nationales »⁵⁴⁷.

Nous l'avons vu, le premier élément central du contrôle du contrôle est la recherche du raisonnement de proportionnalité (ou, à tout le moins, de la restitution des standards européen) dans le processus décisionnel examiné. Or, le raisonnement de proportionnalité n'est pas systématiquement facilité par l'octroi de critères prétoriens que les autorités nationales peuvent remobiliser. Il reste des problématiques qui peuvent, en effet, poser des difficultés axiologiques au sens d'Edouard Dubout⁵⁴⁸ ou encore poser des difficultés techniques. Par conséquent, la procédure de demande d'avis consultatif permet d'obtenir des éclaircissements sur la portée des obligations conventionnelles des États et d'appliquer correctement la Convention. Il est à noter, toutefois, qu'eu égard à l'article 5 dudit Protocole, les avis consultatifs ne sont pas contraignants. A ce titre, les États sont libres de suivre – ou non – les avis rendus par la Cour.

Comme le souligne Catherine Gauthier, le pari du Protocole n°16 est « la responsabilisation du juge national »⁵⁴⁹. Dans la mesure où l'article 1^{er} du Protocole n°16 impose aux autorités nationales de motiver leur demande d'avis consultatif, le mécanisme incite les autorités nationales à, d'une part, s'imprégner du raisonnement de proportionnalité et de la jurisprudence européenne dans l'activation même du mécanisme ; d'autre part, solliciter la Cour en cas de difficulté de principe. De deux choses d'une, le mécanisme permettra ainsi une démocratisation du droit de la Convention EDH, tout en assurant aux autorités nationales une possibilité d'éviter le constat de violation *ex-post* en sollicitant directement la Cour EDH.

Par conséquent, le contrôle du contrôle est prolongé institutionnellement : en donnant les clefs aux autorités nationales pour juger *correctement*, la procédure d'avis consultatif assure, *in fine*, que la protection des droits fondamentaux se fera *exclusivement* à l'échelle nationale. En effet, « [s]i la solution préconisée par cette dernière est suivie d'effets au plan national, les

⁵⁴⁶ Protocole n°16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, adopté à Strasbourg le 2 octobre 2013, entré en vigueur le 1er août 2018, article 1er.

⁵⁴⁷ D. SPIELMANN (2015), *op. cit.*, p. 5.

⁵⁴⁸ E. DUBOUT, *op. cit.*, in F. SUDRE (dir.), *op. cit.*, p. 283.

⁵⁴⁹ C. GAUTHIER, « L'entrée en vigueur du Protocole n°16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre espérances et questionnements... », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°1, 2019, n°117, p. 52.

recours individuels portant sur cette question de droit devraient logiquement s'épuiser »⁵⁵⁰. Quand bien même l'affaire ayant fait l'objet d'un avis consultatif faisait l'objet d'un contrôle-contentieux par la Cour, si l'autorité nationale suit en substance l'avis consultatif, « il est escompté que les éléments de la requête ayant trait aux questions traitées dans l'avis consultatif soient déclarés irrecevables ou rayés du rôle »⁵⁵¹. Suivant la logique étayée sous l'angle de la modulation de la MNA systémique, une autre hypothèse de présomption de déférence totale se présenterait. Seulement, celle-ci serait conditionnée au respect de l'avis consultatif, impliquant ainsi un contrôle superficiel de la teneur de la décision nationale avant de déclarer l'irrecevabilité de la requête.

A titre illustratif, l'*avis consultatif concernant l'appréciation de la proportionnalité, sous l'angle de l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention, d'une interdiction générale pour une personne de se porter candidate à une élection après une destitution dans le cadre d'une procédure d'impeachment* avait été l'occasion d'énumérer les critères pertinents pour opérer un contrôle de proportionnalité conforme aux standards européens. Dans cet avis, la Cour EDH avait considéré que la question devait être examinée impliquait des critères objectifs permettant de prendre en compte de manière transparente les circonstances pertinentes liées non seulement aux événements qui ont conduit à la destitution de la personne concernée mais aussi aux fonctions que cette personne entend exercer à l'avenir ; à cela, elle ajoutait que les critères devaient être définis sous l'angle des exigences du bon fonctionnement de l'institution dont la personne entend devenir membre, et partant, du système constitutionnel et de la démocratie dans son ensemble dans l'État concerné⁵⁵². Il est d'autant plus intéressant qu'elle ne définisse pas expressément les critères elle-même, mais donne simplement un cadrage aux autorités nationales. En effet, « [i]l lui incombe de donner des orientations à la juridiction dont émane la demande afin que celle-ci puisse s'assurer que la procédure menée devant elle se déroule conformément aux exigences de la Convention »⁵⁵³. Il s'agit d'*orientations* que les États sont libres de suivre et de moduler selon les circonstances particulières de l'espèce et les particularités nationales.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 53.

⁵⁵¹ CE, *Rapport explicatif du Protocole n°16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, adopté à Strasbourg le 2 octobre 2013, § 26.

⁵⁵² Cour EDH, Collège de la GC, Avis consultatif, *Avis consultatif concernant l'appréciation de la proportionnalité, sous l'angle de l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention, d'une interdiction générale pour une personne de se porter candidate à une élection après une destitution dans le cadre d'une procédure d'impeachment*, 8 avril 2022, req. n°P16-2020-002, § 94.

⁵⁵³ Cour EDH, Collège de la GC, Avis consultatif, *Avis consultatif sur le statut et les droits procéduraux d'un parent biologique dans la procédure d'adoption d'un adulte*, 13 avril 2023, req. n°P16-2022-001, § 60.

En ce sens, la procédure d'avis consultatif pourrait s'analyser le volet précontentieux du contrôle du contrôle. Samantha Besson décrit cette procédure comme un « contrôle préventif »⁵⁵⁴ simple sans nécessairement le lier au contrôle du contrôle (ou contrôle procédural). Pourtant, la logique de la procédure d'avis consultatif reste de donner les clefs méthodologiques et substantielles à l'autorité nationale pour juger en conformité avec la Convention EDH. Si la procédure ne constitue pas, en elle-même, un type de contrôle du contrôle, elle aboutit, en réalité, à proposer un raisonnement à l'autorité nationale qui bénéficierait d'une présomption de déférence totale dans le cadre précis de ce contrôle.

Dès lors, en principe, la procédure d'avis consultatif, comme celle du contrôle du contrôle, serait apparemment vouée à autonomiser la juge national et à centraliser le contentieux à l'échelle nationale. Toutefois, en pratique, est-ce vraiment le cas ?

§ 2. – L'instauration de la procédure dialogique au service du maintien du monopole interprétatif de la Cour

L'autonomisation des autorités nationales, par le prolongement institutionnel du contrôle du contrôle, a été plutôt mitigée voire, paradoxalement, en faveur de l'extension de l'office de la Cour EDH.

D'une part, depuis l'entrée en vigueur du Protocole n°16 en 2018, moins d'une dizaine d'avis consultatifs ont été rendus et seuls vingt-et-un États membres ont ratifié l'instrument. Cette faible affluence s'explique probablement par des difficultés conceptuelles engendrées par la procédure de demande d'avis consultatif. Premièrement, la notion de « plus hautes juridictions »⁵⁵⁵ n'est pas évidente dans tous les systèmes juridiques européens. Bien que l'absence de définition ou de critères plus précis laisse l'opportunité aux États de désigner de manière discrétionnaire quelles seraient les juridictions habilitées à formuler une demande d'avis consultatif, des problématiques demeurent. Par exemple, en France, la possibilité pour le Conseil constitutionnel d'initier ce type de demande a posé des difficultés dans la mesure où il n'exerce pas de contrôle de conventionnalité⁵⁵⁶ et que son « statut de juridiction n'est

⁵⁵⁴S. BESSON, *op. cit.*, 70.

⁵⁵⁵Protocole n°16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, adopté à Strasbourg le 2 octobre 2013, entré en vigueur le 1er août 2018, article 1er.

⁵⁵⁶Conseil constitutionnel français, Décision DC, *Décision sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, 15 janvier 1975, déc. n°74-54, recueil, p. 19.

pas clairement établi en droit français »⁵⁵⁷. Deuxièmement, l'identification d'une question de principe n'est pas exactement évidente non plus, surtout dans le cas où les juges nationaux ne sont pas encore véritablement imprégnés d'une culture de la méthodologie européenne. Cela a pu s'illustrer dans le seul avis de rejet, dans lequel le collège de la Grande Chambre a jugé que la demande d'avis consultatif ne présentait pas de question conforme à la notion en raison de sa nature, son degré de nouveauté et de sa complexité⁵⁵⁸. Dès lors, il semble que les autorités nationales aient encore du mal à se saisir de la procédure, mitigeant ainsi l'objectif d'autonomisation promis par le Protocole n°16.

D'autre part, bien que motivé dans des considérations de subsidiarité, le Protocole n°16 a paradoxalement étendu l'office européen et maintenu le monopole interprétatif dont elle dispose. Comme le souligne Samantha Besson, cette nouvelle procédure permet « la spécification *ex ante*, car opérée avant leur contrôle par le juge national de dernière instance, des obligations CEDH par une interprétation de la Cour EDH au lieu d'un contrôle *ex post* »⁵⁵⁹. La première remarque est que l'avis consultatif implique une interprétation *in abstracto* et non plus l'appréciation de la conformité du comportement étatique à une norme de référence, ici la Convention EDH. Il devient également un contrôle préventif : la Cour EDH donne les clefs aux autorités nationales pour adopter un comportement conforme à la Convention EDH avant même qu'elles n'aient jugé quoi que ce soit. En outre, il semble pouvoir incorporer l'examen de législations : Linos-Alexandre Sicilianos, avait eu l'occasion de préciser qu'il n'y avait pas d'obstacles à ce qu'une demande d'avis consultatif « soulèv[e] des problèmes relatifs à la compatibilité à la Convention d'une loi »⁵⁶⁰.

A l'instar du contrôle du contrôle, les considérations pour les processus décisionnels sont au cœur de la démarche de l'avis consultatif. Si la volonté est de recalibrer le contentieux à l'échelle nationale, il n'en demeure pas moins que la Cour conserve le monopole interprétatif de la Convention EDH tiré de l'article 32, que ce soit *ex ante* ou *ex post*. En réalité, plutôt que de se positionner dans une véritable retraite en faveur du juge national, elle intervient à une étape supplémentaire du processus décisionnel et réduit l'autorité nationale au rôle d'exécutant de l'interprétation européenne – même s'il faut nuancer car l'octroi d'une

⁵⁵⁷C. GAUTHIER, *op. cit.*, p. 48.

⁵⁵⁸Cour EDH, Collège de la GC, Avis consultatif, déc., *Décision relative à une demande d'avis consultatif formée en vertu du Protocole n°16 concernant l'interprétation des articles 2, 3 et 6 de la Convention*, 14 décembre 2020, req. n°P16-2020-001, § 22.

⁵⁵⁹S. BESSON, *op. cit.*, 70.

⁵⁶⁰L.-A. SICILIANOS, « Le dialogue des juges nationaux et européens : la nouvelle fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », in P. D'ARGENT, B. BONAFÉ, J. COMBACAU (dir.), *Les limites du droit international. Essai en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, Édition Bruylant, 2014, p. 508.

certaine MNA peut lui laisser quelques libertés interprétatives⁵⁶¹. Certes, les avis ne disposent pas de portée contraignante mais, en réalité, « il sera [...] difficile de résister à l'autorité interprétative (*res interpretata*) d'un avis de la Cour EDH au risque sinon de mettre en péril l'autorité des arrêts de la Cour en général »⁵⁶². Samantha Besson interroge même la portée dialogique de la procédure d'avis consultatif : « il paraît difficile d'assurer un véritable dialogue entre juges avant même que le juge national ait pu se prononcer et sans que le juge européen ait donc à sa disposition le raisonnement national à prendre en compte »⁵⁶³.

La procédure dialogique implique ainsi quatre types de prolongements en relation avec le contrôle du contrôle. Premièrement, elle ne va pas nécessairement dans le sens d'un recul de l'office de la Cour : au contraire, elle lui arrose de nouvelles compétences, et assure le maintien du monopole interprétatif de la Cour EDH avant même qu'une décision nationale n'ait été rendue. Cette extension de son office vient, en réalité, renforcer la logique du contrôle du contrôle en donnant les clefs méthodologiques et substantielles aux autorités nationales pour éviter la phase contentieuse. Deuxièmement, son office s'abstractise en ce sens qu'il ne porte pas sur une mesure concrète litigieuse et qu'elle peut, également, examiner les législations nationales dans l'abstrait. En ce sens, elle donne également les clefs aux autorités nationales pour se conformer aux attendus qu'elle met en œuvre dans le cadre du contrôle du contrôle. Ensuite, son contrôle devient préventif : elle se prononce dans le but précis d'éviter le manquement à l'obligation conventionnelle et non plus seulement pour le constater. Une fois encore, cette logique de pédagogie permet aux autorités nationales d'éviter la phase contentieuse. Enfin, dans la mesure où ce contrôle est abstrait et préventif, il détient une portée, en réalité, bien plus large que le contrôle de proportionnalité classique. Donnant des clefs suffisamment générales et précises, la Cour développe des standards normatifs et méthodologiques que les autorités nationales peuvent déployer dans l'ensemble des espèces ayant un lien avec l'avis consultatif. La simple question du domaine de l'intérêt supérieur de l'enfant dans le cadre des naissances par gestation pour autrui à l'étranger a mené la Cour à se prononcer *in abstracto* sur d'autres hypothèses⁵⁶⁴. Finalement, bien

⁵⁶¹ Voir notamment Cour EDH, Collège de la GC, Avis consultatif, Avis consultatif *sur le statut et les droits procéduraux d'un parent biologique dans la procédure d'adoption d'un adulte*, 13 avril 2023, req. n°P16-2022-001, § 59.

⁵⁶² S. BESSON, *op. cit.*, 71.

⁵⁶³ *Ibidem*, p. 72.

⁵⁶⁴ Cour EDH, Collège de la GC, Avis consultatif, Avis consultatif *relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, 10 avril 2019, req. n°P16-2018-001, § 47 : « Bien que le litige interne ne concerne pas le cas d'un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et conçu avec les gamètes de la mère d'intention, la Cour juge important de préciser que, lorsque la situation est par ailleurs similaire à celle dont il est question dans

qu'exercés à des étapes différentes, il existe une articulation mécanique entre la procédure d'avis consultatif et le contrôle du contrôle.

Cette observation se poursuit dans le cadre de la prolongation contentieuse induite par le contrôle du contrôle.

SECTION 2. – LE PROLONGEMENT CONTENTIEUX DU CONTRÔLE DU CONTRÔLE

Le second prolongement impliqué par le contrôle du contrôle est d'ordre contentieux. La doctrine avait vu se développer, ces dernières années, ce qui a été qualifié de « contrôle objectif »⁵⁶⁵ ou « abstrait »⁵⁶⁶ (§ 1). Ce contrôle abstrait s'est étendu au moyen du contrôle du contrôle, impliquant les mêmes prolongements que soulevés précédemment (§ 2).

§ 1. – L'extension de l'office par le développement d'un contrôle abstrait

Le développement du contrôle dit objectif ou abstrait n'est pas tout à fait récent. La jurisprudence de la Cour EDH a entamé cette dynamique au travers de l'élargissement de la qualité de victime au titre de l'article 34 de la Convention EDH.

En effet, à titre exceptionnel, la Cour EDH a reconnu la possibilité d'être victime potentielle d'une loi, sans nécessiter de mesure d'exécution à l'encontre du requérant, dans trois hypothèses⁵⁶⁷. Premièrement, il s'agit des hypothèses dans lesquelles le requérant risque de subir directement les effets de la législation du fait son appartenance à une certaine catégorie de personne visée par cette loi⁵⁶⁸. Deuxièmement, il s'agit de l'hypothèse dans laquelle les requérants sont obligés de changer de comportement sous peine de poursuites⁵⁶⁹. Troisièmement, il s'agit de l'hypothèse dans laquelle les requérants sont dans l'impossibilité de prouver l'existence de mesure concrète à leur égard en raison de leur caractère secret⁵⁷⁰.

ce litige, la nécessité d'offrir une possibilité de reconnaissance du lien entre l'enfant et la mère d'intention vaut *a fortiori* dans un tel cas. »

⁵⁶⁵M. AFROUKH, « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue du droit public*, volume n°5, 2015, p. 1357.

⁵⁶⁶S. BESSON, *op. cit.*, p. 72.

⁵⁶⁷Cour EDH, GC, Affaire *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, 15 mars 2022, req. n°21881/20, § 37.

⁵⁶⁸Cour EDH, GC, Affaire *Burden c. Royaume-Uni*, 29 avril 2008, req. n°13378/05, § 34-35.

⁵⁶⁹Cour EDH, Plénière, Affaire *Dudgeon c. Royaume Uni*, 22 octobre 1981, req. n°7525/76, § 41.

⁵⁷⁰Cour EDH, Plénière, Affaire *Klass et autres c. Allemagne*, 6 septembre 1978, req. n°5029/71, § 34.

Néanmoins, la Cour EDH a pu étendre ces considérations de manière casuistique : dans l'affaire *Valentin Câmpeanu*, elle avait considéré que l'organisation non-gouvernementale *Centre de ressources juridiques* avait la qualité de victime pour représenter les intérêts de M. Câmpeanu, alors décédé, au titre de l'effet utile. En effet, refuser cette qualité aurait impliqué que « l'État défendeur échappe à sa responsabilité découlant de la Convention par l'effet même de la non-désignation par lui, au mépris des obligations qui lui incombaient en vertu du droit interne, d'un représentant légal chargé d'agir au nom du jeune homme »⁵⁷¹. Ces développements avaient ainsi marqué l'émergence d'un contrôle dans le cadre d'une appréciation très souple de la qualité de victime qui implique, par principe, une « personne directement concernée par l'acte ou l'omission litigieux »⁵⁷², ayant « subi directement les effets de la mesure litigieuse »⁵⁷³.

Dès 2015, Mustapha Afroukh relève que l'objectivisation du contrôle s'était déplacée de l'élargissement de la notion de victime pour capter les espèces où nous étions quand même en présence d'une mesure d'exécution. A-t-on pu observer l'émergence de « cas où la norme interne, par sa simple existence, constitue la violation reprochée, indépendamment des circonstances de l'espèce »⁵⁷⁴. Ce fut le cas dans les affaires *Chassagnou et autres c. France*, encore implicitement, mais l'objectivisation est assumée dans l'affaire *Thlimmenos c. Grèce* dans laquelle elle affirme « n'a[voir] jamais exclu de constater qu'un texte législatif emportait directement violation de la Convention »⁵⁷⁵. A la suite de quoi, il souligne que cela va mener la Cour, dans ses audaces, à consacrer la procédure des arrêts pilotes⁵⁷⁶ – procédures constatant des violations répétitives de la Convention incarnant des défaillances systémiques – prolongeant finalement la logique du contrôle objectif. Il constate un champ d'application relativement large : ce contrôle objectif se déploierait dans la jurisprudence tenant à l'article 2 relativement à la qualité de loi⁵⁷⁷ ; les affaires tenant à des questions sociétales sensibles⁵⁷⁸ ; et pourrait porter sur l'interprétation d'une norme par le juge

⁵⁷¹ Cour EDH, GC, Affaire *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, 17 juillet 2014, req. n°47848/08, § 112.

⁵⁷² Cour EDH, Plénière, Affaire *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n°6833/74, § 27.

⁵⁷³ Cour EDH, GC, Affaire *Burden c. Royaume-Uni*, 29 avril 2008, req. n°13378/05, § 33.

⁵⁷⁴ M. AFROUKH, *op. cit.*, p. 1357.

⁵⁷⁵ Cour EDH, GC, Affaire *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, req. n°34369/97, § 48.

⁵⁷⁶ La procédure des arrêts pilotes a été consacrée par l'affaire *Broniowski c. Pologne* (Cour EDH, GC, 22 juin 2004, req. n°31443/96). Voir aussi Cour EDH, GC, Affaire *Hutten-Czapska c. Pologne*, 19 juin 2006, req. n°35014/97.

⁵⁷⁷ Voir Cour EDH, Affaire *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, req. n°18984/91, § 153.

⁵⁷⁸ Voir Cour EDH, Affaire *Carson c. Royaume-Uni*, 16 mars 2010, req. n°42184/05, § 62.

national⁵⁷⁹, des pratiques administratives⁵⁸⁰ ou encore aux modalités d'élaboration de la norme nationale⁵⁸¹.

A l'instar du développement de la procédure dialogique, Mustapha Afroukh souligne que la pratique du contrôle objectif suit une « logique préventive [qui serait] un facteur évident de diffusion de la jurisprudence de la Cour et [qui contribuerait] à la diminution du nombre de requêtes individuelles »⁵⁸². En effet, un contrôle de proportionnalité classique, subjectif, ne constate que la disproportion d'une mesure appliquant la loi ; ce constat n'implique aucunement la remise en question de la loi en elle-même, même quand celle-ci peut être à l'origine de la disproportion. En cela, un simple contrôle de proportionnalité n'évince pas la possibilité que d'autres requérants reviennent au prétoire du juge européen présenter des doléances sur le même fondement législatif. L'aspect préventif du contrôle objectif est donc qu'il permet de s'attaquer directement à la source du problème : une loi substantiellement disproportionnée. Ainsi, se dessine un parallèle avec la procédure d'avis consultatif : la Cour EDH instaure un contrôle visant à prévenir les violations avant qu'elles aient lieu.

Cette démarche n'a pas été dénuée de toutes critiques. La doctrine comme les États membres du CE y ont vu des audaces déplacées de la Cour EDH, qui s'arroge une compétence qu'elle ne détiendrait pas en réalité. Samantha Besson y a vu « plusieurs entorses au principe de subsidiarité procédurale et matérielle du contrôle européen »⁵⁸³. Toutefois, la Cour EDH a su actualiser sa méthodologie pour faire face aux critiques occasionnées et prolonger la logique du contrôle objectif au travers du contrôle du contrôle.

§ 2. – L'extension de l'office par la procéduralisation du contrôle abstrait

Si la caractérisation des hypothèses d'objectivisation du contrôle permettent, en effet, de relever un élargissement de l'office européen, l'analyse gagnerait à être complétée par son prolongement dans la procéduralisation du contrôle de proportionnalité européen. Ainsi, Mustapha Afroukh énumérait diverses utilisations variées du contrôle objectif, ayant pour point commun, d'examiner la norme nationale. Or, l'analyse gagnerait à distinguer le contrôle

⁵⁷⁹ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie*, 7 juin 2012, req. n°38433/09, § 140 ; Cour EDH, GC, Affaire *Lambert et autres c. France*, 5 juin 2015, req. n°46043/14.

⁵⁸⁰ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Dickson c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2007, req. n°44362/04.

⁵⁸¹ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, req. n°48876/08.

⁵⁸² M. AFROUKH, *op. cit.*, p. 1357.

⁵⁸³ S. BESSON, *op. cit.*, p. 73.

objectif, mobilisant un contrôle de proportionnalité classique (ou substantiel) de la norme nationale, et le contrôle du contrôle, mobilisant des étapes plus procéduralisées au contrôle de proportionnalité.

En effet, les exemples fournis par l'auteur relatent de l'existence d'un intérêt particulier de la Cour pour l'examen des normes nationales, toutefois il ne peut être confondu avec les trois dernières hypothèses qu'il propose portant sur l'interprétation d'une norme par le juge national, des pratiques administratives ou encore aux modalités d'élaboration de la norme nationale. Pour cause, le contrôle objectif, tel qu'il l'identifie, mobilise un raisonnement de proportionnalité classique, substantiel. Pour reprendre un exemple qu'il propose, l'affaire *Chassagnou et autres c. France* constitue, en effet, une illustration de constat de violation sur la base d'une législation inconstitutionnelle. L'analyse de l'arrêt montre un examen substantiel de la législation (§§ 82-85). Aucune considération procédurale ne transparait dans la motivation de la Cour. Ce qui l'intéresse principalement, c'est le fond de la législation et non les modalités de son élaboration :

« En conclusion, nonobstant les buts légitimes recherchés par la loi de 1964 au moment de son adoption, la Cour estime que le système de l'apport forcé qu'elle prévoit aboutit à placer les requérants dans une situation qui rompt le juste équilibre devant régner entre la sauvegarde du droit de propriété et les exigences de l'intérêt général : obliger les petits propriétaires à faire apport de leur droit de chasse sur leurs terrains pour que des tiers en fassent un usage totalement contraire à leurs convictions se révèle une charge démesurée qui ne se justifie pas sous l'angle du second alinéa de l'article 1 du Protocole no 1. Il y a donc violation de cette disposition »⁵⁸⁴.

La législation constitue une violation du droit conventionnel car, en substance, elle porte une atteinte disproportionnée aux droits en cause. Il n'est pas encore question de fonder cette violation sur le constat de l'absence de raisonnement de proportionnalité par le Parlement. Or, les trois dernières hypothèses que l'auteur propose comme diverses utilisations du contrôle objectif, mobilisent la démarche du contrôle du contrôle et non celle du contrôle objectif. En effet, pour reprendre l'exemple de l'affaire *Animal Defenders International*, nous l'avons vu, l'intérêt principal de la Cour s'était porté sur l'exceptionnelle qualité du processus décisionnel ayant mené à l'édiction d'une telle loi⁵⁸⁵. Or, si un contrôle objectif avait été réalisé dans cette affaire, c'est-à-dire un contrôle substantif de proportionnalité, il n'est pas

⁵⁸⁴Cour EDH, GC, Affaire *Chassagnou et autres c. France*, 24 avril 1999, req. n°25088/94 et al., § 85.

⁵⁸⁵*Ibidem*, § 116.

sûr que la Cour aurait abouti au même constat. La distinction est ténue : dans les deux cas, il s'agit, de toute façon, d'examiner la conventionnalité d'une norme nationale. Néanmoins, la différence de méthodologie a son importance car les conséquences que la Cour en tire ne sont pas les mêmes.

C'est en cela que le contrôle du contrôle peut constituer un prolongement du contrôle objectif. Alors que ce dernier se concentrait sur la proportionnalité *substantielle* de la mesure (c'est-à-dire une analyse de fond), le contrôle du contrôle permet de s'intéresser aux modalités d'élaboration de la norme, aux raisonnements même tenus par le Parlement. Il ne se limite d'ailleurs pas à l'organe parlementaire, puisqu'il en va de même pour les autorités administratives et judiciaires.

Dès lors, les quatre prolongements observés pour la procédure dialogique se retrouvent également dans cette extension du contrôle objectif. Premièrement, il va sans dire que le contrôle du contrôle étend l'office de la Cour EDH en lui permettant d'étendre son contrôle de la norme vers les modalités d'élaboration de la norme. Il s'agit d'une intrusion encore plus profonde dans le processus décisionnel national puisqu'elle touche directement à son fonctionnement, et à ses raisonnements. Elle approfondit également la diffusion de la jurisprudence européenne puisqu'elle en vient à nécessiter, de la part des parlementaires, une culture de proportionnalité qui n'était pas, jusqu'à lors dans le cadre du contrôle objectif, explicitement exigée. Deuxièmement, si l'on a pu parler de contrôle abstrait eu égard au contrôle objectif, il va de soi que le contrôle du contrôle approfondi également ces considérations. Le contrôle, portant désormais sur le raisonnement des décideurs, vient se déconnecter d'une certaine manière de l'intérêt du requérant et de l'impact que la mesure a eu sur sa situation. Troisièmement, le contrôle du contrôle prolonge également la dimension préventive du contrôle objectif : en sanctionnant la loi, le contrôle objectif veillait à ce qu'il n'y ait plus de victime de celle-ci ; en sanctionnant le raisonnement du parlementaire, le contrôle du contrôle veille à ce qu'il n'y ait plus de loi sans raisonnement de proportionnalité, et donc plus de victime tout court (dans une conception idéaliste). Enfin, dans la mesure où les contrôles sont abstraits et préventifs, ils détiennent une portée, encore une fois, bien plus large qu'un simple contrôle de proportionnalité. Paradoxalement, si la Cour se détache quelque peu de l'intérêt concret du requérant lors de son examen, elle mobilise une lecture plus systémique des processus décisionnels (soient-ils parlementaires, judiciaires ou administratifs) et maximise l'impact du constat de violation au moyen de sa motivation. En

constatant un défaut de motivation de proportionnalité dans une loi précise⁵⁸⁶, en réalité, elle constate un manquement pour toute loi édictée sans aucune considération de proportionnalité et étend le champ des violations possibles.

L'exercice ciblé et autonome du contrôle du contrôle, couplé à ses prolongements institutionnels et contentieux, permet maintenant de se prononcer sur la valeur d'un tel contrôle à l'aune des nombreuses controverses qu'il suscite (**TITRE 2**).

TITRE 2. – LA VALEUR DU CONTRÔLE DU CONTRÔLE

Le contrôle du contrôle est désormais caractérisé, tant dans ses fondements, ses composantes théoriques, que son application. Nous l'avions énoncé en introduction, bien qu'il serve des motivations louables – le renforcement de la subsidiarité –, le contrôle du contrôle n'échappe pas aux controverses tant doctrinales⁵⁸⁷ qu'internes à l'organe international⁵⁸⁸. En tant que nouvelle modalité du contrôle européen, il doit être confronté à sa fonction première : permettre une appréciation efficace de comportement étatique quant à son respect effectif des droits conventionnels.

D'une part, le contrôle du contrôle fait l'objet d'une efficacité controversée. Entre interrogation de la portée réelle d'un tel contrôle à l'échelle nationale et allégation d'érosion du contrôle de proportionnalité, ce dernier doit encore faire ses preuves pour être totalement légitime au regard de la doctrine et de la majorité des juges européens (**CHAPITRE 1**).

D'autre part, le contrôle du contrôle s'inscrit dans un renouvellement de la théorie du contrôle international en matière de protection internationale des droits de l'homme. A ce titre, il amène à repenser la fonction de contrôle de la Cour EDH (**CHAPITRE 2**).

⁵⁸⁶ Cour EDH, GC, Affaire *Hirst c. Royaume-Uni (N°2)*, 6 octobre 2005, req. n°74025/01, § 79.

⁵⁸⁷ Voir F. SUDRE, *op. cit.*, in F. SUDRE (dir.), *op. cit.*, pp. 244-264 ; S. BESSON, *op. cit.*, pp. 69-76., J. GARCIA ROCA, « Déférence internationale, imprécision de la marge nationale d'appréciation et procédure raisonnable de décision », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, volume n°121, 2020, pp. 97-105.

⁵⁸⁸ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Correia de Matos c. Portugal*, 4 avril 2018, req. n°56402/12, Opinion dissidente du Juge Pinto De Albuquerque à laquelle se rallie le juge Sajó ; Cour EDH, GC, Affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, req. n°48876/08, Opinion dissidente de la Juge Tulkens, à laquelle se rallient les Juges Spielmann et Laffranque, § 6 ; Cour EDH, Affaire *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, 15 mars 2022, req. n°21881/20, Opinion concordante du Juge Krenč à laquelle se rallie le juge Pavli.

CHAPITRE 1. – UNE EFFICACITÉ CONTROVERSÉE

Loin d'être accepté par la doctrine ou d'être unanime au sein des juges européens, le contrôle du contrôle fait l'objet de moult controverses et défiances. A juste titre, l'objectif de cette évaluation critique est nécessaire : sans retour sur ces développements, les conséquences pourraient être significatives pour la protection des droits de l'homme en Europe.

Deux controverses touchent particulièrement le contrôle du contrôle : d'une part, celui-ci ne sensibiliserait, en réalité, pas vraiment les autorités nationales (SECTION 1) ; d'autre part, il aurait induit une érosion décevante du contrôle européen (SECTION 2).

SECTION 1. – UNE EFFICACITÉ CONDITIONNÉE AU VOLONTARISME DES ÉTATS MEMBRES

Aucune mutation du contrôle européen ne saurait se faire sans une évaluation critique de son efficacité au regard de ses prétentions. Dès lors, il est, en effet, nécessaire de questionner l'efficacité du contrôle du contrôle quant à son rapport aux autorités nationales (§ 1). Si les inquiétudes sont légitimes, force est de constater que le contrôle du contrôle soulève les mêmes enjeux que le contrôle de proportionnalité classique : sans volontarisme étatique, la protection des droits de l'homme est illusoire (§ 2).

§ 1. – Le nécessaire questionnement de l'efficacité du contrôle du contrôle à l'échelle nationale

Nous l'avons vu, l'une des spécificités du contrôle du contrôle est d'agir en « princip[al] vecteu[r] de diffusion de la culture de la proportionnalité en Europe »⁵⁸⁹. La conséquence attendue est que les autorités nationales s'emparent de la jurisprudence européenne et l'appliquent *correctement* au sein de leurs propres ordres juridiques. Néanmoins, d'une part, la doctrine souligne qu'il n'y a aucune certitude quant à l'efficacité du contrôle du contrôle eu égard à la sensibilisation des autorités nationales à la jurisprudence européenne. En effet, comme le souligne Patricia Popelier :

« *The question, then, is whether this approach may induce national authorities to favour*

⁵⁸⁹E. DUBOUT (2018), *op. cit.*

an evidence-based legislative policy model. Again, this requires specific empirical investigation. However, given our finding that the adoption of or resistance against such policy model also depends on legal, administrative and political culture, as well as institutional design and constitutional values, we can expect that the Court's impact in this regard is relatively low. By contrast, legal systems that already have an evidence-based legislative policy programme in place benefit from procedural rationality review by the Strasbourg Court »⁵⁹⁰.

Ces considérations, relatives aux relativismes nationaux au sein de l'Europe concernant le niveau de protection des droits de l'homme, font tout droit écho aux propos de Kantantsin Dzehtsiarou concernant l'existence d'une géométrie variable de droits de l'homme en Europe⁵⁹¹. Citant Basak Çali, il souligne que

« alongside States that continue to lend overall support to the Court's authority over the interpretation of the Convention, [...] there are now national compliance audiences that demand co-sharing of the interpretation task with the European Court of Human Rights [...] [and] there are national compliance audiences that flaunt well-established Convention standards, not merely by error, or lack of knowledge of adequate application, but with suspect grounds of intentionality and lack of respect for the overall Convention acquis »⁵⁹².

Dès lors, une première interrogation se pose quant à l'efficacité du contrôle du contrôle : compte-tenu de ces disparités culturelles au sein de l'Europe, il demeure une incertitude quant au succès de son but, à savoir la diffusion de la proportionnalité au sein de celle-ci.

D'autre part, le contrôle du contrôle risquerait, à terme, d'entraîner une stagnation du niveau de protection des droits fondamentaux à l'échelle nationale. Leonie Huijbers et Catherine Van De Heyning soulignent cette tendance qui pourrait se matérialiser. La logique est la suivante : dans la mesure où le contrôle du contrôle tend à se déclencher dès lors que l'organe national suit les standards minimaux tenant à l'État de droit, des inquiétudes se sont élevées quant à la possibilité que les autorités nationales « *freeze or slow down a more swift*

⁵⁹⁰ P. POPELIER, *op. cit.*, in J. GERARD, E. BREMS, *op. cit.*, p. 90.

⁵⁹¹ K. DZEHTSIAROU, « Key Challenges for the Next Era of the European Court of Human Rights », in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *op. cit.*, 214.

⁵⁹² B. ÇALI, « Coping with Crisis: Whither the Variable Geometry in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights », *Wisconsin International Law Journal*, 237, p. 241 in K. DZEHTSIAROU, « Key Challenges for the Next Era of the European Court of Human Rights », in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *op. cit.*, 214.

improvement in human rights protection »⁵⁹³ ou « *[i]n exceptional cases it might even result in downgrading better constitutional protection* »⁵⁹⁴. Les auteurs s'inquiètent ainsi d'un arrêt net, par les autorités nationales, du développement de standards plus favorables que ceux issus de la jurisprudence européenne.

Ces interrogations et inquiétudes sont légitimes et devraient attirer, en effet, l'attention de la Cour EDH dans l'exercice du contrôle du contrôle. Toutefois, il convient de nuancer ces critiques, inquiétudes.

§ 2. – Le nécessaire volontarisme des États membres

En réalité, l'efficacité du contrôle du contrôle, comme celle du contrôle international en général, dépend principalement du volontarisme des États membres.

Concernant les premières inquiétudes tenant à une diffusion incertaine ou à géométrie variable de la proportionnalité à raison du contrôle du contrôle, il faut déplacer l'objet de la critique. En effet, il est indéniable que la diffusion de la proportionnalité en Europe souffre de quelques difficultés dès lors que les États ne sont pas tous aussi volontaires pour les appliquer. Toutefois, deux remarques sont à opposer.

Premièrement, si la protection des droits fondamentaux à géométrie variable doit amener le questionnement de l'efficacité du contrôle du contrôle, en réalité, elle devrait aussi, par honnêteté intellectuelle, interroger l'efficacité du contrôle de proportionnalité classique (qui est une question tout à fait pertinente qu'il ne convient pas d'examiner dans le cadre délimité de cette étude), voire celle du contrôle international en général. Certes, les modalités de contrôle peuvent influencer le comportement étatique quant à son engagement à respecter ses obligations conventionnelles ; mais la critique d'une inefficacité ciblée du contrôle du contrôle en raison de sa prétendue incapacité à engager les États moins volontaires à respecter leurs obligations (et, *in fine*, à adopter le raisonnement de proportionnalité) semble évincer des facteurs plus structurels et géopolitiques tenant à l'explication même de leur manque d'engagement.

⁵⁹³ C. VAN DE HEYNING, « Constitutional Courts as Guardian of Fundamental Rights: The Constitutionalisation of the Convention through Domestic Constitutional Adjudication » in P. POPELIER, A. MAZMANYAN, W. VANDENBRUWAENE (dir.), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Cambridge, Édition *Intersentia*, 2013, p. 35 ; L. HUIJBERS (2021), *op. cit.*, p. 281.

⁵⁹⁴ *Ibidem*.

Deuxièmement, le contrôle du contrôle encourage et exhorte les autorités nationales à exercer, par eux même, le raisonnement de proportionnalité au sein de leurs processus décisionnels. Rappelons-le, toutefois, le fondement principal du contrôle du contrôle reste le conditionnement de la mise en œuvre de la subsidiarité au respect de l'État de droit. En réalité, le point de vue devrait être inversé. Comme le soulignent Andreas Føllesdal, Birgit Peters and Geir Ulfstein, alors que la Cour est confrontée à des situations judiciaires, administratives et parlementaires très différentes en Europe – en raison justement, d'une protection par les autorités nationales à géométrie variable –, « *the ECtHR needs to engage in a daily balancing act of providing a firm answer to serious and systematic human rights violations, as well as a more deferential approach to those states which undertake a comprehensive examination of human rights complaints* »⁵⁹⁵. C'est justement dans une logique d'adaptation aux différents niveaux de protection des droits fondamentaux en Europe que le contrôle du contrôle semble avoir été développé. Le contrôle du contrôle se caractérise, dans sa matérialisation dite « positive »⁵⁹⁶, par l'octroi d'un certain degré de déférence en faveur de l'État membre à condition que ce dernier se conforme à ses obligations et aux standards procéduraux en cause dans l'affaire. En cela, seuls les États se conformant effectivement à l'exigence du raisonnement de proportionnalité se verront octroyer le degré de déférence impliqué par un tel contrôle. Cela n'implique pas pour autant que le contrôle du contrôle s'appliquera strictement aux États considérés comme de « bons élèves » par la Cour EDH. En effet, la Cour n'hésite pas à appliquer cette nouvelle modalité de contrôle pour soulever les dysfonctionnements parlementaires, judiciaires ou administratifs dans des espèces où le contrôle du contrôle sera « négatif »⁵⁹⁷. Enfin, en réalité, la doctrine a déjà décelé les effets positifs du contrôle du contrôle dans certains États. Par exemple, Florence Merloz dénote que :

« [f]orce est de constater que les condamnations prononcées à l'encontre de la France pour violation du droit à la liberté d'expression ont diminué au cours des dernières années. C'est qu'en effet la jurisprudence et les méthodes de la Cour européenne sont désormais mieux intégrées par le juge français, et en particulier par la Cour de cassation »⁵⁹⁸.

Cette appropriation de la méthodologie européenne s'est notamment matérialisée dans la

⁵⁹⁵ A. FØLLESDAL, B. PETERS, G. ULFSTEIN, « Conclusions », in A. FØLLESDAL, B. PETERS, G. ULFSTEIN (dir.), *Constituting Europe*, Cambridge, Édition Cambridge University Press, 2013, p. 393.

⁵⁹⁶ J. GERARDS, *op. cit.*, in J. GERARDS, E. BREMS (dir.), *op. cit.*, p. 141.

⁵⁹⁷ *Ibidem*, p. 146.

⁵⁹⁸ F. MERLOZ, *op. cit.*, in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *op. cit.*, p. 494.

création d'un « Mémento sur le contrôle de conventionnalité au regard de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales » en 2018 et par la prise d'acte de l'appropriation française par la Cour EDH dans certaines affaires :

« la cour d'appel de Nîmes qui prononça la condamnation du requérant a veillé à apprécier sa culpabilité en se fondant sur les critères d'appréciation définis par la jurisprudence de la Cour, au regard des exigences du paragraphe 2 de l'article 10 de la Convention et ce, après avoir procédé à une mise en balance des différents intérêts en présence. La Cour de cassation, statuant notamment à la lumière de l'avis de l'avocat général qui intégra également ces critères d'appréciation, a quant à elle avalisé celle-ci. Or, la Cour ne voit en l'espèce aucun motif sérieux de substituer son appréciation à celle des instances nationales »⁵⁹⁹.

Le constat est le même pour la Belgique, par exemple, qui avait repris le standard posé dans *Hatton c. Royaume-Uni* dans une affaire de vols de nuit⁶⁰⁰.

Concernant le risque de stagnation des droits fondamentaux, l'inquiétude se défend, mais tend à ne pas se matérialiser dans la pratique. Encore une fois, il est correct que l'on remarque une meilleure diffusion du contrôle de proportionnalité et une meilleure protection des droits fondamentaux dans les États plus favorables à ce qu'une telle culture s'y installe. C'était notamment le cas de la France que la Cour avait particulièrement félicitée dans le cadre des affaires *Harroudj c. France* ou encore *Vincent Lambert*. Ces deux affaires faisaient montre d'une meilleure maîtrise de la proportionnalité, telle qu'exigée par la Cour EDH, mais également d'une attention à dépasser le cadre procédural posé par la loi afin d'aboutir à une décision on ne peut plus consciencieuse en raison de son caractère sensible. La France n'est évidemment pas isolée : le contentieux britannique a été l'occasion de voir des améliorations de la pratique de la proportionnalité⁶⁰¹, l'on a pu constater une appropriation des critères prétoriens au Danemark⁶⁰², en Allemagne⁶⁰³, en Suisse⁶⁰⁴ ou encore en Norvège⁶⁰⁵.

De même, des arrêts constatant des non-violations au titre du contrôle ne sont pas nécessairement synonymes d'une stagnation de la protection minimale des droits

⁵⁹⁹ Cour EDH, Affaire *Z. B. c. France*, 2 septembre 2021, req. n°46883/15, § 65.

⁶⁰⁰ Cour constitutionnelle belge, affaire du 30 avril 2003, arrêt n°51/2003, § B.4.5.

⁶⁰¹ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003, req. n°36022/97 et Cour EDH, GC, Affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, req. n°48876/08.

⁶⁰² Voir Cour EDH, Affaire *Avci c. Danemark*, 30 novembre 2021, req. n°40240/19, § 38.

⁶⁰³ Voir Cour EDH, Affaire *Von Hannover c. Allemagne (N° 3)*, 19 septembre 2013, req. n°8772/10.

⁶⁰⁴ Voir Cour EDH, GC, Affaire *Bédât c. Suisse*, 29 mars 2016, req. n°56925/08.

⁶⁰⁵ Voir Cour EDH, Affaire *Lillo-Stenberg et Sæther c. Norvège*, 16 janvier 2014, req. n°13258/09.

fondamentaux. L'affaire *A. B. et C. c. Irlande* de 2010 avait notamment pu être accueillie avec déception dans la mesure où il concernait le débat épineux de l'interdiction absolue de l'avortement et qu'il avait vu la Cour EDH affirmer l'absence de violation dès lors que les femmes irlandaises « peuvent sans enfreindre la loi aller se faire avorter à l'étranger et obtenir à cet égard des informations et des soins médicaux adéquats en Irlande »⁶⁰⁶. Pourtant, trois ans après le constat de non-violation, l'Irlande a assoupli son régime tenant à l'interdiction absolue de l'avortement, introduisant trois hypothèses d'exceptions⁶⁰⁷ (le risque d'atteinte à la vie de la femme causé par une maladie physique ; en cas d'urgence absolue ; et le risque d'atteinte à la vie de la femme causé par la menace de suicide). Cela fait montre d'une ouverture de certains États à l'évaluation évolutive des standards en matière de droits fondamentaux, conformément à leurs obligations conventionnelles. Mais surtout, cela montre que l'argument de la stagnation des droits fondamentaux ne tient pas véritablement.

Les inquiétudes, concernant directement l'impact sur les autorités nationales, sont valables en tout état de cause. Toutefois, il semble que le contrôle du contrôle ne soit pas à même de contrecarrer les tendances en ce qui concerne les volontarismes étatiques et leurs absences. En tout état de cause, à l'aune du contentieux international des droits de l'homme classique, l'efficacité d'une telle modalité de contrôle dépend nécessairement du volontarisme des États. C'est là le propre et la logique même de la subsidiarité : si les États sont les premiers responsables de la protection des droits fondamentaux, en réalité, le niveau de protection dépend principalement de leur engagement à se conformer à leurs obligations conventionnelles.

SECTION 2. – UNE EFFICACITÉ CONDITIONNÉE A LA COMPLÉMENTARITÉ DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ SUBSTANTIEL

Si le contrôle du contrôle fait controverse dans son efficacité à l'échelle nationale, c'est la question de l'office qui fait l'objet des débats les plus houleux. A ce titre, la doctrine et les juges ont pu dénoncer le recul de la protection des droits fondamentaux par la Cour EDH (§ 1). Bien que critiquable, il ne faut pas exagérer les méfaits de cette nouvelle modalité de contrôle qui peut faire montre d'une plus grande adaptabilité de la Cour EDH si elle est appliquée correctement (§ 2).

⁶⁰⁶Cour EDH, GC, Affaire *A. B. et C. c. Irlande*, 16 décembre 2010, req. n°25579/05, § 241.

⁶⁰⁷Irlande, *Protection of Life During Pregnancy Act*, Loi n°35, projet n°66, 2013.

§ 1. – Le constat d’un recul de la protection des droits fondamentaux par la Cour

Le principe d’effectivité est un des autres principes irriguant l’interprétation de la Convention et, *in fine*, le contrôle européen. Consacré explicitement dans l’affaire *Airey c. Irlande*, « [l]a Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »⁶⁰⁸. Le principe d’effectivité renvoie, selon Véronique Champeil-Desplats, « à la question générale du passage du devoir être à l’être ou, en d’autres termes, de l’énoncé de la norme juridique à sa concrétisation ou à sa mise en œuvre dans le monde »⁶⁰⁹. Contrairement aux principes de subsidiarité et d’État de droit, ce principe est d’origine exclusivement prétorienne et n’a pas accédé au rang de notion conventionnelle.

Selon le Professeur Sudre, c’est cette exigence d’effectivité qui a conduit la Cour sur « la voie d’une interprétation “dynamique” de la Convention, afin de donner tout son effet utile aux dispositions normatives de la Convention »⁶¹⁰. Dès lors, le lien entre le contrôle du contrôle et un recul du principe d’effectivité se dessine. En effet, nombreuse est la doctrine⁶¹¹ qui dénonce que l’application du contrôle du contrôle a abouti à un recul, une érosion, voire à une démission de la Cour EDH dans l’exercice de son contrôle de proportionnalité. Il a, par ailleurs, été question d’une concurrence entre les trois principes susmentionnés aboutissant, *in fine*, à un affaiblissement de la protection des droits fondamentaux.

Dans son étude de l’érosion du contrôle de proportionnalité de la Cour EDH, Frédéric Sudre prend principalement des exemples tirés des affaires tenant à des questions sensibles. Nous l’avons vu, dans la mesure où ces affaires impliquent des MNA normative amples – notamment en vertu de l’application fréquente de la méthode consensuelle –, elles constituent une sous-catégorie des affaires constituant le domaine du contrôle du contrôle. Elles sont toutefois particulièrement intéressantes dans la mesure où elles suscitent des difficultés axiologiques au sens d’Édouard Dubout et donc des attentes hautes de la juridiction européenne. Le premier exemple que le Professeur Sudre choisit est l’arrêt *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce* de 2012 dans laquelle la Cour considère que l’absence de mise en œuvre pratique du droit de vote des nationaux résidant à l’étranger n’a pas emporté violation de l’article 3 du Premier Protocole additionnel. L’analyse du Professeur se situe

⁶⁰⁸ Cour EDH, Affaire *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, § 24.

⁶⁰⁹ V. CHAMPEIL-DESPLATS, « Effectivité et droits de l’Homme : approche théorique » in V. CHAMPEIL-DESPLATS, D. LOCHAK (dir.), *À la recherche de l’effectivité des droits de l’Homme*, Paris, Édition Presses Universitaires de Paris 10, 2008, p.14.

⁶¹⁰ F. SUDRE, *op. cit.*, in F. SUDRE (dir.), *op. cit.*, p. 241.

⁶¹¹ Voir supra n°585.

principalement sur la mise en œuvre de la méthode consensuelle – dont nous avons vu constitue une technique d'évaluation de l'amplitude de la MNA normative – pour conclure à « [l'abdi[cation] [du] contrôle »⁶¹² de la Cour. Or, dès lors que nous nous attardons vraiment sur les raisonnements tenant à la MNA systémique, il faut relever que l'absence de mise en œuvre pratique se justifie par des particularités constitutionnelles nationales : « la Constitution permet au législateur de mettre en œuvre l'exercice du droit de vote des Grecs expatriés depuis leur lieu de résidence, il ne l'y oblige pas pour autant »⁶¹³. En outre, la Cour EDH relève que les autorités grecques ont tenté à plusieurs reprises de mettre en œuvre ces dispositions⁶¹⁴ au travers de procédures alternatives tel le vote par correspondance. Elle ne fait pas de commentaires particuliers sur la qualité de la procédure ; toutefois, l'on devine que l'absence d'obligation constitutionnelle et les tentatives raisonnables de mettre en œuvre ce droit n'ont pas excédé la MNA systémique dont la Grèce bénéficiait. Dès lors, il n'est pas raisonnable de parler d'abdication du contrôle européen : l'existence d'un droit du national résidant à l'étranger de voter est évaluée à l'aune des pratiques européennes et des instruments internationaux ; la Cour EDH a procédé à un examen des dispositions constitutionnelles litigieuses et des tentatives exercées par le gouvernement grec avant d'aboutir à une appréciation positive du comportement étatique. Certes, l'appréciation semble souple, mais là est le propre des affaires aux enjeux sensibles où la MNA normative amène la Cour EDH à se montrer flexible à condition que l'État se conforme à l'État de droit. La sensibilité de ce type d'affaire peut justifier une approche prudente : certains États conditionnent le droit de vote à une définition précise de la qualité de citoyen, pouvant exclure les nationaux ne résidant pas sur leur territoire métropolitain⁶¹⁵, ce que rappelle notamment l'intervention de la Ligue hellénique des droits de l'homme en l'espèce (§§ 60-62). Prononcer une violation dans ce type d'affaire pourrait être interprété comme une directive déplacée de la Cour EDH quant au choix d'un système électoral ou constitutionnel précis. En outre, si le professeur Sudre attribue l'érosion du contrôle européen à sa tendance procédurale, les mêmes considérations ont été tenues par le CCPR dix ans plus tard dans l'affaire *Dorin Seremet et autres c. République de Moldavie*⁶¹⁶, montrant ainsi que les enjeux tenant à cet exercice du droit de vote ne sont pas sans difficultés ni sans considérations pour

⁶¹²F. SUDRE, *op. cit.*, in F. SUDRE (dir.), *op. cit.*, p. 259.

⁶¹³Cour EDH, GC, Affaire *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce*, 15 mars 2012, req. n°42202/07, § 76.

⁶¹⁴*Ibidem*, § 77.

⁶¹⁵Voir par exemple, le cas de la France qui avait fait l'objet d'un contentieux devant le CCPR : CCPR, *Mlle Marie-Hélène Gillot et al. c. France*, 2002, com. n°932/2000, CCPR/C/75/D/932/2000, § 10.5.

⁶¹⁶CCPR, Affaire *Dorin Seremet et autres c. République de Moldavie*, 21 octobre 2021, com. n°3278/2018, UN doc. CCPR/C/133/D/3278/2018.

la souveraineté des États⁶¹⁷.

Cela ne signifie pas pour autant que l'application du contrôle du contrôle soit dépourvue d'échecs. Il est possible de décompter des échecs tenant au déclenchement principal du contrôle du contrôle ; et tenant à son application.

Concernant son déclenchement principal, l'affaire *Kalda c. Estonie (N°2)* a interrogé la doctrine sur la portée du principe d'État de droit. En effet, cette affaire, concernant une interdiction générale et absolue du droit de vote des détenus, trouve son originalité dans le fait que les autorités judiciaires ont exercé un contrôle de proportionnalité *contra legem*. Dans son examen de la proportionnalité, la Cour EDH souligne que la législation estonienne interdit le droit de vote de tout détenu sans distinction aucune et sans prévoir de déport de la proportionnalité sur d'autres autorités internes⁶¹⁸. Pourtant, les autorités judiciaires internes ont pris la liberté d'exercer un contrôle de proportionnalité prenant en compte « *the number, nature and gravity of the offenses he had committed, [...] his continued criminal behaviour while in prison, as well as the fact that, as a result, he had been sentenced to life imprisonment* »⁶¹⁹. Alors que la démarche pourrait être considérée comme louable de prime abord, comme le souligne le juge dissident Serghides,

*« the domestic judiciary arbitrarily applied the relevant law in disregard of the rule of law, but, worse still, it entered into the sphere of power of the legislative authority without observing the principle of the separation of powers, and, consequently, also disregarding the principle of the rule of law of which the former principle is an aspect »*⁶²⁰.

L'erreur de la Cour, dans cette espèce, a été de déclencher le contrôle du contrôle sans vérifier que l'Estonie remplisse l'intégralité des garanties tenant à l'État de droit, à savoir principalement la séparation des pouvoirs. Même si la démarche des autorités internes est louable, il n'est pas possible d'octroyer une déférence totale à des autorités qui agissent au mépris de la séparation des pouvoirs. Pour le juge dissident, l'enjeu se situait précisément dans cette question qui aurait dû amener la majorité à constater une violation de l'article 3 du Premier protocole additionnel.

⁶¹⁷Pour rappel, bien que la Cour EDH ait compétence pour se prononcer sur les violations du droit aux élections libres (article 3 du Premier Protocole additionnel), cette garantie conventionnelle n'implique pas la compétence de celle-ci pour prendre position sur un système politique ou électoral comme un autre dans la mesure où ce choix relève de la compétence exclusive de l'État (Cour EDH, Affaire *Grosaru c. Roumanie*, 2 mars 2010, req. n°78039/01, § 44).

⁶¹⁸Cour EDH, Affaire *Kalda c. Estonie (N°2)*, 6 décembre 2022, req. n°14581/20, §§ 42 et 45.

⁶¹⁹*Ibidem*, § 51.

⁶²⁰*Ibidem*, Opinion dissidente du Juge Serghides, § 16.

Concernant son application, les arrêts tenant aux interdictions du port du voile restent une illustration portant particulièrement à débat. En l'occurrence, si l'affaire *Belcacemi et Oussar c. Belgique* a fait l'objet d'un contrôle du contrôle, nous pourrions soulever un manque de rigueur quant à son application. Concernant l'interdiction du port du voile dans l'espace public, la Cour EDH ne contrôle pas vraiment la présence d'un raisonnement de proportionnalité de qualité concernant la mesure visant à conserver les « modalités de communication sociale et plus généralement l'établissement de rapports humains indispensables à la vie en société »⁶²¹. Elle se contente de souligner que « le processus décisionnel ayant débouché sur l'interdiction en cause a duré plusieurs années et a été marqué par un large débat au sein de la Chambre des représentants ainsi que par un examen circonstancié et complet de l'ensemble des intérêts en jeu par la Cour constitutionnelle »⁶²². Si tel est véritablement le cas, faut-il en déduire que la Cour EDH a été convaincue qu'une peine d'emprisonnement au titre d'un port du voile récidivé peut s'avérer nécessaire dans une société démocratique ? Cela peut paraître exagéré.

De même, l'affaire *Animal Defenders International*, parfaite illustration de la pratique du contrôle du contrôle, n'est pas exempte de critique. Bien que le processus décisionnel ait été d'une rigueur particulièrement haute, ne pourrait-on pas arguer qu'une interdiction absolue et générale de la publicité politique interprétée aussi strictement porte finalement atteinte à la liberté d'expression de l'organisation non-gouvernementale ? Alors même qu'il existait des hypothèses d'assouplissements, la Cour les rejette, adoptant l'argumentaire du Gouvernement, soulignant que :

« distinguer au cas par cas les différents annonceurs et les différents messages ne constitue pas un moyen efficace de parvenir à l'objectif légitime visé. Elle considère en particulier que, compte tenu de la complexité du cadre réglementaire, cette forme de contrôle pourrait être source d'incertitude, de litiges, de dépenses et de retards et déboucher sur des allégations de discrimination et d'arbitraire, toutes raisons qui peuvent justifier l'adoption d'une mesure générale »⁶²³.

Cette prise de position paraît d'autant plus étrange que la nécessité de proportionnalité d'une interdiction générale et absolue via l'obligation d'intervention d'un organe de contrôle a pu

⁶²¹ Cour EDH, Affaire *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, 11 juillet 2017, req. n°37798/13, § 53.

⁶²² *Ibidem*, § 54.

⁶²³ Cour EDH, GC, Affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, req. n°48876/08, § 122.

être déterminante dans l'affaire *Scoppola c. Italie (N°3)*⁶²⁴. Certes, les enjeux tenant au droit de vote et au profil des personnes détenues sont différents, toutefois elles impliquent également un traitement au cas par cas pouvant être source d'incertitude, de litiges, de dépenses, de retards et d'allégations de discrimination et d'arbitraire. En reprenant les propos de la juge Tulkens, le contrôle du contrôle ne doit pas se limiter à la recherche du raisonnement, mais aussi à sa qualité qui peut être évalué par sa mise en pratique :

« Cela étant, il ressort aussi de la jurisprudence de la Cour que la manière dont une mesure générale a été appliquée aux faits d'une cause donnée permet de se rendre compte de ses répercussions pratiques et est donc pertinente pour l'appréciation de sa proportionnalité, de sorte qu'elle demeure un facteur important à prendre en compte »⁶²⁵.

Comme le soulignent les juges eux-mêmes, il ne faut pas que le contrôle du contrôle aboutisse à « formalisme de façade injustifié »⁶²⁶. Le contrôle du contrôle n'est pas une modalité de contrôle strictement procédurale : il implique que la Cour évalue la pertinence des arguments avancés par les autorités nationales pour déboucher à un octroi de déférence totale. Dès lors, un examen substantiel minimum est une étape obligatoire de celui-ci.

§ 2. – Le constat d'une protection conditionnée des droits fondamentaux par la Cour

Il faut nuancer les constats aboutissant à une prétendue abdication du contrôle de la Cour EDH. La difficulté des affaires et l'état embryonnaire du contrôle du contrôle dont la maîtrise n'est pas encore aboutie ne sont pas signe d'un abandon de l'office de la Cour EDH. Au contraire, nous l'avons vu précédemment, le contrôle du contrôle a vu son prolongement institutionnel au travers de la procédure dialogique, et a lui-même prolongé le développement d'un contrôle objectif, déjà conçu comme stigmatisant⁶²⁷ par la doctrine. La question devrait plutôt se déporter sur la bonne application de cette nouvelle modalité de contrôle.

L'efficacité du contrôle du contrôle reste conditionnée tant à l'échelle des autorités nationales (via leur volontarisme) qu'à l'échelle de la Cour EDH. Alors que certains auteurs, tels

⁶²⁴Cour EDH, GC, Affaire *Scoppola c. Italie (N°3)*, 22 mai 2012, req. n°126/05, § 99.

⁶²⁵Cour EDH, GC, Affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, req. n°48876/08, Opinion dissidente de la Juge Tulkens, à laquelle se rallient les Juges Spielmann et Laffranque, § 6.

⁶²⁶Cour EDH, GC, Affaire *Correia de Matos c. Portugal*, 4 avril 2018, req. n°56402/12, Opinion dissidente du Juge Pinto De Albuquerque à laquelle se rallie le juge Sajó, § 42.

⁶²⁷M. AFROUKH, *op. cit.*, pp. 1361-1362.

Edouard Dubout⁶²⁸ ou encore Frédéric Sudre⁶²⁹, conçoivent le contrôle du contrôle comme un abandon du contrôle substantiel ou encore de l'interprétation dynamique, la pratique jurisprudentielle et la systématisation du contrôle du contrôle tendent à démontrer que tel n'est pas le cas.

Premièrement, concernant un prétendu abandon du contrôle substantiel, ce dernier n'est théoriquement pas possible et les exemples de bonne pratique tendent à démontrer l'inverse. En effet, comme nous l'avons démontré, le contrôle du contrôle ne se satisfait, théoriquement, pas de la simple présence d'un raisonnement de proportionnalité : il implique un raisonnement de qualité. La définition de la qualité d'un raisonnement implique, *ipso facto*, un raisonnement substantiel minimal. La Cour EDH ne peut observer de manière formelle un raisonnement de proportionnalité, la vérification que celui-ci existe implique d'évaluer la méthodologie mobilisée *et* le résultat auquel aboutissent les autorités nationales. Cela s'était vérifié dans l'affaire *Lindheim c. Norvège*⁶³⁰ dans laquelle elle souligne quels intérêts auraient dû être pris en compte par le Parlement, et quelle ligne jurisprudentielle aurait dû être suivie par les autorités judiciaires. Alors que l'affaire se caractérise par un contrôle du contrôle, il est cernable que la Cour EDH maintient son monopole interprétatif et ne laisse pas les autorités nationales adopter n'importe quelle solution interprétative aveuglément devant une procédure *a priori* de qualité dans son versant formel. Suivant la logique établie par Dean Spielmann, le contrôle du contrôle ne saurait bénéficier d'une

« approche mécanique »⁶³¹. Il serait, éventuellement, plus raisonnable d'appeler la Cour EDH à redoubler d'efforts de systématisation et de rigueur quant au recours à cette méthodologie.

Deuxièmement, concernant un prétendu abandon de l'interprétation dynamique, ces inquiétudes ne se vérifient pas encore. La jurisprudence de 2022 a notamment été l'occasion de voir que la Cour EDH interprète encore de manière suffisamment dynamique la Convention EDH. Par exemple, l'affaire *M. K. et autres c. France* a vu le déplacement de la problématique du droit à l'hébergement des demandeurs d'asile du terrain de l'article 3 vers l'article 6. L'affaire concernait le refus des autorités administratives françaises d'exécuter une ordonnance de référé enjoignant les services préfectoraux d'héberger en urgence les requérants, demandeurs d'asile, et leurs enfants. Alors que, comme nous l'avions souligné

⁶²⁸E. DUBOUT, « La procéduralisation des droits », in F. SUDRE (2014), *op. cit.*, p. 277.

⁶²⁹F. SUDRE, *op. cit.*, in F. SUDRE (dir.), *op. cit.*, p. 259.

⁶³⁰Cour EDH, Affaire *Lindheim c. Norvège*, 12 juin 2012, req. n°13221/08 et al., §§ 125-135.

⁶³¹D. SPIELMANN, P. VOYATZIS, *op. cit.*, in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *op. cit.*, p. 687.

précédemment⁶³², le champ d'application de l'article 6 excluait de jurisprudence constante le contentieux tenant au droit des étrangers et de l'asile, la Cour EDH admet l'applicabilité de l'article 6 en l'espèce. Pour cause, par une lecture audacieuse, elle fait primer l'objet du litige – à savoir le droit à un hébergement d'urgence – au statut du requérant. Cela lui permet de caractériser la présence d'un droit sous le volet civil de l'article 6.

Finalement, l'efficacité du contrôle du contrôle se mesure tant au volontarisme des États-membres qu'à la capacité de la Cour EDH à mener une application correcte et rigoureuse de cette nouvelle modalité de contrôle. Les critiques, trop rapides, sur le principe même du contrôle du contrôle doivent garder en tête que l'état embryonnaire de la méthodologie appelle encore à une période d'adaptation, de maîtrise et de développement systématique. Ce n'est pas parce qu'il est, parfois, mal appliqué, que le contrôle du contrôle est à abandonner. Comme le soulignent les juges eux-mêmes, « *[p]rocedural review must continue to complement substantive review* »⁶³³.

En effet, utile dans plusieurs hypothèses et vivifiant les principes d'État de droit et de subsidiarité, le contrôle du contrôle permet d'envisager un changement de paradigme de la protection internationale des droits fondamentaux (**CHAPITRE 2**).

CHAPITRE 2. – DES FONCTIONS RENOUVELÉES

Le Professeur Charpentier déclarait, qu'« [é]tudier le contrôle international revient [...] à rechercher les fonctions que cette institution est susceptible de remplir dans la vie internationale »⁶³⁴. Au fil de cette étude, nous l'avons vu, la Cour EDH a entamé un processus de mutation de son raisonnement de proportionnalité passant par l'intégration de considérations qualifiées de procédurales (bien qu'elles impliquent encore un contrôle substantiel minimal). Ces mutations répondent à des fonctions qu'il convient d'identifier dans le cadre de ce dernier chapitre.

En optant pour le contrôle du contrôle, la Cour veille classiquement à l'application et à l'intégration du droit de la Convention EDH au sein des ordres juridiques nationaux (**SECTION 1**).

⁶³²Voir supra n°263. . .

⁶³³ Cour EDH, Affaire *Şirin Yilmaz c. Turquie*, 29 juillet 2004, req. n°35875/97, Opinion partiellement dissidente de la Juge Tulkens, § 5.

⁶³⁴J. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 151.

Néanmoins, elle s'inscrit en marge et en renouveau en ce sens que son contrôle-contentieux tend à l'hybridation au moyen d'une conception coopérative de son office (SECTION 2).

SECTION 1. – LES FONCTIONS D'APPLICATION ET D'INTÉGRATION DU DROIT DE LA CONVENTION

Définies comme les deux fonctions classiques du contrôle international, ce dernier a particulièrement vocation à veiller à l'application du droit international (§ 1) et à son intégration au sein de l'ordre juridique interne (§ 2). Ces deux fonctions se retrouvent dans le cadre du contrôle européen et se spécifient au travers du contrôle du contrôle.

§ 1. – La fonction d'application du droit de la Convention

Définie comme « la fonction initiale »⁶³⁵, l'application du droit international (ici, européen des droits de l'homme) vise l'hypothèse dans laquelle le contrôle est « tourné vers une norme passée dont il s'agit d'assurer le respect, encore que, en la concrétisant, il l'enrichisse et contribue en même temps à favoriser le développement du droit [européen des droits de l'homme] »⁶³⁶. S'il y a bien une fonction du contrôle du contrôle sur laquelle la doctrine tend à s'accorder, c'est celle de l'application du droit européen des droits de l'homme. Comme le résume Laurence Burgorgue-Larsen, la Cour EDH serait entrée « dans une seconde phase qui consiste à s'assurer de la bonne application de la jurisprudence »⁶³⁷.

L'application de la Convention EDH, pour rappel, est irriguée par le principe d'effectivité : « [l]a Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs »⁶³⁸. L'effectivité est la logique même de l'application. Il ne suffit pas pour les États de ratifier la Convention EDH et d'intégrer formellement des droits conventionnels au sein de leur ordre juridique pour se conformer à leurs obligations. L'application sous-tend la réalisation et la mise en œuvre effective de ces droits. Si le contrôle dit substantiel appelle nécessairement à la recherche de l'application par l'État défendeur, le contrôle du contrôle maintient cette fonction en différant dans ses modalités.

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 226.

⁶³⁶ *Ibidem*.

⁶³⁷ L. BURGORGUE-LARSEN (2020), *op. cit.*, p. 272-273.

⁶³⁸ Cour EDH, Affaire *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, req. n°6289/73, § 24.

Le contrôle du contrôle cherche l'application concrète, tant dans la méthodologie que dans l'aboutissement, des standards européens par les autorités nationales. Comme le souligne Mattias Guyomar, l'on ne peut accentuer suffisamment la nécessité, pour celles-ci, « d'assurer la traçabilité de la solution adoptée »⁶³⁹ au moyen d'une motivation circonstanciée. Cette exigence se déploie tant pour les organes parlementaires, judiciaires qu'administratifs. La Cour EDH n'hésite, par ailleurs, pas à soulever l'insuffisance d'une motivation dans le cadre de son contrôle du contrôle si celle-ci ne lui permet pas de saisir si l'autorité nationale a réalisé une bonne application :

« la Cour rappelle l'importance, dans une affaire comme celle-ci, du raisonnement des juridictions nationales. Elle note que devant la Cour de cassation, le requérant a introduit un mémoire ampliatif et argué d'une violation de l'article 10 de la Convention. Or, en dépit de la contribution qu'apporte en l'espèce l'avis de l'avocat général à la compréhension de la solution, une motivation plus développée de la décision aurait permis de mieux appréhender et comprendre le raisonnement tenu par la Cour de cassation en ce qui concerne le moyen tiré de l'article 10 de la Convention »⁶⁴⁰.

Le renforcement de ces exigences, tout droit tiré de la procéduralisation des droits substantiels et de la tendance procédurale qu'a pris le contrôle européen, permet, par cercle vertueux, de renforcer tant les exigences tenant à l'application de la Convention EDH que de s'assurer de l'effectivité des droits en cause.

Le contrôle du contrôle appelle également à une application plus rigoureuse du principe de subsidiarité. Sans revenir sur les fondements de la notion conventionnelle, il faut rappeler que le principe de subsidiarité s'adresse tant aux autorités nationales qu'à la Cour EDH. Dès lors, en optant pour un contrôle du contrôle, la Cour EDH « replace le juge national au centre du système conventionnel »⁶⁴¹ conformément à ce principe, dans une application conditionnée et rationnelle de celui-ci. Il ne s'agit pas d'abdiquer de son contrôle – cela reviendrait à ne plus appliquer les dispositions de l'article 32 et à annihiler le rôle que la Cour joue. Au contraire, il s'agit d'appliquer précisément l'article 32 : « la compétence de la Cour s'étend à toutes les questions concernant l'interprétation *et l'application* »⁶⁴² (accentuation de l'autrice). L'intérêt nouveau pour l'application de la Convention EDH ne signifie pas pour autant un abandon de la fonction de développement des droits : en réalité, cette fonction est toujours exercée,

⁶³⁹M. GUYOMAR, *op. cit.*, p. 18.

⁶⁴⁰Cour EDH, Affaire *Z. B. c. France*, 2 septembre 2021, req. n°46883/15, § 66.

⁶⁴¹N. LE BONNIEC, *op. cit.*, p. 448.

⁶⁴²Convention EDH, 1950, article 32.

seulement différemment. Dans son office tenant au contrôle du contrôle, la Cour EDH développe la notion d'application en se plaçant sur le terrain méthodologique et procédural. L'adjonction d'obligations procédurales via la procéduralisation des droits, la création de raisonnements-types au moyen de critères prétoriens ou encore le prolongement institutionnel via la procédure dialogique font montre d'une volonté de développer la notion d'application afin d'en assurer l'effectivité au rang national.

Cette approche de la fonction d'application du contrôle international doit être combinée à l'approche face à la fonction d'intégration.

§ 2. – La fonction d'intégration du droit de la Convention

La seconde fonction du contrôle du contrôle, à l'instar du contrôle international, est une fonction d'intégration du droit de la Convention EDH au sein de l'ordre juridique interne. Cette intégration, pour le Professeur Charpentier, se manifeste par l'exigence que « les États [rendent] compte de la façon dont ils mettent en œuvre [le droit de la Convention EDH] »⁶⁴³.

Durant toute la phase de « *substantive embedding* »⁶⁴⁴, le contrôle européen a eu pour objectif d'intégrer le droit de la Convention EDH, ses notions et principes, au sein des ordres juridiques nationaux. Robert Spano expliquait que « *[a]s the Convention lacks “direct embeddedness”, not occupying a formal place in the judicial hierarchies of the Member States, the States were strongly encouraged to incorporate the Convention directly into their national laws* »⁶⁴⁵. Cela constitue une première phase d'intégration formelle, à laquelle s'est ajoutée une phase d'intégration plus substantive durant laquelle la Cour EDH a continuellement développé le corpus normatif de la Convention EDH.

Néanmoins, via son contrôle, la Cour EDH a pu « détecter les difficultés, parfois sérieuses, qui expliquent [les] défaillance[s] ou [le] retard »⁶⁴⁶ des États dans l'application de la Convention EDH. En ce sens, le contrôle du contrôle, dans sa portée pédagogique, a permis l'intégration des raisonnements et des obligations procédurales tenant à l'application. De même, le prolongement institutionnel, par la procédure dialogique, permet encore aux autorités nationales de s'emparer de la Convention EDH et de la jurisprudence européenne

⁶⁴³C. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 227.

⁶⁴⁴R. SPANO (2018), *op. cit.*, p. 475.

⁶⁴⁵*Ibidem*, p. 476.

⁶⁴⁶C. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 227.

pour mieux exercer son office et sa responsabilité primaire dans la protection des droits fondamentaux.

Le contrôle du contrôle implique ainsi une meilleure intégration de la Convention EDH au sein des ordres juridiques nationaux. Celle-ci n'est pas sans conséquence pour l'ordre juridique européen. En optant pour un contrôle du contrôle, la Cour EDH est amenée à faire preuve d'une flexibilité interprétative beaucoup plus élevée qu'auparavant. En effet, le conditionnement de la mise en œuvre de la subsidiarité au respect de l'État de droit – passant notamment par la conformité des raisonnements adoptés – doit octroyer, en contrepartie, une déférence plus importante aux autorités nationales et tolérer l'existence de plusieurs solutions interprétatives. Cette conséquence avait été soulevée par Dean Spielmann comme constituant une problématique tenant « à la lisibilité de la jurisprudence »⁶⁴⁷ qui résulterait en un « sentiment d'incertitude du juge national quant au contenu du droit fondamental qu'il devra interpréter à chaque occasion »⁶⁴⁸. En réalité, cette difficulté n'est que factice : le juge national sera au fait que la divergence des interprétations d'un même droit dépend précisément de la présence d'un raisonnement de proportionnalité qualitatif, soit au fondement de la législation précise, soit au stade du contentieux judiciaire ou administratif. Cette permission de la coexistence de solutions interprétatives concernant un droit fondamental, au travers du contrôle du contrôle, permet d'« *overcom[e] (at least to a certain extent) the hegemonic tendencies of human rights interpretation by leaving the political choices and balancing of different interests to the national authorities* »⁶⁴⁹ et surtout d'assurer précisément la responsabilité primaire des autorités nationales, à savoir la protection des droits fondamentaux en conformité avec les besoins nationaux.

Finalement, le contrôle du contrôle, dans sa fonction d'intégration du droit de la Convention EDH, permet également de repenser le contrôle de proportionnalité européen. Comme le soulignait Mustapha Afroukh à l'aune du contrôle objectif, la mutation du contrôle européen « oblige à repenser le contrôle de proportionnalité en l'envisageant de manière plus globale non pas seulement au niveau du cas individuel soumis à la Cour, mais en fonction d'une évaluation du cadre [processuel et] normatif dans son ensemble »⁶⁵⁰. Le contrôle du

⁶⁴⁷D. SPIELMANN, P. VOYATZIS, *op. cit.*, in J. FRIDRIK KJØLBRO, S. O'LEARY, M. TSIRLI (dir.), *op. cit.*, p. 688.

⁶⁴⁸*Ibidem*, p. 689.

⁶⁴⁹L. HUIJBERS, « Procedural-Type Review: A More Neutral Approach to Human Rights Protection by the European Court of Human Rights? », *European Society of International Law Conference Paper Series*, volume 68, 2017, p. 18.

⁶⁵⁰M. AFROUKH, *op. cit.*, p. 1360.

contrôle, dans sa fonction d'intégration, vient diffuser le droit européen des droits de l'homme dans l'ensemble de l'ordre juridique national. Il ne se limite plus à des questions substantielles mais vient colorer les fonctionnements procéduraux, peu importe l'organe, les raisonnements et les corpus normatifs mêmes. Il dépasse les limites du contentieux et vise à une appréciation globale de la manière dont l'État protège les droits fondamentaux. Par exemple, quand la Cour condamne fermement le Royaume-Uni, dans l'affaire *Hirst c. Royaume-Uni*, en raison du fait que « rien ne montre que le Parlement ait jamais cherché à peser les divers intérêts en présence ou à apprécier la proportionnalité d'une interdiction totale de voter visant les détenus condamnés »⁶⁵¹ ; en réalité, la portée de ce raisonnement tenu par la Cour EDH est bien plus globale qu'un simple contrôle de proportionnalité qui aurait énoncé le caractère disproportionné de la mesure. En s'exprimant ainsi, elle souligne un dysfonctionnement parlementaire qui pourrait être décelé dans chacune des lois britanniques puisque ce n'est pas tant l'aboutissement qui pose problème à cette étape du raisonnement, c'est la méthode du Parlement. Si ce dernier n'évalue pas la nécessité de l'interdiction de vote des détenus, rien ne garantit que celui-ci ne le fasse pour toute autre mesure. En se prononçant ainsi, elle devient un vecteur d'exigence se diffusant dans l'ensemble de la procédure parlementaire, et non de manière ciblée dans un domaine précis. Dès lors, c'est une protection indirecte et implicite de l'ensemble des droits fondamentaux qui se dessine :

*« fundamental rights protection is thus not (just) about the substantive protection courts provide in their judgment, but also about whether, and to what extent, their judgments are effectively contributing to substantive protection by other decision-making authorities. If procedural reasoning by courts would lead to an overall better substantive protection than substantive reasoning would, then the former is to be preferred. »*⁶⁵².

Ainsi, le contrôle du contrôle appelle à ce qu'on prenne une conception plus large de l'impact des arrêts de la Cour EDH et à ce qu'on observe, finalement, la protection indirecte des droits fondamentaux qu'il fournit.

⁶⁵¹ Cour EDH, GC, Affaire *Hirst c. Royaume-Uni* (N°2), 6 octobre 2005, req. n°74025/01, § 79.

⁶⁵² L. HUIJBERS, *op. cit.*, p. 279.

SECTION 2. – LA FONCTION DE COOPÉRATION VERTICALE DU CONTRÔLE DE LA COUR

Au-delà des fonctions classiques d'application et d'intégration du droit européen des droits de l'homme, le contrôle du contrôle se différencie par sa fonction de coopération verticale (§ 1). Cette même fonction amène à repenser les frontières strictes entre contrôle-contentieux et contrôle systématique tels que théorisés par le Professeur Charpentier, dans le cadre précis de la protection internationale des droits de l'homme (§ 2).

§ 1. – L'avènement d'une nouvelle fonction de coopération du contrôle international

Le magistrat français, François Molins, ne pensait pas si bien dire en postulant « il faut un dialogue pour éviter le duel »⁶⁵³. Cette notion de duel, mentionnée dans le cadre de l'ordre juridique interne, est transposable sans exagération sur la scène internationale. Pour cause, par définition, le contrôle international est tendu par deux tendances terminologiques contradictoires. Défini tant comme une opération de domination, de mainmise que comme une opération de « [v]érification de la conformité à une norme d'une décision, d'une situation, d'un comportement »⁶⁵⁴, il existe une :

« menace latente de glissement de la notion de vérification à celle de mainmise, dans la mesure où le contrôleur est tenté de se substituer au contrôlé dans son pouvoir de décision ; en particulier, le contrôle exercé par une organisation internationale sur des États peut assez facilement dériver vers une manifestation larvée de pouvoir hiérarchique »⁶⁵⁵.

Cela a pu induire tant un rapport de « concurrence des systèmes [...] de justice »⁶⁵⁶, qu'un « rapport contentieux – donc conflictuel – »⁶⁵⁷ entre la Cour EDH et les autorités nationales. Ce rapport n'a pas été adouci par la vaste étendue du contrôle de la Cour EDH lors de la phase

⁶⁵³ Sénat français, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'information (1) sur le thème : « La judiciarisation de la vie publique : une chance pour l'État de droit ? Une mise en question de la démocratie représentative ? Quelles conséquences sur la manière de produire des normes et leur hiérarchie ? »*, session ordinaire 2021-2022, 29 mars 2022, p. 120.

⁶⁵⁴ G. CORNU (dir.), *op. cit.*, p. 267.

⁶⁵⁵ C. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 152.

⁶⁵⁶ C. KESSEDJIAN, *Le droit international collaboratif*, Paris, Édition Pedone, 2016, p. 88.

⁶⁵⁷ F. SUDRE, « La subsidiarité, "nouvelle frontière" de la Cour européenne des droits de l'homme - A propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *La Semaine Juridique Édition Générale n°42*, doctrine n°1086, 2013, § 17.

de « *substantive embeddedness* »⁶⁵⁸, caractérisée par la tendance de cette dernière à substituer son appréciation à celle des autorités nationales lors de constats de violation.

La fonction de coopération n'est pas novatrice. Le Professeur Charpentier soulignait l'existence d'une fonction de coopération au contrôle international⁶⁵⁹. Seulement, cette fonction de coopération visait « la volonté des États d'institutionnaliser leur coopération »⁶⁶⁰. Celle-ci était dédoublée en une coopération individuelle et collective des États. Sans s'étaler sur des considérations superfétatoires, il est important de noter que le Professeur Charpentier envisageait la coopération dans un rapport horizontal. Le contrôle avait pour fonction d'assurer la coopération interétatique dans le cadre conventionnel donné. Or, le contrôle du contrôle a amené la Cour à développer une fonction de coopération⁶⁶¹ *verticale*. Cette fonction de coopération verticale vise, en réalité, les mêmes objectifs que la coopération horizontale : d'une part, « apporter une aide technique [...] aux États pour les aider à surmonter les difficultés qui les empêchaient de se conformer à la règle internationale »⁶⁶² ; d'autre part,

« l'effort de réflexion auquel les États ont dû se livrer pour présenter le bilan de leur application d'une règle donnée permet de dégager les problèmes imprévus qu'ils ont pu rencontrer, d'apprécier les solutions qu'ils ont pu leur apporter et d'envisager une adaptation de la règle ancienne pour y intégrer le fruit de cette expérience et l'étendue aux autres États »⁶⁶³.

La différence se situe dans l'incorporation de l'organe contrôlant au sein de la fonction de coopération. La Cour EDH a, en effet, fait montre d'un investissement approfondi dans l'identification des difficultés interprétatives que les États pouvaient rencontrer et a, elle aussi, aidé ces derniers à surmonter les difficultés. Cela passe par le développement d'un contrôle à portée pédagogique, sur la base de raisonnements-types, et d'une clarté formelle des arrêts visant à diffuser le contenu et la compréhensibilité du droit européen. De même, le deuxième objectif se retrouve dans le contrôle du contrôle : l'accent particulier de la Cour sur la nécessité d'étayer autant que ce peut la motivation des arrêts permet de démontrer l'effort réflexif étatique et de présenter un bilan de sa compréhension de la norme et du raisonnement européen. Éventuellement, les décisions nationales, par la tolérance par la Cour de la

⁶⁵⁸R. SPANO, *op. cit.*, p. 476.

⁶⁵⁹C. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 227.

⁶⁶⁰*Ibidem.*

⁶⁶¹F. SUDRE (2013), *op. cit.*, § 17 : le Professeur Sudre parle de collaboration, qui semble utilisée à titre de synonyme.

⁶⁶²C. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 227.

⁶⁶³*Ibidem.*

coexistence de solutions interprétatives, permettent également d'adapter la règle aux enjeux contemporains et renforcent le caractère évolutif de l'interprétation de la Convention EDH. Cette observation est appuyée par Catherine Kessedjian, qui dénotait un

« processus de coopération [...] vertical [concernant] le rôle de la Cour européenne des droits de l'homme dont la jurisprudence en vertu de l'article 6 de la Convention de 1950 a eu plus d'influence sur les systèmes judiciaires des États-membres que n'importe quel autre mécanisme »⁶⁶⁴.

Si l'auteur focalise son attention sur l'article 6, il faut compléter l'analyse avec l'influence certaine de la procéduralisation des droits substantiels et l'engagement de la Cour EDH dans le contrôle du contrôle.

La verticalité de cette coopération tient principalement au principe de subsidiarité et au rôle d'organe contrôlant que conserve la Cour EDH. Le principe de subsidiarité implique, en effet, qu'en dernier recours la Cour EDH se prononce sur l'existence ou l'absence d'une violation et sur l'engagement de la responsabilité internationale de l'État défendeur. Il faut néanmoins noter que le développement du contrôle du contrôle, via l'octroi d'une déférence totale ou partielle, permet de « rompre le cycle violation-sanction »⁶⁶⁵ en donnant les clefs aux autorités nationales, soient-elles institutionnelles (via la procédure dialogiques) ou normatives, pour intervenir dans le cadre de l'appréciation d'une mesure litigieuse en aval, comme en amont.

§ 2. – L'avènement d'une porosité des typologies de contrôle international

La fonction de collaboration verticale, telle que décrite précédemment, permet d'envisager la porosité de la typologie des contrôles établis par le Professeur Charpentier. Pourtant, les contrôles systématiques et contentieux semblent, *a priori*, contradictoires et donc s'exclure *ipso facto*. En effet, le contrôle systématique implique que tous les États assujettis « rend[ent] compte d'une activité »⁶⁶⁶ à un organe des intervalles réguliers. Ici, cela supposerait que les États rendent compte de leur bonne application et mise en œuvre de la Convention EDH à la Cour EDH à fréquence régulière, notamment au moyen de rapports à l'instar du

⁶⁶⁴ C. KESSEDJIAN, *op. cit.*, p. 89.

⁶⁶⁵ C. PALLUEL, « La prévention des violations dans le droit de la CEDH : entre effectivité et efficacité » [en ligne], in *Jurisdoctoria*. Disponible sur <https://www.jurisdoctoria.net/2017/03/la-prevention-des-violations-dans-le-droit-de-la-cedh-entre-effectivite-et-efficacite/#_ftn107> (consulté le 20 août 2023).

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 173

fonctionnement conventionnel onusien. Il s'agit d'une action préventive et permanente qui « encadr[e] les États dans l'exécution d'obligations permanentes »⁶⁶⁷. A l'inverse, le contrôle-contentieux se veut comme une action curative et exceptionnelle qui n'intervient qu'après le déclenchement par la présentation d'une requête individuelle⁶⁶⁸ ou interétatique⁶⁶⁹ devant la Cour.

Le contrôle du contrôle s'inscrit, en filigrane, dans la porosité de ces deux typologies de contrôle. Le Professeur Charpentier envisageait, d'ores et déjà en 1983, la possibilité que « deux types de contrôle coexistent à l'égard de la même obligation »⁶⁷⁰. C'est le cas du système conventionnel onusien. Par exemple, le Pacte international relatif aux droits civils et politique qui prévoit tant le contrôle systématique par rendu de rapports que la possibilité de soumettre des communications individuelles au CCPR⁶⁷¹.

Néanmoins, le contrôle du contrôle ne s'inscrit pas vraiment dans cette hypothèse : si le Professeur indique que les obligations conventionnelles européennes sont, en effet, susceptibles de faire l'objet tant d'un contrôle-contentieux que d'un contrôle systématique, ici, le propre du contrôle du contrôle est qu'il est un moyen de contrôle combinant les deux logiques des deux types de contrôles. En effet, le contrôle du contrôle reste un contrôle-contentieux par nature : il n'est déclenché que par le déclenchement du contentieux lui-même en amont. En ce sens, il sera alors toujours ponctuel et exceptionnel et se matérialise toujours dans un cadre dual, incluant une victime et l'État défendeur. Toutefois, le contrôle du contrôle voit poindre les logiques du contrôle systématique en son sein.

D'abord, sa portée préventive permet de soulever la porosité de sa typologie. Nous l'avons vu, sa portée préventive se matérialise tant dans un prolongement institutionnel – la procédure dialogique – que dans la méthodologie déployée. L'attention particulière de la Cour EDH à former les autorités nationales à la bonne mise en œuvre de la Convention EDH ne relève pas simplement de l'office contentieux classique. Alors qu'un organe de contrôle-contentieux a pour principale fonction d'interpréter et appliquer le corpus normatif à l'aune duquel il va apprécier la licéité du comportement étatique, la Cour EDH s'engage dans

⁶⁶⁷J. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 197.

⁶⁶⁸Convention EDH, 1950, article 34.

⁶⁶⁹*Ibidem*, article 33.

⁶⁷⁰C. CHARPENTIER, *op. cit.*, p. 205.

⁶⁷¹Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1966, article 41 ; Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, 1976.

un contrôle veillant à la prévention de futures violations au moyen d'une pédagogie et de lignes directrices.

Ensuite, si le contrôle-contentieux amène les États à rendre compte de leur bonne mise en œuvre de la Convention dans un domaine ciblé – à savoir l'objet du litige –, le contrôle du contrôle amène les États à démontrer qu'ils appliquent et mettent en œuvre la Convention EDH à une échelle systémique. En ce sens, les affaires *Hirst c. Royaume-Uni* ou encore *Animal Defenders International* ne se contentent pas de vérifier que le Royaume-Uni se conforme à ses obligations conventionnelles de garantir les droits aux élections libres (article 3 du Premier Protocole Additionnel) et à la liberté d'expression (article 10). En contrôlant le processus décisionnel et la manière de raisonner du Parlement, la Cour se prononce sur la manière dont le Royaume-Uni applique globalement la Convention à l'échelle du Parlement. La présence ou l'absence de proportionnalité, raisonnement supposé être systématique à l'origine de chacune des mesures étatiques, constitue un curseur indiquant le niveau qualitatif d'application de l'ensemble de la Convention. En réalité, dès lors que le contrôle du contrôle se déclenche, c'est une analyse globale du respect des obligations de l'État qui peut entrer en jeu. Pour cause, la procéduralisation des droits substantiels, dont la l'étendue est *a priori* illimitée, a rendu obligatoire le raisonnement de proportionnalité pour chaque restriction concernant chaque droit substantiel.

Si l'État n'est pas dans l'obligation de rendre compte précisément de sa bonne application de la Convention EDH dans tous ses domaines au moyen de rapports, force est de constater que l'argumentation procédurale tend à globaliser sa défense à l'ensemble des droits substantiels. Si la procédure parlementaire fait preuve d'un réflexe de proportionnalité, *a priori*, l'ensemble des mesures prises par l'organe peuvent d'ores et déjà bénéficier d'un soupçon de conventionnalité. Reste encore à établir si le raisonnement est qualitatif et ne mène pas, dans les faits, à une restriction disproportionnée.

Dès lors, il est observable que la protection européenne des droits de l'Homme, guidée par le renforcement des principes d'État de droit et de subsidiarité, implique de repenser la séparation stricte entre la typologie du contrôle-contentieux et le contrôle systématique. Si leurs modalités restent distinctes, leur champ tend à se rejoindre dans le cas du contrôle du contrôle. Cette hybridation de champ permet ainsi de renforcer la subsidiarité, à laquelle la Cour EDH doit accorder une attention toute particulière en vertu du Préambule, et d'assurer

l'effectivité des droits fondamentaux dans un jeu d'équilibre. La condition reste, évidemment, d'opter pour une application rigoureuse de la modalité de contrôle.

CONCLUSION DE LA PARTIE II. – UN OFFICE RENOUVELÉ À L'EFFICACITÉ CONDITIONNÉE

Eu égard à ce qui précède, peut-on caractériser quelle est l'application et la valeur du contrôle du contrôle tel qu'exercé par la Cour EDH ? Tout d'abord, il semble que l'application du contrôle du contrôle soit ciblée, autonome et synonyme de prolongement de l'office de la Cour EDH. Loin de caractériser un renoncement de son office, il renouvelle tantôt les logiques tenant à l'appréciation de la licéité du comportement étatique, tantôt réserve cette modalité à un contentieux stratégique, à savoir celui dont la MNA normative est suffisamment large. Dès lors, le contrôle substantiel semble sauvegardé. Ensuite, concernant la valeur de ce contrôle, le constat doit être réaliste : l'efficacité est controversée, à raison en ce qui concerne l'office européen. Le besoin de systématisation plus précise de la modalité de contrôle se fait ressentir en raison de plusieurs échecs. Néanmoins, le contrôle du contrôle n'est pas à évincer : parce que, de fait, l'application par la Cour EDH de cette modalité peut s'avérer parfois hasardeuse, celle-ci n'invalide pas la méthodologie dans son cœur conceptuel. Dès lors, il en découle que l'efficacité est conditionnée : tant au volontarisme des États, tant à la bonne application par la Cour EDH et la conservation du contrôle substantiel (tant minimal, impliqué par le contrôle du contrôle, que complet). Enfin, les fonctions du contrôle du contrôle restent classiques : application et intégration du droit de la Convention EDH. Il faut toutefois y ajouter la fonction de coopération verticale qui vient s'ajouter. Finalement, le contrôle du contrôle, dans ses spécificités et son contexte de protection des droits de l'homme, ébranle quelque peu les institutions classiques du contrôle international dans l'étendue de son champ dans un but de meilleure application du principe de subsidiarité en tandem du principe d'effectivité.

CONCLUSION GÉNÉRALE

La première partie démontre qu'il est possible de fonder et de définir le contrôle du contrôle tel qu'appliqué par la Cour EDH. Se fondant sur une boucle continue entre les normes (à savoir ses fondements principaux et conventionnels) et le contrôle, le contrôle du contrôle se définit comme une **modalité du contrôle de proportionnalité européen consistant en la vérification de la conformité de la procédure ayant abouti à la mesure litigieuse au principe d'État de droit au moyen d'un critère de proportionnalité ; et aboutissant en la modulation de la marge d'appréciation, dans ses volets systémiques et normatifs, dans un esprit de mise en œuvre du principe de subsidiarité.** La deuxième partie permet d'approcher cette nouvelle modalité de contrôle dans son application et sa valeur. Il faut en tirer qu'il s'agit d'un contrôle conditionné, stratégique et dont la valeur est controversée et conditionnée. Néanmoins, il s'agit d'une véritable mutation dans sa portée coopérative qui apparaît comme étant adaptée au but de protection des droits fondamentaux dans le système européen, marqué par le principe de subsidiarité.

En ce sens, il faut noter que le contrôle du contrôle est une mutation du contrôle de proportionnalité qu'il faut accueillir de manière réaliste : renforçant le principe de subsidiarité, en tandem du principe d'effectivité, il permet une protection intégrée des droits fondamentaux en s'assurant que les autorités nationales assument leur responsabilité première au travers d'outils méthodologiques adéquats. Dès lors, il convient d'admettre que cette modalité de contrôle peut s'avérer judicieuse dans le cadre de facteurs externes au prétoire : l'existence de défiances étatiques et de surcharge du prétoire qui menacent la sauvegarde du système européen⁶⁷². La fonction coopérative permet de dépasser le rapport classiquement hostile induit par le contrôle-contentieux et d'instaurer une connivence plus que nécessaire entre les autorités nationales et l'organe de contrôle.

Le prolongement de cette étude pourrait basculer sur une étude plus globale et comparative de la caractérisation des contrôles internationaux et de leurs applications par l'ensemble des organes de protection des droits fondamentaux.

⁶⁷²J. P. COSTA, Discours, in CE, *La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme : Interlaken, Izmir, Brighton et au-delà. Une compilation d'instruments et de textes relatifs à la réforme actuelle de la CEDH*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2014, p. 22.

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS.....	2
SOMMAIRE.....	3
LISTE D'ABRÉVIATIONS.....	3
INTRODUCTION.....	5
SECTION 1. – TERMINOLOGIE JURIDIQUE DU MÉMOIRE.....	5
§ 1. – Le contrôle international.....	5
§ 2. – Le contrôle de proportionnalité.....	9
§ 3. – Le contrôle du contrôle.....	11
SECTION 2. – CADRE DU MÉMOIRE.....	16
§ 1. – L'intérêt du mémoire.....	16
§ 2. – La délimitation du mémoire.....	17
§ 3. – La problématique du mémoire.....	18
PARTIE I. – L'IDENTIFICATION D'UNE PROCÉDURALISATION DU CONTRÔLE DE PROPORTIONNALITÉ EUROPÉEN.....	20
TITRE 1. – LES FONDEMENTS DU CONTRÔLE DU CONTRÔLE.....	20
CHAPITRE 1. – LES FONDEMENTS PRINCIPiels.....	21
SECTION 1. – LE CONDITIONNEMENT DU PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ. 21	
§ 1. – L'inhérence du principe de subsidiarité au sein du système européen... 21	
§ 2. – Le recalibrage du contrôle autour du principe de subsidiarité..... 24	
SECTION 2. – LE CONDITIONNEMENT AU PRINCIPE D'ÉTAT DE DROIT.. 30	
§ 1. – La lente émergence du principe d'État de droit au sein du système européen..... 30	
§ 2. – Le conditionnement de la mise en oeuvre du principe de subsidiarité au respect du principe d'État de droit..... 36	
CHAPITRE 2. – LES FONDEMENTS CONVENTIONNELS.....	40
SECTION 1. – LA VÉRIFICATION DU RESPECT DES GARANTIES	

PROCÉDURALES TEXTUELLES	41
§ 1. – Le contrôle de garanties et de droits procéduraux textuels classiques	41
§ 2. – L’insuffisance des garanties et droits procéduraux textuels	45
SECTION 2. – LA VÉRIFICATION DU RESPECT DES GARANTIES	
PROCÉDURALES JURISPRUDENTIELLES.....	48
§ 1. – Le recours à la théorie des obligations positives	48
§ 2. – Le recours à la théorie de la procéduralisation des droits substantiels	50
TITRE 2. – LA CARACTÉRISATION DU CONTRÔLE DU CONTRÔLE	56
CHAPITRE 1. – LE CONTRÔLE DU PROCESSUS DÉCISIONNEL	
PARLEMENTAIRE	57
SECTION 1. – LA RECHERCHE DU RAISONNEMENT DE	
PROPORTIONNALITÉ DANS LE PROCESSUS DÉCISIONNEL	
PARLEMENTAIRE	57
§ 1. – L’existence d’un raisonnement de proportionnalité	57
A. Son existence	57
B. Sa qualité	60
§ 2. – L’absence d’un raisonnement de proportionnalité	63
A. L’absence partielle : l’organisation du raisonnement de proportionnalité	
par d’autres autorités	63
B. L’absence totale : l’absence d’intérêt pour les droits fondamentaux	65
SECTION 2. – LA MODULATION DE LA MARGE NATIONALE	
D’APPRÉCIATION	67
§ 1. – Le recours à la marge nationale d’appréciation à vocation de déférence...	
68	
A. L’octroi d’une déférence totale	69
B. L’octroi d’une déférence partielle	71
§ 2. – Le recours à la marge nationale d’appréciation à vocation de constat de	
violation	73
A. L’outrepassement de la marge nationale d’appréciation systémique : le	
défaut d’organisation du raisonnement de proportionnalité vers d’autres	
autorités	73

§ 1. – Le constat d’un recul de la protection des droits fondamentaux par la	
	Cour 131
§ 2. – Le constat d’une protection conditionnée des droits fondamentaux par la	
	Cour 135
CHAPITRE 2. – DES FONCTIONS RENOUVELÉES	137
SECTION 1. – LES FONCTIONS D’APPLICATION ET D’INTÉGRATION DU	
DROIT DE LA CONVENTION	138
§ 1. – La fonction d’application du droit de la Convention	138
§ 2. – La fonction d’intégration du droit de la Convention	140
SECTION 2. – LA FONCTION DE COOPÉRATION VERTICALE DU	
CONTRÔLE DE LA COUR	143
§ 1. – L’avènement d’une nouvelle fonction de coopération du contrôle	
	international 143
§ 2. – L’avènement d’une porosité des typologies de contrôle international.	145
CONCLUSION DE LA PARTIE II. – UN OFFICE RENOUVELÉ À L’EFFICACITÉ	
CONDITIONNÉE.....	149
CONCLUSION GÉNÉRALE	150
TABLE DES MATIÈRES.....	151
RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES	156

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

I. SOURCES JURIDIQUES

A. Conventions internationales et protocoles

Charte des Nations Unies, adoptée à San Francisco le 26 juin 1945, entrée en vigueur le 24 octobre 1945.

Charte des droits fondamentaux de l'Union Européenne, proclamée à Nice le 7 décembre 2000, entrée en vigueur le 1er décembre 2009, *Journal officiel des Communautés européennes*, 2000/C 364/01.

Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, adoptée à Rome le 4 novembre 1950, entrée en vigueur le 18 mai 1954, STE n°009.

Convention de Vienne sur le droit des traités, adoptée à Vienne le 23 mai 1969, entrée en vigueur le 27 janvier 1980, Nations Unies, *Recueil des Traités*, volume 1155.

Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté à New York le 16 décembre 1966, entré en vigueur le 23 mars 1976, R.T.N.U., volume 999.

Protocole facultatif se rapportant au Pacte international relatif aux droits civils et politiques, adopté à New-York le 23 mars 1976, entré en vigueur le 23 mars 1976, R.T.N.U., volume 999.

Protocole n°7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales amendant le système de contrôle de la Convention, adopté à Strasbourg le 22 novembre 1984, entré en vigueur le 1er novembre 1981, STE n°117.

Protocole n°14 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales amendant le système de contrôle de la Convention, adopté à Strasbourg le 13 mai 2004, entré en vigueur le 1er juin 2010, STE n°194.

Protocole n°16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, adopté à Strasbourg le 2 octobre 2013, entré en vigueur le 1er août 2018, STE n°214.

B. Actes concertés non-conventionnels

CE, Conférence de haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Déclaration d'Interlaken, adoptée le 19 février 2010.

CE, Conférence à haut niveau sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Déclaration d'Izmir, adoptée le 27 avril 2011.

CE, Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'Homme, Déclaration de Brighton, adoptée le 20 avril 2012.

CE, Conférence de haut niveau sur la mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, une responsabilité partagée, Déclaration de Bruxelles, adoptée le 27 mars 2015.

CE, Conférence de haut niveau, Déclaration de Copenhague, adoptée le 13 avril 2018.

CE, Règlement de la Cour, adopté à Strasbourg, entré en vigueur le 23 juin 2023.

C. Jurisprudence internationale

1. Jurisprudence du système européen de protection des droits de l'homme

a) Arrêts, décisions

- **1950-2000**

Cour EDH, Affaire *Lawless c. Irlande (N°1)*, 14 novembre 1960, req. n°332/57.

Cour EDH, Affaire *Wemhoff c. Allemagne*, 27 juin 1968, req. n°2122/64.

Cour EDH, Plénière, Affaire « *Relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique* » (FOND), 23 juillet 1968, req. n°474/62 et al.

Cour EDH, Plénière, Affaire *Golder c. Royaume-Uni*, 21 février 1975, req. n°4451/70.

Cour EDH, Chambre, Affaire *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives*, 6 février 1976, req. n°5614/72.

Cour EDH, Plénière, Affaire *Engel et autres c. Pays-Bas*, 8 juin 1976, req. n°5100/71 et al.

Cour EDH, GC, Affaire *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, req. n°5493/72.

Cour EDH, Affaire *Tyrer c. Royaume-Uni*, 25 avril 1978, req. n°5856/72.

Cour EDH, Plénière, Affaire *Klass c. Allemagne*, 6 septembre 1978, req. n°5029/71.

Commission EDH, déc., Affaire *Zand c. Autriche*, 12 octobre 1978, req. n°7360/76.

Cour EDH, Plénière, Affaire *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, req. n°6833/74.

Cour EDH, Affaire *Airey c. Irlande*, 9 octobre 1979, req. n°6289/73.

Cour EDH, Plénière, Affaire *Dudgeon c. Royaume Uni*, 22 octobre 1981, req. n°7525/76.

Cour EDH, Affaire *Sporrong et Lönnroth c. Suède*, 23 septembre 1982, req. n°7151/75 et al.

Cour EDH, Affaire *Malone c. Royaume-Uni*, 2 août 1984, req. n°8691/79.

Cour EDH, Affaire *Rasmussen c. Danemark*, 28 novembre 1984, req. n°8777/79.

Cour EDH, Plénière, Affaire *James et autres c. Royaume-Uni*, 21 février 1986, req. n°8793/79.

Cour EDH, Affaire *Lingens c. Autriche*, 8 juillet 1986, req. n° 9815/82.

Cour EDH, Plénière, Affaire *Mathieu Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, req. n°9267/81.

Cour EDH, Chambre, Affaire *Leander c. Suède*, 26 mars 1987, req. 9248/81.

Commission EDH, Affaire *Pine Valley Developments LTD et autres c. Irlande*, 3 mars 1989, req. n°12742/87.

Cour EDH, Plénière, Affaire *Soering c. Royaume-Uni*, 7 juillet 1989, req. n°14038/88.

Cour EDH, Chambre, Affaire *Kruslin c. France*, 24 avril 1990, req. n°11801/85.

Commission EDH, déc., Affaire *A. c. Autriche*, 7 mai 1990, req. n°16266/90.

Commission EDH, déc., Affaire *Kremzow c. Autriche*, 7 novembre 1990, req. n°16417/90.

Cour EDH, Plénière, Affaire *Oberschlick c. Autriche*, 23 mai 1991, req. n°11662/85.

Cour EDH, Plénière, Affaire *Sunday Times c. Royaume-Uni (N°2)*, 26 novembre 1991, req. n°13166/87.

Cour EDH, Affaire *Kemmache c. France (N°3)*, 24 novembre 1994, req. n°17621/91.

Cour EDH, Affaire *Prager et Oberschlick c. Autriche*, 26 avril 1995, req. N°15974/90.

Cour EDH, Affaire *McCann et autres c. Royaume-Uni*, 27 septembre 1995, req. n°18984/91.

Commission EDH, Affaire *Haider c. Autriche*, 18 octobre 1995, req. n°25060/94.
Cour EDH, GC, Affaire *Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, req. n°21893/93.
Cour EDH, Affaire *Findlay c. Royaume-Uni*, 25 février 1997, req. n°22107/93.
Cour EDH, Affaire *Neigel c. France*, 17 mars 1997, req. n°18725/91.
Cour EDH, Affaire *Hornsby c. Grèce*, 19 mars 1997, req. n°18357/91.
Cour EDH, Affaire *Pierre-Bloch c. France*, 21 octobre 1997, req. n°24194.
Cour EDH, Affaire *Menteş et autres c. Turquie*, 28 novembre 1997, req. n°23186/94.
Cour EDH, GC, Affaire *Parti communiste unifié de Turquie c. Turquie*, 30 janvier 1998, req. n°19392/92.
Cour EDH, Plénière, Affaire *Boyle et Rice c. Royaume-Uni*, 27 avril 1998, req. n°9659/82 et al.
Cour EDH, Affaire *McGinley et Egan c. Royaume-Uni*, 9 juin 1998, req. n°21825/93 et al.
Cour EDH, Affaire *Steel et autres c. Royaume-Uni*, 23 septembre 1998, req. n°24838/94.
Cour EDH, GC, Affaire *Osman c. Royaume-Uni*, 28 octobre 1998, req. n°23452/94.
Cour EDH, GC, Affaire *García Ruiz c. Espagne*, 21 janvier 1999, req. n°30544/96.
Cour EDH, GC, Affaire *Chassagnou et autres c. France*, 24 avril 1999, req. n°25088/94 et al.
Cour EDH, GC, Affaire *Aquilina c. Malte*, 29 avril 1999, req. n°25642/94.
Cour EDH, GC, Affaire *Çakici c. Turquie*, 8 juillet 1999, req. n°23657/94.
Cour EDH, GC, Affaire *Selmouni c. France*, 28 juillet 1999, req. n°25803/94.
Cour EDH, GC, Affaire *Pellegrin c. France*, 8 décembre 1999, req. n°28541/95.

● **2000-2010**

Cour EDH, déc., Affaire *Catalano c. Italie*, 27 janvier 2000, req. n°34706/97.
Cour EDH, GC, Affaire *Amann c. Suisse*, 16 février 2000, req. n°27798/95.
Cour EDH, GC, Affaire *Rowe et Davis c. Royaume-Uni*, 16 février 2000, req. n°28901/95.
Cour EDH, déc., Affaire *Lacombe c. France*, 21 mars 2000, req. n°44211/98.
Cour EDH, déc., Affaire *Grass c. France*, 23 mars 2000, req. n°44066/98.
Cour EDH, GC, Affaire *Thlimmenos c. Grèce*, 6 avril 2000, req. n°34369/97.
Cour EDH, GC, Affaire *Rotaru c. Roumanie*, 4 mai 2000, req. n°28341/95.
Cour EDH, déc., Affaire *Noack et autres c. Allemagne*, 25 mai 2000, req. n°46346/99.
Cour EDH, GC, Affaire *Ilhan c. Turquie*, 27 juin 2000, req. n°22277/93.
Cour EDH, Affaire *Caloc c. France*, 20 juillet 2000, req. n°33951/96, § 88.
Cour EDH, Affaire *Jecius c. Lituanie*, 31 juillet 2000, req. n°34578/97.

Cour EDH, déc., Affaire *Refah Partisi (Parti de prospérité) et autres c. Turquie*, 3 octobre 2000, req. n°41340/98 et al.

Cour EDH, GC, Affaire *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, req. n°30210/96.

Cour EDH, déc., Affaire *Guidi c. Italie*, 7 novembre 2000, req. n°37755/97.

Cour EDH, Affaire *Riepan c. Autriche*, 14 novembre 2000, req. n°35115/97.

Cour EDH, Affaire *Sotiris et Nikos Koutras Attee c. Grèce*, 16 novembre 2000, req. n°39442/98.

Cour EDH, Affaire *N. C. c. Italie*, 11 janvier 2001, req. n°24952/94.

Cour EDH, Affaire *Krombach c. France*, 13 février 2001, req. n°29731/96.

Cour EDH, Affaire *Tanli c. Turquie*, 10 avril 2001, req. n°26129/95.

Cour EDH, Affaire *Hugh Jordan c. Royaume-Uni*, 4 mai 2001, req. n°24746/94.

Cour EDH, GC, Affaire *Ferrazzini c. Italie*, 12 juillet 2001, req. n°44759/98.

Cour EDH, GC, Affaire *Maaouia c. France*, 5 octobre 2001, req. n°39652/98.

Cour EDH, GC, Affaire *Chapman c. Royaume-Uni*, 18 octobre 2001, req. n°27238/95.

Cour EDH, déc., Affaire *Yiarenios c. Grèce*, 6 décembre 2001, req. n°64413/01.

Cour EDH, Affaire *Paul et Audrey Edwards c. Royaume-Uni*, 14 mars 2002, req. n°46477/99.

Cour EDH, Affaire *Al-Nashif c. Bulgarie*, 20 juin 2002, req. n°50963/99.

Cour EDH, déc., Affaire *Contal c. France*, 3 septembre 2002, req. n°67603/01.

Cour EDH, Affaire *Andrasik et autres c. Slovaquie*, 22 octobre 2002, req. n°57984/00, et al.

Cour EDH, déc., Affaire *Mieg de Boofzheim c. France*, 3 décembre 2002, req. n°529/38/99.

Cour EDH, déc., Affaire *Lalousi-Kotsovos c. Grèce*, 19 décembre 2002, req. n°65430/01.

Cour EDH, GC, Affaire *Odièvre c. France*, 13 février 2003, req. n°42326/98.

Cour EDH, Affaire *Jensen et Rasmussen c. Danemark*, 20 mars 2003, req. n°52620/99.

Cour EDH, déc., Affaire *Montcornet de Caumont c. France*, 13 mai 2003, req. n°59290/00.

Cour EDH, GC, Affaire *Hatton et autres c. Royaume-Uni*, 8 juillet 2003, req. n°36022/97.

Cour EDH, Affaire *Murphy c. Irlande*, 10 juillet 2003, req. n°44179/98.

Cour EDH, Affaire *M.C. c. Bulgarie*, 4 décembre 2003, req. n°39272/98.

Cour EDH, Affaire *Ipek c. Turquie*, 17 février 2004, req. n°25760/94.

Cour EDH, GC, Affaire *Assanidzé c. Géorgie*, 8 avril 2004, req. n°71503/01.

Cour EDH, Affaire *Haase c. Allemagne*, 8 avril 2004, req. n°11057/02.

Cour EDH, Affaire *Zdanoka c. Lettonie*, 17 juin 2004, req. n°58278/00.

Cour EDH, GC, Affaire *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004, req. n°31443/96.

Cour EDH, Affaire *Pla et Puncernau c. Andorre*, 13 juillet 2004, req. n°69498/01.

Cour EDH, Affaire *Melnitchenko c. Ukraine*, 19 octobre 2004, req. n°17707/02.

Cour EDH, Affaire *Taşkin et autres c. Turquie*, 10 novembre 2004, req. n°46117/99.

Cour EDH, GC, Affaire *Öneryildiz c. Turquie*, 30 novembre 2004, req. n°48939/99.

Cour EDH, Affaire *Van Rossem c. Belgique*, 9 décembre 2004, req. n°41872/98.

Cour EDH, Affaire *Enhorn c. Suède*, 25 janvier 2005, req. n°56526.

Cour EDH, GC, Affaire *Mamatkoulov et Askarov c. Turquie*, 4 février 2005, req. n°46827/99 et al.

Cour EDH, Affaire *Nevmerjitski c. Ukraine*, 5 avril 2005, req. n°54825/00.

Cour EDH, GC, Affaire *Öcalan c. Turquie*, 12 mai 2005, req. n°46221/99.

Cour EDH, déc., Affaire *Davydov c. Estonie*, 31 mai 2005, req. n°16387.

Cour EDH, GC, Affaire *Bosphorus Hava Yollari Turizm Ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlande*, 30 juin 2005, req. n°45036/98.

Cour EDH, GC, Affaire *Nachova et autres c. Bulgarie*, 6 juillet 2005, req. n°43577/98 et al.

Cour EDH, Affaire *Khudoyorov c. Russie*, 8 novembre 2005, req. n°6847/02.

Cour EDH, déc., Affaire *Sarkisova c. Géorgie*, 6 septembre 2005, req. n°73239/01.

Cour EDH, Affaire *Hirst c. Royaume-Uni (n°2)*, 6 octobre 2005, req. n°74028/01.

Cour EDH, GC, Affaire *Maurice c. France*, 6 octobre 2005, req. n°11810/03.

Cour EDH, déc., Affaire *Papon c. France*, 11 octobre 2005, req. n°344/04.

Cour EDH, GC, Affaire *Leyla Şahin c. Turquie*, 10 novembre 2005, req. n°44774/98.

Cour EDH, GC, Affaire *Sejdovic c. Italie*, 1^{er} mars 2006, req. n°56581/00.

Cour EDH, Affaire *Albanese c. Italie*, 23 mars 2006, req. n°77924/01.

Cour EDH, Affaire *Campagnano c. Italie*, 23 mars 2006, req. n°77955/01.

Cour EDH, Affaire *Vitiello c. Italie*, 23 mars 2006, req. n°77962/01.

Cour EDH, Affaire *Keller c. Hongrie*, 4 avril 2006, req. n°33352/02.

Cour EDH, Affaire *Malisiewicz-Gąsior c. Pologne*, 6 avril 2006, req. n°43797/98.

Cour EDH, GC, Affaire *Martinie c. France*, 12 avril 2006, req. n°58675/00.

Cour EDH, Affaire *Lupsa c. Roumanie*, 8 juin 2006, req. n°10337/04.

Cour EDH, GC, Affaire *Hutten-Czapska c. Pologne*, 19 juin 2006, req. n°35014/97.

Cour EDH, déc., Affaire *Szabo c. Suède*, 27 juin 2006, req. n°28578/03.

Cour EDH, Affaire *Vertucci c. Italie*, 29 juin 2006, req. n°29871/02.

Cour EDH, Affaire *Vincenzo Taiani c. Italie*, 13 juillet 2006, req. n°3638/02.

Cour EDH, Affaire *Lyashko c. Ukraine*, 10 août 2006, req. n°21040/02.

Cour EDH, Affaire *Mubilanzila Mayeka et Kaniki Mitunga c. Belgique*, 12 octobre 2006, req. n°13178/03.

Cour EDH, GC, Affaire *Üner c. Pays-Bas*, 18 octobre 2006, req. n°46410/99.

Cour EDH, Affaire *Imakayeva c. Russie*, 9 novembre 2006, req. n°7615/02.

Cour EDH, GC, Affaire *Anheuser-Busch INC. c. Portugal*, 11 janvier 2007, req. n°73049/01.

Cour EDH, Affaire *Yumak et Sadak c. Turquie*, 30 janvier 2007, req. n°10226/06.

Cour EDH, Affaire *Andrulewicz c. Pologne*, 3 avril 2007, req. n°43120/05.

Cour EDH, GC, Affaire *Evans c. Royaume-Uni*, 10 avril 2007, req. n°6339/05.

Cour EDH, GC, Affaire *Ramsahai et autres c. Pays-Bas*, 15 mai 2007, req. n°52391/99.

Cour EDH, Affaire *Lemke c. Turquie*, 5 juin 2007, req. n°17381/02.

Cour EDH, Affaire *Melnikova c. Russie*, 21 juin 2007, req. n°24552/02.

Cour EDH, Affaire *Jorgic c. Allemagne*, 12 juillet 2007, req. n°74613/01.

Cour EDH, Affaire *Demirel et autres c. Turquie*, 24 juillet 2007, req. n°75512/01.

Cour EDH, Affaire *Sanchez Cardenas c. Norvège*, 4 octobre 2007, req. n°12148/03.

Cour EDH, Affaire *Nasrullojev c. Russie*, 11 octobre 2007, req. n°656/06.

Cour EDH, Affaire *Galstyan c. Arménie*, 15 novembre 2007, req. n°26986/03.

Cour EDH, GC, Affaire *Saadi c. Royaume-Uni*, 29 janvier 2008, req. n°13229.

Cour EDH, Affaire *Albayrak c. Turquie*, 31 janvier 2008, req. n°38406/97.

Cour EDH, Affaire *C.G. et autres c. Bulgarie*, 24 avril 2008, req. n°1365/07.

Cour EDH, Affaire *Fursenko c. Russie*, 24 avril 2008, req. n°26386/02.

Cour EDH, Affaire *Ismoilov et autres c. Russie*, 24 avril 2008, req. n°2947/08.

Cour EDH, GC, Affaire *Burden c. Royaume-Uni*, 29 avril 2008, req. n°13378/05.

Cour EDH, GC, Affaire *Maslov c. Autriche*, 23 juin 2008, req. n°1638/03.

Cour EDH, GC, Affaire *Yumak et Sadak c. Turquie*, 8 juillet 2008, req. n°10226/03.

Cour EDH, Affaire *Moiseyev c. Russie*, 9 octobre 2008, req. n°62936/00.

Cour EDH, Affaire *Soldatenko c. Ukraine*, 23 octobre 2008, req. n°2440/07.

Cour EDH, Affaire *K. U. c. Finlande*, 2 décembre 2008, req. n°2872/02.

Cour EDH, GC, Affaire *Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, req. n°30562/04 et al.

Cour EDH, GC, Affaire *Sergueï Zolotoukhine c. Russie*, 10 février 2009, req. n°14939/03.

Cour EDH, GC, Affaire *A. et autres c. Royaume-Uni*, 19 février 2009, req. n°3455/05.

Cour EDH, Affaire *Nolan et K. c. Russie*, 12 février 2009, req. n°2512/04.

Cour EDH, GC, Affaire *Šilih c. Slovénie*, 9 avril 2009, req. n°71463/01.

Cour EDH, déc., Affaire *Geraguyn Khorhurd Patgamavorakan Akumb c. Arménie*, 14 avril 2009, req. n°11721/04.

Cour EDH, Affaire *Rasmussen c. Pologne*, 28 avril 2009, req. n°38886/05.

Cour EDH, Affaire *Savino et autres c. Italie*, 28 avril 2009, req. n°17214/05.

Cour EDH, Affaire *Glor c. Suisse*, 30 avril 2009, req. n°13444/04.

Cour EDH, Affaire *Codarcea c. Roumanie*, 2 juin 2009, req. n°31675/04.
Cour EDH, déc., Affaire *Association Solidarité des Français c. France*, 16 juin 2009, req. n°26787/07.
Cour EDH, GC, Affaire *Mooren c. Allemagne*, 9 juillet 2009, req. n°11364/03.
Cour EDH, Affaire *Giuliani et Gaggio c. Italie*, 25 août 2009, req. n°23458/02.
Cour EDH, Affaire *C. C. c. Espagne*, 6 octobre 2009, req. n°1425/06.
Cour EDH, déc., Affaire *Panjeheighalehei c. Danemark*, 13 octobre 2009, req. n°11230/07.
Cour EDH, Affaire *Trufin c. Roumanie*, 20 octobre 2009, req. n°3990/04.
Cour EDH, Affaire *Suljagić c. Bosnie et Herzégovine*, 3 novembre 2009, req. n°27912/02.
Cour EDH, déc., Affaire *Friend et autres c. Royaume-Uni*, 24 novembre 2009, req. n°16072/06 et al.
Cour EDH, Affaire *M. c. Allemagne*, 17 décembre 2009, req. n°19359/04.

● **2010-2020**

Cour EDH, déc., Affaire *Dalea c. France*, 2 février 2010, req. n°964/07.
Cour EDH, GC, déc., Affaire *Demopoulos et autres c. Turquie*, 1 mars 2010, req. n°46113/99 et al.
Cour EDH, Affaire *Grosaru c. Roumanie*, 2 mars 2010, req. n°78039/01.
Cour EDH, Affaire *Carson c. Royaume-Uni*, 16 mars 2010, req. n°42184/05.
Cour EDH, GC, Affaire *Tănase c. Moldova*, 24 avril 2010, req. n°7/08.
Cour EDH, Affaire *Weber et autres c. Pologne*, 27 avril 2010, req. n°23039/02.
Cour EDH, Affaire *Alajos Kiss c. Hongrie*, 20 mai 2010, req. n°38832/06.
Cour EDH, Affaire *Petr Ponomarev c. Russie*, 10 juin 2010, req. n°35411/05.
Cour EDH, Affaire *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, req. n°30141/04.
Cour EDH, GC, Affaire *Neulinger et Shuruk c. Suisse*, 6 juillet 2010, req. n°41615/07.
Cour EDH, Affaire *Sitaropoulos et autres c. Grèce*, 8 juillet 2010, req. n°42202/07.
Cour EDH, Affaire *Kaushal et autres c. Bulgarie*, 2 septembre 2010, req. n°1537/08.
Cour EDH, Affaire *DMD GROUPE, A. S. c. Slovaquie*, 5 octobre 2010, req. n°19334/03.
Cour EDH, Affaire *Przyjemski c. Pologne*, 5 octobre 2010, req. n°6820/07.
Cour EDH, Affaire *Bereza c. Pologne*, 19 octobre 2010, req. n°42332/06.
Cour EDH, Affaire *Losonci Rose et Rose c. Suisse*, 9 novembre 2010, req. n°664/06.
Cour EDH, Affaire *Greens et M. T. c. Royaume-Uni*, 23 novembre 2010, req. n° 60041/08 et al.

Cour EDH, GC, Affaire *A., B. et C. c. Irlande*, 16 décembre 2010, req. n°25579/05.

Cour EDH, GC, Affaire *Paksas c. Lituanie*, 6 janvier 2011, req. n°34932/04.

Cour EDH, Affaire *Raëlien Suisse c. Suisse*, 13 janvier 2011, req. n°16354/06.

Cour EDH, Affaire *MGN Limited c. Royaume-Uni*, 18 janvier 2011, req. n°39401/04.

Cour EDH, Affaire *Haas c. Suisse*, 20 janvier 2011, req. n°31322/07.

Cour EDH, GC, Affaire *Lautsi et autres c. Italie*, 18 mars 2011, req. n°30814/06.

Cour EDH, Affaire *Konstas c. Grèce*, 24 mai 2011, req. n°53466/07.

Cour EDH, Affaire *Lokpo et Toure c. Hongrie*, 20 septembre 2011, req. n°10816/10.

Cour EDH, GC, Affaire *S. H. et autres c. Autriche*, 3 novembre 2011, req. n°57813/00.

Cour EDH, Affaire *Longa Yonkeu c. Lettonie*, 15 novembre 2011, req. n°57229/09.

Cour EDH, Affaire *Othman (Abu Qatada) c. Royaume-Uni*, 17 janvier 2012, req. n° 8139/09.

Cour EDH, GC, Affaire *Axel Springer AG c. Allemagne*, 7 février 2012, req. n°39954/08.

Cour EDH, GC, Affaire *Von Hannover c. Allemagne (N°2)*, 7 février 2012, req. n°40660/08 et al.

Cour EDH, GC, Affaire *Hirsi Jamaa c. Italie*, 23 février 2012, req. n°27765/09.

Cour EDH, Affaire *Leas c. Estonie*, 6 mars 2012, req. n°59577/08.

Cour EDH, GC, Affaire *Aksu c. Turquie*, 15 mars 2012, req. n°4149/04 et al.

Cour EDH, Affaire *Gas et Dubois*, 15 mars 2012, req. n°25951/07.

Cour EDH, GC, Affaire *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce*, 15 mars 2012, req. n°42202/07.

Cour EDH, Affaire *C. A. .S. et C. S. c. Roumanie*, 20 mars 2012, req. n°26692/05.

Cour EDH, Affaire *Babar Ahmad et autre c. Royaume-Uni*, 10 avril 2012, req. n°24027/07 et al.

Cour EDH, GC, Affaire *K. A. B. c. Espagne*, 10 avril 2012, req. n°25702/94.

Cour EDH, Affaire *Crainiceanu et Frumusanu c. Roumanie*, 24 avril 2012, req. n°12442/04.

Cour EDH, Affaire *Frăsilă et Ciocîrlan c. Roumanie*, 10 mai 2012, req. n°25329/03.

Cour EDH, GC, Affaire *Scoppola c. Italie (N°3)*, 22 mai 2012, req. n°126/05.

Cour EDH, Affaire *Ademovič c. Turquie*, 5 juin 2012, req. n°28523/03.

Cour EDH, GC, Affaire *Europa 7 S.r.l. et Di Stefano c. Italie*, 7 juin 2012, req. n°38433/09.

Cour EDH, Affaire *Lindheim c. Norvège*, 12 juin 2012, req. n°13221/08 et al.

Cour EDH, Affaire *Schweizerische Radio- und Fernsehgesellschaft SRG c. Suisse*, 21 juin 2012, req. n°34124/06.

Cour EDH, Affaire *Toniolo c. Saint-Marin et Italie*, 26 juin 2012, req. n°44853/10.

Cour EDH, Affaire *Del Rio Prada c. Espagne*, 10 juillet 2012, req. n°42750/09.

Cour EDH, Affaire *Koch c. Allemagne*, 19 juillet 2012, req. n°497/09.

Cour EDH, Affaire *Waldemar Nowakowski c. Pologne*, 24 juillet 2012, req. n°55167/11.

Cour EDH, Affaire *Godelli c. Italie*, 25 septembre 2012, req. n°33783/09.

Cour EDH, Affaire *Abdulkhakov c. Russie*, 2 octobre 2012, req. n°14743/11.

Cour EDH, Affaire *Harroudj c. France*, 4 octobre 2012, req. n°43631/09.

Cour EDH, Affaire *C. N. et V. c. France*, 11 octobre 2012, req. n°67724/09.

Cour EDH, Affaire *Jucha et Žak c. Pologne*, 23 octobre 2012, req. n°19127/06.

Cour EDH, Affaire *P. et S. c. Pologne*, 30 octobre 2012, req. n°57375/08.

Cour EDH, Affaire *Dimovi c. Bulgarie*, 6 novembre 2012, req. n°52744/07.

Cour EDH, Affaire *Miu c. Roumanie*, 6 novembre 2012, req. n°7088/03.

Cour EDH, Affaire *Peta Deutschland c. Allemagne*, 8 novembre 2012, req. n°43481/09.

Cour EDH, Affaire *Lenev c. Bulgarie*, 4 décembre 2012, req. n°41452/07.

Cour EDH, GC, Affaire *El-Masri c. L'Ex-République Yougoslave de Macédoine*, 13 décembre 2012, req. n°39630/09.

Cour EDH, Affaire *Flamenbaum c. France*, 13 décembre 2012, req. n°3675/04 et al.

Cour EDH, Affaire *Agnelet c. France*, 10 janvier 2013, req. n°61198/08,.

Cour EDH, Affaire *Bakoyev c. Russie*, 5 février 2013, req. n°30225/11.

Cour EDH, GC, Affaire *Fabris c. France*, 7 février 2013, req. n°16574/08.

Cour EDH, Affaire *Krisztián Barnabás Tóth c. Hongrie*, 12 février 2013, req. n°48494/06.

Cour EDH, Affaire *B. c. Roumanie*, 19 février 2013, req. n°1285/03.

Cour EDH, GC, Affaire *X et autres c. Autriche*, 19 février 2013, req. n°19010/07.

Cour EDH, Affaire *Yefimova c. Russie*, 19 février 2013, req. n°39786/09.

Cour EDH, GC, Affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, req. n°48876/08.

Cour EDH, déc., Affaire *Lohuis et autres c. Pays-Bas*, 30 avril 2013, req. n°37265/10.

Cour EDH, Affaire *Shindler c. Royaume-Uni*, 7 mai 2013, req. n°19840/09.

Cour EDH, Affaire *Anchugov et Gladkov c. Russie*, 4 juillet 2013, req. n°11157/04 et al.

Cour EDH, Affaire *Vona c. Hongrie*, 9 juillet 2013, req. n°35943/10.

Cour EDH, GC, Affaire *Allen c. Royaume-Uni*, 12 juillet 2013, req. n°25424/09.

Cour EDH, Affaire *Remuszko c. Pologne*, 16 juillet 2013, req. n°1562/10.

Cour EDH, Affaire *Lebedev c. Russie*, 25 juillet 2013, req. n°4493/04.

Cour EDH, Affaire *Rousk c. Suède*, 25 juillet 2013, req. n°27183/04.

Cour EDH, Affaire *Henri Rivière et autres c. France*, 27 juillet 2013, req. n°46460/10.

Cour EDH, Affaire *Dmitriy Ryabov c. Russie*, 1^{er} août 2013, req. n°33774/08.

Cour EDH, Affaire *Von Hannover c. Allemagne (N° 3)*, 19 septembre 2013, req. n°8772/10.

Cour EDH, Affaire *Winterstein et autres c. France*, 17 octobre 2013, req. n°27013/07.

Cour EDH, GC, Affaire *Del Río Prada c. Espagne*, 21 octobre 2013, req. n°42750/09.

Cour EDH, GC, Affaire *X. c. Lettonie*, 26 novembre 2013, req. n°27853/09.

Cour EDH, Affaire *Ringier Axel Springer Slovakia, A. S. c. Slovaquie*, 7 janvier 2014, req. n°21666/09.

Cour EDH, Affaire *Ojala et Etukeno Oy c. Finlande*, 14 janvier 2014, req. n°69939/10.

Cour EDH, Affaire *Lillo-Stenberg et Sæther c. Norvège*, 16 janvier 2014, req. n°13258/09.

Cour EDH, Affaire *Jalbă c. Roumanie*, 18 février 2014, req. n°43912/10.

Cour EDH, déc., Affaire *Lolo c. Pologne*, 11 mars 2014, req. n°11503/12.

Cour EDH, Affaire *Beraru c. Roumanie*, 18 mars 2014, req. n°40107/04.

Cour EDH, GC, Affaire *Vučković et autres c. Serbie*, 25 mars 2014, req. n°17153/11, et al.

Cour EDH, Affaire *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Royaume-Uni*, 8 avril 2014, req. n°31045/10.

Cour EDH, Affaire *Z. J. c. Lituanie*, 29 avril 2014, req. n°60092/12.

Cour EDH, Affaire *Buchs c. Suisse*, 27 mai 2014, req. n°9929/12.

Cour EDH, Affaire *De la Flor Cabrera c. Espagne*, 27 mai 2014, req. n°10764/09.

Cour EDH, Affaire *Mustafa Erdogan et autres c. Turquie*, 27 mai 2014, req. n°346/04.

Cour EDH, Affaire *Gabashvili c. Russie*, 26 juin 2014, req. n°39428/12.

Cour EDH, Affaire *Menesson c. France*, 26 juin 2014, req. n°65192/11.

Cour EDH, GC, Affaire *S. A. S. c. France*, 1 juillet 2014, req. n°43835/11.

Cour EDH, GC, Affaire *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, 17 juillet 2014, req. n°47848/08.

Cour EDH, Affaire *Al Nashiri c. Pologne*, 24 juillet 2014, req. n°28761/11.

Cour EDH, Affaire *Husayn (Abu Zubaydah) c. Pologne*, 24 juillet 2014, req. n°7511/13.

Cour EDH, Affaire *C. W. c. Suisse*, 23 septembre 2014, req. n°67725/10.

Cour EDH, GC, Affaire *Gross c. Suisse*, 30 septembre 2014, req. n°67810/10.

Cour EDH, Affaire *Matúz c. Hongrie*, 21 octobre 2014, req. n°73571/10.

Cour EDH, Affaire *Shvydka c. Ukraine*, 30 octobre 2014, req. n°17888/12.

Cour EDH, déc., Affaire *Romanazzi et autres c. Italie*, 4 novembre 2014, req. n°18931/09.

Cour EDH, Affaire *Gybels c. Belgique*, 18 novembre 2014, req. n°43305/09.

Cour EDH, Affaire *Bochan c. Ukraine (N° 2)*, 5 février 2015, req. n°22251/08.

Cour EDH, Affaire *Kurt c. Belgique*, 17 février 2015, req. n°17663/10.

Cour EDH, Affaire *Gal c. Ukraine*, 16 avril 2015, req. n°6759/11.

Cour EDH, GC, Affaire *Lambert et autres c. France*, 5 juin 2015, req. n°46043/14.

Cour EDH, Affaire *Ruslan Yakovenro c. Ukraine*, 6 juin 2015, req. n°5425/11.

Cour EDH, Affaire *Rutkowski et autres c. Pologne*, 7 juillet 2015, req. n°72287/10.

Cour EDH, GC, Affaire *Roman Zakharov c. Russie*, 4 décembre 2015, req. n°47143/06.

Cour EDH, Affaire *Miracle Europe KFT c. Hongrie*, 12 janvier 2016, req. n°57774/13.

Cour EDH, Affaire *Duong c. République Tchèque*, 14 janvier 2016, req. n°21381/11.

Cour EDH, Affaire *Nasr et Ghali c. Italie*, 23 février 2016, req. n°44883/09.

Cour EDH, Affaire *Vasileva c. Bulgarie*, 17 mars 2016, req. n°23796/10.

Cour EDH, Affaire *Sousa Goucha c. Portugal*, 22 mars 2016, req. n°70434/12.

Cour EDH, GC, Affaire *Blokhin c. Russie*, 23 mars 2016, req. n°47152/06.

Cour EDH, GC, Affaire *Bédât c. Suisse*, 29 mars 2016, req. n°56925/08.

Cour EDH, GC, Affaire *Karácsony et autres c. Hongrie*, 17 mai 2016, req. n°42461/13 et al.

Cour EDH, Affaire *Baka c. Hongrie*, 23 juin 2016, req. n° 20261/12.

Cour EDH, Affaire *Ibrahim et autres c. Royaume-Uni*, 13 septembre 2016, req. n°5054/08 et al.

Cour EDH, GC, Affaire *Lhermitte c. Belgique*, 29 novembre 2016, req. n°34238/09.

Cour EDH, Affaire *Savatin c. Roumanie*, 13 décembre 2016, req. n°49588/13.

Cour EDH, GC, Affaire *Khlaifia et autres c. Italie*, 15 décembre 2016, req. n°16483/12.

Cour EDH, Affaire *Posevini c. Bulgarie*, 19 janvier 2017, req. n°63638/14.

Cour EDH, Affaire *D. M. c. Grèce*, 16 février 2017, req. n°44559/15.

Cour EDH, GC, Affaire *De Tommaso c. Italie*, 23 février 2017, req. n°43395/09.

Cour EDH, Affaire *Lovrić c. Croatie*, 4 avril 2017, req. n°38458/15.

Cour EDH, Affaire *Simeonovi c. Bulgarie*, 12 mai 2017, req. n°21980/04.

Cour EDH, Affaire *Davydov et autres c. Russie*, 30 mai 2017, req. n°75947/11.

Cour EDH, déc., Affaire *Köksal c. Turquie*, 6 juin 2017, req. n°70478/16.

Cour EDH, Affaire *Cheltsova c. Russie*, 13 juin 2017, req. n°44294/06.

Cour EDH, Affaire *Belcacemi et Oussar c. Belgique*, 11 juillet 2017, req. n°37798/13.

Cour EDH, GC, Affaire *Moreira Ferreira c. Portugal (No. 2)*, 11 juillet 2017, req. n°19867/12.

Cour EDH, Affaire *Oravec c. Croatie*, 11 juillet 2017, req. n°51249/11.

Cour EDH, GC, Affaire *Burmych et autres c. Ukraine*, 12 octobre 2017, req. n°46852/13 et al.

Cour EDH, GC, Affaire *Garib c. Pays-Bas*, 6 novembre 2017, req. n°43494/09.

Cour EDH, Affaire *Merabishvili c. Géorgie*, 28 novembre 2017, req. 72508/13.

Cour EDH, GC, Affaire *Moreira Ferreira c. Portugal (n°2)*, 11 décembre 2017, req. n°19867/12.

Cour EDH, Affaire *Bogossyan c. Russie*, 9 janvier 2018, req. n°47230/11.

Cour EDH, déc., Affaire *Meslot c. France*, 9 janvier 2018, req. n°50538/12.

Cour EDH, Affaire *Aydoğan Et Dara Radyo Televizyon Yayincilik Anonim Sirketi c. Turquie*, 13 février 2018, req. n°12261/06.

Cour EDH, GC, Affaire *Nait-Liman c. Suisse*, 15 mars 2018, req. n°51357/07.

Cour EDH, GC, Affaire *Correia de Matos c. Portugal*, 4 avril 2018, req. n°56402/12.

Cour EDH, GC, Affaire *Zubac c. Croatie*, 5 avril 2018, req. n°40160/12.

Cour EDH, Affaire *Paci c. Belgique*, 17 avril 2018, req. n°45597/09.

Cour EDH, Affaire *Al Nashiri c. Roumanie*, 31 mai 2018, req. n°33234/12.

Cour EDH, Affaire *Fondation Zehra et autres c. Turquie*, 10 juillet 2018, req. n°51595/07.

Cour EDH, GC, Affaire *Denisov c. Ukraine*, 25 septembre 2018, req. n°76639/11.

Cour EDH, Affaire *E. S. c. Autriche*, 25 octobre 2018, req. n°38450/12.

Cour EDH, GC, Affaire *Ramos Nunes de Carvalho e Sá c. Portugal*, 6 novembre 2018, req. n°55391/13 et al.

Cour EDH, Affaire *Selahattin Demirtaş c. Turquie (N°2)*, 20 novembre 2018, req. n°14305/17.

Cour EDH, déc., Affaire *Cătănciu c. Roumanie*, 6 décembre 2018, req. n°22717/17.

Cour EDH, Affaire *Altinkaynak et autres c. Turquie*, 15 janvier 2019, req. n°12541/06.

Cour EDH, GC, Affaire *Fernandes de Oliveira c. Portugal*, 31 janvier 2019, req. n°78103/19.

Cour EDH, GC, Affaire *Mihalache c. Roumanie*, 8 juillet 2019, req. n°54012/10.

Cour EDH, GC, Affaire *López Ribalda et autres c. Espagne*, 17 octobre 2019, req. n°1874/13 et al.

- **2020-...**

Cour EDH, Affaire *Paixão Moreira Sá Fernandes c. Portugal*, 25 février 2020, req. n°78108/14.

Cour EDH, Affaire *Association Innocence en danger et Association Enfance et Partage c. France*, 4 juin 2020, req. n°15343/15 et al.

Cour EDH, Affaire *Miljević c. Croatie*, 25 juin 2020, req. n°68317/13.

Cour EDH, Affaire *Muhammad Saqawat c. Belgique*, 30 juin 2020, req. n°54962.

Cour EDH, Affaire *Saqueti Iglesias c. Espagne*, 30 juin 2020, req. n°50514/13.

Cour EDH, Affaire *Monica Macovei c. Roumanie*, 28 juillet 2020, req. n°53028/14.

Cour EDH, GC, Affaire *Muhammad et Muhammad c. Roumanie*, 15 octobre 2020, req. n°80982/12.

Cour EDH, Affaire *Alptekin et autres c. Turquie*, 17 novembre 2020, req. n°27466/12.

Cour EDH, GC, Affaire *Guðmundur Andri Ástráðsson c. Islande*, 1^{er} décembre 2020, req. n°26374/18.

Cour EDH, Affaire *Dakhkilgov c. Russie*, 8 décembre 2020, req. n°34376.

Cour EDH, Affaire *Selahattin Demirtaş c. Turquie (N°3)*, 22 décembre 2020, req. n°14305/17.

Cour EDH, déc., Affaire *Skorobogatov c. Russie*, 19 janvier 2021, req. n°76598/14.

Cour EDH, Affaire *Carvalho Basso c. Portugal*, 4 février 2021, req. n°73053/14 et al.

Cour EDH, Affaire *Bilgen c. Turquie*, 9 mars 2021, req. n°1571/07.

Cour EDH, déc., Affaire *A. S. et autres c. Italie*, 13 avril 2021, req. n°46382/13.

Cour EDH, Affaire *Xero Flor w Polsce sp. z. o. o. c. Pologne*, 5 mai 2021, req. n°4907/18.

Cour EDH, GC, Affaire *Big Brother Watch et autres c. Royaume-Uni*, 25 mai 2021, req. n°58170/13 et al.

Cour EDH, GC, Affaire *Centrum för Rättvisa c. Suède*, 25 mai 2021, req. n°35252/08.

Cour EDH, Affaire *Broda et Bojara c. Pologne*, 29 juin 2021, req. n°26691/18 et al.

Cour EDH, Affaire *Tercan c. Turquie*, 29 juin 2021, req. n°6158/18.

Cour EDH, Affaire *Reczkowicz c. Pologne*, 22 juillet 2021, req. n°43447/19.

Cour EDH, Affaire *Associazione Politica Nazionale Lista Marco Pannella et Radicali Italiani c. Italie*, 31 août 2021, req. n°20002/13.

Cour EDH, Affaire *Z. B. c. France*, 2 septembre 2021, req. n°46883/15.

Cour EDH, déc., Affaire *Camilleri c. Malte*, 19 octobre 2021, req. n°16101/18.

Cour EDH, Affaire *Dolińska-Ficek et Ozimek c. Pologne*, 8 novembre 2021, req. n°49868/19 et al.

Cour EDH, Affaire *Ali Riza c. Suisse*, 22 novembre 2021, req. n°74989/11.

Cour EDH, Affaire *Avci c. Danemark*, 30 novembre 2021, req. n°40240/19.

Cour EDH, Affaire *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, 15 mars 2022, req. n°21881/20.

Cour EDH, GC, Affaire *Grzęda c. Pologne*, 15 mars 2022, req. n°43572.

Cour EDH, Affaire *Karimbayev c. Russie*, 31 mars 2022, req. n°26627/05.

Cour EDH, Affaire *Zurek c. Pologne*, 16 juin 2022, req. n°39650/18.

Cour EDH, GC, Affaire *H. F. c. France*, 14 septembre 2022, req. n°24384/19 et al.

Cour EDH, Affaire *Mortier c. Belgique*, 4 octobre 2022, req. n°78017/17.
Cour EDH, GC, Affaire *Beeler c. Suisse*, 11 octobre 2022, req. n°78630/12.
Cour EDH, Affaire *Stancu et autres c. Roumanie*, 18 octobre 2022, req. n°22953/16.
Cour EDH, Affaire *Kalda c. Estonie (N°2)*, 6 décembre 2022, req. n°14581/20.
Cour EDH, Affaire *Machalikashvili et autres c. Géorgie*, 19 janvier 2023, req. n°32245/19.
Cour EDH, Affaire *B. Y. c. Grèce*, 26 janvier 2023, req. n°60990/14.
Cour EDH, Affaire *L. B. c. Hongrie*, 9 mars 2023, req. n°36345/16.
Cour EDH, GC, Affaire *Sanchez c. France*, 15 mai 2023, req. n°45581/15.
Cour EDH, Affaire *Demirtaş et Yüksekdağ Şenoğlu c. Turquie*, 6 juin 2023, req. n°10207/21 et al.
Cour EDH, Affaire *Mazowiecki c. Pologne*, 8 juin 2023, req. n°34734/13.
Cour EDH, Affaire *Baydemir c. Turquie*, 13 juin 2023, req. n°234456/18.

b) Avis consultatifs

Cour EDH, Collège de la GC, Avis consultatif, *Avis consultatif relatif à la reconnaissance en droit interne d'un lien de filiation entre un enfant né d'une gestation pour autrui pratiquée à l'étranger et la mère d'intention*, 10 avril 2019, req. n°P16-2018-001.

Cour EDH, Collège de la GC, Avis consultatif, déc., *Décision relative à une demande d'avis consultatif formée en vertu du Protocole n°16 concernant l'interprétation des articles 2, 3 et 6 de la Convention*, 14 décembre 2020, req. n°P16-2020-001.

Cour EDH, Collège de la GC, Avis consultatif, *Avis consultatif concernant l'appréciation de la proportionnalité, sous l'angle de l'article 3 du Protocole n° 1 à la Convention, d'une interdiction générale pour une personne de se porter candidate à une élection après une destitution dans le cadre d'une procédure d'impeachment*, 8 avril 2022, req. n°P16-2020-002.

Cour EDH, Collège de la GC, Avis consultatif, *Avis consultatif sur le statut et les droits procéduraux d'un parent biologique dans la procédure d'adoption d'un adulte*, 13 avril 2023, req. n°P16-2022-001.

Cour EDH, Collège de la GC, Avis consultatif, *Avis consultatif sur le statut et les droits procéduraux d'un parent biologique dans la procédure d'adoption d'un adulte*, 13 avril 2023, req. n°P16-2022-001.

c) Opinions de juges

. .

Cour EDH, Affaire *Şirin Yilmaz c. Turquie*, 29 juillet 2004, req. n°35875/97, Opinion partiellement dissidente de la Juge Tulkens.

Cour EDH, GC, Affaire *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, req. n°48876/08, Opinion dissidente de la Juge Tulkens, à laquelle se rallient les Juges Spielmann et Laffranque.

Cour EDH, Affaire *Grămadă c. Roumanie*, 11 février 2014, req. n°14974/09, Opinion dissidente commune aux Juges Silvis et Motoc.

Cour EDH, GC, Affaire *Correia de Matos c. Portugal*, 4 avril 2018, req. n°56402/12, Opinion dissidente du Juge Pinto De Albuquerque à laquelle se rallie le juge Sajó.

Cour EDH, Affaire *Pasquini c. Saint-Marin*, 2 mai 2019, req. n°50956/16, Opinion partiellement dissidente et partiellement concordante des Juges Wojtyczek, Eicke et Ilievski.

Cour EDH, Affaire *D. c. France*, 16 juillet 2020, req. n°11288/18, Opinion concordante de la Juge O'Leary.

Cour EDH, Affaire *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, 15 mars 2022, req. n°21881/20, Opinion concordante du Juge Krenc à laquelle se rallie le juge Pavli.

Cour EDH, Affaire *Kalda c. Estonie (N°2)*, 6 décembre 2022, req. n°14581/20, Opinion dissidente du Juge Serghides.

2. Jurisprudence du système interaméricain de protection des droits de l'homme

Cour IADH, Affaire *Almonacid Arellano et autres c. Chili* (Fond et réparations), 26 septembre 2006, Série C n° 154.

Cour IADH, Affaire *Personnes dominicaines et haïtiennes expulsées c. République Dominicaine*, 28 août 2014, Série C n°282.

3. Jurisprudence du système conventionnel onusien

CCPR, Affaire *Ilmari Länsman c. Finlande*, 26 octobre 1994, communication n°511/1992.

CCPR : CCPR, *Mlle Marie-Hélène Gillot et al. c. France*, 2002, com. n°932/2000, CCPR/C/75/D/932/2000.

CCPR, Affaire *Hisham Abushaala c. Libye*, 21 juin 2013, communication n°1913/2009, CCPR/C/107/D/1913/2009.

CCPR, Affaire *Slimane Mechani c. Algérie*, 5 juillet 2013, communication n°1807/2008, CCPR/C/107/D/1807/2008.

CCPR, Affaire *Mustapha Saadoun c. Algérie*, 9 juillet 2013, communication n°n°1806/2008, CCPR/C/107/D/1806/2008.

CCPR, Affaire *Dorin Seremet et autres c. République de Moldavie*, 21 octobre 2021, com. n°3278/2018, UN doc. CCPR/C/133/D/3278/2018.

4. Jurisprudence du système de l'Union Européenne

CJUE, GC, Affaire *Kadi et Al Barakaat c. Conseil de l'Union européenne*, 3 septembre 2008, req. n° C-402/05 P et C-415/05 P.

D. Normes nationales

a) Jurisprudence française

Conseil constitutionnel français, Décision DC, *Décision sur la loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, 15 janvier 1975, déc. n°74-54, recueil.

b) Jurisprudence belge

Cour constitutionnelle belge, affaire du 30 avril 2003, arrêt n°51/2003.

c) Législation irlandaise

Irlande, *Protection of Life During Pregnancy Act*, Loi n°35, projet n°66, 2013.

II. DOCUMENTS GOUVERNEMENTAUX ET INTERGOUVERNEMENTAUX

A. Documents du Conseil de l'Europe

1. Le Conseil de l'Europe

CE, *Recueil des Travaux préparatoires de la Convention européenne des Droits de l'Homme*, volume 2, 1975-1985, pp. 485 et 490.

CE, *Rapport explicatif du Protocole No. 7 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, adopté à Strasbourg le 22 novembre 1984.

CE, *Rapport explicatif du Protocole n°16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales*, adopté à Strasbourg le 2 octobre 2013.

CE, *La réforme de la Convention européenne des droits de l'homme : Interlaken, Izmir, Brighton et au-delà. Une compilation d'instruments et de textes relatifs à la réforme actuelle de la CEDH*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 2014.

2. La Cour européenne des droits de l'homme

Cour EDH, *Contribution of the Court to the Brussels Conference*, 26 janvier 2015.

B. Documents gouvernementaux

Sénat français, *Rapport d'information fait au nom de la mission d'information (I) sur le thème : « La judiciarisation de la vie publique : une chance pour l'État de droit ? Une mise en question de la démocratie représentative ? Quelles conséquences sur la manière de produire des normes et leur hiérarchie ? »*, session ordinaire 2021-2022, 29 mars 2022.

III. DOCTRINE

A. Manuels, monographies et thèses

AILINCAI Mihaela, *Le suivi du respect des droits de l'homme au sein du Conseil de l'Europe, Contribution à la théorie du contrôle international*, Paris, Édition Pedone, 2012.

ALLAND Denis, *Manuel de droit international public*, Paris, Édition PUF, 9^{ème} édition refondue, 2022.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, *La Convention européenne des droits de l'homme*, Issy-Les-Moulineaux, LGDJ, Édition Lextenso, 3^{ème} édition, 2019.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme in context, La justice qui n'allait pas de soi*, Paris, Édition A. Pedone, 2^{ème} édition, 2023.

CHAMPEIL-DESPLATS Véronique, LOCHAK Danièle (dir.), *À la recherche de l'effectivité des droits de l'Homme*, Paris, Édition Presses Universitaires de Paris 10, 2008.

CHASSIN Catherine-Amélie, *La portée de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Édition Bruylant, 2006.

CHRISTOFFERSEN Jonas, *Fair Balance: Proportionality and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden, Édition *Martinus Nijhoff Publishers*, 2009.

CORNU Gérard (dir.), *Vocabulaire juridique*, Association *Henri Capitant*, Paris, Édition *PUF*, 12^{ème} édition mise à jour par M. Cornu, M. Goré, Y. Lequette et al., 2018.

COUSSIRAT-COUSTÈRE Vincent, *La contribution des organisations internationales au contrôle des obligations conventionnelles des États*, thèse, Paris, Université Paris II, 1979.

DUPUY Pierre-Marie, KERBRAT Yann, *Droit international public*, Paris, Édition *Dalloz*, 2022.

ELY John Hart, *Democracy and Distrust, A Theory of Judicial Review*, Cambridge, Édition *Harvard University Press*, 1980.

FØLLESDAL Andreas, PETERS Birgit, ULFSTEIN Geir (dir.), *Constituting Europe*, Cambridge, Édition *Cambridge University Press*, 2013.

GERARDS Janneke, BREMS Eva (dir.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases*, Cambridge, Édition *Cambridge University Press*, 2017.

GERARDS Janneke, FLEUREN Joseph (dir.), *Implementation of the European Convention on Human Rights and of the Judgments of the ECtHR in National Case-Law: A Comparative Analysis*, Cambridge, Édition *Intersentia*, 2013.

HUIJBERS Leonie, *Process-based Fundamental Rights Review*, Cambridge, Édition *Cambridge University Press*, 2021.

HUNT Murray, HOOPER Hayley, YOWELL Paul (dir.), *Parliaments and Human Rights: Redressing the Democratic Deficit*, Oxford, Édition *Hart Publishers*, 2015.

KESSEDJIAN Catherine, *Le droit international collaboratif*, Paris, Édition *Pedone*, 2016.

LAURAIRE Trystan, *La prééminence du droit en droit positif*, thèse, Marseille, Édition Presse Universitaires d'Aix-Marseille, 2021.

LE BONNIEC Nina, *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 Convention européenne des droits de l'homme*, thèse, Bruxelles, Édition Bruylant, 2017.

MADELAINÉ Colombine, *La technique des obligations positives en droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Édition Dalloz, 2014.

MILANO Laure, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, collection Nouvelles bibliothèques de Thèses, Édition Dalloz, 2006.

MUZNY Petr, *La technique de proportionnalité et le juge de la Convention européenne des droits de l'homme. Essai sur un instrument nécessaire dans une société démocratique*, thèse, Marseille, Université Cézanne-Aix Marseille III, Faculté de droit et de Science politique, édition PUAM, 2005.

POPELIER Patricia, MAZMANYAN Armen, VANDENBRUWAENE Werner (dir.), *The Role of Constitutional Courts in Multilevel Governance*, Cambridge, Édition Intersentia, 2013.

SUDRE Frédéric, *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Édition Nemesis, n°108, 2014.

SUDRE Frédéric, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, Édition PUF Thémis, 10^{ème} édition mise à jour, 2022.

TROPER Michel, CHAGNOLLAUD Dominique (dir.), *Traité international de droit constitutionnel : Théorie de la Constitution*, Paris, Édition Dalloz, 2012.

VASAK Karel, *Karel Vasak Amicorum Liber. Les droits de l'homme à l'aube du XXI^e siècle*, Bruxelles, Édition Bruylant, 1999.

VILJANEN Jukka, *The European Court of Human Rights as a Developer of the General Doctrines of Human Rights Law – A Study of the Limitation Clauses of the European Convention on Human Rights*, Tampere, Tampere University Press, 2003.

B. Ouvrages collectifs

COLLECTIF, *Les droits de l’homme à la croisée des droits. Mélanges en l’honneur de Frédéric Sudre*, Paris, Édition Lexis Nexis, 2018.

COLLECTIF, *Les droits de l’homme au seuil du troisième millénaire. Mélanges en hommage à Pierre Lambert*, Bruxelles, Édition Bruylant, 2000.

D’ARGENT Pierre, BONAFÉ Béatrice, COMBACAU Jean (dir.), *Les limites du droit international. Essai en l’honneur de Joe Verhoeven*, Bruxelles, Édition Bruylant, 2014.

FRIDRIK KJØLBRO Jon, O’LEARY Síofra, TSIRLI Marialena (dir.), *Liber Amicorum Robert Spano*, Limal, Édition Anthemis, 2022.

C. Articles

ACKERMAN Ben, « Beyond Carolene Products », *Harvard Law School Review*, volume 98, 1985, pp. 713-746.

AFROUKH Mustapha, « L’identification d’une tendance récente à l’objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l’homme », *Revue du droit public*, volume n°5, 2015, pp. 1357-1366.

ARNARDÓTTIR Oddný Mjöll, « Organised Retreat? The Move from “Substantive” to “Procedural” Review in the ECtHR’s Case Law on the Margin of Appreciation’ », *European Society of International Law Conference Paper*, volume 5(4), 2015, pp. 1-23.

ARNARDÓTTIR Oddný Mjöll, « Rethinking the Two Margins of Appreciation », *European Constitutional Law Review*, volume 12, 2016, pp. 27-53.

ARNARDÓTTIR Oddný Mjöll, « The “procedural turn” under the European Convention on Human Rights and presumptions of Convention compliance », *Oxford University Press and New York University of Law*, 2017, pp. 9-35.

BAR-SIMAN-TOV Ittai, « The Puzzling Resistance to Judicial Review of the Legislative Process », *Boston University Law Review*, volume 91, 2011, pp. 1915-1923.

BESSON Samantha, « L'évolution du contrôle européen : vers une subsidiarité toujours plus subsidiaire », *American Journal of Jurisprudence*, Numéro spécial sur la subsidiarité, 2016, pp. 57-82.

BOUCHET Martine, « L'utilisation du contrôle de proportionnalité par la Cour de cassation en droit pénal de fond », *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, n°3, 2017, pp. 495-506.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Chronique d'une théorie en vogue en Amérique latine. Décryptage du discours doctrinal sur le contrôle de conventionnalité », *Revue française de droit constitutionnel*, volume n°100, 2014, pp. 831-863.

CANDIA-FALCON Gonzalo, « *The rule of Law and the Inter-American Court of Human Rights* », *Dikaion*, volume 24, n°2, 2015, pp. 225-252.

CHARPENTIER Jean, « Le contrôle par les organisations internationales de l'exécution des obligations des États », *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, volume IV, 1983, pp. 143-245.

COHEN-ELIYA Moshe, PORAT Iddo, « American balancing and German proportionality: The historical origins », *International Journal of Constitutional Law*, volume 8, issue 2, 2010, pp. 263-286.

CUMPER Peter, LEWIS Tom, « Blanket bans, subsidiarity, and the procedural turn of the European Court of Human Rights », *British Institute of International and Comparative Law*, volume 68, 2019, pp. 611-638.

DUBOUT Edouard, « La procéduralisation des obligations relatives aux droits fondamentaux substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme », *RTDH*, n°70, 2007, pp. 397-425.

GARCIA ROCA Javier, « Déférence internationale, imprécision de la marge nationale d'appréciation et procédure raisonnable de décision », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, volume n°121, 2020, pp. 71-105.

GAUTHIER Catherine, « L'entrée en vigueur du Protocole n°16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, entre espérances et questionnements... », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, n°1, 2019, n°117, pp. 43-65.

GUYOMAR Mattias, « La Cour européenne des droits de l'homme, garante du respect du principe de proportionnalité : le contrôle du contrôle », in *École nationale de la Magistrature, Le contrôle de proportionnalité*, *Revue Justice Actualités*, n°24, décembre 2020, pp. 15-20.

HARBO Tor-Inge, « Introducing Procedural Proportionality Review in European Law », *Leiden Journal of International Law*, volume 30, pp. 25-47.

HUIJBERS Leonie, « Procedural-Type Review: A More Neutral Approach to Human Rights Protection by the European Court of Human Rights? », *European Society of International Law Conference Paper Series*, volume 9, 2017, pp. 1-23.

HUSSON-ROCHCONGAR Céline, « La redéfinition permanente de l'État de droit par la Cour européenne des droits de l'homme », *Civitas Europa*, volume 37, n°2, 2016, pp. 183-220.

KLEINLEIN Thomas, « The procedural approach of the European Court of Human Rights: Between subsidiarity and dynamic evolution », *British Institute of International and Comparative Law*, volume 68, 2019, pp. 91-110.

KOPELMANAS Lazare, « Le contrôle international », *Recueil des cours de l'Académie de La Haye*, volume II, 1950, pp. 59-149.

LUSKY Louis, « Footnote Redux: A Carolene Products Reminiscence », *Columbia Law Review*, volume 82, 1982, pp. 1093-1109.

MADSEN Mikael Rask, « Rebalancing European Human Rights: Has the Brighton Declaration Engendered a New Deal on Human Rights in Europe? », *Journal of International Dispute Settlement*, volume 9, issue 2, 2018, pp. 199-222.

MADSEN Mikael Rask, « "Unity in Diversity" Reloaded: The European Court of Human Rights' Turn to Subsidiarity and its Consequences », *The Law & Ethics of Human Rights*, 2021, pp. 93-123.

MÔLLER Kai, « Proportionality: Challenging the critics », *International Journal of Constitutional Law*, volume 10, issue 3, 2012, pp. 709-731.

ROMAINVILLE Céline, « La protection de l'État de droit par la Convention européenne des droits de l'Homme – la Cour Européenne et l'exigence de légalité », *Revue des droits et libertés fondamentaux*, chronique n°33, 2019, pp. 1-36.

ROUVIÈRE Frédéric, « Existe-t-il une méthode du contrôle de proportionnalité ? », in École nationale de la Magistrature, *Le contrôle de proportionnalité*, Revue *Justice Actualités*, n°24, décembre 2020, pp. 35-40.

SAUL Matthew, « The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments », *Human Rights Law Review*, n°15, 2015, pp. 745-774.

SPANO Robert, « Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Rights Law Review*, 14, 2014, pp. 487-502.

SPANO Robert, « The Future of the European Court of Human Rights– Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law », *Human Rights Law Review*, volume 18, 2018, pp. 473-494.

SPANO Robert, « The rule of law as the lodestar of the European Convention on Human Rights: The Strasbourg Court and the independence of the judiciary », *European Law Journal*, volume 27, Issue 1-3, 2021, pp. 211-227.

SUDRE Frédéric, « Chronique de droit de la Convention européenne des droits de l'homme », *JCP G*, volume 1, n°160, 2003.

SUDRE Frédéric, « La subsidiarité, “nouvelle frontière” de la Cour européenne des droits de l’homme - A propos des Protocoles 15 et 16 à la Convention », *La Semaine Juridique Édition Générale* n°42, doctrine n°1086, 2013, pp. 1912-1920.

TRIBE Laurence, « The Puzzling Persistence of Process-Based Constitutional Theories », *Yale Law Journal*, volume 89, 1980, pp. 1063-1080.

TRYKHLIB Kristina, « The principle of proportionality in the jurisprudence of the European Court of human rights », *EU and Comparative Law Issues and Challenges*, Série (ECLIC), Issue 4, 2022, pp. 129-154.

TULKENS Françoise, « La Cour européenne des droits de l’homme et la déclaration de Brighton. Oublier la réforme et penser l’avenir », *Cahiers de droit européen*, 2013, pp. 305-343.

TUSHNET Mark Victor, « New Forms of Judicial Review and the Persistence of Rights- and Democracy-based worries », *Wake Forest Law Review*, volume 38, 2003, pp. 813-838.

D. Discours

SPANO Robert, « *The significance of the European Convention at the national level* », Stockholm, 28 octobre 2011.

SPIELMANN Dean, « Allowing the Right Margin: The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review? », Heidenberg, *Max Planck Institute Comparative Public Law and International Law*, 2013.

SPIELMANN Dean, *Discours du Président Dean Spielmann*, Séminaire Tribunal constitutionnel, Madrid, 22 mai 2015.

E. Conférences, colloques, cours magistraux

SPIELMANN Dean, « Whither the Margin of Appreciation », *UCL – Current Legal Problems (CLP)*, 20 mars 2014, pp. 1-13.

F. Sites internet

1. Sites internet de ressources institutionnelles

CE, *Mécanismes de monitoring* [en ligne], in *Conseil de l'Europe*. Disponible sur <<https://www.coe.int/fr/web/human-rights-rule-of-law/monitoring-mechanism>>.

CE, « Violation par article et par État 2022 » [en ligne], in *Conseil de l'Europe*. Disponible sur <https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/Stats_violation_2022_FRA>.

2. Sites internet de ressources doctrinales

HUIJBERS Leonie, « Process-based fundamental rights review: what about the applicant? », *Montaigne Centre Blog*, Université d'Utrecht [en ligne], in *Blog Montaigne Centre*. Disponible sur <<https://blog.montaignecentre.com/en/process-based-fundamental-rights-review-what-about-the-applicant-2/>>.

PALLUEL Christelle, « La prévention des violations dans le droit de la CEDH : entre effectivité et efficacité » [en ligne], in *Jurisdoctoria*. Disponible sur <https://www.jurisdoctoria.net/2017/03/la-prevention-des-violations-dans-le-droit-de-la-cedh-entre-effectivite-et-efficacite/#_ftn107>.

SCACCIA Gino, « Proportionality and the Balancing of Rights in the Case-law of European Courts » [en ligne], in *Federalismi*. Disponible sur <<https://www.sipotra.it/wp-content/uploads/2019/03/Proportionality-and-the-Balancing-of-Rights-in-the-Case-law-of-European-Courts.pdf>>.

VAN DROOGHENBROECK, Sébastien, DELGRANGE, Xavier, « Le principe de proportionnalité : retour sur quelques espoirs déçus », *Revue du droit des religions*, 7, 2019, pp. 41-61 [en ligne], disponible sur <<https://journals.openedition.org/rdr/290>>.

3. Sites internet de ressources textuelles

Monitoring [en ligne], in *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*. Disponible sur <<https://www.cnrtl.fr/definition/monitoring>>.

Mutation [en ligne], in *Centre National de Ressources Textuelles et Lexicales*. Disponible sur <<https://www.cnrtl.fr/definition/mutation#:~:text=1.,conversion%2C%20transformation>>.