



Convention européenne des droits de l’homme et contrôle de la loi

Thibaut Larroutourou

ABSTRACT

From the point of view of the European Convention on Human Rights, the law is not a legal act like any other: it enjoys a special status, marked both by the absence of control by the Court, at least in principle, and by the absence of any obligation on national courts to check its compatibility with the rights and liberties guaranteed by the Convention. However, at both national and European level, several recent developments raise questions about this special status and about a possible evolution of Strasbourg case-law in this area.

RÉSUMÉ

Du point de vue du droit de la Convention européenne des droits de l’homme, la loi n’est pas un acte juridique comme les autres : elle bénéficie d’un statut particulier, marqué tant par l’absence de contrôle de la part de la Cour, du moins en principe, que par l’absence d’obligation pesant sur les juges nationaux de vérifier sa compatibilité avec les droits et libertés garantis par la Convention. Pourtant, au niveau national comme au niveau européen, plusieurs évolutions récentes invitent à s’interroger sur ce statut particulier et sur une éventuelle évolution de la jurisprudence strasbourgeoise en la matière.

MOTS-CLÉS :

Convention européenne des droits de l’homme – contrôle de la loi – Cour européenne des droits de l’homme – juridictions nationales – Protocole n° 16

Pour citer l’article :

Thibaut Larroutourou, « Convention européenne des droits de l’homme et contrôle de la loi », *Europe des Droits & Libertés / Europe of Rights & Liberties*, mars 2022/1, n° 5, pp. 166-180.

La reproduction ou représentation de cet article n’est autorisée que dans les limites des conditions générales d’utilisation du site de *l’Europe des Droits & Libertés/Europe of Rights & Liberties*. Toute autre reproduction ou représentation, en tout ou partie, sous quelque forme et quelque manière que ce soit, est interdite sauf accord préalable et écrit de l’éditeur, en dehors des cas prévus par la législation en vigueur en France.

© 2022 Europe des Droits & Libertés / Europe of Rights & Liberties

Convention européenne des droits de l'homme et contrôle de la loi

Thibaut Larroutourou*

Tel État « doit réformer sa législation sur la tutelle légale des personnes déficientes mentales »¹ ; tel autre se voit notifier des « modifications législatives requises de toute urgence »²... Certains communiqués de presse de la Cour européenne des droits de l'homme publiés dans les dernières semaines de l'année 2021 peuvent semer la confusion : la juridiction strasbourgeoise serait-elle subrepticement devenue un juge de la loi ?

L'étonnement peut provenir du fait que, *prima facie*, du point de vue du droit de la Convention, la loi n'est certainement pas un « acte juridique “comme les autres” »³, pour reprendre des termes du professeur Dominique Rousseau. Expression directe du pouvoir législatif, si ce n'est – dans une conception française classique – de la volonté générale, elle occupe malgré la crise qui la caractérise une place particulière dans la hiérarchie interne des normes ainsi que dans la vie politique et démocratique des États. La Cour européenne des droits de l'homme ne nie nullement ces spécificités, ce qui, combiné à sa jurisprudence selon laquelle elle « a pour tâche non pas d'examiner le droit interne dans l'abstrait mais de rechercher si la manière dont ce droit a été appliqué au requérant ou l'a touché a emporté violation de la Convention »⁴, conduit à une position de principe *a priori* très claire s'agissant du contrôle de la loi. D'une part, le juge strasbourgeois affirme régulièrement, selon une formule qui frappe par sa généralité, que « sa tâche ne consiste point à contrôler *in abstracto* la loi applicable en l'espèce au regard de la Convention, mais à rechercher si la manière dont elle a été appliquée au requérant ou a touché celui-ci a enfreint la Convention »⁵. D'autre part, aucune disposition de cette dernière n'impose aux juridictions nationales, dans leur office de juge de droit commun du droit européen, de procéder elles-mêmes à un contrôle de la loi⁶, pas plus d'ailleurs

* Enseignant-chercheur à l'Université Grenoble Alpes, Centre de recherches juridiques (CRJ EA 1965), ancien référendaire à la Cour européenne des droits de l'homme. Les opinions exprimées n'engagent que leur auteur.

¹ Communiqué Cour EDH 342 (2021) du 16 novembre 2021.

² Communiqué Cour EDH 389 (2021) du 14 décembre 2021.

³ D. Rousseau, « Faut-il une Cour constitutionnelle pour contrôler la constitutionnalité des lois ? », in *Constitutions et pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Jean GICQUEL*, Montchrestien/Lextenso, 2008, p. 468.

⁴ Voir, parmi de nombreux exemples : Cour EDH, GC, 6 novembre 2017, *Garib c. Pays-Bas*, req. n° 43494/09.

⁵ Cour EDH, Plén., 24 mars 1988, *Olsson c. Suède (n° 1)*, req. n° 10465/83, § 54 ; Cour EDH, 26 juin 2018, *S.C. Scut S.A. c. Roumanie*, req. n° 43733/10, § 34. La Cour avait affirmé dès 1962 qu'elle n'était « point appelée [...] à statuer sur un problème abstrait touchant la compatibilité de [la loi litigieuse] avec les dispositions de la Convention, mais sur le cas concret de l'application d'une telle loi à l'égard du requérant » (Cour EDH, 27 mars 1962, *De Becker c. Belgique*, req. n° 214/56, § 14).

⁶ Dans l'affaire *James et autres c. Royaume-Uni*, la Cour a en effet précisé que « l'article 13 ne va pas jusqu'à exiger un recours par lequel on puisse dénoncer, devant une autorité nationale, les lois d'un État contractant comme contraires en tant que telles à la Convention ou à des normes juridiques nationales équivalentes » (Cour EDH, Plén., 21 février 1986, *James et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 8793/79, § 85). Cette affirmation de principe, régulièrement répétée depuis (voir par exemple : Cour EDH, GC, 7 novembre 2013, *Vallianatos et autres c. Grèce*,

qu'à un contrôle de son application lorsque l'autorité exécutante ne dispose d'aucune marge de manœuvre⁷. La Cour exprime ainsi sa pleine conscience de la diversité des systèmes constitutionnels européens en la matière, qui l'empêche résolument d'imposer la mise en place d'un contrôle juridictionnel de la loi ou de son application « automatique » dans les États qui n'ont jamais intégré cet élément dans leur culture juridique. Dès lors, les juridictions nationales européennes compétentes en matière de contrôle de la loi par rapport à la Convention européenne des droits de l'homme ne tirent pas leur pouvoir d'une obligation internationale en la matière.

Le mécanisme régional européen de protection des droits et libertés présente là l'une de ses plus remarquables singularités par rapport à son équivalent sud-américain. En effet, ainsi que le souligne la professeure Laurence Burgogues-Larsen, la Cour interaméricaine a adopté à partir de 2006 « une construction jurisprudentielle délibérée et argumentée [...] enjoignant aux juges nationaux, mais également à toute autorité nationale, de mettre en œuvre *sponte sua* un contrôle de conventionnalité »⁸. Par contraste, la Cour européenne des droits de l'homme brille sur ce point par sa discrétion. En outre, la Cour interaméricaine se voit reconnaître, par la Convention qui l'a instituée, une compétence explicite en matière de contrôle de conventionnalité des lois dans le cadre de sa compétence consultative⁹. Les différences paraissent également marquées, sur ce terrain, entre droit de l'Union européenne et droit de la Convention européenne des droits de l'homme. D'un côté, la Cour de justice de l'Union européenne a affirmé de longue date les principes de primauté et d'effet direct, qui emportent la compétence des juges ordinaires nationaux pour laisser inappliquée toute norme interne qui ferait obstacle à l'application du droit de l'Union – y compris, bien évidemment, les lois¹⁰. De l'autre, si cette même Cour affirme avec constance son incompetence pour se prononcer sur la compatibilité entre une loi interne et le droit de l'Union européenne, il lui revient en revanche de « fournir à la juridiction de renvoi tous les éléments d'interprétation relevant de ce dernier droit qui peuvent permettre à celle-ci d'apprécier une telle conformité pour le jugement de l'affaire dont elle est saisie »¹¹. Dans ce cadre, la Cour de Luxembourg n'hésite pas à se prononcer apparemment dans l'abstrait sur « une législation nationale » identique en tous points à celle applicable dans l'État dont émane

req. nos 29381/09 et 32684/09, § 94), exclut l'existence d'une exigence conventionnelle d'instauration d'un contrôle de constitutionnalité ou de conventionnalité des lois au sein des États parties à la Convention.

⁷ Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, la Cour a opposé aux requérants sa jurisprudence constante en matière d'article 13 et de contrôle de la loi, alors même que ceux-ci alléguaient une violation de la Convention causée non pas par une loi en tant que norme générale et abstraite, mais par une décision administrative individuelle adoptée par un *Electoral Registration Officer* sur le fondement d'une loi qui ne lui laissait aucune marge de manœuvre (Cour EDH, 23 novembre 2010, *Greens et M.T. c. Royaume-Uni*, req. nos 60041/08 et 60054/08, §§ 90-92). La loi fait en quelque sorte écran, en l'espèce, entre l'absence de recours effectif ouvert contre la décision individuelle prise sur son fondement, d'une part, et l'article 13 de la Convention, d'autre part.

⁸ L. Burgogues-Larsen, *Les 3 Cours régionales des droits de l'homme* in context, Pedone, 2020, pp. 391-392.

⁹ Voir l'article 64, § 2, de la Convention américaine relative aux droits de l'homme : « Sur la demande de tout État membre de l'Organisation, la Cour pourra émettre un avis sur la compatibilité de l'une quelconque des lois dudit État avec les instruments internationaux précités » [la présente Convention ou [...] tout autre traité concernant la protection des droits de l'homme dans les États américains].

¹⁰ Voir, parmi une jurisprudence abondante : CJCE, 9 mars 1978, *Administration des finances de l'État c. Société anonyme Simmenthal*, affaire 106/77, ECLI:EU:C:1978:49.

¹¹ Parmi une jurisprudence abondante, voir : CJUE, GC, 20 avril 2021, *Repubblika c. Il-Prim Ministru*, C-896/19, ECLI:EU:C:2021:311, § 30.

la question préjudicielle et à adopter des conclusions tranchées sur sa compatibilité avec le droit européen¹². Dès lors, comme le relève le professeur Philippe Jamin, le renvoi préjudiciel « sert en fait souvent à donner à la Cour l'occasion de se prononcer sur la compatibilité d'une disposition du droit national avec le droit communautaire »¹³. Le droit de l'Union européenne paraît donc, à première vue, entretenir des liens plus étroits avec le contrôle de la loi que ne le fait le droit de la Convention européenne, que ce soit au niveau interne ou au niveau international.

Pourtant, par-delà les affirmations solennelles de la Cour européenne des droits de l'homme sur son refus de contrôler la loi ou d'imposer à une quelconque juridiction interne de le faire, la réalité jurisprudentielle laisse apparaître une montée en puissance du contrôle des normes législatives sur le fondement de la Convention, aussi bien sur le plan européen que sur le plan interne. Si plusieurs travaux ont été consacrés au contrôle de la loi en application du droit de la Convention, qu'il soit exercé par son interprète authentique¹⁴ ou par ses juges de droit commun¹⁵, de nombreux mouvements récents invitent à poser un nouveau regard sur le sujet. D'un point de vue substantiel, tout d'abord, il apparaît que le contrôle de la Cour est l'objet d'une phase progressive mais continue d'objectivisation : « traditionnellement juge des droits, la Cour manifeste une propension accrue à se comporter comme juge du droit »¹⁶. Une telle dynamique favorise le contrôle de normes générales et abstraites, dont la loi constitue l'archétype. Par ailleurs, une tendance de plus en plus poussée à l'appropriation du contrôle de conventionnalité¹⁷ par les juridictions nationales renouvelle également le poids de la Convention européenne dans le contrôle des normes législatives. D'un point de vue institutionnel, ensuite, l'entrée en vigueur du Protocole n° 16 à la Convention, qui met en place un mécanisme de dialogue entre Hautes juridictions nationales et Cour européenne des droits de l'homme, semble susceptible d'attirer cette dernière vers le champ du contrôle de la loi interne. D'un point de vue plus politique, enfin, il paraît que les modifications apportées dans les dernières décennies à l'équilibre entre pouvoir juridictionnel et pouvoir législatif – le contrôle de conventionnalité de la loi en est une manifestation éclatante – sont de plus en plus critiquées par une partie de la doctrine et du monde politique¹⁸, ce à quoi le juge ne peut qu'être attentif. Ces différents processus soumettent la Convention à des courants en cisaille, souvent synonymes de turbulences.

¹² Voir, pour un exemple topique d'une telle pratique : CJUE, GC, 22 juin 2010, *Aziz Melki et Sélim Abdeli*, C-188/10 et C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363.

¹³ P. Jamin, « Les effets des juridictions européennes sur les juridictions françaises », *Pouvoirs*, 2001, n° 96, p. 63.

¹⁴ Voir notamment : J. Matringe, « Le contrôle de la licéité internationale de la loi nationale par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Mélanges en l'hommage au Doyen Gérard Cohen-Jonathan*, vol. 2, Bruylant, 2004, pp. 1225 s.

¹⁵ Voir, parmi d'autres : X. Dupré de Boulois, « Le juge, la loi et la Convention européenne des droits de l'homme », *RDLF*, 2015, chron. n° 8.

¹⁶ M. Afroukh, « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *RDP*, 2015, n° 5, p. 1361.

¹⁷ Au sein du présent article, cette expression sera entendue limitativement comme un contrôle de la loi au regard de la seule Convention européenne des droits de l'homme.

¹⁸ S'agissant par exemple de la France, la récente tenue d'un colloque consacré au gouvernement des juges (« Contre le gouvernement des juges ? », colloque organisé les 16 et 17 décembre 2021 à l'Université de Paris) et les travaux en cours de la mission d'information du Sénat sur la judiciarisation de la vie publique illustrent le phénomène. Pour une analyse critique du discours sur le gouvernement des juges : W. Mastor, « Énième retour sur la critique du "gouvernement des juges". Pour en finir avec le mythe », *Pouvoirs*, 2021, n° 178, pp. 37 s.

Pour y faire face, la Cour européenne des droits de l'homme devrait-elle faire évoluer sa doctrine en matière de contrôle de conventionnalité de la loi ? Il sera soutenu que, loin des affirmations gravées dans le marbre pour lesquelles ont opté d'autres juridictions internationales, la Cour a pour l'heure tout à fait raison de favoriser des matériaux plus légers s'agissant de sa construction jurisprudentielle en la matière, à la fois parce que le contrôle de la loi au regard de la Convention par le juge national a probablement atteint un plafond de verre (**Partie I**) et parce que ce même contrôle par ses soins s'apparente nécessairement à une cathédrale de cristal (**Partie II**).

Partie I – Le contrôle de conventionnalité de la loi par le juge national, ou le plafond de verre

Ainsi que le souligne le président Guy Canivet, « les juges de Strasbourg, à la différence de ceux de Luxembourg, [n'ont] développé aucune doctrine sur l'applicabilité directe ou la primauté du droit européen des droits de l'homme »¹⁹. Le contrôle de conventionnalité de la loi par les juridictions nationales ne trouve dès lors aucun soutien direct dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Pourtant, il est possible d'affirmer qu'un tel état de fait n'a guère de conséquences sur l'effectivité de la protection des droits et libertés en Europe : malgré l'absence de théorie strasbourgeoise en matière de contrôle de la loi, son contrôle *in abstracto* est une compétence largement partagée par les juridictions européennes (A). Par ailleurs, la récente percée du contrôle *in concreto* de l'application de la loi, qui a été en France à l'origine d'innombrables débats doctrinaux, tient du trompe-l'œil si elle est mise en perspective à l'échelle du continent (B) : loin d'être aussi révolutionnaire qu'il n'y paraît, elle n'appelle aucune réaction substantielle de la part du juge strasbourgeois.

A. Une compétence de contrôle abstrait de la loi largement partagée

En dépit du silence conservé par la Cour de Strasbourg quant à une éventuelle obligation d'instituer, au niveau national, un mécanisme de contrôle juridictionnel de la loi laissant une plus ou moins grande place à la Convention, cette dernière joue à l'échelle européenne un rôle de premier plan dans ce domaine.

C'est avant tout par l'action des Cours constitutionnelles qu'elle est mobilisée dans le cadre du contrôle des normes législatives. En effet, ainsi que le professeur David Szymczak l'a mis en lumière²⁰, la Convention européenne est très largement sollicitée par ces juridictions. Il est frappant de constater à quel point, du fait de l'absence de cadre européen, la diversité des systèmes juridiques s'exprime en l'occurrence. Ainsi, un grand nombre de juridictions constitutionnelles européennes ont pour compétence d'exercer un contrôle *formel* de conformité de la loi à la Convention européenne des droits de l'homme, c'est-à-dire un contrôle « direct », qui n'est exercé par le truchement

¹⁹ G. Cavinet, « Les influences croisées entre juridictions nationales et internationales. Éloge de la “bénévolence” des juges », *RSC*, 2005, n° 4, p. 802.

²⁰ D. Szymczak, *La Convention européenne des droits de l'homme et le juge constitutionnel national*, Bruylant, 2006.

d'aucune norme constitutionnelle. Il apparaît que ces États sont principalement situés en Europe de l'Est : c'est par exemple le cas de l'Albanie²¹, de la Bosnie-Herzégovine²², de la Bulgarie²³, de la Hongrie²⁴, du Monténégro²⁵ ou encore de la Pologne²⁶ et de la Serbie²⁷. Toutes ces cours constitutionnelles ont une habilitation expresse à exercer ce contrôle, à quelques rares exceptions près²⁸, ce qui dénote un attachement particulier d'un grand nombre de constituants à la Convention européenne des droits de l'homme en tant que norme de référence d'un contrôle de la loi. Par ailleurs, l'immense majorité des juridictions constitutionnelles qui n'ont pas de compétence en matière de contrôle *formel* de conventionnalité utilisent le droit de la Convention à un autre titre, soit en lui reconnaissant une valeur constitutionnelle²⁹, soit en lisant explicitement leur Constitution nationale à la lumière du droit européen des droits de l'homme, que ce soit de leur propre initiative³⁰ ou à l'invitation de clauses d'interprétation conforme³¹. Il n'y a guère que le Conseil constitutionnel français qui se refuse à éclairer sa lecture des normes constitutionnelles par des références à la Convention – du moins de manière explicite³².

L'action des juridictions ordinaires s'agissant du contrôle abstrait de conventionnalité des lois, bien qu'elle soit tout sauf négligeable, est plus discrète, du moins lorsqu'il s'agit

²¹ Article 131, a, de la Constitution albanaise du 28 novembre 1998.

²² Article VI, § 3 c, de la Constitution de Bosnie-Herzégovine du 14 décembre 1995.

²³ Article 149 § 4 de la Constitution bulgare du 12 juillet 1991.

²⁴ Article 24, § 2 f, de la Loi fondamentale hongroise du 25 avril 2011.

²⁵ Article 149, § 1, de la Constitution monténégrine du 19 octobre 2007.

²⁶ Article 188, § 3, de la Constitution polonaise du 2 avril 1997.

²⁷ Article 167, § 1, de la Constitution serbe du 30 septembre 2006.

²⁸ À l'instar de la Croatie, où la Cour constitutionnelle affirme que les droits garantis par la Convention et ses protocoles doivent être considérés comme des droits constitutionnels ayant la même valeur normative que ceux protégés par la Constitution (voir notamment : décisions U-I-892/1994 du 14 novembre 1994 et U-I-130/1995 du 20 février 1995).

²⁹ Les cours constitutionnelles autrichienne et tchèque exercent par exemple un contrôle de constitutionnalité des lois fondé notamment sur la Convention européenne des droits de l'homme, qui possède valeur constitutionnelle.

³⁰ La Cour constitutionnelle belge affirme de jurisprudence constante que « lorsqu'une disposition conventionnelle liant la Belgique a une portée analogue à celle d'une des dispositions constitutionnelles dont le contrôle relève de la compétence de la Cour et dont la violation est alléguée, les garanties consacrées par cette disposition conventionnelle constituent un ensemble indissociable avec les garanties inscrites dans les dispositions constitutionnelles concernées. Il s'ensuit que, dans le contrôle qu'elle exerce au regard de ces dispositions constitutionnelles, la Cour tient compte de dispositions du droit international qui garantissent des droits ou libertés analogues ». Voir, parmi de nombreux exemples : CC belge, 5 mai 2009, n° 76/2009, point B.4.3. De même, la Cour constitutionnelle andorrane, sans adopter un véritable contrôle de conventionnalité, affirme que « lorsque les principes ou règles issus de la Constitution d'Andorre [sont] similaires ou proches de ceux de ladite Convention, la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme peut être utilisée pour une meilleure interprétation des dispositions andorranes » (nous traduisons). Voir, notamment : CC andorrane, 7 septembre 2010, n°s 147-2010, 148-2010, 149-2010 et 150-2010.

³¹ Voir par exemple, s'agissant de l'Espagne, l'article 10, § 2, de la Constitution du 27 décembre 1978, selon lequel « les normes relatives aux droits fondamentaux et aux libertés que reconnaît la Constitution seront interprétées conformément à la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiés par l'Espagne » (version française disponible dans la base de données CODICES). Voir également, s'agissant de la Roumanie, l'article 20, § 1, de la Constitution du 21 novembre 1991 consacré aux traités internationaux portant sur les droits de l'homme, qui dispose que « les dispositions constitutionnelles relatives aux droits et libertés des citoyens seront interprétées et appliquées en concordance avec la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme, avec les pactes et les autres traités auxquels la Roumanie est partie ».

³² Il s'agit du fameux « dialogue sans parole », selon l'expression d'Olivier Dutheillet de Lamothe (O. Dutheillet de Lamothe, « Conseil constitutionnel et cour européenne des droits de l'homme : un dialogue sans paroles », *in Le dialogue des juges, Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Dalloz, 2009, pp. 403 s.).

de faire plus qu'interpréter les dispositions législatives litigieuses à la lumière du droit de la Convention. Une poignée de juridictions nationales seulement acceptent en effet d'écarter l'application de la loi contraire à cette dernière, principalement dans des États où l'essor de la justice constitutionnelle s'est fait attendre, comme en France³³, en Belgique³⁴ et au Luxembourg³⁵.

Somme toute, seuls les États dont la tradition juridique ne s'est jamais accommodée d'un contrôle juridictionnel de la loi, quel qu'il soit, ignorent totalement la Convention comme instrument permettant au juge de contraindre le législateur au respect des droits et libertés.

Dans une telle configuration, y aurait-il un intérêt à ce que la Cour européenne des droits de l'homme s'inspire de son homologue interaméricaine pour dégager une véritable théorie du contrôle de conventionnalité, notamment de la loi ? Il est permis d'en douter. De deux choses l'une en effet. Soit une hypothétique théorie du contrôle de conventionnalité ne viserait que les juridictions qui disposent d'ores-et-déjà d'un titre de compétence pour contrôler le respect par la loi des droits et libertés fondamentaux, et ne viserait dès lors qu'à superposer un contrôle *formel* de conventionnalité à un contrôle de constitutionnalité préexistant. Dans un tel cas de figure, le gain espéré ne serait guère évident à percevoir, rien n'indiquant qu'un contrôle de constitutionnalité de la loi exercé à la lumière du droit conventionnel soit moins efficace par principe qu'un « pur » contrôle de conventionnalité. Soit, seconde hypothèse, la Cour chercherait à imposer un contrôle juridictionnel de la loi à toute juridiction nationale, quelle qu'elle soit, mais cela s'apparenterait vraisemblablement à un coup d'épée dans l'eau. D'une part, en effet, il est peu probable que les juridictions qui n'exercent à l'heure actuelle aucun contrôle de la loi en dehors du droit de l'Union acceptent une telle compétence sur le seul fondement d'une jurisprudence de la Cour de Strasbourg – sans compter les virulentes réactions qu'une telle jurisprudence occasionnerait sans doute au sein de la classe politique. L'exception qu'instaure dans ces États le droit de l'Union européenne est vraisemblablement appelée à en rester une³⁶, faute de culture du contrôle juridictionnel en dehors du projet d'intégration mis en place par le traité de Lisbonne. D'autre part, il s'avère que la plupart des États qui ne connaissent pas de contrôle juridictionnel de la loi – à l'instar des pays nordiques et du Royaume-Uni – figurent parmi les meilleurs élèves s'agissant des violations de la Convention constatées par la Cour européenne des droits de l'homme³⁷, de sorte que l'incidence attendue en termes de prévention d'atteintes à des droits et libertés serait minime.

³³ Cass., chambre mixte, arrêt *Société cafés Jacques Vabre*, 24 mai 1975, n° 73-13556 ; CE, Ass., décision *Nicolo*, 20 octobre 1989, n° 108243.

³⁴ Cass. belge, 1^{ère} Chambre, arrêt *Fromagerie franco-suisse Le Ski c. État belge*, 27 mai 1971.

³⁵ Cass. luxembourgeoise, 8 juin 1950, *Pasicrisie luxembourgeoise*, tome 15, p. 41 ; CE luxembourgeois, 28 juillet 1951, *Pasicrisie luxembourgeoise*, tome 15, p. 263.

³⁶ Sur les spécificités du contrôle de la loi par rapport au droit de l'Union, voir notamment : S. Platon, « La singularité du droit de l'Union européenne dans le contrôle de conventionnalité des lois », *AJDA*, 2019, n° 36, pp. 2111 s.

³⁷ Voir, notamment, les statistiques relatives aux violations de la Convention par article et par États disponibles sur le site internet de la Cour.

L'instauration d'une doctrine du contrôle interne de la conventionnalité abstraite des lois paraît ainsi au mieux insusceptible de déployer de réels effets vertueux, au pire totalement irréaliste eu égard à la mosaïque juridique prévalant sur le vieux Continent. Les faiblesses qui caractérisent actuellement le droit de la Convention ne tenant nullement à un manque d'options internes en termes de contrôle abstrait de la loi, il n'y a sans doute pas là matière à regret.

B. La percée en trompe-l'œil du contrôle concret de l'application de la loi

La dernière décennie a été le terrain, en France, de l'émergence de ce qui a pu être qualifié de contrôle de conventionnalité *in concreto* de la loi, qu'il serait sans doute plus juste de dénommer contrôle de conventionnalité *in concreto* de l'application de la loi. Deux affaires bien connues des juristes français sont particulièrement symboliques.

La Cour de cassation a, la première, mis en œuvre ce contrôle *in concreto* des conséquences de l'application d'une loi ne laissant *a priori* aucune marge de manœuvre aux autorités chargées d'en assurer l'exécution. Dans un arrêt du 4 décembre 2013³⁸, mettant en jeu l'article 161 du code civil aux termes duquel « en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants et les alliés dans la même ligne », la première chambre civile de la Haute juridiction judiciaire cassa un arrêt de cour d'appel ayant fait application de ces dispositions. La conventionnalité abstraite de celles-ci n'était nullement en cause, mais la Cour de cassation souligna que le prononcé de la nullité d'un mariage entre un beau-père et sa belle-fille revêtait pour cette dernière le caractère d'une ingérence injustifiée dans l'exercice de son droit au respect de la vie privée et familiale dès lors que cette union, célébrée sans opposition, avait duré plus de vingt ans.

De manière encore plus claire, le Conseil d'État procéda le 31 mai 2016 à un contrôle *in concreto* de l'application d'une loi prohibant strictement l'exportation de gamètes d'un conjoint décédé aux fins d'insémination artificielle³⁹. Après avoir conclu à la conventionnalité abstraite des dispositions législatives litigieuses, le juge du Palais-Royal affirma que leur application dans les circonstances très particulières de l'espèce conduirait à une violation de l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

Ce contrôle concret de l'application de la loi, exercé malgré la conventionnalité de cette dernière, a été perçu en France comme une petite révolution, comme une « seconde naissance de la jurisprudence *Jacques Vabre-Nicolo* »⁴⁰ qui avait vu les juges ordinaires se reconnaître compétents pour écarter l'application d'une loi afin de faire primer le droit international sur le fondement de l'article 55 de la Constitution française⁴¹. Les

³⁸ Cass., 1^{ère} Civ., 4 décembre 2013, n° 12-26066.

³⁹ CE, Ass., décision *Mme Gonzalez- Gomez*, 31 mai 2016, n° 396848.

⁴⁰ J. Bonnet, P.-Y. Gahdoun, D. Rousseau, Chronique de jurisprudence constitutionnelle 2016, *RDP*, 2017, n° 1, p. 185.

⁴¹ Cet article dispose que « les traités ou accords régulièrement ratifiés ou approuvés ont, dès leur publication, une autorité supérieure à celle des lois, sous réserve, pour chaque accord ou traité, de son application par l'autre partie ».

réactions doctrinales ont été particulièrement vives face à l'émergence d'une nouvelle figure de la soumission de la loi au droit international en général, et au droit de la Convention en particulier⁴².

Là encore, il est possible de se demander si une intervention claire de la Cour européenne des droits de l'homme pourrait s'avérer utile, sous la forme d'un revirement de sa jurisprudence qui, à l'heure actuelle, interprète l'article 13 de la Convention comme n'imposant pas un contrôle juridictionnel de l'application de la loi commandant une solution donnée aux autorités d'exécution.

Toutefois, de nouveau, il paraît loisible de répondre par la négative et de favoriser le *statu quo*. S'il est une fois encore possible d'avancer l'idée selon laquelle un tel revirement se heurterait sans doute à un refus de certaines juridictions nationales, il faut également souligner qu'une politique uniforme en matière de contrôle concret serait indubitablement très délicate à définir : Mustapha Afroukh a par exemple pu démontrer que, dans certains cas de figure, la Cour européenne des droits de l'homme s'accommode très bien d'un contrôle de conventionnalité abstrait de la part des juridictions nationales⁴³.

Par ailleurs, et peut-être surtout, le contrôle *in concreto* de l'application de la loi constitue probablement une avancée beaucoup moins décisive qu'il n'y paraît, sa plus-value en matière de respect de la Convention n'étant pas nécessairement très élevée.

S'agissant d'une part de la France, qui pouvait paraître enfermée dans une stricte dichotomie entre loi inconstitutionnelle/inconventionnelle et loi constitutionnelle/conventionnelle imposée par l'effet *erga omnes*, de fait ou de droit, des décisions des juges de la loi, force est de constater que ces derniers n'ont jamais été dépourvus de tout moyen de s'attacher aux cas particuliers. En effet, avant même l'adoption du contrôle *in concreto* de l'application de la loi, les juridictions ordinaires étaient en mesure d'interpréter les normes législatives à la lumière de la Convention, y compris de manière très constructive dans l'optique de « colmater » d'éventuelles inconventionnalités affectant la loi litigieuse. Cette manière de prévenir les conflits normatifs ne doit pas être négligée, malgré son caractère moins spectaculaire que des constats d'inconventionnalité⁴⁴, et était par exemple mise en avant par la rapporteure publique près le Conseil d'État dans l'affaire *Gonzalez-Gomez* précitée⁴⁵.

⁴² Voir, parmi beaucoup d'autres : F. Chénéde, « Contre-révolution tranquille à la Cour de cassation ? », *D.*, 2016, n° 14, pp. 796 s. ; F. Chénéde, « Nullité du mariage entre alliés. Regard rétro-prospectif sur le contrôle de conventionnalité *in concreto* », *D.*, 2017, n° 17, pp. 953 s. ; V. Larribau-Terneyre, « Quand l'ordre de la loi peut être contredit par le juge : le contrôle de conventionnalité *in concreto* appliqué à la prescription de l'action en recherche de paternité », *JCP G*, 16 janvier 2017, n° 3, pp. 77 s. ; P. Puig, « L'excès de proportionnalité », *RTD. Civ.*, 2016, n° 1, pp. 70 s.

⁴³ M. Afroukh, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment "dicté" par la Convention européenne des droits de l'homme ? », *RDLF*, 2019, chron. n° 4.

⁴⁴ Sur la technique de l'interprétation des normes internes conformément aux traités relatifs aux droits de l'homme, et ses effets parfois extrêmement importants, voir : C. Sciotti-Lam, *L'applicabilité des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme en droit interne*, Bruylant, 2004, pp. 506 s.

⁴⁵ A. Bretonneau, conclusions sur CE, Ass., décision *Mme Gonzalez-Gomez*, 31 mai 2016, n° 396848, *RFDA*, 2016, n° 4, p. 749.

S'agissant d'autre part de nos voisins européens, il convient de souligner que, en sus de cette interprétation conforme de la loi, plusieurs spécificités tenant à l'architecture juridictionnelle de chaque État permettent de longue date à de nombreux juges nationaux de prendre en compte les spécificités de l'espèce, y compris en cas d'application d'une loi. Ainsi, les réserves d'interprétation extrêmement précises du juge constitutionnel italien, dans le cadre de ce que la doctrine dénomme la « *micro-constitutionnalité* »⁴⁶, ou l'existence de très nombreuses procédures de saisine directe de la juridiction constitutionnelle permettant de faire valoir une violation des droits et libertés du justiciable au cours de son procès⁴⁷ constituent de puissants outils en matière de contrôle de l'application de la loi, largement répandus en Europe.

Eu égard à ce qui précède, l'agitation provoquée en France par les premiers pas du contrôle concret de l'application de la loi n'est certainement pas de nature à devoir pousser la Cour européenne des droits de l'homme à une quelconque réaction jurisprudentielle, en dehors d'un apparent *satisfecit* décerné aux juridictions ordinaires à l'occasion de décisions portant sur l'articulation entre contrôles de constitutionnalité et de conventionnalité prévalant en France⁴⁸.

En définitive, il peut être soutenu que le contrôle de la loi et de ses applications par les juridictions nationales a atteint – ou peu s'en faut – un plafond de verre en Europe, que nulle action de la Cour européenne des droits de l'homme ne permettrait de percer. Malgré l'absence de théorie claire en la matière, les juges nationaux se sont appropriés de longue date la Convention comme instrument du contrôle de la loi, lorsqu'ils disposent d'une compétence en la matière. Partant, le panorama qu'il est possible de dresser de la « justice conventionnelle » du continent européen est caractérisé par la complexité autant que par l'efficacité, constat partiellement transposable au contrôle qu'exerce le juge strasbourgeois.

Partie II – Le contrôle de conventionnalité de la loi par la Cour européenne, ou la cathédrale de cristal

Malgré une position de principe très claire s'agissant du contrôle de la loi, sous forme d'une « *réitération sacramentelle* »⁴⁹ de son déclinatoire de compétence, la Cour européenne des droits de l'homme connaît depuis plusieurs années un déplacement prudent de l'objet de son contrôle (A), qui consiste pour elle à porter dans un certain nombre d'affaires une appréciation sur les normes législatives applicables plutôt que sur

⁴⁶ L. Gay, « Repenser le contrôle concret de constitutionnalité. Plaidoyer pour une concrétisation accrue des décisions QPC », in E. Cartier, L. Gay, A. Viala (dir.), *La QPC : vers une culture constitutionnelle partagée ?*, Institut Universitaire Varenne, 2015, p. 145.

⁴⁷ Voir, sur ce point, la très complète [Étude sur l'accès individuel à la justice constitutionnelle](#) (n° 538/2009) adoptée par la Commission de Venise lors de sa 85^{ème} session plénière, et notamment le tableau récapitulatif des voies d'accès aux cours constitutionnelles État par État, pp. 67 s. [dernière consultation le 13 mars 2022].

⁴⁸ Voir notamment, sur ce point : 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... », *RTDH*, 2019, n° 117, p. 62.

⁴⁹ M. Afroukh, « Le contrôle de conventionnalité *in concreto* est-il vraiment “dicté” par la Convention européenne des droits de l'homme ? », *op. cit.*

la seule situation concrète du requérant. Cette tendance, à laquelle il faut se garder de prêter une trop grande intensité, pourrait être renforcée par l'appropriation par la Cour du Protocole n° 16, qui apparaît comme un catalyseur du contrôle de la loi (B). Toutefois, aucun de ces deux mouvements n'appelle de révolution jurisprudentielle, tant l'équilibre à trouver par le juge strasbourgeois paraît subtil.

A. Le déplacement prudent de l'objet du contrôle de la Cour

Nombreux sont les observateurs du droit de la Convention européenne à avoir décelé un déplacement lent mais continu de l'objet du contrôle de la Cour, du moins dans certaines affaires. Le phénomène était déjà perçu à la fin des années 1990⁵⁰. Il a toutefois pris de l'ampleur depuis, au point de faire l'objet d'une attention doctrinale soutenue dans la décennie 2010. À ce titre, le professeur Sébastien Touzé a par exemple pu noter un choix opéré par la juridiction strasbourgeoise « de ne plus se focaliser sur une définition casuistique du contrôle de conventionnalité »⁵¹, là où le juge Frédéric Krenk a souligné l'existence d'une « désobjectivisation » du contrôle européen, entendue comme « la mise en retrait du cas individuel au profit d'un contrôle plus abstrait et, en même temps, plus large du droit interne »⁵². Ce mouvement adopte de nombreux visages – l'adoption d'arrêts pilotes et la jurisprudence *Burmych c. Ukraine*⁵³ en constituent de bons exemples – mais le développement d'un contrôle de conventionnalité de la loi est sans doute l'un des plus saisissants. Schématiquement, deux catégories d'affaires peuvent être distinguées en la matière.

La première concerne les requêtes pour lesquelles un contrôle du régime légal applicable est consubstantiel à une requête, c'est-à-dire lorsqu'il est absolument indispensable à une prise de position de la Cour quant au respect des droits et libertés du requérant. Au premier rang de ces requêtes figurent celles introduites par des victimes potentielles. Leur spécificité réside dans le fait qu'elles contestent une règle de droit qui soit n'a pas été appliquée aux requérants, mais leur impose de modifier leur comportement, soit leur a possiblement été appliquée sans qu'il soit possible de le démontrer. De telles requêtes constituent naturellement le terrain privilégié d'un contrôle de la loi, ce dont le contentieux des mesures de surveillance secrètes témoigne parfaitement. Ainsi, dans l'affaire *Roman Zakharov c. Russie*⁵⁴, relative au système d'interception secrète des communications de téléphonie mobile en Russie, la Cour a affirmé qu'« il se justifie de déroger à la règle selon laquelle les particuliers n'ont pas le droit de se plaindre d'une loi *in abstracto* »⁵⁵ dans la mesure où la menace d'une surveillance restreint par elle-même la liberté de communiquer pour chaque usager ou usager potentiel. Un tel

⁵⁰ J.-F. Flauss, « La Cour européenne des droits de l'homme est-elle une Cour constitutionnelle ? », *RFDC*, 1998, n° 36, p. 721.

⁵¹ S. Touzé, « Intérêt de la victime et ordre public européen », in J. Arlettaz, J. Bonnet (dir.), *L'objectivisation du contentieux des droits et libertés – Du juge des droits au juge du droit ?*, Pedone, 2015, p. 67.

⁵² F. Krenk, « “Dire le droit”, “rendre la justice”. Quelle Cour européenne des droits de l'homme ? », *RTDH*, 2018, p. 338.

⁵³ Cour EDH, GC, 12 octobre 2017, *Burmych et autres c. Ukraine*, req. n°s 46852/13 et autres.

⁵⁴ Cour EDH, GC, 4 décembre 2015, *Roman Zakharov c. Russie*, req. n° 47143/06.

⁵⁵ § 171 de l'arrêt.

positionnement n'a en soi rien de novateur, puisqu'il avait déjà été adopté dès 1978 dans l'affaire *Klass c. Allemagne*⁵⁶, et n'appelle pas de remarque particulière.

La seconde catégorie d'affaires est bien plus révélatrice d'un déplacement de l'objet du contrôle de la Cour, puisqu'elle concerne les cas pour lesquels le juge strasbourgeois fait le choix de contrôler la loi applicable, alors même qu'existent d'autres options lui permettant d'adopter une conclusion quant au respect de la Convention. L'arrêt *Halabi c. France*⁵⁷ illustre parfaitement cette tendance, puisque le raisonnement développé sur le terrain de la proportionnalité est presque exclusivement centré sur les dispositions législatives applicables, plutôt que sur leur application au cas spécifique du requérant⁵⁸. En sus de cette évolution, progressive et ne touchant pas uniformément l'ensemble de la jurisprudence, il s'agit d'observer que la Cour peut souligner les insuffisances des modifications législatives opérées depuis les faits de l'espèce, alors même que ce n'est en rien utile à la résolution de la requête dont elle est saisie⁵⁹. De manière encore plus symptomatique, elle peut aussi « exiger la réforme »⁶⁰ de la loi nationale au titre de l'article 46 de la Convention. Ainsi, dans l'arrêt *Baralija c. Bosnie-Herzégovine*⁶¹, la Cour « estime que l'État défendeur doit, dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle le présent arrêt devient définitif, modifier la loi électorale de 2001 afin de permettre la tenue d'élections locales à Mostar »⁶². De même, dans l'affaire *N. c. Roumanie (n° 2)*⁶³, le juge strasbourgeois « estime qu'il est crucial que l'État défendeur adopte les mesures générales appropriées en vue de mettre sa législation et sa pratique en conformité avec les conclusions de la Cour constitutionnelle et avec les standards internationaux, y compris la jurisprudence de la Cour, en la matière »⁶⁴. Ces illustrations particulièrement éloquents ne doivent toutefois pas donner une image trop importante du phénomène : eu égard à l'ensemble de la jurisprudence de la Cour, le contrôle de la loi ne concerne qu'une fraction minime de son action. En outre, le juge strasbourgeois sait maintenir sa réserve sur les réformes législatives nécessaires, particulièrement dans des contextes de grande tension avec les États concernés, ce qu'illustrent ses arrêts relatifs à la crise de l'État de droit en Pologne⁶⁵. Ainsi, il est loisible de conclure que « la jurisprudence de la Cour relative à son pouvoir de contrôler la loi nationale n'obéit pas à une logique de traitement uniforme »⁶⁶.

⁵⁶ Cour EDH, Plén., 6 septembre 1978, *Klass et autres c. Allemagne*, req. n° 5029/71.

⁵⁷ Cour EDH, 16 mai 2019, *Halabi c. France*, req. n° 66554/14.

⁵⁸ Voir l'examen par la Cour de la nécessité, dans une société démocratique, de l'ingérence litigieuse, §§ 62 s. : les faits de l'espèce sont absents du raisonnement, entièrement tourné vers le régime législatif alors en vigueur.

⁵⁹ Voir par exemple : Cour EDH, 26 avril 2007, *Dumitru Popescu c. Roumanie (n° 2)*, req. n° 71525/01, §§ 82-84.

⁶⁰ P. Jestaz, « Repenser la définition du droit », in B. Bonnet (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, LGDJ, 2016, p. 226.

⁶¹ Cour EDH, 29 octobre 2019, *Baralija c. Bosnie-Herzégovine*, req. n° 30100/18.

⁶² § 62 de l'arrêt (nous traduisons).

⁶³ Cour EDH, 16 novembre 2021, *N. c. Roumanie (n° 2)*, req. n° 38048/18.

⁶⁴ § 84 de l'arrêt (nous traduisons).

⁶⁵ Voir notamment : Cour EDH, 8 novembre 2021, *Dolińska-Ficek et Ozimek c. Pologne*, req. n° 49868/19 et 57511/19 ; Cour EDH, 2 février 2022, *Advance Pharma sp. z o.o c. Pologne*, req. n° 1469/20. Bien que les règles législatives à l'origine des violations pointées par la Cour ne soient pas difficiles à identifier, celle-ci se refuse à indiquer précisément les réformes qui s'imposent à l'État défendeur.

⁶⁶ J. Matringe, « Le contrôle de la licéité internationale de la loi nationale par la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, p. 1245.

Au regard de ce constat, serait-il de bon ton que la Cour européenne des droits de l'homme renverse son affirmation de principe selon laquelle elle ne contrôle pas *in abstracto* les lois des États parties, pour assumer une position plus claire ? La réponse négative sera ici défendue, pour trois séries de raisons tenant à la prudence à laquelle la Cour devait être tenue sur ce sujet. En premier lieu, il y a fort à craindre qu'un tel revirement de jurisprudence ne déclenche une violente série de réactions au sein des États européens, de nature à raviver les tentatives de réformes destinées à affaiblir le système européen de protection des droits et libertés. En deuxième lieu, assumer un contrôle de lois abstraites risquerait de causer la multiplication des requêtes pouvant s'assimiler à l'*actio popularis*. En troisième et dernier lieu, l'appréciation *in abstracto* de dispositions applicables ne devrait pas constituer une fin en soi pour la juridiction strasbourgeoise, mais devrait au contraire demeurer un outil manié avec circonspection et pragmatisme dans deux situations distinctes – hors hypothèses où le contrôle de la loi constitue la seule voie possible – ne remettant pas en cause la protection subjective des droits et libertés des requérants. Il s'agit, d'une part, des hypothèses dans lesquelles l'absence de violation relevée dans le chef du requérant peut être transposée à toute autre future requête, du fait par exemple de l'importance des objectifs poursuivis par l'État⁶⁷ et, d'autre part, des cas dans lesquels la violation observée s'agissant du requérant se répéterait pour tout ou partie des autres personnes qui se verront appliquer la loi litigieuse⁶⁸. Dans ces configurations, somme toute assez rares, le tarissement des requêtes irrecevables soumises à la Cour et la correcte exécution de ses arrêts constituent des objectifs légitimant un certain degré d'abstraction s'agissant à la fois de l'objet du contrôle et de la motivation retenue.

Le contrôle abstrait de la loi devrait dès lors se superposer au contrôle concret lorsque cela est pertinent au regard du fond et possible eu égard à des arguments de politique jurisprudentielle, et non se substituer à lui par principe. Cela n'impose aucune révolution en la matière, seulement la poursuite d'une pratique ciselée dont le principal défaut réside dans une imperméabilité à la systématisation. Bien évidemment, sur ce point, les choses diffèrent lorsqu'est en jeu le mécanisme de la demande d'avis institué par le Protocole n° 16, la Cour étant largement contrainte par les sollicitations qui lui sont adressées.

B. L'appropriation délicate d'un Protocole catalyseur du contrôle de la loi

L'entrée en vigueur du Protocole n° 16, qui a fait l'objet d'une attention doctrinale soutenue⁶⁹, n'a certainement pas encore produit tous ses effets, étant donné le faible

⁶⁷ Voir par exemple, pour une telle configuration, l'arrêt *Evans c. Royaume-Uni* : selon la Cour, la loi britannique mise en cause, autorisant sans exception les parties prenantes à un traitement par fécondation *in vitro* à revenir sur leur consentement s'agissant de l'utilisation des gamètes prélevés, « vise à promouvoir la sécurité juridique et à éviter les problèmes d'arbitraire et d'incohérence inhérents à la mise en balance, au cas par cas, de ce que la Cour d'appel a décrit comme étant des intérêts "parfaitement incommensurables" » (Cour EDH, GC, 10 avril 2007, *Evans c. Royaume-Uni*, req. n° v 6339/05, § 89).

⁶⁸ L'arrêt *N. c. Roumanie (n° 2)* précité illustre cette hypothèse.

⁶⁹ Voir, parmi bien d'autres : M. Afroukh, J.-P. Marguenaud (dir.), *Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, Pedone, 2020 ; 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... », *RTDH*, 2019, n° 117, pp. 43 s. ; C. Giannopoulos, « Subsidiarité procédurale et 16^{ème} Protocole additionnel à la Convention

nombre de demandes d'avis présentées jusqu'ici à la Cour européenne des droits de l'homme par les Hautes juridictions nationales désignées par les États ayant ratifié celui-ci. Néanmoins, il paraît d'ores-et-déjà acquis que ce nouveau mécanisme d'échange entre juges de droit commun et interprète authentique de la Convention conduira ce dernier à investir plus franchement le champ du contrôle de la loi. Contrairement aux requêtes individuelles qui constituent l'essentiel de ses saisines, les demandes d'avis formulées en application du Protocole n° 16 ont vocation à voir la Cour se prononcer sur des questions « de principe »⁷⁰, ce qui paraît à la fois plus large et plus étroit que les problématiques qui peuvent être soulevées par des requérants. Plus particulièrement, la doctrine a pu souligner le fait que les demandes d'avis pourraient être utilisées pour questionner la Cour de Strasbourg sur la « compatibilité » du droit interne avec la Convention⁷¹, voire en tant que « mécanisme préjudiciel de contrôle de la compatibilité des lois à la Convention européenne des droits de l'homme »⁷².

À cet égard, il est frappant de constater que l'ancien président de la Cour Linos-Alexandre Sicilianos et l'ancienne greffière adjointe Françoise Elens-Passos ont tous deux pu écrire à ce sujet que rien n'empêche que les demandes d'avis « soulèvent des problèmes relatifs à la compatibilité à la Convention d'une loi »⁷³. L'expression, *a priori* très claire, cache néanmoins peut-être une réserve quant au futur degré d'investissement de la Cour en matière. En effet, s'agissant des liens entre demande d'avis et contrôle de la loi, trois hypothèses peuvent schématiquement être distinguées, même s'il convient sans doute pour cela de forcer quelque peu le trait.

La première consiste pour le juge *a quo* à interroger la Cour européenne des droits de l'homme sur la portée de tel droit ou liberté conventionnel, soit qu'il soit chargé d'un contrôle de conventionnalité de la loi, soit qu'il doive assurer un contrôle de constitutionnalité qu'il entend pour une raison ou pour une autre exercer à la lumière du

européenne des droits de l'homme », *Annuaire international des droits de l'homme 2015-2016*, 2017, volume IX, pp. 675 s. ; F. Krenk, « Quelques notes dubitatives sur le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme. Pour un dépassement du “dialogue des juges” », *Annuaire international des droits de l'homme 2015-2016*, 2017, volume IX, pp. 411 s. ; T. Eicke, S. O'Leary, « Some reflections on Protocol no. 16 », *European human rights law review*, 2018, pp. 220 s. ; M. C. Runavot, « Le protocole n° 16 à la Convention européenne : réflexions sur une nouvelle espèce du genre », *RGDIP*, 2014, n° 1, pp. 71 s. ; L.-A. Sicilianos, « L'élargissement de la compétence consultative de la Cour européenne des droits de l'homme - À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », *RTDH*, 2014, n° 97, pp. 9 s.

⁷⁰ Voir notamment, sur ce point : B. Nascimbene, « Le Protocole n° 16 en tant qu'instrument de collaboration entre juges nationaux et européens », in *Regards croisés sur la protection nationale et internationale des droits de l'homme, Mélanges en l'honneur de Guido Raimondi*, Wolf Legal Publishers, 2019, spéc. p. 664.

⁷¹ Parmi de nombreux autres, voir : J. Ferrero, « L'ouverture de la saisine de la Cour européenne des droits de l'homme du Protocole n° 16 au Conseil constitutionnel français : interlude dans le dialogue des juges », *RDP*, 2019, n° 4, p. 1047 ; A. Gouttenoire, F. Sudre, « Protocole 16 - L'audace d'une première demande d'avis consultatif à la Cour européenne des droits de l'homme », *JCP G*, 2018, n° 46, p. 1190.

⁷² J. Vachey, « La saisine pour avis consultatif de la Cour européenne des droits de l'homme, mécanisme préjudiciel de contrôle de la compatibilité des lois à la Convention européenne des droits de l'homme », in T. Disperati, C. Tzutzuiano (dir.), *Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme*, PUAM, 2021, pp. 183 s.

⁷³ L.-A. Sicilianos, « Le dialogue des juges nationaux et européens : la nouvelle fonction consultative de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Les limites du droit international. Essai en l'honneur de Joe Verhoeven*, Bruylant, 2014, p. 508 ; F. Elens-Passos, « À propos du Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l'homme », in *Libertés, (l)égalité, humanité, Mélanges offerts à Jean Spreutels*, Bruylant, 2019, p. 227.

droit de la Convention⁷⁴. Éclairée par la réponse de la Cour – du moins si l’avis tient ses promesses –, la juridiction de renvoi procède ensuite à son contrôle de la loi selon une méthodologie qui lui appartient. La troisième question posée par la Cour constitutionnelle arménienne dans sa demande d’avis introduite le 2 septembre 2019 correspond à ce schéma⁷⁵, de sorte que la Cour européenne des droits de l’homme s’est prononcée dans l’abstrait sur la conventionnalité d’une loi fondée sur la technique de « législation par référence » – c’est-à-dire sans s’interroger sur la substance de la loi arménienne litigieuse.

La deuxième hypothèse consiste à solliciter de la Cour un *vade-mecum* pour procéder au contrôle de la loi. Une telle demande ne se limite donc pas à requérir une interprétation d’un principe général, mais vise au contraire à s’approprier une boîte à outils plus complète, composée à la fois des exigences conventionnelles applicables et d’une méthodologie du contrôle. Idéalement, le juge *a quo* procède alors au contrôle de la loi en suivant les étapes qui lui ont été indiquées par le juge strasbourgeois. La quatrième question posée par la Cour constitutionnelle arménienne semble s’inscrire dans cette catégorie⁷⁶, de même d’ailleurs que la récente demande d’avis formulée par le Conseil d’État français. En effet, ce dernier, le 15 avril 2021, a interrogé la Cour sur « les critères pertinents pour apprécier si une différence de traitement établie par la loi, telle que celle décrite au point 13 de la présente décision, poursuit, au regard des interdictions posées par l’article 14 de la Convention en combinaison avec l’article 1^{er} du premier Protocole additionnel, un objectif d’utilité publique fondée sur des critères objectifs et rationnels, en rapport avec les buts de la loi l’établissant [...] »⁷⁷. L’objectif n’est pas de voir la Cour contrôler la loi critiquée, mais de lui demander comment le faire au regard des exigences de la Convention.

La troisième et dernière hypothèse consisterait – l’usage du conditionnel s’impose dans la mesure où il s’agit à ce stade d’une hypothèse d’école – à demander si telle loi précise est conforme à la Convention européenne des droits de l’homme. Il s’agirait là d’une véritable volonté de délégation du contrôle de la loi à la Cour, et non pas d’une simple demande d’appui par une juridiction interne entendant bénéficier des lumières strasbourgeoises.

Il n’apparaît absolument pas acquis que la Cour accepte une telle demande. Bien au contraire, elle a pris soin de souligner dans ses deux premiers avis que « l’objectif de la procédure n’est pas de transférer le litige à la Cour, mais de donner à la juridiction dont émane la demande les moyens nécessaires pour garantir le respect des droits de la

⁷⁴ Voir, sur ce point : F. Jacquolot, « Les Cours constitutionnelles européennes face au Protocole n° 16 à la Convention EDH : l’hypothèse du miroir réfléchissant », in T. Disperati, C. Tzutzuiano (dir.), *Le Protocole n° 16 à la Convention européenne des droits de l’homme*, PUAM, 2021, pp. 113 s.

⁷⁵ Cette question était ainsi formulée : « La loi pénale qui, dans la définition d’une infraction, fait référence à certaines dispositions d’un acte juridique ayant la force juridique suprême et un niveau supérieur d’abstraction remplit-elle les conditions de précision, d’accessibilité, de prévisibilité et de stabilité ? ».

⁷⁶ Elle est formulée de la sorte : « À la lumière du principe de la non-rétroactivité de la loi pénale (article 7 § 1 de la Convention), quels sont les critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu’elle était en vigueur au moment de la commission de l’infraction et la loi pénale telle que modifiée, et ainsi déterminer leurs similitudes ou leurs différences contextuelles (essentiels) ? ».

⁷⁷ CE, 6^{ème}/5^{ème} CR, décision *Fédération Forestiers privés de France*, 15 avril 2021, n° 439036.

Convention lorsqu'elle jugera le litige en instance »⁷⁸, ce qui ne paraît guère compatible avec une prise de position tranchée sur la conventionnalité d'une loi donnée. En outre, il serait de bon ton que le « protocole du dialogue » ne se transforme pas en « protocole du délestage » de questions trop sensibles ou complexes par les juridictions nationales. En sens inverse, l'absence de prise de position trop affirmée sur la conventionnalité d'une loi donnée favorisera sans doute les saisines de la part des juridictions nationales qui entendent seulement être éclairées, plutôt que ligotées, par l'avis de la Cour, tout en préservant cette dernière de subir seule les réactions politiques éventuellement hostiles à la solution qu'elle dessine. Pour les mêmes raisons, il ne semble pas que la Cour profitera des demandes d'interprétation de la Convention ou de *vade-mecum* du contrôle de conventionnalité pour exercer elle-même, en substance, un véritable contrôle de la loi litigieuse – elle s'est d'ailleurs soigneusement gardée de le faire dans son avis à la Cour constitutionnelle arménienne.

Certes, le Protocole n° 16 ne sera pas sans effets s'agissant des liens entre contrôle de la loi et Convention européenne des droits de l'homme, notamment en ce qu'il invitera la Cour à raisonner de manière plus abstraite dans ses avis et la familiarisera un peu plus avec les logiques propres au contrôle de la loi. Toutefois, il ne s'agira sans doute pas d'un véritable big-bang en la matière, mais plus vraisemblablement d'une nouvelle occasion de parfaire l'équilibre que la Cour doit, dans l'ensemble des branches de son office, trouver entre son action et celle des pouvoirs constitués des États parties à la Convention. La cathédrale de cristal compte une nouvelle flèche à bâtir...

⁷⁸ Cour EDH, GC, 10 avril 2019, *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*, n° P16-2018-001, § 25 ; Cour EDH, GC, 29 mai 2020, *avis consultatif relatif à l'utilisation de la technique de « législation par référence » pour la définition d'une infraction et aux critères à appliquer pour comparer la loi pénale telle qu'elle était en vigueur au moment de la commission de l'infraction et la loi pénale telle que modifiée*, n° P16-2019-001, § 43.