

DIALOGUE ENTRE JUGES 2015



« Subsidiarité : une médaille à deux faces ? »



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS
COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

Dialogue entre juges

Actes du séminaire
30 janvier 2015

« *Subsidiarité : une médaille à deux faces ?* »

Tout ou partie de ce document peut faire l'objet d'une reproduction libre de droits avec mention de la source « *Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2015* »

© Cour européenne des droits de l'homme, 2015
© Photos : Conseil de l'Europe

Strasbourg, janvier 2015

TABLE DES MATIERES

Actes du séminaire

« Subsidiarité : une médaille à deux faces ? 1. Le rôle du mécanisme de la Convention 2. Le rôle des autorités nationales »

Dean Spielmann Président de la Cour européenne des droits de l'homme	5
Julia Laffranque Juge à la Cour européenne des droits de l'homme	7
Sabino Cassese Juge émérite à la Cour constitutionnelle, Italie	11
Angelika Nußberger Juge à la Cour européenne des droits de l'homme	19
Jean-Marc Sauvé Vice-Président du Conseil d'État, France	23
Paul Lemmens Juge à la Cour européenne des droits de l'homme	33

Audience solennelle à l'occasion de l'ouverture de l'année judiciaire 2015

Dean Spielmann Président de la Cour européenne des droits de l'homme	43
Francisco Pérez de los Cobos Président du Tribunal constitutionnel, Espagne	49



Dean Spielmann

**Président
de la Cour européenne des droits de l'homme**

Discours introductif

Mesdames et Messieurs les Présidents, Mesdames et Messieurs, Chers amis,

C'est un grand plaisir pour moi de vous retrouver aussi nombreux rassemblés pour ce rendez-vous traditionnel que constitue notre séminaire annuel.

Votre présence témoigne, une fois de plus, de l'intérêt que vous portez à cette rencontre entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions suprêmes européennes. La présence parmi nous d'universitaires et d'agents des gouvernements devant la Cour, enrichira certainement nos discussions de cet après-midi.

Je souhaite remercier les juges Raimondi, Bianku, Nußberger, Sicilianos, Lemmens et Laffranque qui ont organisé le séminaire avec l'assistance de Roderick Liddell.

Nous bénéficions cette année de la participation de deux orateurs que je n'hésite pas à qualifier d'exceptionnels et c'est un honneur pour moi de les saluer : il s'agit de Sabino Cassese, juge à la Cour constitutionnelle de l'Italie, et de Jean-Marc Sauvé, Vice-Président du Conseil d'État français. Ils sont des amis de longue date de notre Cour.

Chaque année, notre séminaire nous permet d'explorer ensemble des aspects différents du système de la Convention. Si l'an dernier, nous avons consacré notre réflexion à la mise en œuvre des arrêts de la Cour, nous allons aujourd'hui nous pencher sur une notion qui se situe en amont du contrôle européen et qui est au cœur du mécanisme de la Convention, je parle évidemment de la subsidiarité.

Comme vous le savez, le terme subsidiarité ne figure pas dans la Convention. Il signifie que la tâche d'assurer le respect de la Convention européenne des droits de l'homme incombe d'abord au juge national, la Cour n'intervenant qu'en cas de défaillance du juge interne.

Les arrêts qui font référence au caractère subsidiaire de notre mécanisme sont très anciens, puisque la Cour s'y est référée dès 1968, dans l'affaire linguistique belge. Depuis lors, le principe a été réaffirmé à de très nombreuses reprises, au point de devenir une des clés de voûte de notre système. En effet, la subsidiarité est au cœur des relations que nous entretenons avec les juridictions nationales. Lors de nos rencontres bilatérales, que ce soit à Strasbourg ou dans les cours suprêmes, elle est un élément central de nos discussions. Elle constitue, en quelque sorte, une ligne de partage dans l'application de la Convention entre les juridictions nationales et notre Cour. Tout cela ressort de ce que l'on appelle également la responsabilité partagée. Cette expression, plus récente et de plus en plus fréquemment utilisée, n'est au fond qu'une autre façon de parler de subsidiarité.

Le principe de subsidiarité se traduit par l'obligation de respecter certaines règles, notamment procédurales, au premier rang desquelles figure l'obligation pour le requérant d'épuiser les voies de recours internes. Quant à la Cour, elle doit respecter l'autonomie des ordres juridiques internes, à condition toutefois que les juridictions nationales appliquent parfaitement la Convention. En tout état de cause, la bonne application du principe de subsidiarité contribue à l'efficacité du système, puisque cette répartition des compétences entre le juge national et le juge européen, renforce la

responsabilité première du juge national et contribue à faire de lui un des principaux acteurs du mécanisme de protection. Le respect des droits contenus dans la Convention est donc assuré par des acteurs différents qui, chacun dans son rôle, enrichissent et renforcent la protection des droits de l'homme.

L'un des corollaires de la subsidiarité est la marge d'appréciation qui conduit notre Cour à s'autolimiter dans l'exercice de son contrôle, lorsqu'elle considère que les autorités nationales sont mieux placées qu'elle pour résoudre un litige. Toutefois, si personne ne conteste le bien-fondé de la subsidiarité, nous savons que la marge d'appréciation a ses partisans et ses détracteurs. Comme le signalait récemment, pour le déplorer, notre amie Laurence Burgorgue-Larsen, dans une de ses analyses pénétrantes, « la marge nationale d'appréciation est partout », y compris dans le Protocole n° 15. Je suis convaincu que la question de la marge d'appréciation sera discutée aujourd'hui.

Enfin, les autorités nationales contribuent, à garantir une bonne application du principe de subsidiarité, par exemple en instituant des recours internes efficaces ou en examinant la compatibilité des projets de loi avec la Convention. Le rôle que peuvent jouer à cet égard les agents des gouvernements est fondamental.

Comme je le disais en 2014, lors de la rentrée solennelle, nous assistons de plus en plus, dans le cadre de nos relations entre juges internes et juges internationaux, au remplacement de la pyramide par le réseau.

Permettez-moi de vous citer, cher Jean-Marc Sauvé. En 2010, lors d'une conférence au Conseil d'État, vous évoquiez, – je cite – « sans nostalgie les charmes du temps passé où le juge national vivait dans une solitude absolument orgueilleuse ». Vous avez tout à fait raison : le juge national n'est plus seul. Aujourd'hui, les acteurs de la subsidiarité sont nombreux et variés. Beaucoup sont réunis ici, avec également des représentants de la doctrine, des blogueurs. Cela promet des débats riches et animés.

Je ne voudrais pas les retarder et c'est pourquoi je cède immédiatement la parole à ma collègue et amie Julia Laffranque qui a très gentiment accepté de présider ce séminaire.

Merci de votre attention.



Julia Laffranque

Juge à la
Cour européenne des droits de l'homme

M. le Président, Mesdames, Messieurs, chers collègues,

« Mais lorsque l'on considère les pays du Conseil de l'Europe dans leur ensemble, l'influence de la Cour de Strasbourg a été bénéfique. [...] L'Europe a besoin de la Convention et l'Europe a besoin de la Cour. C'est sans aucune réserve que j'exprime ma conclusion que Strasbourg est une véritable force au service du bien. »

Ce sont là les mots très récemment prononcés par l'Honorable Lord Phillips of Worth Matravers, Président fondateur de la Cour suprême du Royaume-Uni, lors de la conférence donnée par lui au Centre de droit européen [Centre of European Law, The Dickson Poon School of Law] du King's College à Londres le 17 juin 2014¹.

Dans l'Europe d'aujourd'hui, en janvier 2015, les droits fondamentaux de l'homme font face à de nombreux défis et menaces. Il est impossible d'exagérer la valeur de la Convention européenne des droits de l'homme dans de telles conditions ; la Cour européenne des droits de l'homme prend sa mission au sérieux et il continuera d'en être ainsi à l'avenir.

Toutefois, la Cour européenne des droits de l'homme ne peut assumer à elle seule la responsabilité de l'application en Europe des normes en matière de droits de l'homme. La protection des droits de l'homme et de l'état de droit n'est pas seulement un devoir pour la Cour de Strasbourg, il s'agit également d'une tâche nationale, à laquelle doivent participer les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire.

L'année dernière, lors de la journée internationale des droits de l'homme qui a eu lieu le 10 décembre 2014, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, l'APCE, a appelé les États à réaliser des progrès correspondant à la « contribution [et au progrès] extraordinaire[s] » de la Cour de Strasbourg en affermissant le principe de subsidiarité et en assurant une meilleure application des normes de la Convention européenne au niveau national². La commission des questions juridiques de l'APCE a évoqué la « responsabilité partagée »³ des États et de la Cour s'agissant de la mise en œuvre efficace de la Convention européenne des droits de l'homme.

1 <http://www.kcl.ac.uk/law/newsevents/newsrecords/2013-14/assets/Lord-Phillips-European-Human-Rights--A-Force-for-Good-or-a-Threat-to-Democracy-17-June-2014.pdf> (page consultée en mars 2015).

2 Voir le site web de l'APCE : Respect des droits de l'homme : une tâche nationale, ainsi qu'une tâche pour la Cour de Strasbourg : <http://assembly.coe.int/nw/xml/News/News-View-FR.asp?newsid=5345&lang=1&cat=5>, ainsi que le rapport de la commission des questions juridiques et des droits de l'homme : L'efficacité de la Convention européenne des droits de l'homme : la déclaration de Brighton et au-delà, Rapporteur : M. Yves Pozzo di Borgo, France, Groupe du parti populaire européen, AS/Jur (2014)33 : <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/Xref-XML2HTML-fr.asp?fileid=21565&lang=fr> (pages toutes deux consultées en mars 2015).

3 *Ibid.* (Rapport, p. 4 paragraphe 5).

La réunion de la Conférence de haut niveau qui se tiendra à Bruxelles les 26 et 27 mars 2015, à l'initiative de la présidence belge du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe, sera consacrée à « La mise en œuvre de la Convention européenne des droits de l'homme, notre responsabilité partagée »⁴.

Il ne faut cependant pas confondre partage de la responsabilité de protéger les droits de l'homme et velléité de se décharger de cette responsabilité. Il n'y a pas, dans le mécanisme de protection de la Convention, ceux qui sont dedans et ceux qui sont dehors ; la subsidiarité doit nous permettre à tous de contribuer au renforcement du régime des droits de l'homme en Europe, pour le plus grand bien de ceux qu'il protège.

Mesdames et messieurs, laissez-moi vous souhaiter la bienvenue à l'édition 2015 du « Dialogue entre juges », et spécialement à ce séminaire intitulé « La subsidiarité : une médaille à deux faces ? », et permettez-moi également d'exprimer le vœu que l'année se poursuive de manière plus plaisante qu'elle n'a commencé dans cette partie du monde.

La subsidiarité, qui constitue l'une des « caractéristiques fondamentales » du système de la Convention⁵, fait l'objet d'une analyse approfondie dans le document de référence préparé pour le séminaire et avec lequel vous avez tous eu le temps de vous familiariser⁶. La subsidiarité a un effet miroir ; il s'agit d'une médaille à deux faces. Par exemple, l'ordre des sous-titres de notre séminaire pourrait aisément être inversé : on aurait ainsi d'abord le rôle des autorités nationales, et ensuite celui du mécanisme de la Convention ; un degré considérable de recoupement entre ces deux « faces » est en tous les cas inévitable.

Il y a également un certain parallèle entre le sujet de cette année et ceux abordés lors de séminaires précédents⁷. La subsidiarité, examinée sous différents angles, a toujours été présente dans nos discussions.

Dans les faits, le principe de subsidiarité du système de protection de la Convention a évolué de manière graduelle. Il a tout d'abord été développé dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁸, puis il a été abordé par les conférences intergouvernementales, avant d'être confirmé par la déclaration de Brighton⁹. Ce n'est que récemment qu'il a été prévu d'inclure ce principe dans le texte du préambule de la Convention : il y prendra sa place dès que le Protocole n° 15¹⁰, ouvert à la signature en juin 2013, entrera en vigueur.

L'idée de subsidiarité est également présente dans la procédure d'avis consultatif, créée par le Protocole n° 16 de la Convention¹¹, avec la possibilité pour la Cour de Strasbourg d'aider les juridictions internes lorsqu'elles examinent des questions relevant de la Convention, pour en permettre la résolution au niveau national.

Permettez-moi de remonter plus loin dans le temps et de dire juste un mot sur la genèse du principe de subsidiarité lui-même. Il semble que le latin *subsidium* ou *subsidiarius* ait eu une connotation militaire, désignant des troupes fraîches ou des renforts¹², mais la notion de subsidiarité en tant que principe d'organisation de la société est en général attribuée à l'église catholique de la fin du XIX^e siècle. On peut cependant retrouver ses origines chez Aristote et Thomas d'Aquin. Plus tard, ce fut au tour d'Althusius, théoricien calviniste, d'exprimer ses réflexions sur la subsidiarité et le fédéralisme dans le but de préserver l'autonomie de sa ville¹³. Plus ou moins à la même époque, certains exprimaient des idées libertaires dans leur quête d'une définition de la relation entre l'État et l'individu. Au cours des siècles suivants, Locke, Montesquieu et von Humboldt se préoccupèrent de limiter l'intervention de l'État, et ce concept fut repris dans certaines constitutions nationales. La subsidiarité est un principe bien connu des États fédéraux.

C'est toutefois le pape Léon XIII, et son encyclique « *Rerum Novarum* » de 1891, que l'on crédite traditionnellement d'avoir établi la subsidiarité en tant que principe fondamental visant à juguler le pouvoir excessif de l'État tout en soulignant le devoir qui incombe à ce dernier de protéger les personnes vulnérables¹⁴. Avec en toile de fond la montée du totalitarisme, l'encyclique « *Quadragesimo Anno* » de 1931 de Pie XI contient l'énoncé classique du « principe de la subsidiarité de fonction » ou *das* « Prinzip der Subsidiarität » : « De même qu'on ne peut enlever aux particuliers pour les transférer à la communauté les attributions dont ils sont capables de s'acquitter de leur seule initiative et par leurs propres moyens, ainsi ce serait commettre une injustice, en même temps que troubler d'une manière très dommageable l'ordre social, que de retirer aux groupements d'ordre inférieur, pour les confier à une collectivité plus vaste et d'un rang plus élevé, les fonctions qu'ils sont en mesure de remplir eux-mêmes »¹⁵.

Mais faisons maintenant un bond dans le temps pour arriver en 1985, lorsque la Charte européenne de l'autonomie locale fut adoptée à Strasbourg. L'article 4 paragraphe 3 de ce document incarne le principe de subsidiarité en énonçant que l'exercice des responsabilités publiques doit, de façon générale, incomber, de préférence, aux autorités les plus proches des citoyens. L'attribution d'une responsabilité à une autre autorité doit tenir compte de l'ampleur et de la nature de la tâche et des exigences d'efficacité et d'économie¹⁶.

Entre temps, dans les années 1970 et 1980, on avait assisté au sein de ce qui était alors les Communautés européennes à un débat sur la réforme institutionnelle dans le cadre duquel s'était peu à peu installé le sentiment que l'Europe devait effectuer une transition vers le principe de subsidiarité. Pourtant, ce n'est qu'avec le traité de Maastricht, adopté en 1992, que ce principe fut

4 Une conférence similaire, sur le thème de « L'application de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales au niveau national et le rôle des juges nationaux » s'est tenue à Bakou les 24 et 25 octobre 2014, sous les auspices de la présidence azerbaïdjanaise du Comité des Ministres (de mai à novembre 2014). L'une des principales conclusions d'une autre conférence récente sur l'avenir à long terme du système de la Convention, qui s'est déroulée à Oslo les 7 et 8 avril 2014, était que le processus de réforme ne devait pas se limiter à la Cour, mais qu'il devait inclure également d'autres organes du Conseil de l'Europe, dont le Comité des Ministres, et, ce qui est important, la mise en œuvre des droits garantis par la Conventions au niveau national, voir Geir Ulfstein, Clôture de la conférence. Résumé, Actes de la Conférence, p. 189 : <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/Publications/Proceedings-Oslo-2014.pdf> (page consultée en mars 2015).

5 Voir la Conférence devant le Conseil d'État à Paris, le 19 avril 2010, Intervention introductive de Jean-Paul Costa, Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Conseiller d'État honoraire http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20100419_Costa_Paris_FRA.pdf (page consultée en juillet 2011)

6 Séminaire marquant l'ouverture officielle de l'année judiciaire : La subsidiarité : une médaille à deux faces ? 1. Le rôle du mécanisme de la Convention. 2. Le rôle des autorités nationales. Document de référence, 30 janvier 2015, 1. Préparé par le comité d'organisation, présidé par la juge Laffranque et composé des juges Raimondi, Bianku, Nußberger et Sicilianos, assistés de R. Liddell pour le Greffe. Ce document, qui ne reflète pas le point de vue de la Cour, a pour but de fournir un cadre aux rapporteurs et une base aux discussions du séminaire : http://www.echr.coe.int/Documents/Seminaire_background_paper_2015_ENG.pdf (page consultée en mars 2015).

7 Par exemple, parmi les plus récents : Séminaire - Dialogue entre juges 2014 : « La mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : une responsabilité judiciaire partagée ? », Séminaire - Dialogue entre juges 2012 : « Comment assurer une plus grande implication des juridictions nationales dans le système de la Convention ? » Les documents de référence pour ces deux séminaires sont disponibles sur : http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/events/ev_sem&c= (page consultée en mars 2015).

8 Par exemple la décision de la Cour du 23 juillet 1968 dans l'affaire « de la linguistique belge », § 10, Série A n° 6, p. 35, et du 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, no. 5493/72, § 48; ECHR 1976-5.

9 Adoptée lors de la Conférence de haut niveau sur le futur de la Cour européenne des droits de l'homme (Brighton, Royaume-Uni, du 18 au 20 avril 2012) : http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/CDDH-DOCUMENTS/CDDH_2012_007_en.pdf (page consultée en mars 2015).

10 Protocole n° 15 modifiant la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Strasbourg, 24 juin 2013, Série des Traités du Conseil de l'Europe - n° 213.

11 Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Strasbourg, 2 octobre 2013, Série des Traités du Conseil de l'Europe - n° 214.

12 Voir les dictionnaires juridiques et The Latin Lexicon : <http://latinlexicon.org/definition.php?p1=2056951> (page consultée en mars 2015).

13 Sur l'histoire de la subsidiarité, voir Emil Kirchner, dans *Encyclopedia of Democratic Thought*, Paul Barry Clarke, Joe Foweraker (eds.), New York : Routledge, 2001, pp. 688 à 691.

14 *Rerum Novarum*, Lettre encyclique du Pape Léon XIII sur le capital et le travail, Libreria Editrice Vaticana : http://w2.vatican.va/content/leo-xiii/en/encyclicals/documents/hf_l-xiii_enc_15051891_rerum-novarum.html (page consultée en mars 2015).

15 *Quadragesimo Anno*. Lettre encyclique du Pape Pie XI sur la reconstruction et l'ordre social. A tous Nos Vénérables Frères, les Patriarches, Primats, Archevêques et Evêques du monde catholique, en grâce et communion avec le Siège Apostolique. Paragraphe 79, Libreria Editrice Vaticana : http://w2.vatican.va/content/pius-xi/en/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.html (page consultée en mars 2015).

16 Charte européenne de l'autonomie locale, Strasbourg, 15 octobre, 1985, Série des Traités du Conseil de l'Europe - n° 122.

officiellement entériné par le droit fondamental de l'UE¹⁷. La formule actuelle est celle de l'article 5 paragraphe 3 du traité sur l'Union européenne (version consolidée à la suite du traité de Lisbonne)¹⁸. En vertu du principe de subsidiarité, dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, que ce soit au niveau central ou au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union. Le principe de subsidiarité est également reflété dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (article 51)¹⁹. Contrairement au concept de subsidiarité de l'UE, qui limite l'intervention de l'UE lorsque sont en jeu des objectifs de l'UE qui peuvent être atteints au niveau local, le principe de subsidiarité dans la Convention a essentiellement une perception positive s'agissant des parties contractantes.

Et ceci nous ramène à Strasbourg. Bien que la subsidiarité puisse être vue ici, dans une certaine mesure, comme une limite au mécanisme de contrôle de la Convention, les ONG ont exprimé leur préoccupation, par exemple en rapport avec la déclaration d'Izmir, parce qu'elles considéraient que le principe de subsidiarité ne justifiait pas, par comparaison, que les États exercent une pression inappropriée sur la Cour eu égard à l'interprétation et l'application par elle de la Convention²⁰. La subsidiarité exige par-dessus tout une action/obligation positive des États pour préserver les garanties de la Convention et pour maintenir les exigences concernant l'épuisement des voies de recours internes ; les autorités nationales sont les premières garantes des droits et libertés fondamentaux.

Afin de boucler la boucle, il est intéressant de terminer ce petit exposé sur l'historique et les différentes notions de la subsidiarité en se référant à un autre pape, cette fois-ci au pape François, qui en novembre dernier s'est rendu en visite à Strasbourg au Parlement européen et au Conseil de l'Europe. Dans son discours, il rappela que la Cour représente la conscience de l'Europe en ce qui concerne les droits et la dignité de l'homme²¹. Il réaffirma par ailleurs la centralité de la personne humaine qui, autrement, se trouverait à la merci des modes et des pouvoirs du moment ainsi que le rôle central des idéaux qui ont façonné l'Europe depuis ses débuts, tels que la paix, la subsidiarité, la solidarité réciproque, un humanisme centré sur le respect de la dignité de la personne humaine²².

Mesdames et Messieurs, au nom du comité organisateur du séminaire annuel, je vous remercie tous d'être venus aujourd'hui, je vous souhaite des débats fructueux et j'encourage en particulier les tribunaux et juges nationaux à rendre visite à la Cour dans le futur ; nos portes sont ouvertes pour nos collègues. Maintenant, donnons la parole à nos éminents orateurs.



Sabino Cassese

Juge émérite à la
Cour constitutionnelle, Italie

UNE ADMINISTRATION INDIRECTE : LA SUBSIDIARITÉ JUDICIAIRE À LA CEDH*

1. DES NORMES DE CONTRÔLE DÉFÉRENTIELLES : DE LA MARGE D'APPRÉCIATION À LA SUBSIDIARITÉ

La Convention européenne des droits de l'homme accorde une protection juridique qui dépasse les limites de celle assurée par le droit interne, protection qui se fonde sur certains principes communs, partagés et donc uniformes, comme c'est le cas du droit de l'Union européenne¹. Cette uniformité est nuancée, pour respecter les identités nationales, à travers la condition de l'épuisement préalable des voies de recours internes qui est posée par l'article 35(1) de la Convention : « la Cour ne peut être saisie qu'après l'épuisement des voies de recours internes...² » et la doctrine de la marge d'appréciation, qui laisse une certaine latitude aux gouvernements nationaux et constitue « une forme bénigne d'immunité »³.

La condition d'épuisement et la doctrine de la marge d'appréciation régulent toutes deux l'interaction entre les ordres juridiques et garantissent une certaine dialectique judiciaire. Toutefois, la première est par nature légale, parce qu'elle a été posée par la Convention, alors que la seconde, fruit de la jurisprudence de la Cour, est par nature judiciaire.

* Préparé pour le Séminaire « La subsidiarité : une médaille à deux faces ? 1. Le rôle du mécanisme de la Convention. 2. Le rôle des autorités nationales », organisé pour coïncider avec la cérémonie marquant l'ouverture officielle de l'année judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme, le 30 janvier 2015, à Strasbourg. L'auteur remercie Giuliano Amato, Barbara Randazzo, Marta Cartabia et Marco Pacini pour leurs commentaires sur les versions précédentes.

1 Contexte dans lequel cette évolution a été remarquée par le juge Alberto Trabucchi (« un droit... à une protection juridique qui dépasse les limites traditionnelles de leur système national ») dans un célèbre commentaire sur l'arrêt *Van Gend en Loos* (désormais dans « La formation del diritto europeo », Quaderni della Rivista di diritto civile, n° 14, Padua, Cedam, 2008, pp. 171-177). Voir également M. Cartabia, « Fundamental Rights and the Relationship among the Court of Justice, the National Supreme Courts and the Strasbourg Court », *50th Anniversary of the Judgment in Van Gend en Loos*, CJEU Conference Proceedings 13 May 2013, Luxembourg, Office des publications de l'UE, 2013, p. 156.

2 Le principe connexe qu'une affaire doit avoir été dûment examinée par un tribunal interne, a été introduit par le Protocole n° 14 à l'article 35 de la Convention (désormais l'article 35(3)(b)) afin de « garantir que toute affaire fera l'objet d'un examen juridictionnel, soit sur le plan national, soit sur le plan européen ; autrement dit, il s'agit d'éviter le déni de justice. Cette clause se concilie également avec le principe de subsidiarité, tel qu'il ressort surtout de l'article 13 de la Convention, qui exige l'existence au niveau national d'un recours effectif permettant de se plaindre d'une violation. » (*Korolev c. Russie* (déc.), n° 25551/05, 1^{er} juillet 2010, Première section, décision sur la recevabilité).

3 Voir 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?*, Centre for European Legal Studies, University of Cambridge, Faculty of Law, Working Paper Series, février 2012, p. 2.

17 Le traité de Maastricht. Dispositions modifiant le traité instituant la Communauté économique européenne (et le traité sur l'Union européenne). Maastricht, 7 février 1992. Un article 3b devait être inséré : « La Communauté agit dans les limites des compétences qui lui sont conférées et des objectifs qui lui sont assignés par le présent traité. Dans les domaines qui ne relèvent pas de sa compétence exclusive, la Communauté n'intervient, conformément au principe de subsidiarité, que si et dans la mesure où les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être réalisés de manière suffisante par les États membres et peuvent donc, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, être mieux réalisés au niveau communautaire. L'action de la Communauté n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs du présent traité. »

18 Version consolidée du Traité sur l'Union européenne, telle qu'adoptée 2010/C/83/01 et à compter de mars 2015 Journal officiel C 326, 26/10/2012 pp. 0001 et suivantes.

19 Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, JO C 326, 26.10.2012, pp. 391 à 407.

20 *The principle of subsidiarity does not, by contrast, justify states placing inappropriate pressure on the Court with regard to its interpretation and application of the Convention, Joint statement for the High Level Conference on the future of the European Court of Human Rights Izmir, Turkey, 26-27. Avril 2011 : <http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/conferenceizmir/Amnesty%20International%20Joint%20NGO%20Statement.pdf> (page consultée en juillet 2011).*

21 « Je pense particulièrement au rôle de la Cour européenne des droits de l'homme, qui constitue en quelque sorte la "conscience" de l'Europe pour le respect des droits humains. », Discours du pape François au Conseil de l'Europe, Strasbourg (France), 25 novembre 2014, p. 33 ; également disponible à l'adresse suivante : <http://www.voltairenet.org/article186047.html> (page consultée en mars 2015).

22 Voir discours du pape François au Parlement Européen, Strasbourg, 25 novembre 2014, p.13 ; également disponible à l'adresse suivante : http://w2.vatican.va/content/francesco/fr/speeches/2014/november/documents/papa-francesco_20141125_strasburgo-parlamento-europeo.html (page consultée en mars 2015).

Tandis que la condition d'épuisement a été acceptée en tant que principe général du droit international, la doctrine de la marge d'appréciation, apparue en 1958 et adoptée dans l'arrêt *Handyside* de 1976, a été critiquée comme étant vague et incohérente, « une anomalie linguistique », un gallicisme malheureux », « le “produit” le plus controversé de la CEDH »⁴.

Des principes déférentiels découlant de la loi et de la jurisprudence existent dans de nombreux ordres juridiques composites, comme par exemple l'Organisation mondiale du commerce (OMC) et l'Union européenne⁵.

S'agissant de l'OMC, les critères d'examen sont énoncés par l'article 176 de l'Accord antidumping, qui interdit de procéder à un examen de *novo* et à des appréciations de fait, tandis que l'Organe de règlement des différends accepte une « marge d'appréciation », par exemple lorsque la violation est particulièrement grave⁶, et emploie le « critère de nécessité » et celui de « restriction minimale » comme techniques en matière de marge d'appréciation⁷.

Pour ce qui est de l'Union européenne, l'article 5(3) du Traité de l'Union européenne énonce qu'« [e]n vertu du principe de subsidiarité [...] l'Union intervient seulement si, et dans la mesure où, les objectifs de l'action envisagée ne peuvent pas être atteints de manière suffisante par les États membres, tant au niveau central qu'au niveau régional et local, mais peuvent l'être mieux, en raison des dimensions ou des effets de l'action envisagée, au niveau de l'Union ».

La Cour de justice de l'Union européenne a reconnu aux gouvernements nationaux une marge d'appréciation fondée sur le présupposé que « les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre »⁸, ou lorsqu'il est nécessaire de ménager un équilibre entre des droits communautaires et des droits nationaux⁹, comme par exemple dans le contexte de la liberté d'expression, ou encore simplement en raison des disparités entre nations¹⁰.

2. LE PROTOCOLE N° 15

Pour en revenir à Strasbourg, le Protocole n° 15 a enraciné le principe de subsidiarité dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme. La question primordiale est la suivante : ce principe est-il nouveau ou s'agit-il d'une simple codification d'un principe dérivé du mécanisme¹¹ ou établi par la Cour ?

Pour répondre à cette question, il nous faut examiner la genèse de l'article 1 du Protocole. Le principe de subsidiarité a été mentionné pour la première fois, en passant, dans la « déclaration » de la Conférence de haut niveau tenue à Izmir les 26 et 27 avril 2011 (point A.3).

La déclaration adoptée par la Conférence suivante, qui s'est déroulée à Brighton les 19 et 20 avril 2012, comporte un paragraphe sur « l'interaction entre la Cour et les autorités nationales » (voir les points 10 à 12). Le raisonnement exposé est assez tortueux. Il débute avec une mention de la jurisprudence de la Cour sur la marge d'appréciation. Puis il est déclaré que « cela reflète le fait que le système de la Convention est subsidiaire » par rapport au niveau national et aux autorités nationales, et que la marge d'appréciation va de pair avec la supervision découlant du système de la Convention. Troisièmement, la Cour est encouragée à prêter la plus grande attention au principe de subsidiarité et à la doctrine de la marge d'appréciation, et à les appliquer systématiquement. Enfin, la déclaration saute à une proposition d'inclure, dans le Préambule de la Convention, « une référence au principe de subsidiarité et à la doctrine de la marge d'appréciation, telle que développée dans la jurisprudence de la Cour ». A cet égard, deux points sont à clarifier : la doctrine de la marge d'appréciation était-elle considérée comme faisant partie du principe de subsidiarité, ou comme un principe distinct ? Le principe de subsidiarité trouve-t-il son fondement juridique dans la jurisprudence de la Cour ou dans le système de la Convention ?

Suite à la Conférence de Brighton, l'article 1 du Protocole n° 15, qui n'est pas encore en vigueur, a ajouté un nouveau considérant au Préambule de la Convention : « il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme [...] ».

Le Rapport explicatif du protocole indique que cette référence au principe et à la doctrine est « destiné[e] à [...] être] cohérent[e] avec la doctrine de la marge d'appréciation telle que développée par la Cour dans sa jurisprudence. » Dans son Avis sur le projet de protocole, la Cour a émis des réserves quant au texte, mais elle soulignait que les auteurs n'avaient l'intention de modifier « ni la substance de la Convention ni son système d'application internationale et collective ». Il est de notoriété publique que le nouveau considérant du Préambule de la Convention est le fruit d'un compromis visant à prendre en compte la réaction britannique à la décision de la CEDH dans l'affaire *Hirst*, affaire qui concernait le droit de vote des détenus britanniques¹².

A la lecture de ce texte, il est difficile de cerner la raison pour laquelle des normes de contrôle déférentielles ont été introduites par le nouveau protocole. Cette raison était peut-être d'ordre purement fonctionnel, par exemple pour résoudre un problème d'engorgement ou des difficultés tenant à un manque de ressources et d'expertise pour les enquêtes ou les vérifications de

4 D. Spielmann, *Allowing the Right Margin*, op. cit., p. 28. Pour un exposé détaillé de la marge d'appréciation comme relevant de la subsidiarité, voir J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 236 et suivantes. La doctrine de la marge d'appréciation est sujette à de multiples interprétations par la Cour de Strasbourg, comme récemment dans l'affaire *S.A.S. v. France* [GC], n° 43835/11, ECHR 2014 (large marge d'appréciation pour faire place au processus démocratique s'agissant de questions de politique générale sur lesquelles de profondes divergences peuvent exister).

5 Y. Shany, « Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? », dans *European Journal of International Law*, 2005, vol. 16, n° 5, pp. 907 et suivantes.

6 OMC/DS 222/ARB Canada – Crédits à l'exportation et garanties de prêts accordés pour les aéronefs régionaux (15 février 2003), § 3.44.

7 F. Fontanelli, « Whose margin is it? State discretion and judges' appreciation in the necessity quicksand », disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1687216>, DS 363 (2009).

8 CJEU, C-36/02, *Omega c. Oberbürgermeisterin* (14 octobre 2004), § 31.

9 CJEU, C-421/70, *Frede Damgaard* (2 avril 2009) ; C-112/00 *Eugen Schmidberger c. Autriche* (12 juin 2003), §§ 81-82 ; C-71/02, *Herbert Karner c. Troostwijk* (25 mars 2004), §§ 50-53.

10 CJEU, C-41/74, *Yvonne van Duyn c. Home Office*, (4 décembre 1974), § 18 ; C-244/06, *Dynamic Medien c. Avides Media* (14 février 2008), § 44. Voir, en général, J. Schwarze, « Balancing EU Integration and National Interests in the Case-Law of the Court of Justice », *The Court of Justice and the Construction of Europe: Analyses and Perspectives on Sixty Years of Case-law*, Asser, The Hague, 2013, pages 257 et suivantes, et M. Cartabia, *Fundamental Rights*, op. cit. E. Benvenisti, « Margin of appreciation, consensus and universal standards », dans *International Law and Politics*, 1999, vol. 31, pages 843 et suivantes, écrit qu'« on ne doit tolérer aucune marge et aucun consensus lorsque les procédures nationales sont connues pour leur mauvais fonctionnement, et ce d'autant plus manifestement que les droits et intérêts en cause sont ceux d'une minorité ».

11 Comme l'a remarqué le juge Villiger dans son opinion en partie dissidente dans l'affaire *Vinter et autres c. Royaume-Uni* [GC], nos 66069, 130/10 et 3896/10, CEDH 2013 : « le principe de subsidiarité qui est à la base de la Convention ». En fait, le principe de subsidiarité peut être dérivé des articles 1, 13 et 35 de la Convention.

Selon F. Fabbrini, *The Margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity. A Comparison*, University of Copenhagen Faculty of Law, iCourts Working Paper Series, n° 15, 2015, p. 9, « bien que le principe de subsidiarité en droit de l'UE et la doctrine de la marge d'appréciation de la CEDH aient une fonction constitutionnelle similaire, leur nature juridique et leur orientation au plan institutionnel sont différentes », « le principe de subsidiarité doit être interprété comme un concept neutre, qui comporte une dimension négative et une dimension positive, alors que la marge d'appréciation doit être vue comme cantonnée uniquement à la dimension négative » ; « le principe de subsidiarité s'adresse en premier lieu au législateur [...] la marge d'appréciation, au contraire, concerne principalement l'exercice de ses compétences par la CEDH [...] ».

12 E. Benvenisti, *The Law of Global Governance*, Academy of International Law, The Hague, 2014, p. 238.

faits effectués par la Cour de Strasbourg¹³. D'autres possibilités sont la volonté de reconnaître la diversité des identités nationales ou la primauté de la souveraineté, de minimiser les restrictions¹⁴ ou de respecter la primauté de la démocratie, dans le même esprit que ceux qui sont d'avis que le contrôle par le juge peut être guidé par la subsidiarité « pour renforcer leur légitimité spécifiquement démocratique » et que « la marge d'appréciation [...] est l'un des principaux exemples [...] d'une norme de contrôle fondée sur la démocratie »¹⁵.

Penchons-nous à présent sur la question de savoir si le nouveau considérant s'inscrit dans la continuité ou s'il marque, au contraire, une rupture avec le passé.

Premièrement, la subsidiarité et la marge d'appréciation sont traitées dans le nouveau considérant comme deux principes différents, comme si leur teneur était différente. Cela assigne à la Cour la tâche difficile de définir les particularités qui les distinguent l'une de l'autre.

Deuxièmement, le fait que le système de la Convention repose sur les systèmes nationaux, qui doivent offrir des voies de recours effectives aux personnes s'estimant victimes d'atteintes à leurs droits, fait partie de la Convention. Mais la Convention, telle que la Cour l'interprète, peut dans certains cas offrir une protection supplémentaire qui s'ajoute à celle assurée au niveau national. Pour ces affaires, la Cour a développé une construction jurisprudentielle, la doctrine de la marge d'appréciation ; qui constitue une obligation de retenue qu'elle s'impose elle-même. Cependant, tant le principe de subsidiarité que la doctrine de la marge d'appréciation sont désormais imposés à la Cour par la Convention. L'un comme l'autre sont désormais fondés sur une source de droit qui n'est pas issue de la jurisprudence mais de la Convention. Jusqu'à la rédaction du Protocole n° 15, la marge d'appréciation était accordée aux États contractants par la Cour. Depuis le Protocole n° 15, les États contractants jouissent du droit de recourir au principe de subsidiarité et à la doctrine de la marge d'appréciation.

Ce changement a de nombreuses conséquences. Parce qu'elle était jurisprudentielle, la doctrine de la marge d'appréciation était susceptible d'être écartée. Cela n'est désormais plus le cas puisque la Convention a consacré cette doctrine issue de la jurisprudence.

Cette nouvelle disposition présente une deuxième particularité. La subsidiarité et la marge d'appréciation peuvent être « activées » par des tierces parties, les États membres, « à l'encontre » de la Cour : ils peuvent faire valoir devant la Cour que c'est à eux qu'incombe, au premier chef, la garantie des droits et libertés définis par la Convention et ses Protocoles.

Une troisième particularité est que tandis que la Cour s'est approprié la teneur de la doctrine de la marge d'appréciation, ce qu'elle continuera de faire à l'avenir, le principe de subsidiarité lui parvient chargé de toute son histoire et de ses ambiguïtés.

Enfin, la transformation de la doctrine de la marge d'appréciation en doctrine législative peut faire douter que la Cour puisse continuer d'envisager une interprétation différente selon qu'un pays accorde un degré faible ou élevé de protection¹⁶.

Je souhaite soulever maintenant un dernier point s'agissant de la subsidiarité. Ce principe affiche une tradition de longue date, et assez marquée par l'échec¹⁷, au niveau de l'élaboration des règles comme au niveau de la prise de décisions administratives. Dans le contexte du système de la

Convention, le principe de subsidiarité n'a été introduit pour régir ni la première, ni la deuxième, mais pour s'appliquer au contrôle par le juge. Ce principe s'adresse à la Cour, en tant qu'acteur principal de la Convention, et la subsidiarité judiciaire diffère de la subsidiarité législative ou administrative.

La subsidiarité a été employée pour opérer une répartition verticale des fonctions entre le centre et la périphérie. Dans ce contexte, le principal but de la subsidiarité est de répartir les fonctions pour éviter la centralisation, et d'assurer un partage efficace des pouvoirs. L'article 118 de la Constitution italienne en est un exemple ; cet article dispose que les tâches administratives sont réparties entre les municipalités, les provinces, les régions et le gouvernement central, conformément au principe de subsidiarité. Cela est également vrai pour le principe de subsidiarité dans l'Union européenne, contexte dans lequel il régit la répartition des fonctions entre les autorités européennes et les autorités nationales.

La subsidiarité n'a pas fait ses preuves en tant qu'outil efficace pour éviter la centralisation. On a tenté de la faire fonctionner en la « procéduralisant », par exemple en exigeant l'avis des échelons inférieurs de l'administration avant que des règles puissent être édictées par les échelons supérieurs¹⁸.

De par son contexte, l'emploi fait de la subsidiarité par le Protocole n° 15 est nouveau. La subsidiarité s'applique au contrôle par le juge et non pas à l'acte de légiférer ou aux décisions de l'administration. Le but n'est pas de répartir des fonctions mais de contrôler l'application uniforme, dans des contextes nationaux, de normes et principes supranationaux. A ma connaissance, le seul précédent de ce type d'application du principe de subsidiarité est celui de l'article 51 et du Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2010/C 83/02).

3. « LES ASPIRATIONS CONTRADICTOIRES À L'UNITÉ ET À LA DIVERSITÉ¹⁹ » : L'ADMINISTRATION INDIRECTE PAR LA SUBSIDIARITÉ

Nous devons maintenant nous pencher sur le principe de subsidiarité en tant que tel. L'« histoire [de la subsidiarité est] longue et haute en couleurs²⁰ », et on compte pas moins de trente significations différentes du terme « subsidiarité ». C'est pourquoi la subsidiarité a été qualifiée de programme, de formule magique, d'alibi, de mythe, de feuille de vigne, d'aspiration²¹. La subsidiarité est « le mot qui a sauvé le Traité de Maastricht »²². Il a été écrit que la subsidiarité « ne peut à elle seule légitimer ou contribuer à un partage justifiable de l'autorité entre les institutions nationales et internationales, par exemple en matière de protection des droits de l'homme »²³.

La question de la fonction de la subsidiarité prête moins à confusion, car il y a une tension entre ce principe et celui d'universalité²⁴, pour « affirmer l'internationalisme [...] sans la tentation d'un super-État ou autre autorité centralisée globale »²⁵. La subsidiarité a de nombreuses facettes : elle est un mécanisme de dévolution en faveur des autorités du niveau inférieur, le fondement sur lequel le niveau supérieur peut être substitué au niveau inférieur, et elle est également le fondement du soutien apporté par le niveau supérieur pour pallier les lacunes du niveau inférieur.

18 M. Cartabia, « Unione europea, sussidiarietà e diritti fondamentali », P. Donati (ed.), *Verso una società sussidiaria*, Bologna, Bononia University Press, 2011, pp. 121 à 141.

19 J. H. Elliott, « A Europe of Composite Monarchies », dans *Past and Present*, 1992, p. 71.

20 T. Horsley, « Subsidiarity and the European Court of Justice: Missing Pieces in the Subsidiarity Jigsaw? », dans *Journal of Common Market Studies*, 2012, vol. 50, n° 2, p. 268.

21 S. Cassese, « L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea », *Foro italiano*, 1995, octobre, V, pp. 373 et suivantes.

22 D. Z. Cass, « The Word that Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community », dans *Common Market Law Review*, 1992, vol. 29, n° 1, pp. 1107 et suivantes.

23 A. Follesdal, *The Principle*, op. cit., p. 31.

24 E. Benvenisti, *The Law*, op. cit., pp. 207, 233 et suivantes et 238.

25 P.G. Carozza, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, Notre Dame Law School Scholarly Works, 2003, n° 564, p. 78 (aussi dans *American Journal of International Law*, 2003 et, en italien, dans P. G. Grasso (ed.), *Europa e Costituzione*, Napoli, ESI, 2005, pp. 129 et suivantes).

13 A. von Staden, *Democratic Legitimacy of Judicial Review beyond the State: Normative Subsidiarity et Judicial Standards of Review*, disponible sur <http://ssrn.com/abstract=1969442> pp. 24 – 25.

14 A. Follesdal, *The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law*, New York University, Jean Monnet Working Paper 12/11, 2011, p. 26.

15 A. von Staden, *Democratic Legitimacy*, op. cit., p. 1, p. 5 et p. 12.

16 Sur cette dualité de la norme de contrôle, voir J.-L. Flauss, « Faut-il transformer la Cour européenne des droits de l'homme en juridiction constitutionnelle ? », dans *Dalloz*, 2003, p. 1639, note de bas de page 2, et L. Favoreu, « Corti costituzionali nazionali e Corte europea dei diritti dell'uomo », dans *Rivista di diritto costituzionale*, 2004, n° 1, pp. 8-9.

17 P. Craig, *Subsidiarity, a Political and Legal Analysis*, University of Oxford, Legal Research Paper Series, n° 15, avril 2012.

La subsidiarité est l'une des nombreuses applications d'un principe fondamental d'organisation : l'administration indirecte. Ce principe est aussi important que celui de la séparation des pouvoirs. Le premier opère verticalement, tandis que le deuxième a un effet horizontal.

Chaque fois qu'il y a fusion de différents systèmes juridiques et perte de leur exclusivité²⁶, quel que soit le type de fusion qui intervient, ils adoptent un ensemble de principes généraux communs et sont dotés d'une juridiction de contrôle ; l'administration indirecte est essentielle pour éviter les collisions car elle « crée de l'ordre dans le pluralisme »²⁷ et articule « les planètes et l'univers »²⁸.

L'administration indirecte a été un facteur déterminant d'abord dans la construction de l'Empire romain et plus tard dans l'expansion de l'Empire britannique. Les Britanniques auraient pu gouverner leur empire comme les Français gouvernaient le leur, remplaçant les institutions locales par leurs propres institutions métropolitaines. Au lieu de cela, ils ont choisi d'administrer de manière indirecte, en superposant certaines de leurs règles générales et institutions, leur procédure et leur personnel aux institutions locales, et en laissant celles-ci fonctionner comme à l'accoutumée. Cette forme de processus d'adaptation, évolutif, garantit compatibilité et tolérance entre des valeurs et règles différentes.

De nos jours, il est plus difficile de mettre en œuvre une administration indirecte car les systèmes juridiques ne superposent que des règles, institutions et procédures ; ils n'envoient pas des personnes diriger les systèmes juridiques nationaux. Les ordres juridiques perdent leur exclusivité, se chevauchent et doivent ménager un équilibre entre deux ensembles de valeurs en concurrence : d'une part le respect des règles internes et de la diversité, et d'autre part le respect des principes communs incorporant, dans le processus de décision, les intérêts qui sont exclus de manière formelle et limitent la souveraineté nationale²⁹.

L'administration indirecte et ses applications doivent amortir les chocs et éviter les collisions entre des ordres juridiques qui convergent. Elles doivent donc demeurer suffisamment ouvertes pour être mises au point au fur et à mesure et être adaptées en fonction des circonstances. Les tentatives de créer un catalogue et une taxonomie précis des applications de l'administration indirecte sont vouées à l'échec. Fluidité et flexibilité³⁰ sont de rigueur.

4. LA DÉFINITION ET LES LIMITES DE LA SUBSIDIARITÉ

Où finit le droit supérieur et où commence le droit interne ? Il est important de répondre à cette question en définissant la subsidiarité et ses limites, pour garantir que les objectifs de la Convention soient remplis, pour réduire le risque d'une domination par la Cour et les organes de la Convention, qui peuvent abuser de leur flexibilité, et pour protéger tant la Cour que les organes de la Convention face aux États plus puissants³¹. On ne doit laisser ni la Cour ni les Parties contractantes et leurs juridictions nationales « errer dans un désert de pouvoir discrétionnaire inconnu »³².

Premièrement, dans quels domaines s'applique le principe de subsidiarité ? La réponse est claire : seulement dans l'éventualité de compétences partagées, en concurrence, et donc lorsque les deux niveaux, le national et le supranational, ont des possibilités égales d'action ; il s'applique

seulement « dans les domaines qui ne relèvent pas de la compétence exclusive [de l'Union] », comme l'énonce l'article 5(3) du Traité sur l'Union européenne. Cette ligne de démarcation est brouillée par un facteur purement interne : il est ardu, pour les ordres juridiques unitaires, parmi lesquels on compte les ordres nationaux, de ne reconnaître certains droits que dans certaines circonstances mais pas dans d'autres. Par exemple, comment un gouvernement national et ses citoyens pourraient-ils tolérer que le droit à un procès soit protégé dans certains domaines mais pas dans d'autres, du simple fait que ces derniers relèvent de la compétence exclusive des autorités nationales ? Autrement dit, les différents secteurs et domaines au sein de tout ordre juridique interne sont liés les uns aux autres et communiquent entre eux ; et les citoyens recherchent la meilleure protection possible. Cela explique que l'impact du droit de l'Union européenne se ressente au-delà des domaines et des questions dans et sur lesquels l'Union a une influence directe³³.

Deuxièmement, quand peut-on invoquer le principe de subsidiarité ? De nouveau, la réponse devrait être claire : seulement « dans le contexte des articles de la Convention qui ont des "clauses de limitation"³⁴ », et non pas lorsque des « droits absolus » sont garantis, comme par exemple le droit à la vie dans l'article 2, ou l'interdiction de la torture dans l'article 3³⁵.

Troisièmement, la subsidiarité peut-elle être sujette à différentes interprétations, ouvrant la possibilité d'une application stricte ou large et celle d'une dualité d'application, de la même manière que la doctrine de la marge d'appréciation ? Si, comme on l'a conclu dans les pages précédentes, la subsidiarité relève d'un genre plus large d'arrangements institutionnels désignés par l'expression « administration indirecte », et si l'administration indirecte est un mécanisme flexible *par excellence*, on ne peut répondre à cette question que par l'affirmative.

Quatrièmement, comment traduire le principe de subsidiarité en pratique³⁶, et comment créer des « freins » pour le rendre efficace ? L'Union européenne fournit le bon exemple des Protocoles 1 et 2 du Traité de Lisbonne (respectivement : contrôles politiques et contrôles judiciaires). Ces freins ne sont cependant pas entièrement efficaces³⁷.

L'impact de la subsidiarité, en tant qu'outil flexible, est susceptible de varier selon les caractéristiques de chaque ordre juridique interne. Par exemple, ceux qui ne sont pas dotés d'une constitution écrite sont plus vulnérables à une percolation du droit supranational. Le Royaume-Uni a été contraint de s'adapter, avec le Human Rights Act 1998 [la loi de 1998 sur les droits de l'homme].

Ma dernière observation, sur la définition de la subsidiarité et de ses limites, est une réserve. Il ne faut pas croire que lorsque les autorités supranationales ont un rôle subsidiaire, les États souverains sont libres de faire comme bon leur semble. La souveraineté est illusoire pour quatre raisons. La subsidiarité signifie que les autorités nationales, principalement des tribunaux dans le cas qui nous intéresse, doivent respecter certains principes communs partagés, comme ceux qui apparaissent dans la Convention et ses Protocoles. La subsidiarité également qu'elles sont assujetties à des organes et à une juridiction de supervision. La subsidiarité rend les actes de l'État discrétionnaires vis-à-vis du droit supranational et les y subordonne, comme c'est le cas pour les autorités administratives nationales et la révision judiciaire. Enfin, étant parties à un accord collectif, les autorités nationales doivent répondre de leurs actes non seulement devant les organes de l'ordre supranational, la CEDH dans le cas qui nous intéresse, mais également devant les autres parties à la Convention (responsabilisation horizontale).

26 Sur la perte par les ordres juridiques de leur caractère de monade et de leur exclusivité, voir E. Cannizzaro et B. I. Bonafè, « Beyond the archetypes of modern legal thought. Appraising old and new forms of interaction between legal orders », M. Maduro, K. Tuori et S. Sankari (eds.), *Transnational Law. Rethinking European Law and Legal Thinking*, Cambridge, Cambridge University Press, 2014, pp. 78 et suivantes, et plus particulièrement les pages 95 et 96.

27 M. Delmas-Marty, *Ordering Pluralism. A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World*, Oxford, Hart, 2009.

28 B. Simma et D. Pulkowski, « Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law », dans *European Journal of International Law*, 2006, vol. 17, n° 3, pp. 483 et suivantes.

29 F. de Witte, « Sex, Drugs & EU Law: the Recognition of Moral and Ethical Diversity in EU Law », dans *Common Market Law Review*, 2013, vol. 50, pp. 1552 et suivantes.

30 P. G. Carozza, *Subsidiarity*, op. cit., p. 79.

31 A. Follesdal, *The Principle*, op. cit., p. 29.

32 Cour suprême des États-Unis d'Amérique, *Exxon Shipping Co. v. Baker*, 2008, 128 S. Ct. 2605, n° 7 – 219, citant M. Frankel, *Criminal Sentences: Law Without Order* (1973).

33 A. von Bogdandy et al., « Solange ribaltata. Proteggere l'essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell'UE », dans *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, n° 4, pp. 4 et 5.

34 I. Rasilla del Moral, « The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine », dans *German Law Journal*, 2006, juin, n° 6, p. 613.

35 G. Raimondi, « Corte di Strasburgo e Stati: dialoghi non sempre facili », entretien mené par Diletta Tega, *Quaderni costituzionali*, 2014, n° 2 juin, p. 463 ; voir aussi G. Raimondi, « La dichiarazione di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti dell'uomo », *Associazione italiana dei costituzionalisti, Rivista telematica giuridica*, 2012, n° 3.

36 P. G. Carozza, *Subsidiarity*, op. cit., p. 79.

37 P. Craig, *Subsidiarity*, op. cit.

5. CONCLUSION : LES PERSPECTIVES OUVERTES PAR LA SUBSIDIARITÉ

Où la subsidiarité peut-elle mener la Convention européenne des droits de l'homme ? A quelles évolutions peut-on s'attendre ?

Une évolution possible est une restriction du champ d'action de la CEDH³⁸, dont le pouvoir pourrait être cantonné à la constatation de violations manifestes de la Convention, du genre de celle qui étaient en cause dans l'affaire *Bosphorus* (« si l'on estime que la protection des droits garantis par la Convention était entachée d'une insuffisance manifeste », paragraphe 156).

Une deuxième évolution envisageable est que les organes politiques ou les juridictions au niveau national créent, pour défendre leur « territoire » au sens du principe de subsidiarité, des moyens de contrôle externe de la mise en œuvre de ce principe.

Une troisième évolution possible est le renforcement du rôle des juridictions nationales en tant que juges de la Convention, suivant l'exemple du système judiciaire de l'Union européenne. Les juges nationaux pourraient ainsi, au moins pour ce qui est de leurs fonctions, faire partie de la branche judiciaire du système juridique du Conseil de l'Europe, agissant comme si la tâche leur avait été déléguée de contrôler la conformité des décisions nationales à la Convention, la Cour de Strasbourg ayant alors le droit de jouer un rôle de guide par le biais d'un système de renvoi préjudiciel³⁹.

Bien que ces trois évolutions soient susceptibles de réduire le nombre d'affaires portées devant la Cour de Strasbourg, aucune d'entre elles ne doit servir d'expédient pour raviver les résistances nationales aux obligations acceptées à la signature de la Convention. Le processus de globalisation des droits de l'homme a été témoin, et continuera d'être témoin, de tensions entre les gouvernements nationaux et les organes supranationaux. Il ne faut cependant pas diminuer les efforts visant à instaurer un système global de freins et contrôles applicables aux ordres juridiques nationaux. Ce système présente sans cesse de nouveaux défauts et de nouvelles « lacunes », car il s'agit d'instruments qui sont loin d'être parfaits. « Les droits de l'homme, la démocratie et l'état de droit en Europe sont aujourd'hui confrontés à une crise sans précédent depuis la fin de la guerre froide, » écrivait le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe dans son rapport de mai 2014⁴⁰. Il devient donc nécessaire, pour le compléter, d'ajouter au contrôle par la base, à savoir les élections par les citoyens, un contrôle par le haut.

Une deuxième raison de ne pas permettre un retour à la protection de droits purement nationaux en Europe est que les droits de l'homme ne sont pas garantis que dans cette partie du monde, mais apparaissent au contraire dans un éventail général de règles globales, sous l'égide des Nations Unies. Comment les Européens pourraient-ils dès lors échapper au contrôle des institutions supranationales de Strasbourg tout en étant soumis à d'autres traités internationaux tels que la Déclaration universelle des droits de l'homme, le Pacte international relatif aux droits civils et politiques, le Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels et la Convention des Nations Unies contre la torture, ainsi qu'aux institutions qui ont à l'échelle mondiale la responsabilité de délimiter et de promouvoir la démocratie, l'état de droit et les droits de l'homme, comme les Nations Unies, le Fonds des Nations Unies pour la démocratie et beaucoup d'autres institutions complémentaires ? Comment l'Europe pourrait-elle se laisser distancer par l'Organisation des États américains (et la Convention américaine sur les droits de l'homme, avec la Cour interaméricaine des droits de l'homme) et la Communauté économique des États de l'Afrique de l'Ouest (avec la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples), dont la protection des droits de l'homme a été incorporée au droit interne de nombreux pays, garantissant aussi des voies de recours judiciaires aux personnes privées ?



Angelika Nußberger

Juge à la
Cour européenne des droits de l'homme

COMMENTAIRES SUR LA CONTRIBUTION DE SABINO CASSESE « UNE ADMINISTRATION INDIRECTE : LA SUBSIDIARITÉ JUDICIAIRE À LA CEDH »

INTRODUCTION

De la part de la Cour, je souhaite vous remercier vivement d'avoir présenté une contribution qui est source à la fois d'inspiration et de réflexion. Il semble non seulement que « la subsidiarité » soit un sujet difficile, mais qu'elle relève en outre du mythe.

Citant la doctrine, vous employez les termes de « formule magique », « mythe » et « feuille de vigne » pour désigner la subsidiarité. Il ne s'agit pas là d'un domaine dans lequel les juges bénéficient d'une grande expérience. Chimère ou non, c'est un concept auquel nous ne sommes pas moins tous confrontés, et que notre profession nous impose de faire vivre au quotidien. Si nous imaginons notre dialogue sous la forme d'un pont au milieu duquel se rencontrent les juges européens et nationaux, à l'entrée du pont, de votre côté comme du nôtre, il est possible qu'un panneau indique « subsidiarité ». Mais du point de vue politique, il est clair que différents intérêts sont en jeu lorsque ce terme est employé. Federico Fabbrini est même allé jusqu'à parler « des demandes émanant des niveaux inférieurs de gouvernement en matière d'autonomie et d'identité » d'une part, et « des pression de la juridiction supérieure tendant à un partage des compétences et à l'égalité » d'autre part¹.

La « subsidiarité » est l'un des principaux concepts qui sous-tendent la quête de nouveaux principes organisateurs dans un monde toujours plus complexe dans lequel il s'avère que les concepts traditionnels, tels que celui de la souveraineté, sont flous et que les ordres juridiques nationaux ne sont plus désormais repliés sur eux-mêmes et autonomes, mais qu'ils interagissent de bien des manières, à bien des niveaux et à travers la coopération de nombreuses institutions. Ce sont des panneaux indicateurs, voire même des boussoles, qu'il nous faut dans ce contexte que Delmas-Marty appelle « mettre de l'ordre dans le pluralisme »².

Aux fins de la présente discussion, je souhaite me concentrer sur deux aspects de votre contribution : dans un premier temps l'impact de l'entrée en vigueur du Protocole n° 15 sur les travaux de la Cour, et ensuite la qualification d'« administration indirecte » appliquée à la jurisprudence de la Cour.

L'IMPACT DU PROTOCOLE N° 15 SUR LES TRAVAUX DE LA COUR

Hormis la question de savoir s'il faut appréhender la marge d'appréciation et la subsidiarité comme étant deux concepts différents, question sur laquelle je n'ai malheureusement pas le temps de me pencher ici, vous vous concentrez sur la question de savoir si les conséquences de l'entrée en

38 T. Horsley, *Subsidiarity*, op. cit., pp. 267 et 281.

39 On doit également considérer les conséquences de la participation de l'Union à la Convention et l'impact du Protocole n° 16, qui prévoit la délivrance d'« avis consultatifs sur des questions de principes relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses Protocoles ».

40 *Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'état de droit en Europe*, 14^e Session du Comité des Ministres, Vienne 5 et 6 mai 2014, p. 5.

1 Federico Fabbrini, « The Margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity: A Comparison », iCourts Working Paper Series n° 15, 2015, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2552542, p. 6.

2 M. Delmas-Marty, « Ordering Pluralism. A Conceptual Framework for Understanding the Transnational Legal World », Oxford, Hart, 2009.

vigueur du Protocole n° 15 seront importantes pour la Cour. Vous répondez « Oui, elles le seront » et vous donnez quatre raisons à l'appui. Je vais adopter le point de vue opposé afin de définir le cadre de la discussion.

Dans un premier temps, votre argument est que le concept de la marge d'appréciation, qui a été développé par la Cour, a en quelque sorte échappé à celle-ci car « il n'est plus susceptible d'être écarté ». Oui, j'en conviens, mais cela fait plusieurs décennies qu'il est l'une des composantes caractéristiques de la jurisprudence de la Cour et il serait, à mon avis, de toute manière impossible de le modifier sans causer un tremblement de terre. Un changement exigerait de la Cour « qu'elle scie la branche sur laquelle elle est assise », si vous voulez bien m'autoriser cette traduction littérale d'un proverbe allemand, car la métaphore employée en langue anglaise, « mordre la main qui vous nourrit », n'a pas exactement le même sens.

Ensuite, vous voyez un danger dans la possibilité que le principe de la marge d'appréciation puisse être « activé » par les États membres à l'encontre de la Cour. Ceux-ci pourraient arguer devant la Cour qu'ils sont les premiers garants des droits et libertés définis dans la Convention et les Protocoles. A mon avis les États membres ne sont pas, dans les faits, les premiers garants de la bonne application de la Convention dans les affaires portées devant eux.

Prenons un exemple concret, celui des mères porteuses. Nous savons tous à quel point il est difficile et délicat de trouver des solutions adéquates aux problèmes que cette situation soulève. Avant 2014, nous n'étions pas compétents pour trancher cette question. C'est donc aux autorités nationales qu'est revenue la tâche de définir les droits concernés. Nous avons vu que les réponses apportées aux problèmes, même à la lumière de la Convention, étaient très différentes.

S'agissant de l'absence de consensus européen et des questions déontologiques complexes soulevées, la Cour, dans sa décision *Menesson c. France*³ rendue en juin 2014, a accordé de manière générale une large marge d'appréciation, mais elle a souligné que cette marge serait beaucoup plus étroite pour ce qui est de la relation juridique entre parent et enfant, qui touche à l'un des aspects fondamentaux de l'identité d'une personne. C'est sur ce fondement que la Cour a conclu qu'il n'y avait pas eu violation du droit des parents au respect de leur vie familiale, mais elle a défini une norme minimum de protection pour ce qui est du droit des enfants au respect de leur vie privée, plus précisément le droit d'avoir leur filiation établie de manière claire par la loi. Avec ce premier principe directeur quant à l'interprétation de la Convention, la question était de nouveau entre les mains des autorités nationales. Le *Bundesgerichtshof* allemand est allé plus loin dans son arrêt de décembre 2014⁴; il a appliqué ce principe à un couple homosexuel. Vous avez peut-être appris que juste cette semaine une nouvelle décision, à l'encontre de l'Italie, a été publiée concernant le placement auprès des services sociaux d'un enfant qui était né suite à un contrat de maternité de substitution⁵. Il s'agit donc d'un exemple de définition de normes communes dans un domaine où « le contact direct des autorités avec les forces vitales de leur pays » (voir *Handyside c. Royaume-Uni*⁶) est particulièrement important, mais il n'en reste pas moins que les valeurs communes consacrées par la Convention, notamment les meilleurs intérêts de l'enfant, doivent être appliquées. Les critères pertinents sont identifiés dans le cadre du dialogue entre les juges nationaux et européens, un dialogue que l'entrée en vigueur du Protocole n°16 renforcerait.

Permettez-moi maintenant de résumer votre troisième argument en employant vos propres mots : « tandis que la Cour s'est approprié la teneur de la doctrine de la marge d'appréciation, ce qu'elle continuera de faire à l'avenir, le principe de subsidiarité lui parvient chargé de toute son histoire et de ses ambiguïtés. » Oui, mais il n'en reste pas moins que c'est la Cour qui continue de définir ce qu'il faut accepter, ce qu'il faut rejeter et comment reformuler « les critères matériels et de

procédure qui régissent le degré de retenue qu'il convient d'adopter face aux États membres afin de mettre en œuvre un concept de subsidiarité robuste et cohérent, conformément à Brighton et au Protocole n° 15 », pour citer mon collègue Robert Spano⁷.

Enfin, mais cet argument n'est pas le moins important, vous mentionnez la « double interprétation » de la Convention en prenant en compte le degré de protection accordé au niveau national. Je suis d'avis que nous n'acceptons et ne pouvons accepter aucune « double interprétation » de la Convention. Mais il est possible que ce qui importe dans ce contexte soit les éléments de la doctrine de la marge d'appréciation que l'on pourrait qualifier de « procéduraux ». La Cour examine ainsi minutieusement la mesure dans laquelle les aspects relevant des droits de l'homme ont été pris en compte au cours du processus de décision au niveau national. De manière générale, on peut dire que plus la discussion des droits de l'homme est poussée au niveau national, plus la marge d'appréciation accordée est large.

Je dirais donc qu'après l'entrée en vigueur du Protocole n° 15, le statut de la subsidiarité et de la marge d'appréciation dans le système de la Convention sera différent, mais cela ne sera pas nécessairement le cas de leur contenu. Et la Cour continuera de trancher en dernier ressort les questions d'interprétation.

LA QUALIFICATION D'« ADMINISTRATION INDIRECTE » APPLIQUÉE À LA JURISPRUDENCE DE LA COUR

Permettez-moi de faire quelques brèves observations sur la qualification d'« administration indirecte » que vous appliquez à la jurisprudence de la Cour et la comparaison établie avec les empires romain et britannique, « superposant certaines de leurs règles générales et institutions, leur procédure et leur personnel aux institutions locales, et [...] laissant celles-ci fonctionner comme à l'accoutumée. » C'est un parallèle surprenant mais intéressant pour souligner des principes organisateurs communs. Mais n'oublions pas que le contexte ne pourrait pas être plus différent.

La Convention et ses valeurs ne sont pas imposées par des « instances supérieures ». Elles ont été développées ou librement acceptées par les États, et ces derniers restent maîtres du Traité.

Le système de la Convention n'est pas à deux niveaux ; il s'agit d'un mécanisme complexe aux composantes multiples.

La Cour interprète la Convention comme un instrument vivant en tenant compte du consensus européen, ou du consensus européen en voie d'émergence ou de développement. Il ne s'agit pas d'une approche unilatérale. Au contraire, la Cour écoute avec la plus grande attention les différentes voix juridiques de ses États membres.

Vous qualifiez la tâche de la Cour d'« administration indirecte » dans le contexte de la séparation des pouvoirs. Elle est certes « indirecte ». Mais elle est bien loin d'une « administration » par une puissance coloniale. Nous pourrions plutôt établir un parallèle avec le système de navigation d'une voiture. Le juge national est le conducteur, la destination est clairement indiquée : « respect de la Convention européenne des droits de l'homme ». Les décisions de la Cour guident le trajet. La voix douce du système de navigation peut indiquer « tourner à droite », « tourner à gauche », mais le juge national peut toujours décider de suivre un itinéraire différent pour parvenir à la même destination, car il connaît mieux la région. En règle générale le système de navigation accepte ce choix et calcule un nouvel itinéraire en conséquence. Mais il peut également prévenir que ce choix d'aller dans une nouvelle direction ne permet plus de parvenir à la destination que l'on s'est fixée. La voix douce du système dit alors « veuillez faire demi-tour ». C'est ainsi que je conçois le sens d'« administration indirecte » dans le contexte du dialogue judiciaire.

Vous avez raison, personne ne devrait être laissé à « errer dans un désert de pouvoir discrétionnaire inconnu ». Mais nous espérons que le système de navigation de la Cour aidera les juges à trouver leur chemin.

3 *Menesson c. France*, n° 65192/11, ECHR 2014 (extraits).

4 BGH, décision du 10 décembre 2014 (XII ZB 463/13).

5 *Paradiso et Campanelli c. Italie*, n° 25358/12, 27 janvier 2015.

6 *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 48, Série A n° 24.

7 Robert Spano, « Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Rights Law Review* 2014, p. 12.



Jean-Marc Sauvé¹

**Vice-Président du Conseil d'État,
France**

Monsieur le Président, Mesdames et Messieurs les juges, Mesdames et Messieurs,

« Ce qui domine le paysage juridique, en ce début du XXI^e siècle, c'est l'imprécis, l'incertain, l'instable (...). Ordonner le multiple sans le réduire à l'identique, admettre le pluralisme sans renoncer à un droit commun, à une commune mesure du juste et de l'injuste, peut dès lors sembler un objectif inaccessible (...) »². Ainsi s'exprimait en 2006 M^{me} la professeure Delmas-Marty. Mais comme elle nous y engage, il faut, sans céder au pessimisme, s'efforcer « d'explorer les voies et moyens d'un droit qui réussirait à ordonner la complexité sans la supprimer, apprenant à la transformer en un 'pluralisme ordonné' »³. Au sein du Conseil de l'Europe, tel semble bien être, au-delà des épineuses questions techniques et des légitimes et parfois virulents débats politiques, l'enjeu fondamental d'un partage des responsabilités entre la Cour européenne des droits de l'homme et les autorités nationales sous l'égide du principe de subsidiarité⁴. Selon ce principe, l'autorité centrale, en l'occurrence la Cour européenne des droits de l'homme, doit n'exécuter que les tâches qui ne peuvent être accomplies de manière pertinente à un échelon inférieur, c'est-à-dire au niveau national. Ce principe fonctionnel, qui est ancré depuis 1968 dans la jurisprudence⁵ de la Cour, garantit une application décentralisée mais aussi pluraliste, convergente mais non uniforme, des droits fondamentaux, dans le respect des standards européens.

Le principe de subsidiarité et le principe d'effectivité sont bien les deux faces d'une même médaille, celle dont la devise est inscrite au frontispice de la Convention européenne des droits de l'Homme : assurer « la « sauvegarde et le développement »⁶ des droits fondamentaux⁷. Les autorités nationales - les organes administratifs, la justice, mais aussi le Gouvernement et le Parlement – assurent les premiers cette mission et ils se sont eux-mêmes soumis, en cas de défaillance, à un contrôle externe européen, celui opéré par la Cour européenne des droits de l'homme. Dans ce cadre, la subsidiarité renvoie à l'idée d'un contrôle qui est mutualisé entre la Cour et les autorités

¹ Texte écrit en collaboration avec Stéphane Eustache, conseiller de tribunal administratif et de cour administrative d'appel, chargé de mission auprès du vice-président du Conseil d'État. Les passages entre crochets n'ont pas été prononcés.

² M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (III), Le pluralisme ordonné*, éd. du Seuil, 2006, pp. 7-8.

³ M. Delmas-Marty, *Les forces imaginantes du droit (III), Le pluralisme ordonné*, éd. du Seuil, 2006, p. 28.

⁴ Voir not. le débat entre Lord Hoffmann et Robert Spano : Lord Hoffmann, « The Universality of Human Rights », *Judicial Studies Board Annual Lecture*, 19 March 2009, et Robert Spano "Universality or Diversity of Human Rights?", *Strasbourg in the Age of Subsidiarity*", *Human Rights Law Review*, 2014, 0, 1-16, Oxford University Press.

⁵ CEDH, Cour plénière, 23 juillet 1968, *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »*, n° 1474/62, série A n° 6, I. B. § 10 : « En recherchant si, dans un cas d'espèce, il y a eu ou non distinction arbitraire, la Cour ne saurait ignorer les données de droit et de fait caractérisant la vie de la société dans l'État qui, en qualité de Partie Contractante, répond de la mesure contestée. Ce faisant, elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention. 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. »

⁶ Préambule de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales.

⁷ « La Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais concrets et effectifs », CEDH 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73, § 24.

nationales. Ce terme qui souligne, selon son étymologie, le caractère supplétif et auxiliaire du contrôle de la Cour met en lumière, en même temps, son caractère ultime et même suprême, lorsqu'il est exercé par la Grande chambre. Il en découle pour les États, comme pour la Cour, des devoirs réciproques de coopération loyale.

Le thème de notre séminaire de rentrée, « La subsidiarité, une médaille à deux faces ? », nous invite ainsi à évaluer et à proposer des moyens de perfectionner les mécanismes de cette loyauté, sans laquelle la Convention perdrait son caractère effectif et vivant. Je reviendrai sur les composantes de ce principe du point de vue des autorités nationales, avant de proposer des pistes d'amélioration.

I. LA SUBSIDIARITÉ PERMET, PAR LA COMBINAISON DE CONTRÔLES COMPLÉMENTAIRES, UNE APPLICATION CONCRÈTE ET EFFECTIVE DES GARANTIES EUROPÉENNES

Au sein du Conseil de l'Europe, la mise en œuvre de ces garanties revient « au premier chef »⁸ aux autorités nationales. Le principe de subsidiarité ne définit pas un partage de compétences exclusives et concurrentes, comme dans les organisations fédérales ou quasi-fédérales⁹, mais il organise le séquençage d'un contrôle interne décentralisé avec, par défaut, un contrôle externe mutualisé. L'application de la Convention est ainsi une compétence partagée, quoique séquentielle. Cette organisation répond à un double objectif d'efficacité et de pluralisme. « Grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays »¹⁰, les États restent, en effet, les mieux placés pour adopter les mesures de mise en œuvre adaptées et, le cas échéant, les restrictions qu'exige le contexte local. Le principe de subsidiarité s'adresse, dès lors, à l'ensemble des autorités nationales, suivant des modalités différentes, selon qu'elles ont ou non un caractère juridictionnel.

A. Pour une bonne application de la convention, les États doivent s'abstenir de toute ingérence injustifiée ou disproportionnée dans l'exercice des droits et libertés garantis par elle (1), mais ils sont aussi tenus d'adopter toute mesure nécessaire à leur mise en œuvre concrète et effective (2).

1. En dehors des droits absolus et intangibles, comme ceux garantis à l'article 3¹¹, les États peuvent soumettre, pour des motifs légitimes, l'exercice des droits conventionnels à des restrictions et ils disposent, pour ce faire, de marges d'appréciation.

L'ampleur de ces marges n'est ni uniforme, ni illimitée, et elle varie suivant un double critère. D'une part, selon un critère matériel, portant sur la nature des droits, des intérêts et des enjeux en cause, ces marges sont d'autant plus restreintes que les droits protégés sont « d'ordre intime »¹², ou que l'intérêt lésé touche à « un aspect essentiel de l'identité des individus », comme par exemple la filiation¹³, ou encore affecte un « fort intérêt pour une société démocratique », comme la liberté d'expression lorsqu'elle porte sur des débats d'intérêt public¹⁴. Ces marges sont, en revanche, d'autant plus larges que sont en jeu des choix de société, « des questions de politiques générales (...), [touchant notamment aux] relations entre l'État et les religions »¹⁵ ou encore à des questions

déliçates de morale ou de bioéthique¹⁶. Dans de tels cas, la Cour, selon sa propre jurisprudence, « se doit de faire preuve de réserve dans l'exercice de son contrôle de conventionnalité, dès lors qu'il la conduit à évaluer l'arbitrage effectué selon des modalités démocratiques au sein de la société en cause »¹⁷. D'autre part, selon un critère contextuel, les marges d'appréciation sont d'autant plus larges qu'il n'existe pas de « dénominateur commun »¹⁸, ni de « consensus au sein des États membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger »¹⁹. Dans ces domaines, le principe de subsidiarité implique une prudence et une retenue judiciaires à l'égard des autorités nationales, comparables, dans son principe, à celles que respectent aussi les juges nationaux à l'égard des choix opérés par le Parlement de leur État.

Quelle que soit son étendue, le territoire des marges nationales ne saurait être une zone de non droit conventionnel. « Les choix opérés par les États, même dans [leurs] limites, n'échappent pas au contrôle de la Cour »²⁰, c'est-à-dire au respect des standards européens, et les restrictions imposées ne sauraient « porter atteinte à [leur] essence même »²¹. [Par conséquent, lorsque les Parlements légifèrent ou les autorités exécutives réglementent, ces organes doivent s'efforcer de décentrer leur regard et d'observer leurs traditions nationales d'un point de vue extérieur. En d'autres termes, on ne saurait opposer ou distinguer d'une manière organiquement étanche le point de vue des États et celui de la Cour.] Le principe de subsidiarité implique, en effet, que les États intériorisent une double perspective dans l'usage de leurs marges d'appréciation : celles des spécificités et traditions nationales et celle des standards et du consensus européens. Ces deux composantes doivent être incorporées dans le paramétrage des équilibres démocratiques et cette tâche incombe, au premier lieu, aux législateurs nationaux.

2. La subsidiarité n'organise donc pas le primat des garanties nationales sur les garanties européennes : elle les rend, au contraire, complémentaires et elle les entremêle.

Ce faisant, elle n'opère pas que d'une manière statique et négative, elle est aussi un principe dynamique et positif. D'une part, la composante contextuelle des marges d'appréciation ouvre la voie à une élévation progressive et concertée des standards européens, faisant de la Convention un instrument vivant au service d'une conception exigeante de l'État de droit. D'autre part, les autorités nationales sont tenues de prendre positivement les mesures réglementaires et législatives nécessaires à la jouissance concrète et effective des droits fondamentaux, notamment afin d'éviter que des tiers n'y portent atteinte²². La théorie des « obligations positives »²³ innervé désormais tout le champ conventionnel²⁴, tant à un niveau substantiel – notamment dans le domaine de la protection de la

8 CEDH 29 mars 2006, *Scordino c. Italie*, n° 36813/97, § 140.

9 Voir, not. *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'Homme*, F. Sudre (dir.), éd. Anthemis, 2014, p. 24 : « la spécificité « fonctionnelle » du principe conventionnel en comparaison des autres applications rencontrées en droit positif » ; voir également *Suivi d'Interlaken, principe de subsidiarité, note du juriconsulte de la Cour européenne des droits de l'homme*, juillet 2010, p. 2.

10 CEDH, Cour plénière, 7 décembre 1976, *Handyside c. Royaume-Uni*, n° 5493/72, § 48.

11 Voir, not. CEDH 15 novembre 1996, *Chahal c. Royaume-Uni*, n° 22414/93, § 79.

12 CEDH 18 septembre 2014, *Brunet c. France*, n° 21010/10, § 34.

13 CEDH 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11, § 80.

14 CEDH, Grande chambre, 22 avril 2013, *Animal Defenders c. Royaume-Uni*, n° 8876/08, § 102.

15 Voir, par ex. en ce qui concerne l'interdiction de la dissimulation du visage dans l'espace public : CEDH 1^{er} juillet 2014, Grande chambre, *SAS c. France*, n° 43835/11, § 129 ; en ce qui concerne l'exposition de crucifix dans les salles de classe de l'école publique : CEDH 18 mars 2011, Grande chambre, *Lautsi c. Italie*, n° 30814/06 ; en ce qui concerne le port du foulard islamique dans des établissements d'enseignement supérieur : CEDH 10 novembre 2005, Grande chambre, *Leyla Sahin c. Turquie*, n° 447774/98, §109-110.

16 Voir, par ex. en ce qui concerne la réglementation du droit à l'avortement : CEDH, Grande chambre, 16 décembre 2010, *A., B., C. c. Irlande*, n° 25579/05 ; en ce qui concerne les conditions de recours à la fécondation in vitro : CEDH, Grande chambre, 3 novembre 2011, *S.H. c. Autriche*, n° 57813/00 ; en ce qui concerne le recours au suicide assisté : CEDH 20 janvier 2011, *Haas c. Suisse*, n° 1322/07.

17 CEDH, Grande chambre, 1^{er} juillet 2014, *SAS c. France*, n° 43835/11, § 154.

18 CEDH 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, n° 8777/79, § 40.

19 CEDH 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11, § 77.

20 CEDH 26 juin 2014, *Mennesson c. France*, n° 65192/11, § 81.

21 CEDH 2 octobre 2014, *Matelly c. France*, n° 10609/10, § 57.

22 En application de « l'effet horizontal » de la Convention, qui consiste en une « extension de l'opposabilité des droits de l'Homme aux rapports interindividuels » (J.-P. Marguénaud, *La Convention européenne des droits de l'Homme et le droit privé*, éd. La documentation française, 2001, p. 77, cité par F. Sudre, *Droit européen et international des droits de l'Homme*, éd. PUF, 11^e édition, 2012, p. 265).

23 CEDH 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, n° 6289/73 ; CEDH 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, n° 6833/74.

24 Voir, sur ce point, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, éd. PUF, 5^e éd., 2003, p. 24.

vie privée, comme l'a rappelé la Cour dans son arrêt *Von Hannover* de juin 2004²⁵ – mais aussi à un niveau procédural - en imposant par exemple de procéder à des enquêtes officielles, approfondies et effectives, lorsque sont allégués d'une manière « défendable » des traitements inhumains et dégradants²⁶.

Par ailleurs, les autorités nationales s'engagent, comme le stipule l'article 46 de la Convention, « à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels [elles] sont parties ». Ces arrêts n'ayant qu'une portée déclaratoire, il en résulte pour les États une triple « obligation de résultat »²⁷, lorsqu'est constatée une violation : réparer ses conséquences dommageables ; la faire cesser lorsqu'elle perdure ; et prévenir sa répétition à l'avenir. [Doit être, en effet, rétablie « autant que faire se peut la situation antérieure à une violation »²⁸ par l'édition de mesures individuelles et, le cas échéant, doivent être versées au requérant les sommes allouées par la Cour au titre de la « satisfaction équitable » prévue à l'article 41. Cette réparation n'est décidée, conformément au principe de subsidiarité, que lorsque le droit interne « ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences d'une violation ». En outre, sous le contrôle du Comité des ministres, doivent être adoptées des mesures individuelles ou générales, afin de mettre un terme à la violation constatée et d'éviter sa répétition²⁹. Certes, les autorités nationales demeurent libres quant aux choix des moyens les plus adaptés³⁰ et la Cour ne saurait les leur imposer - même si elle peut leur proposer certaines options, d'une manière parfois assez précise, notamment en cas de violation structurelle³¹, voire très précise, lorsqu'un seul moyen lui apparaît adapté³², mais, en tout cas, jamais de manière impérative. Cependant, s'ils disposent ainsi de marges d'exécution, les États ne sauraient laisser lettre morte les arrêts de la Cour, ni conférer à leur nature déclaratoire un caractère seulement « incantatoire »³³. Ils sont, en effet, tenus de les « prendre en considération », sans automatisme, ni indifférence. À ce titre, comme l'a expressément jugé le Conseil d'État dans un arrêt de juillet 2014, lorsqu'une violation constatée par la Cour concerne une sanction administrative, l'autorité nationale compétente est tenue, si elle est saisie en ce sens et à condition que la violation se poursuive, d'interrompre³⁴, en tout ou en partie, l'exécution de cette sanction, en tenant compte, non seulement, des « intérêts dont elle a la charge, [de ses] motifs (...) et [de] la gravité de ses effets », mais aussi, de « la nature et [de] la gravité des manquements constatés par la Cour »³⁵. En cela, le principe de « loyauté conventionnelle »³⁶, qui est sous-jacent au principe de subsidiarité, trouve sa traduction dans l'hybridation des protections nationales et européennes des droits fondamentaux.]

B. Parmi les autorités nationales auxquelles s'adresse le principe de subsidiarité, les juges nationaux occupent une place spéciale.

1. Chargés de faire vivre le droit à un recours effectif, consacré à l'article 13 de la Convention, les juges nationaux contribuent au respect effectif des garanties européennes, mais aussi à leur diffusion et à leur approfondissement.

Au jour le jour, ils assurent, les premiers et à tous les niveaux, un contrôle approfondi de la compatibilité du droit interne avec les droits et libertés garantis par la Convention. Ils veillent, en particulier, à ce que la conciliation opérée par le législateur entre des intérêts concurrents n'excède pas les marges nationales d'appréciation, dont l'ampleur est appréciée au regard des critères posés par la Cour. C'est ainsi que le Conseil d'État a, notamment, examiné la conventionnalité des règles particulières d'accès aux données permettant d'identifier l'auteur d'un don de gamètes³⁷. Lorsque la Cour constate une violation, les juges nationaux vérifient aussi, grâce à leur pouvoir d'injonction, que les autorités administratives mettent tout en œuvre pour la faire cesser, au besoin en procédant à l'abrogation d'une disposition de droit interne³⁸.

En outre, dans l'élaboration de leur jurisprudence, les juges nationaux sont tenus de « prendre en considération »³⁹ les arrêts de la Cour, bien que ceux-ci n'aient pas, dans la plupart des traditions juridiques, l'autorité absolue de chose jugée⁴⁰. Mais ils revêtent une réelle force persuasive et même une assez claire autorité interprétative dans la plupart de ces traditions. C'est le cas devant le Conseil d'État de France depuis 1996, même si cette inflexion majeure mais implicite est largement passée inaperçue⁴¹. Cette juridiction a encore eu très récemment l'occasion de contrôler, en tenant compte de la jurisprudence pertinente de la Cour et des obligations positives qu'elle a dégagées, la légalité d'une circulaire ministérielle relative à la délivrance de certificats de nationalité à des enfants nés à l'étranger de Français ayant eu recours à une convention de gestation pour le compte d'autrui⁴². [Grâce à cette prise en compte loyale et attentive, les critères d'interprétation de la Convention se clarifient ainsi d'une manière homogène, alors que son champ d'application couvre parfois, de manière transversale, des situations appelant en droit interne des qualifications juridiques variées. C'est, en particulier, le cas du droit à un procès équitable⁴³ et de la notion de

37 CE, Avis, 13 juin 2013, *M. Molenat*, n° 362981.

38 Voir en ce qui concerne l'annulation de la décision implicite de rejet d'abroger le décret-loi du 6 mai 1939 relatif au contrôle de la presse étrangère, modifiant l'article 14 de la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, et l'injonction faite au Premier ministre d'abroger ce décret-loi : CE 7 février 2003, *GISTI*, n° 243634 ; cet arrêt a permis de faire évoluer la jurisprudence du Conseil d'État, favorable à un renforcement de son contrôle juridictionnel en la matière (CE, Ass., 2 novembre 1973, *SA Librairie Maspero*, n° 82590 ; CE, Sect., 9 juillet 1997, *Association Ekin*, n° 151064), à la suite de l'arrêt CEDH 17 juillet 2001, *Association Ekin c. France*, constatant la violation par ces dispositions internes des articles 10 et 14 de la Convention. Telle avait été l'analyse du commissaire du Gouvernement, Martine Denis-Linton, dans ses conclusions dans l'affaire *Association Ekin* précitée.

39 Voir, not. en ce qui concerne le droit constitutionnel allemand : l'obligation de due prise en compte des arrêts de la Cour (« *Berücksichtigungspflicht* »), BVerfGE, 2 BvR 1481/04, 14 octobre 2004, *Görgülü*, à la suite de l'arrêt CEDH 24 février 2004, *Görgülü c. Allemagne*, n° 74969/01 ; en ce qui concerne le droit constitutionnel français : voir l'article 55 tel qu'interprété par CC n° 86-216 DC du 3 septembre 1986, *Loi relative aux conditions d'entrée et de séjour des étrangers en France*, cons. 6 (voir sur ce point, les conclusions de S. von Coester sur CE, Sect., 4 octobre 2012, *Baumet*, précité).

40 Les arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme n'ont qu'une autorité relative de chose jugée : CE 24 novembre 1997, *Ministre de l'économie et des finances c. société Amibu*, n° 171929.

41 CE, Ass., 14 février 1996, *Maubleu* n° 132369, en ce qui concerne l'application de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme à la publicité des audiences devant le Conseil de l'Ordre des avocats. Par son arrêt d'Assemblée plénière du 15 avril 2011, relative au régime de la garde à vue, la Cour de cassation française a explicitement reconnu l'autorité interprétative des arrêts de la Cour de Strasbourg.

42 CE 12 décembre 2014, *Association juristes pour l'enfance*, n° 367324, ccls X. Domino.

43 Voir, not. en ce qui concerne le fonctionnement des chambres régionales des comptes : CE 30 décembre 2003, *M. Beausoleil et Mme Richard*, n° 251120, à la suite de l'arrêt CEDH 7 octobre 2003, *Mme Richard-Dubarry c. France*, n° 53929/00 (décision de recevabilité) ; en ce qui concerne le fonctionnement des juridictions disciplinaires ordinaires : CE, Ass., 14 février 1996, *Maubleu*, n° 132369, à la suite de l'arrêt CEDH 26 septembre 2005, *Diennet c. France*, n° 25/1994/472/553 ; en ce qui concerne le fonctionnement et l'organisation des autorités administratives indépendantes : CE, Ass., 3 décembre 1999, *Didier*, n° 207434. Voir, sur ce point, GAJA, 19^e éd., éd. Dalloz, n° 101. Voir, également, en ce qui concerne la compatibilité avec l'art. 6 § 1 de la Convention des lois de validation législative : CE 23 juin 2004, *Société Laboratoires Genevrievier*, n° 257797 ; CE, avis, 27 mai 2005, *Provins*, n° 277975 et, désormais, CC n° 2013-366 QPC, du 14 février 2014.

« bien » au sens de l'article 1^{er} du premier protocole⁴⁴, qui ont reçu tous deux une définition extensive. Le principe de subsidiarité a, dès lors, accompagné une intensification des contrôles opérés par le juge national - notamment en matière de droit des étrangers et de « mesures d'ordre intérieur » au sein d'établissements pénitentiaires⁴⁵⁻⁴⁶, mais aussi un développement de ses pouvoirs d'injonction - notamment en référé, lorsqu'existe un danger caractérisé et imminent pour la vie des personnes.]

2. Cette autorité de la jurisprudence de la Cour vis-à-vis des juridictions suprêmes nationales repose sur la qualité du dialogue qu'elle entretient avec celles-ci.

Comme le stipule le premier paragraphe de l'article 35 de la Convention, la Cour ne peut en effet être saisie qu'après épuisement des voies de recours internes. Le cas échéant, elle ne saurait, sauf à « s'ériger en juge de troisième ou quatrième instance »⁴⁷, « connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention »⁴⁸. Pour des mêmes faits, si les critères établis par la jurisprudence de la Cour ont été respectés, il faut des « raisons sérieuses pour qu'elle substitue son avis à celui des juridictions internes »⁴⁹. En tout état de cause, l'exécution de ses arrêts ne saurait priver les décisions de justice nationales de leur caractère exécutoire, ni ouvrir un droit à leur réexamen⁵⁰. [Il existe, en effet, une « asymétrie entre les décisions administratives, susceptibles d'être remises en cause et les décisions de justice, [qui, elles,] sont intangibles »⁵¹, en l'absence de procédure *ad hoc*. En France, si une telle procédure a été instaurée en matière pénale par une loi du 15 juin 2000⁵², tel n'est pas le cas en matière civile⁵³, ni en matière administrative⁵⁴.

En outre, lorsqu'il est prévu, le réexamen doit, comme le recommande⁵⁵ le Comité des ministres, n'être activé que dans des « circonstances exceptionnelles » et à condition d'être « le moyen le plus efficace, voire le seul, pour réaliser la *restitutio in integrum* »⁵⁶.]

Mais si le principe de subsidiarité régit depuis ses origines le système européen de protection des droits fondamentaux, il ne saurait induire une complexité telle que son efficacité en serait amoindrie, voire compromise. Cet impératif requiert des États parties et de la Cour une réflexion commune permanente sur le perfectionnement de ses modalités de mise en œuvre.

II. METTRE DAVANTAGE LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ AU SERVICE DU PRINCIPE D'EFFICACITÉ EST DEVENU UN OBJECTIF COMMUN PRIORITAIRE ET, POUR Y PARVENIR, PLUSIEURS LEVIERS DOIVENT ÊTRE ACTIONNÉS.

Dans le droit fil des déclarations d'Interlaken en 2010, d'Izmir en 2011 et de Brighton en 2012, le système européen de protection des droits fondamentaux est entré dans une nouvelle phase de son histoire, alors que s'ouvre, ce qui a pu être appelé, l'« ère de la subsidiarité »⁵⁷. Celle-ci appelle une recherche concertée et aboutie sur de nouveaux outils de mise en œuvre du principe de subsidiarité, qui figurera explicitement dans le préambule de la Convention lors de l'entrée en vigueur du protocole n° 15⁵⁸. [L'articulation des protections nationales et européennes, au surplus évolutives, est nécessaire au maintien d'un équilibre entre unité et diversité, mais elle ne saurait conduire *de facto*, du fait de sa complexité, à la neutralisation du droit de recours individuel, ni à l'abandon des standards européens.] Dans le dialogue qu'entretiennent les autorités nationales et la Cour, la loyauté ne signifie, dès lors, ni alignement mécanique, ni méfiance systématique ; elle suppose, au contraire, un art de la convergence concertée et un esprit de bienveillance mutuelle. Ce dialogue doit être dialectique, c'est-à-dire constructif grâce à des avancées de part et d'autre, mais aussi conclusif, en reconnaissant aux arrêts rendus en Grande chambre une autorité persuasive maximale et même une véritable autorité interprétative. Rien ne serait plus préjudiciable à la garantie des droits et à leur sécurité juridique qu'un désaccord exacerbé, durable et irréductible entre les juridictions nationales et la Cour européenne des droits de l'homme. C'est pourquoi nous avons besoin de procédures et de règles plus claires et plus efficaces dans la conduite de ce dialogue, et cela à plusieurs niveaux.

A. En premier lieu, en amont et à titre préventif, les autorités nationales doivent **intégrer, dans leur processus d'élaboration de normes nouvelles, une analyse systématique, formalisée et approfondie de leur compatibilité avec les garanties européennes**. Cette analyse préalable peut figurer dans des documents préparatoires ou dans des études d'impact assortissant les projets de loi et de règlement, et elle doit apparaître nettement dans la motivation des décisions individuelles. C'est à cette aune que la Cour évalue, le cas échéant, la qualité des procédures et des choix législatifs sous-jacents, comme elle a pu le faire dans l'affaire *Animal Defenders*⁵⁹. Ce test de robustesse requiert des États une connaissance fine et actualisée de la jurisprudence de la Cour. Mais, il implique aussi, en retour, un effort d'explicitation et de continuité dans l'interprétation de la Convention. Les **autorités**

44 Voir not. en ce qui concerne l'interprétation extensive de cette notion en matière fiscale : CE 19 novembre 2008, *Société Getecom*, n° 292948. Les créances constituées (CEDH 9 décembre 1994, *Raffineries grecques Stran et Stratis Andreadis contre Grèce*, n° 3427/87), mais aussi celles qui ne le sont pas mais qui constituent une « espérance légitime » (CEDH 6 octobre 2005, *Draon contre France*, n° 1513/03) sont comprises sous cette notion à condition que leur valeur patrimoniale ait « une base suffisante en droit interne » (CEDH 28 septembre 2004, *Kopecky contre Slovaquie*, n° 44912/98). Voir, dans la lignée de cette jurisprudence, en ce qui concerne le caractère définitivement acquis de sommes versées à une victime d'une faute médicale, sur le fondement d'une règle jurisprudentielle qui n'est plus en vigueur : CE 22 octobre 2014, *Centre hospitalier de Dinan*, n° 368904.

45 Voir, sur ce point : en ce qui concerne un changement d'affectation d'un détenu d'une maison d'arrêt : CE, Ass., 14 décembre 2007, *Boussouar*, n° 310100 ; en ce qui concerne un déclassement d'emploi : CE, Ass., 14 décembre 2007, *Planchenault*, n° 290420 ; en ce qui concerne le placement d'un détenu sous le régime des rotations de sécurité : CE, Ass., 14 décembre 2007, *Payet*, n° 306432 ; en ce qui concerne une mesure de placement d'un détenu à l'isolement : CE 17 décembre 2008, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 293786 ; en ce qui concerne une décision de changement d'affectation entre des établissements pénitentiaires de même nature, sous réserve que soient en cause des libertés et des droits fondamentaux des détenus : CE 27 mai 2009, *Miloudi*, n° 322148 et CE 13 novembre 2013, *Puci*, n° 355742 ; en ce qui concerne une demande d'un détenu de changement d'établissement, sous réserve que soient en cause ses libertés et ses droits fondamentaux : CE 13 novembre 2013, *Agamemnon*, n° 3378720 ; en ce qui concerne le droit de visite des détenus : CE 26 novembre 2010, *Ministre d'État, Garde des sceaux, ministre de la justice c. Bompard*, n° 329564 ; en ce qui concerne la décision de placer un détenu du régime différencié dans un secteur de détention dit « portes fermées » : CE 28 mars 2011, *Garde des sceaux, ministre de la justice c. Bennay*, n° 316977.

46 Voir, not. en ce qui concerne le droit des détenus : CE, ord., 22 décembre 2012, *Section française de l'observatoire international des prisons*, n° 364584.

47 CEDH 24 novembre 1994, *Kemmache c. France*, n° 12325/86, § 44.

48 CEDH 22 février 2007, *Perlala c. Grèce*, n° 17721/04, § 25.

49 CEDH 7 février 2012, Grande chambre, *Von Hannover c. Allemagne*, n° 40660/08, § 107.

50 CEDH, Grande Chambre, 30 juin 2009, *VGT c. Suisse*, (n° 2), n° 32772/02, §89. Voir également : CE 11 février 2004, *Chevol*, n° 257682.

51 J. Lessi et L. Dutheillet de Lamothe, « Première encoche de la chose inconventionnellement décidée », *AJDA*, 2014, p. 1929.

52 Voir sur ce point R. de Gouttes, « La procédure de réexamen des décisions pénales après un arrêt de condamnation de la CEDH », *Mélanges G. Cohen-Jonathan*, éd. Bruylant, 2004, p. 563.

53 Cour de cassation, chambre sociale, 30 septembre 2005, n° 04-47130.

54 CE, Section, 4 octobre 2012, *M. Baume*, n° 328502.

55 Recommandation n° R (2000) 2 du comité des ministres aux États membres sur le réexamen ou la réouverture de certaines affaires au niveau interne suite à des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, adoptée par le Comité des Ministres le 19 janvier 2000.

56 Une double condition est envisagée par la recommandation du 19 janvier 2000 : d'une part, la partie lésée doit continuer de souffrir de conséquences négatives très graves à la suite de la décision nationale, conséquences qui ne peuvent être compensées par la satisfaction équitable et qui ne peuvent être modifiées que par le réexamen ou la réouverture, d'autre part, il résulte de l'arrêt de la Cour que (a) la décision interne attaquée est contraire sur le fond à la Convention, ou que (b) la violation constatée est causée par des erreurs ou défaillances de procédure d'une gravité telle qu'un doute sérieux est jeté sur le résultat de la procédure interne attaquée.

57 Robert Spano "Universality or Diversity of Human Rights?", Strasbourg in the Age of Subsidiarity", *Human Rights Law Review*, 2014, 0, 1-16, Oxford University Press.

58 Le protocole n° 15 a été ouvert à la signature des Hautes Parties contractantes à la Convention le 24 juin 2013. Un projet de loi autorisant la ratification de ce protocole a été enregistré à la Présidence du Sénat français, le 2 juillet 2014. A cette date, 23 États parties l'avaient signé. « Le présent Protocole entrera en vigueur le premier jour du mois qui suit l'expiration d'une période de trois mois après la date à laquelle toutes les Hautes Parties contractantes à la Convention auront exprimé leur consentement à être liées par le Protocole (...) » (art. 7 du protocole).

59 CEDH, Grande chambre, 22 avril 2013, *Animal Defenders c. Royaume-Uni*, n° 48876/08, §116.

nationales, à cet égard, attendent de la Cour des prises de position stables et cohérentes, des repères jurisprudentiels solides, pour purger avec sûreté les situations qui leur sont soumises, sans s'exposer à un risque de désaveu. Elles doivent aussi pouvoir s'appropriier, sans hésitation, ni autocensure, leurs marges d'appréciation. Dans quels domaines ces marges existent-elles ? En particulier, lesquels sont-elles exclues ou très limitées ? Les juridictions nationales ont des attentes très claires sur ces sujets.

B. En deuxième lieu, lorsque se présente une épineuse question d'interprétation, les autorités nationales doivent effectuer, par elles-mêmes, un effort d'ouverture, je dirais même d'**extraversion**, en intégrant, dans leurs réflexions, le contenu des standards européens et des éléments de droit comparé à l'échelle des **47 États parties**. Elles doivent, en effet, étayer par des analyses documentées l'existence ou l'absence d'un consensus européen, car ce sont ces analyses qui sont au cœur du raisonnement des juges nationaux et de la Cour. Ces analyses ne sauraient conduire à l'abandon systématique de spécificités nationales, ni à l'adoption automatique de standards majoritaires ou, à plus forte raison, minoritaires. Le plus souvent, compte tenu de la multiplicité des critères d'appréciation, ces analyses se traduisent par une évaluation du degré de convergence entre les différents dispositifs nationaux. Sur ce point, les États attendent de la Cour un usage transparent des données disponibles de droit comparé et l'explicitation d'une échelle de mesure dans l'évaluation d'un consensus et la constatation de son émergence : à partir de quand et comment un consensus apparaît-il ? Quelle en est la teneur ? Si ces questions sont délicates et évolutives, les repères les plus précis seraient bien sûr appréciés.

C. En troisième lieu, **les autorités nationales doivent assurer, dans le respect de leurs obligations positives, une protection concrète et effective des garanties conventionnelles contre toute forme d'inertie publique ou contre toute ingérence de tiers dans l'exercice d'un droit.** Les États sont, à ce titre, particulièrement attentifs à la manière dont la Cour précise la nature et l'ampleur de ces obligations positives, en les conciliant avec le principe de subsidiarité et, le cas échéant, avec l'existence d'une marge nationale d'appréciation ou d'un consensus européen. Au regard de quels critères la Cour dégage-t-elle une obligation positive ? De quelle latitude disposent les États dans la mise en œuvre de leurs obligations positives ? Quels contrôles opère la Cour selon qu'elle relève une ingérence ou un manquement à une obligation positive ? Ces points gagneraient à être précisés.

D. En quatrième lieu, en cas de divergence d'appréciation entre une juridiction nationale et la Cour, les autorités nationales doivent s'engager dans un **dialogue loyal et constructif**. Lorsque cette divergence est le fait d'une juridiction subordonnée, la Cour suprême nationale compétente doit exercer pleinement son office régulateur, en s'appropriant explicitement les critères d'interprétation dégagés par la jurisprudence établie de la Cour de Strasbourg. Ce débat interne, entre juridictions subordonnées et suprêmes, offre parfois l'occasion de préciser les critères pertinents de mise en balance d'intérêts divergents, comme l'ont illustré les arrêts *Von Hannover contre Allemagne*⁶⁰. Cependant, dans des cas exceptionnels, la Cour suprême nationale peut elle-même décider de ne pas se conformer à un arrêt de chambre et inviter, par là, les autorités nationales à saisir la Grande chambre sur le fondement de l'article 43 de la Convention. C'est ainsi qu'un dialogue a pu, par

exemple, s'engager quant à la compatibilité d'un dispositif national de preuve par oui-dire avec les paragraphes 1 et 3 de l'article 6⁶¹. En tout état de cause, lorsque la Cour se prononce par un arrêt de la Grande chambre, le débat doit alors être clos.

E. En cinquième lieu, les autorités nationales doivent s'efforcer de promouvoir un tel dialogue de haut niveau avec célérité et de manière **préventive**. À cet égard, le protocole n° 16 prévoit l'instauration d'une procédure d'avis consultatif auprès de la Grande chambre, afin de clarifier les stipulations de la Convention et de fournir ainsi des orientations supplémentaires dans la prévention de leur violation. [Cette procédure facultative, activée à l'initiative des « plus hautes juridictions » nationales à l'occasion d'une affaire pendante devant elles, s'inspire directement du mécanisme de l'article 43. Elle porte en effet sur des « questions de principe relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses protocoles ». Si ces avis n'ont pas de portée contraignante, l'interprétation dont ils sont le support sera toutefois « analogue dans ses effets aux éléments interprétatifs établis par la Cour dans ses arrêts et décisions »⁶². Pour en tirer les bénéfices escomptés et, en particulier, une fluidité plus grande dans le dialogue entre juges, une double condition devra être satisfaite. D'une part, les « plus hautes juridictions nationales » devront mettre la Cour en mesure de saisir l'utilité de leur demande et d'y répondre, en indiquant d'une manière précise et circonstanciée les éléments pertinents du contexte juridique et factuel⁶³. D'autre part, la Cour dispose⁶⁴ d'un pouvoir discrétionnaire pour accepter ou non une demande d'avis, devra ne pas opérer un filtrage trop strict, motiver, en cas de refus, toute décision de ne pas traiter au fond une demande et, en cas d'admission, l'examiner en priorité.]

Enfin, si mon propos n'a porté que sur le rôle des autorités nationales et sur leurs attentes, il m'apparaît crucial de coupler leurs initiatives avec la poursuite d'une réforme du fonctionnement interne de la Cour. Comme l'a souligné la Déclaration de Brighton⁶⁵, des progrès considérables ont d'ores et déjà été réalisés pour hiérarchiser le traitement des affaires et pour rationaliser les procédures, en particulier dans le cas de recours irrecevables ou répétitifs. Grâce à ces efforts, les requêtes pendantes ont été réduites de 22 % en 2013 et de 28 % entre janvier et novembre 2014. Toutefois, d'autres avancées devront être enregistrées dans les prochaines années, afin de

61 Par un arrêt de chambre (CEDH, arrêt de chambre, 20 janvier 2009, *Al-Khawaja c. Royaume-Uni*, n° 26766/05), la Cour européenne des droits de l'homme a déclaré que les condamnations prononcées à l'encontre du requérant se fondaient exclusivement ou dans une mesure déterminante sur les dépositions de témoins que le requérant n'avait pas pu interroger et, par suite, qu'il avait été violé l'article 6 § 1, combiné avec l'article 6 § 3 d) de la Convention. Par un arrêt du 22 mai 2009, *R. v. Horncastle* ([2009] EWCA Crim 964), la Cour d'appel (The Court of Appeal) a rejeté à l'unanimité les recours de quatre justiciables condamnés sur la base de déclarations de victimes non comparantes, au motif, notamment, que la Convention ne conférait pas aux accusés un droit absolu à faire interroger les témoins et que la loi de 2003 sur la justice pénale ménageait un juste équilibre, respectueux de la Convention. Par un arrêt du 9 décembre 2009, *R. v. Horncastle* ([2009] UKSC 14), la Cour suprême du Royaume-Uni confirma à l'unanimité la décision mentionnée ci-dessus de la Cour d'appel. Dans cet arrêt, Lord Phillips déclara que, si la loi de 1998 sur les droits de l'homme imposait aux juridictions internes britanniques de « tenir compte » de la jurisprudence de Strasbourg s'agissant des principes bien établis, dans les rares cas où la Cour de Strasbourg pouvait sembler ne pas avoir bien compris ou suffisamment pris en compte telle ou telle particularité du droit anglais dans l'un de ses arrêts, il leur était loisible de ne pas se conformer à la solution retenue par elle. Il considéra que l'arrêt rendu par la Cour le 20 janvier 2009 relevait de ce cas de figure. A la suite de l'ensemble de ces arrêts, l'affaire *Al-Khawaja c. Royaume-Uni* fut renvoyée devant la Grande chambre de la Cour européenne des droits de l'homme. Par un arrêt du 15 décembre 2011, la Grande chambre a précisé que « l'admission à titre de preuve d'un témoignage par oui-dire constituant l'élément à charge unique ou déterminant n'emporte pas automatiquement violation de l'article 6 § 1, lorsqu'une condamnation repose exclusivement ou dans une mesure déterminante sur les dépositions de témoins absents ». Toutefois, « étant donné les risques inhérents aux témoignages par oui-dire, le caractère unique ou déterminant d'une preuve de ce type admise dans une affaire est (...) un facteur très important à prendre en compte dans l'appréciation de l'équité globale de la procédure et il doit être contrebalancé par des éléments suffisants, notamment par des garanties procédurales solides ». « Dans chaque affaire où le problème de l'équité de la procédure se pose en rapport avec une déposition d'un témoin absent, il s'agit de savoir s'il existe des éléments suffisamment compensateurs des inconvénients liés à l'admission d'une telle preuve pour permettre une appréciation correcte et équitable de la fiabilité de celle-ci ». La Grande chambre a considéré que les garanties procédurales contenues dans les lois de 1988 et 2003 sont, en principe, « des garde-fous solides » et qu'en l'espèce, les droits de M. Al-Khawaja n'ont pas été violés.

62 Rapport explicatif sur le Protocole n° 16, p. 6.

63 Le rapport explicatif relatif au protocole n° 16 mentionne les éléments suivants : « L'objet de l'affaire interne et les faits pertinents révélés par la procédure interne, ou au moins un résumé des questions factuelles pertinentes ; les dispositions juridiques internes pertinentes ; les questions pertinentes relatives à la Convention, en particulier les droits ou libertés en jeu ; si cela est pertinent, un résumé des arguments des parties à la procédure interne sur la question ; si cela est possible et opportun, un exposé de son propre avis sur la question, y compris toute analyse qu'elle a pu faire de la question ».

64 Un collège de cinq juges de la Grande chambre se prononce sur l'acceptation de la demande d'avis.

65 Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Déclaration de Brighton, avril 2012, p. 5.

60 Par un arrêt du 24 juin 2004, *Von Hannover c. Allemagne* (n° 59320/00), la Cour a déclaré que les juridictions allemandes n'ont pas opéré une juste mise en balance entre la protection de la vie privée et la liberté d'expression, au motif, notamment, que les photographies litigieuses ne portaient pas sur un débat d'intérêt général et que le critère de l'isolement spatial utilisé par ces juridictions n'était pas suffisant pour assurer une protection effective de la vie privée de la requérante. De nouvelles photographies ayant été publiées, la Cour fédérale de justice, par un arrêt du 6 mars 2007 (n° VI ZR 51/06), puis la Cour constitutionnelle fédérale, par un arrêt du 26 février 2008 (n° 1 BvR 1606/07), se sont appropriées les critères d'appréciation dégagés par la Cour de Strasbourg dans son arrêt du 24 juin 2004. Par un arrêt de Grande chambre du 7 février 2012, *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2, n° 40660/08), la Cour de Strasbourg a ainsi constaté « qu'en conformité avec sa jurisprudence, les juridictions nationales ont procédé à une mise en balance circonstanciée du droit des sociétés d'édition à la liberté d'expression avec le droit des requérants au respect de leur vie privée » (§ 124). La Cour a, en outre, relevé « que les juridictions nationales ont explicitement pris en compte [sa] jurisprudence en la matière » (§ 125). Cet arrêt du 7 février 2012 a, ensuite, été confirmé par un arrêt du 17 février 2014, *Von Hannover c. Allemagne* (n° 3), n° 8772/10.

« renforcer la capacité du système [européen] à garantir un traitement rapide et efficace des violations graves »⁶⁶. Sans doute faudrait-il, à cet égard, ouvrir la voie, sous le contrôle de la Cour et du Comité des ministres, à un renvoi des requêtes aux juridictions nationales, lorsqu'a été méconnue une jurisprudence claire et constante de la Cour. Une telle procédure permettrait d'alléger le rôle de la Cour et de responsabiliser ces juridictions. Une modification de la convention devrait sur ce point être envisagée.

La subsidiarité, est-elle une « médaille à deux faces » ? Elle l'est, si l'on entend par là qu'elle repose sur un partage de responsabilité global et dialogique entre les autorités nationales et la Cour. Elle ne l'est pas, si l'on cherche par là à opposer deux points de vue, l'un national et l'autre européen, sur les droits fondamentaux, car il ne saurait y avoir de standards communs qu'enracinés dans des pratiques nationales et, en retour, de protection effective et dynamique sans un contrôle externe, placé entre les mains d'une Cour internationale. En réalité, ces deux figures de la subsidiarité s'inscrivent ensemble sur la même face de la médaille des droits fondamentaux, l'une, la figure nationale, au premier plan d'une manière saillante, l'autre, la figure européenne, dans l'arrière-plan, non pas en retrait, mais d'une manière tutélaire, comme une ultime corde de rappel.



Paul Lemmens

**Juge à la
Cour européenne des droits de l'homme**

RÉPONSE À L'EXPOSÉ DE MONSIEUR JEAN MARC SAUVÉ

Monsieur le vice-Président, c'est un honneur pour moi de pouvoir présenter quelques réactions à votre intervention. Je voudrais commencer par quelques mots sur la protection juridictionnelle assurée par les juridictions nationales et la Cour européenne. J'aimerais ensuite m'attarder sur certains des « outils de la mise en œuvre du principe de subsidiarité ». Enfin, je terminerai avec quelques observations sur le rôle spécifique des juridictions nationales dans la mise en œuvre de la Convention.

1. La protection juridictionnelle assurée par les juridictions nationales et la Cour européenne

a. Mission commune, défis communs

Les juridictions nationales et la Cour européenne ont fondamentalement les mêmes objectifs. Chacune a une responsabilité non seulement en ce qui concerne la protection des droits fondamentaux (garantis par les constitutions nationales, par la Charte des droits fondamentaux – pour les matières relevant du droit de l'Union européenne – et par la Convention) mais aussi, plus généralement, en ce qui concerne la défense de l'État de droit et de la démocratie.

Nous vivons en un temps où les droits de l'homme, l'État de droit et la démocratie ne sont plus des idées incontestées, comme c'était le cas par exemple en Europe occidentale immédiatement après la seconde guerre mondiale. C'est par ailleurs pendant cette période-là que la Convention a été élaborée. Actuellement, au contraire, les droits de l'homme, comme la démocratie et l'État de droit, sont des valeurs menacées¹. Les juridictions n'y échappent pas. Nous sommes placés devant des défis communs. Une réaction commune est donc nécessaire.

b. Pouvoirs différents et caractéristiques différentes

Nonobstant les similitudes entre les juridictions nationales et la Cour européenne, il y a aussi des différences. J'en signale quelques-unes.

Tout d'abord, le contexte territorial est différent. Pour les juridictions nationales, c'est le territoire d'un État national ou d'une subdivision de l'État national ; pour la Cour européenne, c'est le territoire de 47 États, qui ont tous leur propre histoire, leur propre culture et leurs propres traditions ainsi que leur propre situation économique.

¹ Le Secrétaire général du Conseil de l'Europe parle d'une « érosion des droits fondamentaux » (*Situation de la démocratie, des droits de l'homme et de l'État de droit en Europe*, rapport établi par le Secrétaire général du Conseil de l'Europe, SG(2014)1–Final, Strasbourg, 2014, 5).

⁶⁶ Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Déclaration de Brighton, avril 2012, p. 8.

Le cadre normatif est également différent. Les juridictions nationales ont à appliquer un vaste arsenal de lois nationales (sauf peut-être les cours constitutionnelles, dans la mesure où elles n'appliquent « que » la constitution) ; pour la Cour européenne, ce n'est « que » la Convention, un instrument qui ne concerne « que » des droits fondamentaux.

Enfin, les pouvoirs sont différents. Parmi les juridictions nationales, il y en a qui ont une « pleine juridiction », qui peuvent donc dire le droit et créer des relations juridiques entre des personnes privées ou entre une autorité publique et des personnes privées ; la Cour européenne, elle, doit se limiter à contrôler des décisions d'autorités nationales, notamment de juridictions nationales, sans pouvoir prendre des décisions relatives au fond des affaires qui sont à la base des plaintes portées devant elle.

c. Complémentarité entre la protection nationale et la protection européenne

Sur le terrain de la protection des droits fondamentaux, il y a, comme vous le dites très justement, une « complémentarité » entre les garanties nationales et les garanties européennes. On ne soulignera jamais assez l'importance de ce constat. L'idée de la « responsabilité partagée » répond, à mon avis, à une réalité en fait et en droit. C'est particulièrement vrai pour ce qui concerne la protection juridictionnelle : les juridictions nationales assurent la protection « primaire », ayant un éventail assez large de moyens à leur disposition ; la Cour européenne joue, pour sa part, un rôle « subsidiaire », consistant à veiller à ce que le standard européen soit respecté partout en Europe². Les unes ne peuvent rien sans l'autre, et vice versa. La notion de « subsidiarité », qui devrait figurer dans le préambule de la Convention après l'entrée en vigueur du Protocole n° 15, ne couvre donc qu'une partie de la réalité. Cette réalité est plus adéquatement reflétée dans le terme plus général de « responsabilité partagée ».

2. Outils de mise en œuvre du principe de subsidiarité – le rôle des juridictions nationales

Vous nous avez offert le fruit de vos réflexions sur un certain nombre d'« outils de mise en œuvre du principe de subsidiarité ». En fait, vous suggérez plusieurs clarifications et améliorations aux règles de conduite du dialogue entre les juridictions nationales et la Cour européenne. Vous interpellez la Cour sur un certain nombre de points. Pendant le bref temps qui m'est imparti, je ne peux pas réagir à tous ces points. Je me permets d'en choisir quelques-uns, qui concernent plus particulièrement le rôle des juridictions nationales à la lumière des dispositions de la Convention et de la jurisprudence de la Cour européenne.

Je ferai une distinction entre, d'une part, l'interprétation de la Convention et, d'autre part, l'application de celle-ci.

A. Interprétation de la Convention

Vous avez parlé de l'effort que les juridictions nationales doivent parfois consentir pour interpréter les dispositions de la Convention sur des terrains où la Cour européenne n'a pas encore une jurisprudence bien établie. Ce sont alors les juridictions nationales qui doivent faire œuvre originale. Il s'agit en général de questions concernant le champ d'application des dispositions de la Convention. Les juridictions ont ainsi l'occasion d'assurer à la Convention son caractère d'« instrument vivant », nécessaire pour qu'elle puisse continuer à offrir aux citoyens une protection concrète et effective.

² Sur la notion de subsidiarité, voir notamment R. SPANO, « Universality or Diversity of Human Rights. Strasbourg in the Age of Subsidiarity », HRLR, 2014, 1-16 ; F. SUDRE (dir.), *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, Anthemis, Limal, 2014.

Je suis entièrement d'accord avec vous pour dire que ces juridictions doivent alors essayer d'intégrer dans leur analyse non seulement les éléments pertinents de la jurisprudence de la Cour européenne mais aussi – dans la mesure du possible, bien sûr – des éléments de droit comparé. Comme vous le faites remarquer, dans ce contexte, l'existence ou l'absence d'un consensus européen peut être un élément pertinent. Je ne sais pas si vous pouvez attendre de la Cour européenne des indications quant à la méthodologie à suivre pour la recherche d'un éventuel consensus. La Cour fait de son mieux, grâce à sa petite division de recherche. Mais je me demande si certaines juridictions nationales, spécialisées dans des domaines particuliers, ne sont pas mieux équipées que la Cour pour faire de telles analyses.

B. Application de la Convention

J'en viens maintenant à l'application de la Convention par les juridictions nationales. Je voudrais réagir à deux thèmes que vous avez abordés : d'une part, le contrôle du respect des obligations positives et, d'autre part, la marge d'appréciation.

1. Contrôle du respect des obligations positives

Vous avez rappelé, à juste titre, qu'il découle de la Convention des obligations négatives (interdiction d'ingérences arbitraires dans des droits fondamentaux) et des obligations positives (obligation de prendre des mesures positives). Ce sont toutes deux des obligations qui pèsent sur les autorités publiques. Les juridictions nationales peuvent donc logiquement être invitées à se prononcer soit sur la compatibilité avec la Convention d'une ingérence par une autorité publique dans l'exercice d'un droit fondamental d'un demandeur, soit sur la suffisance des mesures prises par les autorités publiques compétentes pour protéger les droits fondamentaux du demandeur.

Vous avez invité la Cour européenne à être plus claire notamment dans ses critères servant à établir l'existence (et l'étendue) d'une obligation positive. Comme vous le savez, il s'agit d'une question de pondération d'intérêts. L'autorité publique doit ménager un « juste équilibre » entre l'intérêt général et les intérêts de l'individu concerné. La Convention ne lui impose pas de charges disproportionnées. Les juridictions nationales peuvent être invitées à se prononcer sur la question de savoir si l'équilibre est rompu par l'inertie de l'autorité publique. Si la réponse est positive, la question délicate de la mesure à ordonner se pose.

Il s'agit là de questions difficiles, pour tout juge. Mais le problème est peut-être moins grand pour le juge national qu'il ne semble l'être. Dans une situation où peut se poser un problème d'obligation positive, les juridictions nationales auront en premier lieu à appliquer les dispositions du droit national qui régissent la matière qui leur est soumise, par exemple les règles en matière de protection de l'environnement. Ce n'est que dans la mesure où le demandeur ne voit pas sa demande accueillie sur la base de ces règles de droit national et qu'il se plaint que ces règles n'offrent pas une protection suffisante à l'un de ses droits fondamentaux, comme le droit à la protection de la vie privée et du domicile, que la juridiction nationale sera amenée à examiner si le législateur n'avait pas l'obligation, en vertu de la Convention, d'offrir, par exemple au demandeur, une protection juridique plus étendue. À mon avis, ce ne sera que dans des cas relativement limités que les juridictions nationales auront à mettre elles-mêmes en balance des intérêts opposés.

2. La marge d'appréciation

La marge d'appréciation est une notion qui continue à susciter des questions. Elle a fait l'objet de nombreux livres et articles. L'année dernière, le président de notre Cour, Dean Spielmann, a consacré à ce sujet une conférence qui a été publiée depuis³.

³ D. SPIELMANN, « Whither the Margin of Appreciation ? », *CLP*, 2014, 49-65.

i. Théorie de la marge d'appréciation

Comme Dean Spielmann, je crois qu'il importe, pour bien comprendre cette notion, de remonter à ses origines. La théorie de la marge d'appréciation a été énoncée dans l'affaire *Handyside*. Cette affaire concernait la condamnation pénale qui avait frappé un éditeur pour avoir publié le « Petit livre rouge », un ouvrage pour enfants et adolescents considéré comme obscène.

Le raisonnement que tient la Cour pour ce qui est de la marge d'appréciation est en fait très simple. La Cour commence par relever que « le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'homme » et que « [l]a Convention confie en premier lieu à chacun des États contractants le soin d'assurer la jouissance des droits et libertés qu'elle consacre » (*Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, § 48, série A n° 24). C'est déjà, à l'époque, l'idée d'une responsabilité partagée. La Cour note ensuite qu'« on ne peut dégager du droit interne des divers États contractants une notion européenne uniforme de la « morale » et que, au contraire, « l'idée que leurs lois respectives se font des exigences de cette dernière varie dans le temps et l'espace » (*ibidem*). La Cour conclut que, dès lors, l'article 10 § 2, qui permet des restrictions à la liberté d'expression pour la protection, entre autres, de la morale, « réserve aux États contractants une marge d'appréciation » (*ibidem*).

Mais le raisonnement ne s'arrête pas là. La Cour s'empresse d'ajouter que « [l]'article 10 [§] 2 n'attribue pas pour autant aux États contractants un pouvoir d'appréciation illimité. Chargée (...) d'assurer le respect de leurs engagements (...), la Cour a compétence pour statuer par un arrêt définitif sur le point de savoir si une « restriction » ou « sanction » se concilie avec la liberté d'expression telle que la protège l'article 10. La marge nationale d'appréciation va donc de pair avec un contrôle européen (*ibidem*, § 49). Ce contrôle revêt la forme d'un examen : « la Cour n'a point pour tâche de se substituer aux juridictions internes compétentes, mais d'apprécier sous l'angle de l'article 10 les décisions qu'elles ont rendues dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation » (*ibidem*, § 50).

À mes yeux, la marge nationale d'appréciation et le contrôle européen au sens d'un examen de la décision prise au niveau national, sont deux facettes d'une même chose. Il y a une marge d'appréciation parce que le contrôle qu'exerce la Cour consiste en un simple examen, et vice versa. La Convention n'impose pas des normes uniformes à travers l'Europe en matière de protection de la morale. Elle n'interdit pas non plus de manière absolue des mesures restreignant la liberté d'expression au motif de protéger la morale. Il n'appartient donc pas à la Cour européenne de dire qu'il y a lieu de prendre une mesure contre le *Schoolbook*, ou de dire jusqu'où une telle mesure peut ou doit aller. C'est une question laissée à l'appréciation des autorités internes. La Cour européenne peut seulement examiner la décision prise par celles-ci dans l'exercice de leur pouvoir d'appréciation. Dans le cadre de cet examen, la Cour recherche si les autorités internes ne sont pas allées trop loin ou, en d'autres termes, si elles n'ont pas outrepassé leur marge d'appréciation, pénétrant ainsi dans une zone interdite. Ce qui revient à contrôler la proportionnalité de l'ingérence.

Vous invitez la Cour européenne à clarifier dans quels domaines il existe une marge d'appréciation et dans quels domaines il n'en existe aucune ou seulement une très limitée. Je ne puis m'exprimer ici pour la Cour, mais je voudrais exposer mes vues personnelles sur cette question. Selon moi, les États jouissent d'une « marge » d'appréciation chaque fois qu'il y a quelque chose à « apprécier », et à l'inverse ils ne peuvent revendiquer aucune « marge » d'appréciation lorsqu'il n'y a rien à « apprécier ». Autrement dit, lorsque des choix – des choix de politique – peuvent être faits, les autorités internes ont la latitude de les faire, et la Cour européenne respectera ces choix, du moins jusqu'à un certain point. Il en est ainsi pour les restrictions que par ses actes l'État apporte aux droits fondamentaux dans les cas où la Convention autorise des ingérences, sous réserve qu'elles remplissent certaines conditions. Il en est également ainsi pour les obligations positives, puisque la

Convention n'impose aux États aucune obligation précise d'agir⁴. Lorsque, par contre, la Convention énonce une interdiction absolue comme l'interdiction de la torture et des autres mauvais traitements, il n'y a pas place pour une appréciation.

ii. Étendue de la marge d'appréciation

Vient ensuite la question de l'étendue de la marge d'appréciation : celle-ci est-elle ample ou étroite ? Au début, la Cour européenne a fourni une réponse simple : dans *Dudgeon c. Royaume-Uni*, elle a expliqué que l'ampleur de la marge d'appréciation dépendait, d'une part, de la nature du but invoqué pour justifier une restriction à un droit fondamental et, d'autre part, de la nature du droit fondamental en jeu (*Dudgeon c. Royaume-Uni*, 22 octobre 1981, § 52, série A n° 45)⁵. Cela semble tout à fait logique : les deux éléments renvoient aux deux intérêts mis en balance lorsque les autorités internes puis la Cour européenne recherchent un juste équilibre. La Cour européenne s'est, semble-t-il, bornée à indiquer que les autorités internes, dont les juridictions internes, et elle-même devaient prendre ces deux intérêts en considération et leur accorder le poids justifié revenant à chacun d'eux⁶. Cela fait partie du critère de proportionnalité.

Par la suite, la Cour européenne a introduit d'autres critères, tels que l'existence ou non d'un consensus européen, ce qui a eu pour effet d'attacher des conséquences juridiques à la marge d'appréciation. Celle-ci est devenue l'objet d'argumentations distinctes développées dans une partie distincte des arrêts de la Cour⁷, et même parfois (apparemment) le seul motif du rejet d'un grief⁸. Vous l'avez dit, la marge d'appréciation est parfois perçue, à tort, comme une zone de non-droit conventionnel. M'exprimant ici encore à titre personnel, je me demande si les évolutions de la jurisprudence n'ont pas compliqué les choses au lieu de les clarifier. Est-il surprenant que l'on ait critiqué la notion de marge d'appréciation, en y voyant une « rengaine » qui implique un « relativisme » injustifié⁹ ? L'existence d'une marge d'appréciation me paraît, quant à moi, aller de soi, mais je me demande si elle a une quelconque incidence normative. La notion quasi sacro-sainte de la marge d'appréciation pourrait être démystifiée. Et il serait selon moi préférable de porter l'attention sur le principe de proportionnalité et ses implications¹⁰.

iii. La marge d'appréciation : une question du ressort des juridictions internes ?

Une dernière observation sur la marge d'appréciation. Vous avez envisagé cette notion dans le contexte de la subsidiarité du point de vue des juridictions nationales.

Je me demande si la marge d'appréciation est quelque chose dont les juridictions nationales doivent vraiment se préoccuper. Je citerai l'arrêt de la Cour européenne dans l'affaire *A. et autres c. Royaume-Uni* : « La théorie de la marge d'appréciation est depuis toujours perçue comme un

4 On peut se demander, précisément à cause de l'existence d'une marge d'appréciation, si la Cour européenne pourrait obliger les États à opter pour la mesure la « plus respectueuse » des droits de l'homme lorsque plusieurs options s'offrent à eux. Il semble que l'État doive toujours bénéficier d'une marge d'appréciation et qu'il lui suffise, en mettant en balance les intérêts concurrents en jeu, de ménager un « juste » équilibre (qui n'est pas nécessairement le « meilleur » équilibre pour l'individu concerné). C'est le message qui paraît découler par exemple de l'arrêt *Hatton c. Royaume-Uni*, dans lequel la chambre avait estimé que « les États [étaient] tenus de minimiser autant que possible l'ingérence dans l'exercice [des] droits [garantis par l'article 8], en recherchant d'autres solutions et, de manière générale, en s'efforçant d'atteindre leurs buts de la façon la plus respectueuse des droits de l'homme » (*Hatton et autres c. Royaume-Uni*, n° 6022/97, § 97, 2 octobre 2001), arrêt infirmé par la Grande Chambre qui a estimé que l'État n'avait pas manqué à ménager un « juste équilibre » entre le droit des personnes touchées [par la réglementation litigieuse], les intérêts concurrents d'autrui et de la société dans son ensemble (*Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, § 129, CEDH 2003 VIII).

5 Voir aussi *Gillow c. Royaume-Uni*, 24 novembre 1986, § 55, série A n° 109.

6 Le poids que la juridiction interne doit accorder aux intérêts concurrents en jeu doit à l'évidence refléter l'évaluation que, le cas échéant, le législateur en a faite.

7 *Axel Springer AG c. Allemagne* [GC], n° 39954/08, §§ 85-88, 7 février 2012 ; *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2) [GC], n° 40660/08 et 60641/08, §§ 104-107, CEDH 2012 ; *Mouvement raëlien suisse c. Suisse* [GC], n° 16354/06, §§ 59-66, CEDH 2012 (extraits).

8 *Eweida et autres c. Royaume-Uni*, nos 48420/10, 59842/10, 51671/10 et 36516/10, § 106, CEDH 2013 (extraits).

9 Voir J. DE MEYER, opinion partiellement dissidente jointe à l'arrêt *Z c. Finlande*, 25 février 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-I.

10 La Cour européenne a souligné le lien entre marge d'appréciation et justification de la proportionnalité d'une ingérence dans *National Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Royaume-Uni* (n° 31045/10, § 87, CEDH 2014).

moyen de définir les rapports entre les autorités internes et la Cour. Cette théorie ne trouve pas à s'appliquer de la même manière aux rapports entre les organes de l'État au niveau interne » (A. et autres c. Royaume-Uni [GC], n° 3455/05, § 184, CEDH 2009). Cette théorie fonctionne au niveau européen, tout comme la théorie de la séparation des pouvoirs fonctionne au niveau interne. À ce dernier niveau, les cours et tribunaux ne substituent en général pas leurs points de vue à ceux des autorités administratives parce qu'ils respectent le pouvoir discrétionnaire dont elles jouissent. Mais cela signifie-t-il que lorsqu'elles prennent leurs décisions, les autorités administratives doivent constamment s'interroger sur l'étendue que pourrait avoir un éventuel contrôle juridictionnel ultérieur ? Je ne le pense pas. De même, je ne pense pas que les autorités internes, y compris les juridictions internes, doivent se demander quelle marge d'appréciation on leur reconnaîtra si jamais l'affaire aboutit à Strasbourg. C'est une question qui se pose uniquement dans le cadre du contrôle effectué par la Cour européenne, non à un stade antérieur. Au niveau interne, les juridictions doivent se préoccuper de l'interprétation et de l'application correctes de la loi, rien de moins, mais rien de plus.

3. Le rôle spécifique des juridictions internes dans la mise en œuvre de la Convention européenne

A. Qu'attend-on des juridictions internes ?

Que dit la jurisprudence de la Cour européenne du rôle que doivent jouer les juridictions internes du point de vue de la Convention européenne ?

Je n'envisagerai pas les exigences découlant de l'article 13 de la Convention européenne, qui concernent le caractère « effectif » des voies de recours internes en cas d'allégations de violations des droits de l'homme. Je souhaiterais en revanche indiquer certains éléments que la Cour européenne mentionne dans sa jurisprudence lorsqu'elle examine la marge nationale d'appréciation.

La Cour européenne déclare régulièrement que lorsqu'elle exerce son contrôle elle « doit se convaincre que les autorités nationales ont appliqué des règles conformes aux principes consacrés dans la disposition concernée de la Convention et ce, de surcroît, en se fondant sur une appréciation acceptable des faits pertinents » (voir, par exemple, *Demir et Baykara c. Turquie* [GC], n° 34503/97, § 119, CEDH 2008). C'est là en réalité le message clé adressé aux juridictions internes.

Les principes consacrés par les différentes dispositions de la Convention se trouvent énoncés dans les arrêts de la Cour européenne, très souvent dans une partie distincte (« Principes »). Ils régissent l'interprétation et l'application de la Convention. Tantôt la Cour européenne dégage des règles très détaillées, par exemple en ce qui concerne les facteurs à prendre en compte pour résoudre un conflit entre liberté d'expression et droit au respect de la vie privée (*Axel Springer AG c. Allemagne* ([GC], n° 39954/08, §§ 85-88, 7 février 2012), et *Von Hannover c. Allemagne* (n° 2) ([GC], n°s 40660/08 et 60641/08, §§ 104-107, CEDH 2012)). Tantôt elle reconnaît que la question à l'examen est de celles pour lesquelles les autorités internes ont à faire des choix de politique ; elle se borne alors à établir une sorte de « feuille de route » à l'intention de ces autorités. C'est ce qu'elle a fait par exemple dans l'affaire *X c. Lettonie* ([GC], n° 27853/09, CEDH 2013), qui concernait les mesures à prendre pour tenir dûment compte de « l'intérêt supérieur de l'enfant » dans les cas d'enlèvement international d'enfants¹¹. Cet arrêt, comme d'autres, illustre la « procéduralisation » des droits garantis par la Convention¹². De fait, lorsque la marge d'appréciation est ample, des garanties procédurales doivent pallier le risque de décisions arbitraires.

11 La Cour européenne a adopté une démarche similaire dans l'affaire *Tarakhel c. Suisse* ([GC], n° 29217/12, CEDH 2014 (extraits)), où elle a expliqué quelle sorte de contrôles les autorités internes des États membres de l'Union européenne doivent opérer dans le cadre de ce que l'on appelle les « retours Dublin » afin de s'assurer que les demandeurs d'asile ne seront pas envoyés dans un autre État membre où ils encourraient le risque d'être accueillis dans des conditions équivalant à un mauvais traitement prohibé par l'article 3.

12 O. DE SCHUTTER et F. TULKENS, « Rights in Conflict : the European Court of Human Rights as a Pragmatic Institution », in E. BREMS (éd.), *Conflicts Between Fundamental Rights*, Intersentia, Anvers, 2008, (169), 203-215 ; K. PANAGOULIAS, *La procéduralisation des droits substantiels garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruylant, Bruxelles, 2011 ; E. DEBOUT, « La procéduralisation des droits », in F. SUDRE (dir.), *op. cit.*, 265-300.

Les principes européens doivent s'appliquer dans un contexte concret donné. C'est ici qu'une bonne appréciation des faits intervient. Prenons l'exemple d'une affaire concernant la liberté d'expression. S'agissant du juste équilibre à ménager entre les intérêts concurrents en jeu, la Cour européenne attache de l'importance dans sa jurisprudence à un certain nombre de facteurs tels que la nature des propos litigieux : l'expression de ceux-ci contribue-t-elle ou non à un débat d'intérêt général ? Pour répondre à cette question, il faut apprécier les faits de la cause. C'est au premier chef aux autorités internes, en particulier aux juridictions internes, qu'il incombe de se livrer à cette appréciation. Lorsque celle-ci est raisonnable et bien motivée, en général la Cour ne lui substitue pas la sienne.

B. Dialogue entre les juridictions internes et la Cour européenne

Je souhaiterais enfin faire certaines observations sur quelques questions que vous avez soulevées au sujet du « dialogue » entre les juridictions internes et la Cour européenne.

1. Le droit interne, élément d'interprétation pour la Cour européenne

De toute évidence, la Cour européenne prend en considération ce qui se passe au niveau interne. Nul besoin que je m'y attarde. Je me bornerai à rappeler, par exemple, que la Cour prête attention à la jurisprudence des tribunaux internes pour vérifier s'il se dégage en Europe un consensus sur des questions pouvant influencer sur la bonne interprétation à donner à la Convention¹³. L'absence d'un consensus plaide habituellement pour une large marge d'appréciation des différents États.

2. L'autorité que revêt la jurisprudence de Strasbourg pour les juridictions internes

La question de savoir dans quelle mesure les juridictions internes sont tenues de suivre la jurisprudence de la Cour européenne et dans quelle mesure elles peuvent refuser de le faire, prête davantage à controverse.

a. Les principes

i. Exécution d'un arrêt par les juridictions de l'État défendeur

Un arrêt rendu contre un État doit être exécuté dans cet État. C'est une obligation qui découle de l'article 46 § 1 de la Convention. Pour l'État défendeur, l'arrêt est « *res judicata* ». Il s'impose à tous les organes de cet État, y compris aux juridictions.

Il y a lieu de rappeler que, même lorsque l'exécution d'un arrêt demande que le législateur adopte certaines mesures, une responsabilité particulière peut incomber aux juridictions pendant que se déroule le processus législatif. Dans les cas où le régime constitutionnel le permet, elles peuvent être dans l'obligation d'annuler l'application du droit interne que la Cour a jugée contraire à la Convention¹⁴.

Les choses peuvent se compliquer lorsque, comme dans la procédure interne initiale, les juridictions internes doivent prendre en compte non seulement les droits fondamentaux de la partie qui a eu gain de cause à Strasbourg, mais encore les droits et intérêts d'autres parties¹⁵. Alors, la solution que l'affaire doit connaître au niveau interne ne résulte pas directement de l'arrêt de la Cour européenne, mais elle doit en toute hypothèse se concilier avec lui.

13 Voir, par exemple, *Kurić et autres c. Slovaquie* [GC], n° 26828/06, § 387, CEDH 2012 (extraits) ; *Fabris c. France* [GC], n° 16574/08, § 56, CEDH 2013 (extraits).

14 Voir, par exemple, *Fabris*, précité, § 75.

15 Voir, par exemple, Cour constitutionnelle allemande, 14 octobre 2004, *Görgülü*, 2 BvR 1481/04, BVerfGE 111, 307-322.

ii. Effet à donner à un arrêt rendu contre un État déterminé dans l'ordre juridique d'un autre État

En tant que cour pour l'Europe, la Cour de Strasbourg est appelée à livrer de la Convention des interprétations faisant autorité : « ses arrêts servent non seulement à trancher les cas dont elle est saisie, mais plus largement à clarifier, sauvegarder et développer les normes de la Convention et à contribuer de la sorte au respect, par les États, des engagements qu'ils ont assumés en leur qualité de Parties contractantes (...). Si le système mis en place par la Convention a pour objet fondamental d'offrir un recours aux particuliers, il a également pour but de trancher, dans l'intérêt général, des questions qui relèvent de l'ordre public, en élevant les normes de protection des droits de l'homme et en étendant la jurisprudence dans ce domaine à l'ensemble de la communauté des États parties à la Convention (...) »¹⁶

Convention s'impose dans tous les États qui y sont parties. La Cour européenne ayant pour rôle d'interpréter la Convention d'une manière qui fasse autorité, ses arrêts déploient leurs effets au-delà des parties aux affaires dans lesquelles ils ont été rendus. En ce sens, ils peuvent être considérés pour les juridictions internes comme « *res interpretata* », pour employer une expression innovante de Jacques Velu¹⁷.

b. L'exception

À titre exceptionnel, une juridiction interne peut refuser de suivre la jurisprudence de la Cour européenne. Ce refus n'est acceptable que s'il est motivé par de bonnes raisons. Je souscris pleinement à la façon dont vous qualifiez ce dialogue : il doit être loyal et constructif.

Un bon exemple en est le dialogue entre la Cour suprême du Royaume-Uni et la Cour européenne sur l'utilisation de preuves par ouï-dire, c'est-à-dire de déclarations faites par un témoin qui n'est pas présent au procès pénal et que la défense ne peut donc interroger. Une chambre de la Cour européenne, se fondant sur la jurisprudence établie de la Cour, avait estimé que l'utilisation de la déclaration d'un témoin absent avait méconnu le droit de l'accusé à un procès équitable¹⁸. Après quoi, dans une autre affaire, la Cour suprême a rendu un arrêt dans lequel elle a expressément marqué son désaccord avec le raisonnement de la chambre, considérant que celle-ci avait sous-estimé certaines garanties procédurales existant en droit anglais¹⁹. Le collège de la Grande Chambre de la Cour européenne avait connaissance de l'existence de cet arrêt lorsqu'il examina la demande du gouvernement britannique tendant au réexamen de la première affaire. Il accueillit la demande afin de donner à la Grande Chambre l'occasion de réagir à l'arrêt de la Cour suprême. La Grande Chambre a tenu compte de l'avis de la Cour suprême, a adapté sa propre jurisprudence et est parvenue à la conclusion qu'il n'y avait pas eu violation du droit à un procès équitable²⁰. Ultérieurement, la requête de l'accusé dans la seconde affaire a elle aussi été rejetée²¹.

Je suis également d'accord avec vous pour dire qu'une fois que la Grande Chambre s'est clairement prononcée sur une question, celle-ci doit être considérée comme réglée. Sinon, le système de la Convention se trouverait gravement affaibli. Et je ne pense pas que ce serait dans l'intérêt des citoyens de l'Europe.

4. CONCLUSION

Lors de la cérémonie d'ouverture de l'année judiciaire de la Cour européenne l'an dernier, Andreas Voßkuhle, président de la Cour constitutionnelle allemande, avait vu dans les rapports entre les cours constitutionnelles européennes et la Cour européenne des droits de l'homme, un « mobile » ou un « ensemble d'éléments en équilibre » et il avait rejeté l'idée de rapports sous forme de « pyramide » ou hiérarchiques²². Je souscris pleinement à sa manière de voir.

La protection des droits de l'homme repose sur la recherche d'un équilibre entre les droits fondamentaux des individus et les intérêts de la société dans laquelle ils vivent. Les juridictions nationales et la Cour européenne doivent s'aider mutuellement à trouver les bonnes solutions. S'il appartient à la Cour européenne de fixer les normes minimales, il incombe aux juridictions nationales d'appliquer ces normes dans leur ordre juridique comme faisant partie du cadre légal applicable. La réussite de tout le système réside dans le degré de coopération existant entre les deux types de juridiction. Une « responsabilité partagée », en effet.

16 *Konstantin Markin c. Russie* [GC], n° 30078/06, § 89, CEDH 2012 (extraits).

17 Voir, par exemple, J. VELU, « Considérations sur quelques aspects de la coopération entre la Cour européenne des droits de l'homme et les juridictions nationales », in *Protection des droits de l'homme: la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal – Protecting Human Rights: The European Perspective. Studies in Memory of Rolv Ryssdal*, Carl Heymanns, Cologne, 2000, (1511), 1520-1524.

18 *AlKhawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, nos 26766/05 et 22228/06, 20 janvier 2009.

19 *Cour Suprême, R. v. Horncastle and Others*, [2009] UKSC 14, arrêt du 9 décembre 2009.

20 *AlKhawaja et Tahery c. Royaume-Uni* [GC], nos 26766/05 et 22228/06, CEDH 2011.

21 *Horncastle et autres c. Royaume-Uni*, n° 4184/10, 16 décembre 2014.

22 A. VOSSKUHLE, « Pyramid or Mobile? – Human Rights Protection by the European Constitutional Courts », H.R.L.J., 2014, 1-3.

AUDIENCE SOLENNELLE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME A L'OCCASION DE L'OUVERTURE DE L'ANNÉE JUDICIAIRE



Dean Spielmann

Président
de la
Cour européenne des droits de l'homme

Discours d'ouverture

Mesdames et Messieurs les Présidents des Cours constitutionnelles et des Cours suprêmes, Madame la Présidente de l'Assemblée parlementaire, Monsieur le Secrétaire Général du Conseil de l'Europe, Excellences, Mesdames, Messieurs,

Je vous remercie en mon nom et en celui de tous mes collègues, d'avoir bien voulu assister à cette audience solennelle de rentrée de la Cour européenne des droits de l'homme. Votre présence témoigne du respect et de la considération que vous portez à notre juridiction. Nous vous en sommes très reconnaissants.

L'audience d'aujourd'hui revêt à mes yeux une signification particulière. C'est en effet la dernière fois que je prends la parole en de telles circonstances. L'heure du bilan n'est pas encore venue et les défis à relever en 2015 sont considérables, mais on peut, néanmoins, en ce début d'année, mesurer le chemin parcouru. Il est impressionnant.

En 2014, la Cour a nettement pris le dessus en ce qui concerne la maîtrise du flux des affaires qui lui sont soumises. La tendance, exceptionnellement positive, déjà remarquée pour les années 2012 et 2013, s'est confirmée au cours de l'année écoulée. Au total, en 2014, la Cour a statué dans plus de 86 000 affaires. Le nombre de requêtes tranchées par un arrêt reste élevé : 2 388, contre 3 661 l'année précédente. À la fin de l'année 2013, on comptait près de 100 000 requêtes pendantes. Ce chiffre est tombé à 69 900 à la fin de l'année 2014, ce qui représente une baisse de 30 %. Nous sommes loin du chiffre astronomique de 160 000 requêtes pendantes que nous avons connu en septembre 2011 et qui faisait alors craindre pour la survie du système.

La procédure de juge unique, issue de la mise en œuvre du Protocole n° 14, le recours, de plus en plus fréquent, à la procédure des arrêts-pilotes, mais, surtout, la modernisation et la rationalisation de nos méthodes de travail sont à l'origine de ces succès. Nous n'allons pas nous arrêter en si bon chemin. J'ai la conviction que le modèle que nous avons utilisé pour les affaires de juge unique n'a pas épuisé toutes ses potentialités. Nous allons désormais nous attaquer, en suivant les mêmes méthodes couronnées de succès, aux affaires répétitives. S'agissant de ces affaires, ce qui importe lorsque les recours apparaissent bien fondés, c'est que le justiciable puisse, aussi rapidement que possible, recevoir une indemnisation. Les méthodes que nous mettons en place actuellement devraient le permettre.

À terme, et dans un délai que j'espère très proche, notre Cour ne devrait plus être encombrée par les affaires répétitives. Cela nous permettra de consacrer tous nos efforts aux affaires les plus graves et les plus sérieuses.

Si le constat que je viens de tracer de l'activité de la Cour est largement positif, il n'en demeure pas moins que la Cour ne saurait être seule à agir. Nous pourrions mettre en place les mécanismes de résolution les plus sophistiqués, cela ne suffira pas à endiguer le flot des affaires qui parviennent à la Cour. En effet, il appartient préalablement aux États de résoudre les problèmes structurels et endémiques. Cette question des affaires répétitives est évidemment liée à celle de l'exécution des

arrêts. On ne soulignera jamais assez l'importance du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe dans son rôle de supervision de l'exécution des arrêts de la Cour. Ce n'est pas seulement la crédibilité de la Cour qui est affectée par l'inexécution des arrêts, c'est aussi celle du Comité des Ministres. Nous sommes au cœur de la responsabilité partagée entre la Cour et les États. C'est pourquoi je me réjouis de l'initiative de la Belgique d'organiser, dans le cadre de sa présidence, les 26 et 27 mars prochain, à Bruxelles, une grande conférence intergouvernementale qui portera précisément sur cette question. J'espère que tous les acteurs du système y seront réunis, au plus haut niveau.

Parmi ces acteurs, il y a les parlements nationaux, dont le rôle est très important. Ils peuvent intervenir de deux façons : en amont du système, en examinant la compatibilité des projets de loi avec la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence de notre Cour ; en aval, en faisant en sorte qu'interviennent les modifications législatives rendues nécessaires par nos arrêts. Il est rare que nous puissions nouer des contacts directs avec les parlements nationaux et, à cet égard, mon intervention devant le Parlement fédéral Suisse, le 9 décembre dernier, demeure un événement exceptionnel. Toutefois, j'observe deux points positifs : d'une part, je constate que de plus en plus de parlements nationaux se dotent de commissions chargées de veiller à la bonne exécution des arrêts de la Cour. D'autre part, l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe constitue un relais important et efficace entre la Cour et les parlements nationaux. Je ne peux manquer de rendre hommage à l'action inlassable de ma compatriote et amie, Anne Brasseur, Présidente de l'Assemblée, qui est un ardent défenseur du rôle accru de l'Assemblée parlementaire pour l'exécution de nos arrêts et qui a contribué largement au renforcement de ses relations avec la Cour. L'Assemblée parlementaire joue, plus que jamais, le rôle d'une caisse de résonance pour nos arrêts. Qu'elle en soit remerciée.

Bien entendu, c'est principalement avec les autres juridictions nationales et internationales que nous avons poursuivi notre dialogue en 2014. Je ne reprendrai pas ici la liste de toutes les rencontres qui ont eu lieu. Toutefois, je tiens à ce que vous sachiez que nous avons reçu une visite de plusieurs jours de notre sœur américaine, la Cour interaméricaine des droits de l'homme. Je me réjouis du lien de plus en plus étroit qui s'est noué, au fil des ans, entre nos deux juridictions. En 2015, c'est la Cour internationale de Justice qui nous rendra visite. Ces rencontres sont conformes à l'idée que nous nous faisons d'une juridiction internationale ouverte sur les autres cours. C'est le meilleur antidote contre la sclérose...

S'agissant des cours nationales, j'ai eu l'occasion de dire, à de nombreuses reprises, l'importance que j'attache au Protocole n° 16, le protocole du dialogue avec les hautes juridictions de nos États membres. À ce jour, seize États l'ont déjà signé. J'espère que 2015 sera l'année des dix ratifications qui permettront son entrée en vigueur. Renforcer le dialogue avec les juridictions suprêmes figure au premier rang de mes préoccupations. C'est pourquoi nous avons l'intention de créer, en 2015, un Réseau d'échange d'informations qui permettra à toutes les cours suprêmes intéressées de disposer d'un point d'entrée au sein de notre Cour, à travers la personne du juriconsulte qui pourra les informer, lorsque cela leur sera utile, de l'état de notre jurisprudence. Ce ne sera pas un dialogue à sens unique et nous bénéficierons également des ressources offertes par leurs services de recherche respectifs. Avant même que le Protocole n° 16 n'entre en vigueur, ce Réseau de la recherche partagée facilitera l'application de la Convention européenne des droits de l'homme par les juridictions suprêmes nationales.

Il n'y a pas de rentrée solennelle sans évocation des affaires marquantes de l'année écoulée. Que retiendrons-nous de 2014 ?

Tout d'abord et à titre liminaire, vous vous souvenez certainement que l'an dernier, j'exprimais ici même mon inquiétude et ma préoccupation quant aux événements qui se déroulaient en Ukraine. Cette région de l'Europe n'a pas été épargnée au cours des derniers mois et cela a eu une incidence directe sur l'activité de notre Cour, actuellement saisie de trois requêtes étatiques introduites par l'Ukraine à l'encontre de la Fédération de Russie, ainsi que de très nombreuses requêtes individuelles portées contre l'un ou l'autre de ces États. La crise que notre continent européen traverse montre combien, dans de telles circonstances, le besoin d'une justice européenne forte est crucial.

Pour ce qui concerne plus spécifiquement les affaires jugées en 2014, j'observe que, de plus en plus, des questions très sensibles convergent vers notre Cour. Les requérants et les États attendent que nous prenions position dans des matières infiniment complexes. Pour ne citer que quelques exemples, c'est la question de la responsabilité de l'État s'agissant des abus sexuels perpétrés en Irlande dans le cadre d'établissements scolaires dirigés par l'Église (c'est l'affaire *O'Keefe* du 28 janvier 2014) ; c'est l'interdiction de dissimuler son visage dans l'espace public en France, tranchée par l'arrêt S.A.S. du 1^{er} juillet 2014 ; ce sont les effets juridiques sur le mariage du changement de sexe de l'un des conjoints, question posée par l'affaire *Hämäläinen contre la Finlande* (16 juillet 2014). Je pourrais multiplier les exemples, tant la variété des questions posées à notre Cour est grande. Elle témoigne du caractère extraordinairement vivant de la Convention européenne des droits de l'homme.

En l'absence de consensus sur certaines de ces problématiques ou face à des questions de société totalement inédites, la responsabilité qui nous incombe est d'autant plus grande que, vous le savez, nous jugeons sous le regard des parties au litige, mais aussi des juridictions suprêmes des États membres, des médias et de l'opinion publique, parfois bien au-delà du pays concerné par l'arrêt.

Les États nous taxent d'activisme lorsque nous les condamnons, tandis que les requérants nous reprochent d'être timorés lorsque nous ne constatons pas de violation. Pour apporter la meilleure des réponses, notre Cour emprunte une voie nécessairement étroite. Nous sommes confrontés au défi permanent de l'acceptabilité de nos décisions. Question d'autant plus délicate que nous tenons notre légitimité des États que nous condamnons, ce qui n'est pas une situation aisée. Nous n'obéissons pas à une stratégie juridictionnelle, mais nous nous interrogeons bien évidemment sur la manière dont nos arrêts sont reçus. Toutefois, ces considérations trouvent une limite dans l'obligation qui nous incombe d'assurer le respect de la Convention européenne des droits de l'homme. Le rythme imposé par notre Cour n'est pas nécessairement le même que celui qui est suivi au sein des États membres. Parfois, nous allons plus loin et plus rapidement. Pas toujours et pas systématiquement. Il arrive même et de plus en plus souvent, qu'en application de la Convention, des juridictions nationales nous devancent. Cette superposition de rythmes différents qui se déroulent simultanément et indépendamment les uns des autres s'apparente à la polyrythmie bien connue des musiciens et dont un exemple révélateur constitue la « Danse sacrée » du « Sacre du Printemps » d'Igor Stravinski. Le rythme est premier dans « le Sacre du Printemps », non pas tellement par sa prédominance sur les autres paramètres sonores, mais parce qu'il les organise. Il y a un siècle, Stravinski a inventé un nouveau temps musical. C'est ce que nous nous efforçons de faire, les uns et les autres, Cour européenne des droits de l'homme et cours nationales, avec l'instrument vivant que constitue la Convention.

Un exemple récent, dans une affaire française, illustre une situation dans laquelle notre Cour a été invitée à trancher une question nouvelle et à imprimer son tempo. La question posée était hautement sensible, puisqu'elle avait trait à une technique de procréation nouvelle : la gestation pour autrui, laquelle est interdite en France. Notre Cour n'a pas constaté la violation de la Convention en raison de l'interdiction en France de la gestation pour autrui. Dans les affaires en question, qui ont suscité de très nombreux commentaires, la Cour s'est fondée sur l'intérêt de l'enfant, et si elle est parvenue à un constat de violation de la Convention, c'est exclusivement en prenant en compte le droit des enfants au respect de leur vie privée, qui implique que chacun puisse établir la substance de son identité, notamment sa filiation à l'égard des parents biologiques.

Ces affaires témoignent de ce que la Cour entend d'abord et surtout assurer le respect de la Convention sans s'immiscer dans le débat national. En décidant de ne pas demander le renvoi de cette affaire devant la grande chambre, le Gouvernement français a apporté la preuve de ce que la décision adoptée était acceptable.

L'autre affaire que je souhaiterais mentionner témoigne également de la prudence de notre approche dans les matières les plus délicates. Il s'agit de l'affaire *Tarakhel contre la Suisse* qui concernait le renvoi d'une famille de demandeurs d'asile en Italie. La question des flux migratoires se pose dans un grand nombre de nos États. Les solutions que nous essayons de dégager face à des problématiques complexes doivent être conformes à nos principes, notamment humanitaires. C'est ainsi que, dans cette affaire *Tarakhel*, la Cour a estimé qu'il y aurait violation de la Convention si les

autorités suisses renvoyaient les requérants en Italie sans avoir obtenu, au préalable, des garanties individuelles relatives à une prise en charge adaptée à l'âge des enfants et en étant certaines que l'unité familiale serait préservée.

L'affaire *Tarakhel* est très éloignée des affaires relatives à la gestation pour autrui ou de celles qui concernent les enfants victimes d'abus sexuels dans les écoles religieuses irlandaises. Pourtant, dans toutes ces affaires, la situation spécifique des enfants a été prise en considération et a guidé la Cour dans sa décision. Sans doute, faut-il y voir des exemples de cette obligation que la Cour s'impose de toujours protéger les plus faibles et les plus vulnérables.

C'est aussi pour cela que la Cour est désignée depuis quelques années par l'expression « la Conscience de l'Europe ». C'est le titre d'un ouvrage consacré à notre Cour et que beaucoup d'entre vous connaissent. C'est dire combien nous avons été fiers d'entendre cette expression utilisée par Sa Sainteté le Pape François lors de son discours du 25 novembre au Conseil de l'Europe. Nous y avons vu un encouragement à poursuivre notre mission au service de la protection des droits de l'homme en Europe.

À cet égard, vous ne serez pas surpris si j'évoque, en conclusion de mes propos de ce soir, l'avis rendu, le 18 décembre dernier, par la Cour de justice de l'Union européenne sur le projet d'adhésion de l'Union européenne à la Convention. Disons-le clairement : la déception qui a été la nôtre à la lecture de cet avis est à la mesure de l'attente que nous en avons. Une espérance très largement partagée en Europe.

En décidant que l'Union adhérerait à la Convention européenne des droits de l'homme, les auteurs du traité de Lisbonne ont clairement voulu parachever l'espace juridique européen des droits de l'homme ; ils ont souhaité que les actes des institutions de l'Union puissent être soumis au même contrôle externe de la Cour de Strasbourg que les actes des États. Ils voulaient, surtout, faire en sorte qu'une seule et même interprétation des droits de l'homme puisse prévaloir sur la totalité du continent européen, assurant un niveau minimum commun de protection. L'avis de la Cour de justice ne rend pas ce projet obsolète ; il ne lui fait pas perdre sa pertinence. L'adhésion de l'Union à la Convention est d'abord un projet politique et il appartiendra à l'Union européenne et à ses États membres d'apporter la réponse que l'avis de la Cour de justice rend nécessaire.

Pour ma part, ce qui m'importe, c'est qu'il n'y ait pas de vide juridique dans la protection des droits de l'homme sur le territoire de la Convention, que la violation soit le fait d'un État ou d'une institution supranationale.

Notre Cour continuera donc d'apprécier la conventionalité des actes des États, quelle que soit leur origine, et les États sont et resteront responsables de leurs obligations au regard de la Convention.

L'essentiel, en définitive, ce n'est pas d'avoir une conception hiérarchique de systèmes qui s'opposeraient. Non, l'essentiel c'est d'assurer la cohérence dans la garantie des droits fondamentaux en Europe.

Car, ne l'oublions pas, si un tel contrôle externe ne voyait pas le jour, les victimes en seraient d'abord et avant tout les citoyens.

Mesdames et Messieurs,

J'aurais voulu que mon discours s'arrête ici. Cela ne m'est pas possible. Cela n'est pas possible parce qu'au début de ce mois, en France, pays hôte de notre Cour, on a porté atteinte à deux de nos valeurs essentielles : le droit à la vie et la liberté d'expression.

Depuis plus de cinquante ans, notre Cour défend la liberté d'expression. « Une liberté qui vaut aussi pour les idées qui heurtent, choquent ou inquiètent l'État ou une fraction quelconque de la population. Ainsi le veulent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture sans lesquels il n'est pas de société démocratique ». Ce sont les termes de l'arrêt *Handyside*.

Notre Cour a même inventé cette expression qui a fait le tour du monde : « les journalistes sont les chiens de garde de la démocratie ». Il était naturel qu'en de telles circonstances elle se joignît au mouvement qui s'est élevé, dans le monde entier, en solidarité avec les victimes des attentats, qu'il s'agisse de journalistes, de policiers ou de citoyens qui ont été tués parce qu'ils étaient juifs. Je suis convaincu que les États, dans la réponse qu'ils apporteront à ces actes, que ce soit au niveau national ou international, veilleront à ce que les droits de l'homme soient préservés. « Maintenir la lutte contre le terrorisme sous l'emprise des droits fondamentaux n'est pas un luxe somptuaire, mais un gage d'efficacité ainsi qu'une impérieuse nécessité. Car sacrifier nos valeurs démocratiques scellerait notre défaite. Et la victoire des terroristes ». C'est ce qu'écrivait, il y a quelques jours, un des observateurs les plus avisés de notre jurisprudence, Nicolas Hervieu.

Monsieur le Président du Tribunal constitutionnel du Royaume d'Espagne, Francisco Pérez de los Cobos,

Vous venez d'un pays qui a payé un lourd tribut au terrorisme et le Tribunal constitutionnel que vous présidez a joué un rôle déterminant dans la transition de l'Espagne vers la démocratie. J'ai évoqué ce soir devant vous l'acceptabilité de nos arrêts. Parmi les exemples récents de la parfaite réception d'une décision importante, figure la manière exemplaire dont l'Espagne a mis en œuvre notre arrêt dans l'affaire *Del Río Prada*. Je l'avais salué ici même il y un an.

Votre présence parmi nous est un immense honneur et je me réjouis de pouvoir maintenant vous entendre.



**Excmo. Sr. D.
Francisco Pérez
de los Cobos Orihuel**

PRÉSIDENT DU TRIBUNAL CONSTITUTIONNEL ESPAGNOL

Monsieur le Président de la Cour européenne des droits de l'homme, Mesdames et Messieurs les membres de la Cour, Excellences, Mesdames et Messieurs,

En tant qu'Européen et président du Tribunal constitutionnel espagnol, c'est un grand honneur pour moi d'avoir été invité à cette cérémonie solennelle d'ouverture de l'année judiciaire de la Cour européenne des droits de l'homme, qui me permet de m'adresser à vous.

**1. LE SYSTÈME EUROPÉEN DE PROTECTION DES DROITS DE L'HOMME :
UN SIGNE D'IDENTITÉ EUROPÉENNE**

Je prends la parole avec émotion car je suis bien conscient de la dette de gratitude que nous, citoyens européens, avons contractée à l'égard de cette institution qui a contribué de manière capitale à la construction et au développement du système européen de protection des droits de l'homme.

Lorsque, sur les décombres de la Seconde Guerre mondiale qui fut, avant tout, une guerre civile européenne, les pères fondateurs du Conseil de l'Europe ont signé à Rome, le 4 novembre 1950, la Convention européenne des droits de l'homme, dont nous fêtons cette année le soixante-cinquième anniversaire, ils ont fait un grand pas en avant dans la conception des instruments de protection des droits de l'homme. En effet, ils ne se sont pas contentés de faire une déclaration solennelle, dans la continuité de la Déclaration universelle des droits de l'homme de 1948, ni de proclamer une série de valeurs supérieures et communes – comme la démocratie, le respect des libertés et la prééminence du droit – mais, en outre, et précisément pour témoigner avec éloquence de leur engagement envers la reconnaissance de ces droits et l'affirmation de ces valeurs, ils ont établi, en limitant les souverainetés nationales, une juridiction internationale chargée de garantir le respect par les États signataires des droits fondamentaux qu'ils avaient reconnus.

Ce pari, révolutionnaire à l'époque, qui misait sur un système garantissant l'effectivité des droits, a été, comme en témoignent dûment les faits, couronné de succès. Jamais les droits et les libertés n'ont été davantage et mieux protégés en Europe. À l'abri de l'imposant ensemble constitué par la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, l'Europe des droits qu'avaient rêvée ses pères fondateurs est aujourd'hui une réalité tangible et les principes démocratiques sont la référence commune dans laquelle nous nous reconnaissons tous.

La caractéristique la plus expressive de la vitalité du système européen de protection des droits de l'homme est probablement sa capacité d'adaptation, l'état permanent de « chantier » dans lequel il vit et dont rendent compte les réformes successives de la Convention, qui ont tant contribué à son dynamisme et à son amélioration. Ces réformes, témoignage de l'adaptabilité du système à ses propres exigences et besoins, et aux changements sociaux et politiques du contexte, sont, en premier lieu, une expression du niveau d'exigence avec lequel la Cour exerce la fonction de garantie des droits qui lui est propre. Une fonction qui, comme aime à le souligner le président Spielmann, a de

nos jours pour pierre angulaire le droit de recours individuel, ouvert à 800 millions de justiciables. Le recours individuel est, en effet, l'instrument par lequel la Cour élabore sa jurisprudence sur le contenu des droits reconnus dans la Convention et rend leur protection réelle et effective. Ce sont les droits incarnés par le citoyen, à propos desquels la Cour statue et auxquels elle fournit sa protection.

Telle est, Monsieur le président, la grandeur du système européen de protection des droits de l'homme. Un système qui constitue, à mon sens, un signe fondamental de l'identité européenne, et je crois qu'il est nécessaire de le souligner en ce moment, alors que l'Europe vit une crise politique et que nos citoyens subissent encore les effets dévastateurs de la dernière crise économique. Il n'y a rien qui dise davantage, et mieux, sur l'identité politique européenne que notre objectif commun de faire de la sauvegarde des droits de l'homme, de leur protection réelle et effective, le fondement de notre ordre politique.

Comme il a été rappelé à juste titre, le système de protection des droits de l'homme, auquel la Convention de Rome a donné toute légitimité, a été le corollaire d'une veine féconde et profonde de la pensée européenne qui, de longue date, a voulu faire de ce vieux continent un espace de libertés politiques et a plaidé pour une conception philosophique et politique de la personne, fondée sur la reconnaissance totale de sa dignité. De nos jours, nos textes, héritiers de ce legs dans lequel nous voulons nous reconnaître, trouvent dans l'« homo dignus » et dans les droits qui lui sont inhérents le fondement et l'objectif de tout le système. La dignité démocratique est l'affirmation de la valeur unique, universelle et irremplaçable de chaque personne en tant que telle, et constitue de ce fait la source d'origine de ses droits fondamentaux. Ce n'est pas un hasard si l'autre grand texte européen de référence en matière de droits de l'homme, la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dont l'importance politique pour l'Union est indiscutable, affirme dès les premières lignes l'inviolabilité de la dignité humaine, qui, dit-elle, « doit être respectée et protégée » (article 1). Cette vision commune de la dignité égale de tout être humain constitue, à mon avis, le meilleur du patrimoine spirituel et moral européen.

2. L'INFLUENCE DE LA CONVENTION DE ROME ET DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME EN ESPAGNE

Il ne fait aucun doute que l'importance de la Convention européenne des droits de l'homme et de la jurisprudence créée par cette Cour en l'interprétant et en l'appliquant, importance reconnue par tous, a été particulièrement ressentie – et même vécue – dans des pays qui, comme le mien, ont connu des processus de transition démocratique, il y a quelques décennies à peine. Pour nous, cette jurisprudence a exercé, notamment au cours des premières années du régime démocratique, une fonction de référence évidente et elle a constitué un instrument de démocratisation de première importance.

L'Espagne a ratifié la Convention européenne des droits de l'homme le 26 septembre 1979, soit quelques mois à peine après l'entrée en vigueur de la Constitution espagnole de 1978, qui s'en était clairement inspirée.

Cette ratification a eu une transcendance toute particulière car l'article 10.2 du texte constitutionnel établit que les droits fondamentaux et les libertés publiques reconnues par la Constitution doivent être interprétés à la lumière des traités et des accords internationaux sur les droits de l'homme ratifiés par l'Espagne. Par conséquent, à la suite de la ratification de la Convention de Rome, tous les acquis de la jurisprudence élaborée par cette Cour portant sur les droits reconnus par la Convention sont devenus un canon herméneutique essentiel pour la lecture du texte constitutionnel.

Ce canon, auquel nous accordons une « importance décisive » (STC 22/1981, F.J 3) dès les premiers arrêts, s'est avéré extrêmement fécond dans la tâche d'interprétation du Tribunal constitutionnel espagnol qui, au cours de ses trente-cinq années d'existence, a recouru de manière constante et répétée à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, afin de définir le contenu des droits fondamentaux reconnus dans la Constitution de 1978.

Il est difficile de rendre parfaitement compte de la portée de cette imprégnation. D'un point de vue simplement quantitatif, elle s'est traduite dans plus de cinq cents arrêts du Tribunal constitutionnel, lesquels se sont expressément inspirés de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Les chiffres sont particulièrement parlants dans la jurisprudence rendue pour des recours d'amparo, où, selon les études disponibles, environ soixante pour cent de nos arrêts incluent des références européennes. L'estimation qualitative, plus pondérée, donne quant à elle des résultats non moins impressionnants : des droits aussi importants que celui de l'égalité devant la loi et la non-discrimination¹ (article 14 de la Constitution espagnole, ci-après la « CE »), le droit à la vie privée et familiale² (article 18.1 de la CE), le droit au secret des communications³ (article 18.3 de la CE), la liberté d'expression⁴ (article 0.1 de la CE), le droit de réunion et de manifestation⁵ (article 21 de la CE), le droit à un procès équitable, assorti de toutes les garanties⁶ (article 24.2 de la CE), le droit de se défendre⁷ (article 24.2 de la CE) ou celui de la présomption d'innocence⁸ (article 24.2 de la CE), ont été définis par notre jurisprudence conformément aux directives émanant de Strasbourg.

Ces éléments montrent que le Tribunal constitutionnel espagnol a pris très au sérieux ce dialogue nécessaire, imposé par l'article 10.2 du texte constitutionnel, avec les conventions et les accords internationaux en matière de droits de l'homme et avec les organes qui les garantissent, et qu'il a réalisé dans les meilleures dispositions la tâche de réception que visait ce précepte. En ce sens, il conviendrait de dire que le Tribunal constitutionnel espagnol a fait sien le principe de « l'autorité de la chose interprétée » de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme.

Le résultat de cette influence et, en général, de l'ouverture à l'internationalisation dans l'interprétation du texte constitutionnel dont a fait preuve le Tribunal constitutionnel s'est traduit, je crois, par une jurisprudence solide et d'avant-garde portant sur les droits fondamentaux. À son tour, elle imprègne la juridiction ordinaire en établissant en Espagne un niveau de protection élevé et efficace des droits de l'homme. Il est évident que cette situation allège la charge de travail de la Cour de Strasbourg car, en vertu du principe de subsidiarité, elle transforme nos tribunaux, ordinaires et constitutionnel en garants naturels et efficaces des droits reconnus dans la Convention de Rome et ses Protocoles additionnels.

Au fur et à mesure que le temps passe et que notre propre jurisprudence se développe, cette tâche de réception de la jurisprudence européenne devient de plus en plus dialogique et moins unilatérale, au point que de nombreux épisodes pourraient parfaitement figurer dans un « code de bonnes pratiques » sur le dialogue entre les tribunaux.

Je rappellerai un de ces épisodes, particulièrement significatif, concernant la protection du droit à la vie privée et au secret des communications, qui a mis en scène, dans le cadre d'une intéressante interaction, une succession d'arrêts rendus par les deux juridictions. La première séquence de l'affaire dont je parle est fournie par l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Valenzuela Contreras c. Espagne*, du 30 juillet 1998, dans lequel la Cour a condamné mon pays, estimant que la réglementation sur les écoutes téléphoniques, générique et incomplète dans la régulation des conditions d'intervention des communications, s'avérait inadéquate. La Cour a constaté l'existence d'un problème de qualité de la loi, qui n'établissait pas clairement les cas et les conditions permettant les écoutes téléphoniques et elle a estimé recevable la plainte du requérant qui dénonçait la violation de son droit à la vie privée (article 8 CEDH).

1 STC 22/1981, du 2 juillet ; ou STC 9/2010, du 27 avril (ci-après, STC : arrêt du Tribunal constitutionnel espagnol).

2 STC 119/2001, du 24 mai ; ou STC 12/2012, du 30 janvier.

3 STC 49/1996, du 26 mars ; ou STC 184/2003, du 23 octobre.

4 STC 62/1982, du 15 octobre ; ou STC 371/1993, du 13 décembre.

5 STC 195/2003, du 27 octobre ; ou STC 170/2008, du 15 décembre.

6 STC 167/2002, du 18 septembre ; ou STC 174/2011, du 7 novembre.

7 STC 37/1988, du 3 de mars ; ou STC 184/2009, du 7 septembre.

8 STC 303/1993, du 25 octobre ; ou STC 131/1997, du 15 juillet.

Cette jurisprudence de la Cour de Strasbourg a été pleinement assumée par le Tribunal constitutionnel espagnol, quelques mois plus tard, dans l'arrêt STC 49/1999, du 5 avril 1999, qui a censuré, conformément au modèle européen, les carences de la loi espagnole, qu'il a jugée contraire à l'article 18.3 de la Constitution espagnole. Toutefois, le Tribunal constitutionnel a également signalé que l'incorporation, par les juges ordinaires, des critères dérivés de l'article 8 de la Convention, suivant l'interprétation de la Cour européenne des droits de l'homme, permettrait, même si les carences de la loi persistaient, de respecter le droit au secret des communications.

Quelques années plus tard, en 2003 précisément, la Cour a de nouveau condamné l'Espagne dans l'affaire Prado Bugallo, essentiellement pour ces mêmes motifs de qualité défailante de la loi qui avaient déterminé son premier arrêt. En dépit de la modification du texte légal en cause – l'article 579 de la LECRIM (Loi espagnole de procédure pénale) dans sa version de 1988 – les mêmes défaillances du texte précédent persistaient : les infractions pouvant donner lieu à l'autorisation des écoutes n'étaient pas définies, les limites temporaires de celles-ci n'étaient pas fixées, ni les précautions concernant le mode de réalisation des enregistrements ou les garanties visant à assurer que les communications enregistrées parviendraient intactes à la défense et au juge. La Cour avait certes reconnu que la jurisprudence espagnole, à la fois la jurisprudence constitutionnelle et, surtout, celle du Tribunal suprême, avaient amplement complété la réglementation légale à la lumière de sa propre jurisprudence mais, ce complément s'étant produit postérieurement aux faits de l'affaire, de nouveau la carence de qualité de la loi a conduit à la condamnation de l'Espagne.

La séquence finale de cette histoire est fournie par la décision du 25 septembre 2006, qui rejette la requête *Abdulkadir Coban*, ce qui a constitué un changement significatif d'attitude à l'égard de l'Espagne et des plaintes relatives à la qualité de sa loi. Même si la réglementation légale présentait toujours les défaillances dénoncées, la Cour a pris en compte le travail réalisé par le Tribunal constitutionnel – dont elle cite jusqu'à sept arrêts – et par le Tribunal suprême pour compléter ladite réglementation, en y incorporant les garanties établies par la jurisprudence européenne pour, dans ce cas, rejeter la requête. Dans cette décision, la Cour parvient à la décision suivante : « Bien qu'une modification législative incorporant à la loi les principes dégagés de la jurisprudence de la Cour soit souhaitable, tel que le Tribunal constitutionnel l'a lui-même constamment indiqué, la Cour estime que l'article 579 de la Loi de procédure pénale, tel que modifié par la loi [...] et complété par la jurisprudence du Tribunal suprême et du Tribunal constitutionnel, pose des règles claires et détaillées et précise, *a priori*, avec suffisamment de clarté l'étendue et les modalités d'exercice du pouvoir d'appréciation des autorités dans le domaine considéré ». Par conséquent, malgré la persistance des carences légales, la Cour de Strasbourg a considéré l'incorporation par voie jurisprudentielle des garanties émanant de ses décisions pour conclure que la réglementation légale, complétée en ces termes, ne violait plus la Convention.

De même, cette interaction s'est opérée dans le cadre d'un sujet qui intéresse particulièrement la Cour européenne, dans la mesure où elle engage son autorité. Je fais référence à l'exécution de ses arrêts.

Nul n'ignore que la Convention de Rome ne définit pas sous quelle forme les États doivent exécuter les arrêts de la Cour et le législateur espagnol n'a pas prévu, bien que nos juridictions lui en aient fait la demande à plusieurs reprises, de procédure spécifique pour sa mise en œuvre.

Or, la jurisprudence constitutionnelle espagnole a été combative pour garantir l'exécution effective des arrêts de la Cour de Strasbourg concluant à la violation de certains des droits de l'homme protégés par la Convention, et a ainsi remédié en partie aux carences que présente la législation espagnole en la matière. Ainsi, dans l'arrêt 245/1991 du 16 décembre 1991, le Tribunal constitutionnel avait estimé recevable le recours d'*amparo* des requérants et annulé le procès pénal que l'arrêt *Barberá, Messegué et Jabardo* avait déclaré contraire aux garanties d'un procès équitable (article 6 CEDH), en estimant que la déclaration de cette violation devait avoir un effet actuel et effectif sur le droit à la liberté des requérants, lesquels, à la suite du procès pénal mentionné, accomplissaient une peine de privation de liberté.

Dans le même esprit, le Tribunal constitutionnel a soutenu une interprétation de la Loi de procédure afin de permettre que les condamnations pénales soient révisées par la juridiction pénale elle-même, en vue de rendre effectifs les arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme (STC 240/2005, du 10 octobre 2005). Cette thèse, déjà affirmée par la chambre pénale du Tribunal suprême dans une décision du 29 avril 2004, a été maintenant clairement énoncée par un accord de la chambre, selon lequel « tant qu'il n'existe pas dans le système juridique une prévision légale expresse pour l'effectivité des arrêts prononcés par la Cour européenne des droits de l'homme qui apprécie la violation des droits fondamentaux d'un condamné par les tribunaux espagnols, le recours en révision de l'article 954 du code de procédure pénale exerce cette fonction » (décision du Tribunal suprême du 5 novembre 2014).

Les appels des juridictions, constitutionnelle et ordinaires, adressés au législateur, semblent avoir finalement porté leurs fruits car un avant-projet de loi, actuellement en attente d'examen parlementaire en Espagne, inclut une régulation expresse de la révision des arrêts définitifs en matière pénale, lorsque celle-ci est exigée par les arrêts prononcés par la Cour de Strasbourg.

3. LE SYSTÈME À LA CROISÉE DES CHEMINS : LA PROTECTION DES DROITS FONDAMENTAUX DITE À NIVEAUX MULTIPLES

Monsieur le Président,

La dimension multi-niveaux du système européen de protection des droits de l'homme est aujourd'hui, en toute certitude, le principal défi que nous devons relever. Un défi qui met à l'épreuve sa cohérence et, par conséquent, sa propre virtualité dans la protection des droits et des libertés fondamentales.

Je crois que nous devrions commencer par un exercice de sincérité : s'il y a bien un élément qui caractérise ce modèle dit de protection à multiples niveaux, c'est sa complexité et sa sophistication. L'année dernière Andreas Voßkuhle, président du Tribunal constitutionnel fédéral allemand et un bon ami à moi, le comparait ici à cette œuvre d'art singulière qu'est le mobile. Aux droits reconnus dans les constitutions nationales viennent s'ajouter ceux consacrés par la Convention européenne des droits de l'homme et, de nos jours aussi, dans les pays appartenant à l'Union européenne, ceux proclamés par la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Ce sont des déclarations de droits superposées qui sont chacune épaulées par la juridiction d'une cour se présentant comme son interprète suprême.

Malgré nos tentatives de minimisation, les instruments normatifs en lice sont dissemblables, les droits qui y sont reconnus ne coïncident pas toujours pleinement ni, dans certains cas, les interprétations faites par les différentes cours. Inévitablement, il y a eu et il y aura des divergences jurisprudentielles qui, de manière inexorable, vont se traduire par des niveaux et des standards de protection différents.

Il faut ajouter à cette diversité et à cette relative hétérogénéité substantielle la complexité de la procédure qui permet de soulever, au cours du même procès, des questions d'inconstitutionnalité devant le Tribunal constitutionnel, de porter des questions préjudicielles devant la Cour de Justice de l'Union européenne et, bientôt, espérons-le, des questions préjudicielles potestatives et non contraignantes devant la Cour européenne des droits de l'homme. Ce sont toutes des cours que le système appelle à interagir entre elles mais qui sont avant tout, bien évidemment, naturellement attachées à la défense de leur propre juridiction.

La diversification de l'efficacité des décisions des unes et des autres n'est pas, quant à elle, une question de moindre importance car elle va déterminer, dans une large mesure, la stratégie de défense choisie par le citoyen dans chaque cas et, en dernier recours, renforcer certaines instances par rapport à d'autres.

Il n'est donc pas surprenant que tout cela puisse provoquer un sentiment de confusion et, parfois, de perplexité chez le citoyen, qui comprend très bien le caractère essentiel et la vocation universelle des droits de l'homme mais qui a du mal à accepter que leur contenu et leur niveau de

protection varie en fonction de la juridiction chargée de la résolution de l'affaire et qu'il n'existe aucune certitude quant à qui va se prononcer sur celle-ci et à quel moment, ni quant au fait que, lorsque l'arrêt aura été rendu, celui-ci pourra être adéquatement exécuté.

Ces perplexités du citoyen sont aussi, bien souvent, celles du juge ordinaire qui, en raison de ce système à niveaux multiples, a vu son rôle renforcé et sa position restructurée à l'égard de son propre Tribunal constitutionnel. Très souvent, il est confronté à un conflit de loyautés et dans une situation de croisée des chemins en ce qui concerne la substance et/ou la procédure. Comment peut-il agir lorsque la loi nationale exprime des doutes, à la fois de constitutionnalité et de conformité vis-à-vis du droit communautaire et de la Convention européenne des droits de l'homme ? Quelle instance de protection saisir lorsqu'il constate l'existence de niveaux différents de protection dans la jurisprudence de son Tribunal constitutionnel respectif, dans celle de la Cour européenne des droits de l'homme et dans celle de la Cour de Justice de l'Union européenne ? Quelle voie de procédure appliquer : la question de l'inconstitutionnalité, la question préjudicielle ou, peut-être, les deux à la fois ?

L'absence de consignes claires et applicables, à la fois en ce qui concerne l'articulation des différents standards de protection et les différentes voies procédurales à utiliser, engendre une sensation inquiétante d'incertitude, à laquelle s'ajoute le danger certain d'un allongement indésirable de la durée des procès. L'insécurité juridique et les retards non raisonnables pourraient finir par éroder la légitimité du système.

Parfois je me demande si, fiers de la complexité et de la sophistication du modèle, qui se prête si bien à l'élucubration doctrinale et au débat autoréférentiel, nous n'avons pas oublié qui est le destinataire ultime de la protection du système et le seul qui justifie notre existence et notre travail : le citoyen ou, plus généralement, la personne titulaire de libertés et de droits. Comme le disait de manière très claire dans un séminaire à Madrid l'Avocat général de la Cour de Justice de l'Union européenne et Président émérite du Tribunal constitutionnel espagnol, Pedro Cruz Villalón, les citoyens ne sont pas responsables du fait que le système européen de protection des droits de l'homme soit un système à niveaux multiples. La complexité du système ne peut pas rejallir sur ceux qu'il protège et encore moins limiter le droit à une protection efficace de leurs droits et de leurs libertés.

La crise ouverte par l'avis récent de la Cour de Justice de l'Union concernant l'accord d'adhésion de l'Union à la Convention de Rome va probablement s'avérer bénéfique car, à la fin, elle va placer chacun face à ses propres responsabilités. L'adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme qui, ne l'oublions pas, est prévue par les traités eux-mêmes (article 6.2 du Traité de l'Union européenne), constitue une pièce maîtresse pour la clôture du système et pour la légitimation et crédibilité de l'Union, mais il faut qu'elle se produise dans de bonnes conditions, qu'elle soit une source de solutions et non de nouveaux conflits. Refuser de voir les problèmes n'a jamais été une solution pour les résoudre et l'activisme judiciaire a des limites qu'il n'est pas bon d'ignorer. L'heure de la politique a sonné, car les problèmes du système requièrent des décisions politiques en profondeur, qui renvoient directement à ceux qui, dans les systèmes démocratiques, détiennent la représentation citoyenne.

Tant que ces décisions ne seront pas adoptées, je suis certain que nous, acteurs de ce système complexe, allons procéder avec la sensibilité et l'intelligence nécessaires pour éviter ou minimiser les problèmes, car c'est ce qu'exige de nous notre engagement envers la protection des droits de l'homme. Les principes de subsidiarité et d'équilibre institutionnel, et la déférence envers la fonction que l'autre occupe, qui ont toujours guidé notre action, doivent, si possible, être renforcés car ils sont la meilleure garantie pour prévenir et éviter le conflit. Mais lorsque celui-ci se fait jour – le conflit est inhérent au fonctionnement même du système –, l'expérience nous montre que le dialogue mené humblement, la connaissance réciproque et l'empathie sont de bons moyens de l'aborder.

Peu après la fin de la Première Guerre mondiale, Thomas Stearns Eliot, jeune poète américain fasciné par la culture européenne, décrivait le vieux continent comme une terre stérile, « *The Waste Land* » : « *Unreal City / Under the brown fog of a winter dawn / A crowd flowed over London Bridge, so many / I had not thought death had undone so many...* ». Si presque cent ans plus tard notre image

de l'Europe est toute autre, nous le devons en grande partie au fait que, peu après le déchirement de la Seconde Guerre mondiale, une poignée de visionnaires ont décidé de dire « Plus jamais ça ! » et, afin de garantir cette décision, ont construit un système de protection des droits de l'homme qui nous définit aujourd'hui en tant qu'Européens.

Les attentats récents de Paris, que je veux condamner fermement – nous, Espagnols, connaissons bien la douleur inutile que cause le terrorisme –, ont souligné la fragilité et la vulnérabilité de notre système, qui se défend avec peine contre le fanatisme et la terreur. Mais, en même temps, ils ont montré sa force : une immense volonté citoyenne de coexistence, un désir ferme et commun de réaffirmation et de défense de nos valeurs, de nos libertés et nos droits. C'est sur nos épaules, sur celles de tous, que repose aujourd'hui cette grave responsabilité.

Je vous remercie de votre attention.