



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

**Ouverture de l'année judiciaire 2024**  
**Séminaire judiciaire**  
**« Réexaminer la subsidiarité à l'ère de la responsabilité partagée »**

**La subsidiarité du point de vue du pouvoir judiciaire national**

Discours de Michal Bobek

*26 janvier 2024*

Pour un juge national qui, lorsqu'il se penche sur la Convention, espère vraisemblablement y trouver dans un laps de temps limité des réponses à des questions spécifiques sur les droits garantis par la Convention plutôt que de se livrer à une méditation structurelle, la conception traditionnelle du principe de subsidiarité de la protection de la Convention a toujours été étroite et procédurale. Elle peut se résumer à l'obligation d'épuiser toutes les voies de recours internes posée par l'article 35 § 1 de la Convention, éventuellement associée à la règle selon laquelle la Cour n'a pas à tenir lieu de juge de « quatrième instance », qui se traduit par une déférence par défaut envers l'établissement des faits et l'interprétation du droit national par les juridictions internes. Des lecteurs judiciaires avisés pourraient peut-être commencer à établir également des liens matériels entre la subsidiarité et la doctrine de la marge d'appréciation, ou potentiellement entre l'avènement de l'article 13 et le droit à un recours effectif devant les juridictions internes.

Après Interlaken puis le Protocole n° 15, le monde a assisté non seulement à la naissance d'un nouveau paragraphe dans le Préambule de la Convention, mais aussi à une explosion des différentes conceptualisations de ce que cet ajout pourrait signifier pour le système de la Convention. Invité à une tribune aussi illustre, je me suis senti obligé de rattraper mon retard sur le sujet. Je ne peux prétendre être ressorti de cette entreprise avec une meilleure compréhension de ce que signifie exactement la notion de subsidiarité dans le système de la Convention à l'heure actuelle, par rapport ou contrairement à ce qu'elle était depuis un certain temps. Mes lectures m'ont toutefois rassuré sur le fait que je ne suis pas le seul à me débattre pour déterminer le sens exact de cette notion omniprésente – dans les discours récents sur la Convention – mais particulièrement imprécise.

Mon travail aujourd'hui consiste à offrir quelques réflexions sur la subsidiarité à l'ère de la responsabilité partagée du point de vue des juridictions nationales, afin d'encourager le débat. À cet effet, j'aborderai trois points. Premièrement, je ferai quelques remarques sur la notion de subsidiarité elle-même. Deuxièmement, je formulerai plusieurs hypothèses, plutôt désorganisées, sur ce que cette notion pourrait signifier pour les juridictions internes. Troisièmement, je conclurai sur le thème de la responsabilité partagée, ou plutôt les scénarios malheureux de son absence en cas de déficiences systémiques au sein de certains États parties, et ce que cela signifie pour le principe de subsidiarité.

## 1) SUBSIDIARITÉ : DE QUOI S'AGIT-IL ?

La notion de subsidiarité peut comporter au moins trois niveaux : institutionnel, procédural et matériel.

Dans sa dimension institutionnelle, la subsidiarité, en tant que responsabilité partagée entre les États parties et les organes de la Convention pour la protection effective des droits garantis par la Convention, est depuis longtemps le principe structurel du système de la Convention. La protection primaire des droits fondamentaux est assurée par les juridictions internes, qui s'appuient sur leurs catalogues nationaux respectifs de droits fondamentaux interprétés à la lumière de la Convention, d'une part, et sur la Convention en tant que filet de sécurité et contrôle ultime des normes minimales dans toute l'Europe (article 53 de la Convention), d'autre part. La protection offerte par la Convention est subsidiaire (en ce sens qu'elle est complémentaire) par rapport à la protection nationale, du moins en ce qui concerne les systèmes offrant une protection interne effective des droits fondamentaux.

Cette subsidiarité institutionnelle a des conséquences logiques sur la conception procédurale de l'accès à la Cour – le type et l'étendue du contrôle effectué par la Cour, au titre de la subsidiarité **procédurale**. Les principes essentiels de cette notion comprennent l'épuisement de toutes les voies de recours internes avant de pouvoir saisir la Cour de Strasbourg, la déférence par défaut envers l'établissement des faits et l'interprétation du droit national par les juridictions internes, et la limitation de la portée de la demande à ce qui a été soumis aux juridictions internes, de sorte que la possibilité d'une « voie de recours interne » avant que l'affaire n'arrive à Strasbourg reste ouverte.

Le Protocole n° 15 a toutefois introduit dans ce monde traditionnel le dernier considérant du Préambule de la Convention, qui contient une référence explicite au principe de subsidiarité et à la marge d'appréciation. Cet ajout a-t-il simplement consacré le *statu quo*, ou est-il censé signifier davantage ? Les points de vue divergent et vont de la simple « codification » des dispositions institutionnelles existantes, rendues purement et simplement plus visibles, à l'aube d'une nouvelle ère de la subsidiarité. Il est légitime de supposer que, si la subsidiarité a reçu une place aussi éminente et explicite dans le texte de la Convention, elle doit signifier plus à présent.

Mais c'est là que les problèmes commencent. Qu'est-ce exactement que ce « plus » et où mènerait-il le système de Strasbourg ? Si la subsidiarité doit être poussée plus loin, jusqu'au niveau matériel de l'interprétation et de l'application de la Convention, comment en faire un principe directeur (relevant de la compétence des tribunaux, compréhensible et donc prévisible), dans un système dont la vocation et la légitimité mêmes reposent sur la lutte contre le localisme et sur la création d'un noyau européen commun des droits de l'homme ? Cela signifie-t-il simplement un « noyau minimal » au sein de ce noyau européen commun – au moins pour les droits conditionnels, non absolus, garantis par la Convention ? Un principe aussi abstrait que la subsidiarité peut-il même fonctionner réellement seul, sans être transposé dans des dispositions institutionnelles ou procédurales claires ?

Le Séminaire judiciaire de 2015 intitulé « Subsidiarité : une médaille à deux faces ? », dont les actes sont consultables en ligne<sup>1</sup>, a fourni une excellente introduction à ces questions difficiles. Permettez-moi donc simplement d'ajouter quelques notes de bas de page en vrac à ces riches débats, en particulier concernant des approches ultérieures de visions plus matérielles de la subsidiarité qui ont été avancées.

---

<sup>1</sup> [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/dialogue\\_2015\\_fra](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/dialogue_2015_fra)

Premièrement, sur le plan terminologique, le seul dénominateur commun à la notion de subsidiarité (ou d'absence de subsidiarité) dans le système de la Convention ces dernières années est qu'elle a servi de fondement aux griefs adressés à la jurisprudence de la Cour. Certaines de ces critiques ont été mieux camouflées que d'autres. La notion de subsidiarité est devenue le terme universel pour exprimer diverses formes de désaccord. Les questions litigieuses vont de l'issue d'affaires individuelles à la perception d'un manque de déférence à l'égard des choix et solutions adoptés par les juridictions internes, y compris le reproche adressé à la Cour de jouer le rôle d'une « quatrième instance » dans certaines affaires, en passant par le prétendu mépris de la Cour pour l'interprétation des lois nationales par les autorités internes lorsqu'elle propose sa propre interprétation en s'appuyant sur des bases plutôt fragiles, et le sentiment général d'un « activisme judiciaire » excessif qui va trop loin dans l'interprétation des droits garantis par la Convention, en particulier sous l'angle des obligations positives des États parties. La subsidiarité est ainsi devenue un substitut pour un large éventail de débats pour lesquels d'autres notions, plus pertinentes, auraient normalement pu être utilisées, notamment celle de la « retenue ». Cela rend difficile un débat utile sur la subsidiarité. Chaque personne présente dans la salle est susceptible de projeter des significations différentes sur cette notion particulièrement imprécise, sur la base de son (dés)accord avec d'autres variables non divulguées.

Deuxièmement, une conception plus intuitive de la subsidiarité concerne la répartition des responsabilités en matière de gouvernance ou de réglementation de certaines matières<sup>2</sup>. Cela signifie néanmoins qu'une fois que le niveau de gouvernance approprié est activé, le ou les autres niveaux ne traitent pas de la même question<sup>3</sup>. Un tel principe peut-il être transposé à un contrôle juridictionnel ultérieur de la même affaire ? Dans ce cas, la subsidiarité ne peut guère signifier une répartition des compétences fondée sur des principes, mais plutôt une sélectivité interne : le niveau supérieur laisse de côté certaines considérations et/ou fait preuve de déférence envers le niveau inférieur, soit explicitement (en invoquant la marge d'appréciation et l'absence de consensus européen), soit implicitement (en n'examinant pas l'affaire sur le fond). Mais le niveau supérieur ne peut pas dire : « Je ne m'occupe pas du tout de cette affaire à cause de la subsidiarité ». Dans les structures judiciaires on parle dans ce cas de « retenue » ou de « déférence », généralement pas de subsidiarité. Les choix correspondants, essentiellement discrétionnaires, posent toutefois le problème de la sélectivité, qui peut déboucher sur des accusations de deux poids, deux mesures : pourquoi faire preuve de déférence dans un cas mais pas dans l'autre ?

Troisièmement, lorsqu'il s'agit de donner un sens à la subsidiarité omniprésente au sein du système de la Convention, le double objectif qui lui était attribué à l'origine peut porter à des directions quelque peu différentes : cet objectif est-il plutôt fonctionnel (en tant qu'outil de contrôle du rôle pour une Cour surchargée) ou plutôt normatif ou idéologique (en tant que souhait de rendre au moins certains droits garantis par la Convention plus locaux et plus modulaires) ? À l'origine de l'emploi de cette notion, il y avait plutôt une responsabilité partagée, soulignant les responsabilités des autorités internes comme moyen d'alléger le fardeau de la Cour<sup>4</sup>. Toutefois, un courant parallèle – et plus dominant par la suite – a

---

<sup>2</sup> Voir, de manière générale, Andreas Føllesdal, « Survey Article: Subsidiarity » (1998) 6 *The Journal of Political Philosophy* 190, et Paolo G. Carozza, « Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law » (2003) 97 *American Journal of International Law* 38.

<sup>3</sup> Par exemple, lorsqu'une décision est prise sur la question de savoir qui doit agir au sein de l'Union européenne en vertu de l'article 5, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne (TUE), combiné avec le Protocole (n° 2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

<sup>4</sup> Voir, par exemple, Alastair Mowbray, « The Interlaken Declaration – The Beginning of a New Era for the European Court of Human Rights? » (2010) 10 (3) *Human Rights Law Review* 519, p. 521. Pour plus de détails et la généalogie de la notion, voir également Alastair Mowbray, « Subsidiarity and the European Convention on Human Rights » (2015) 15 *Human Rights Law Review* 313.

commencé à se concentrer sur la subsidiarité en tant qu'entreprise idéologique, censée signifier un changement substantiel dans l'approche de la Cour elle-même.

Quatrièmement, dans ce dernier courant, une nouvelle approche a été proposée par Robert Spano dans une série d'articles. L'« approche qualitative visant à renforcer la démocratie »<sup>5</sup> a été développée à l'aide d'une différenciation diachronique de l'approche de la Cour, dont la phase suivante est qualifiée de « phase d'intégration procédurale », au cours de laquelle un contrôle des choix réglementaires nationaux « axé sur le processus »<sup>6</sup> occupera une place plus importante. Il est certes peu probable que les États parties accueilleraient avec hostilité une disposition qui tendrait vers une plus grande déférence envers les choix législatifs et judiciaires nationaux. Sur le plan pratique, toutefois, je me demande jusqu'à quel point le « contrôle axé sur le processus » peut être détaché du contrôle matériel. En ce qui concerne la déférence envers les choix législatifs nationaux, quelle valeur peut-on accorder en soi, sans un minimum de contrôle matériel, au fait que les autorités ou les parlements nationaux ont longuement examiné une question, au cours de longs débats dans le cadre de la procédure législative<sup>7</sup> ? La réaction critique, voire franchement cynique, d'un observateur d'Europe centrale pourrait être qu'un long débat parlementaire ne permet guère de conclure automatiquement à une solution compatible sur le fond avec (les valeurs de) la Convention.

En outre, une telle proposition soulève une question conceptuelle plus profonde. Si l'on en croit encore John Ely, la justification morale et le fondement du contrôle constitutionnel – peut-être même *a fortiori* au niveau international – doivent servir de contrepoids à la majorité, tout à la fois en protégeant les « minorités discrètes et isolées »<sup>8</sup> incapables de se faire entendre et de promouvoir leurs intérêts à la tribune démocratique de la majorité, et en gardant ouvertes les voies du changement politique<sup>9</sup>. Toutefois, quelle justification structurelle une juridiction peut-elle trouver lorsqu'elle impose l'opinion d'une double majorité, tant internationale (découlant du consensus européen, c'est-à-dire embrassant le choix d'une majorité d'États) que, semble-t-il, nationale, en faisant preuve de déférence envers les choix nationaux majoritaires ? Les majorités capables de traduire leur volonté dans la législation nationale ne sont peut-être pas les candidats les plus évidents à la protection internationale.

Cinquièmement, pour finir, la question de savoir si le système de la Convention vient effectivement d'entrer dans un nouveau monde de subsidiarité ou s'il existe en réalité une dissonance entre les appels politiques et doctrinaux et la véritable pratique juridictionnelle, cette dernière restant pour l'essentiel stable, n'est peut-être pas tranchée. Les études empiriques semblent aboutir à des conclusions variables, les plus récentes laissant penser que les changements sont en réalité de faible envergure<sup>10</sup>. Cela n'est toutefois pas très surprenant : là encore, sans transposition institutionnelle, procédurale ou même

---

<sup>5</sup> Robert Spano, « Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity » (2014) 14 *Human Rights Law Review* 487.

<sup>6</sup> Robert Spano, « The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law » (2018) 18 *Human Rights Law Review* 473.

<sup>7</sup> *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* [GC], n° 48876/08, § 108, CEDH 2013 (extraits), et *S.A.S. c. France* [GC], n° 43835/11, § 154, CEDH 2014 (extraits). Voir aussi, par exemple, *Bayev et autres c. Russie*, n°s 67667/09 et 2 autres, 20 juin 2017, et *L.B. c. Hongrie* [GC], n° 36345/16, 9 mars 2023.

<sup>8</sup> Comme le dit l'une des notes de bas de page judiciaires les plus célèbres de l'histoire dans *United States v. Carolene Products Company*, 304 U.S. 144 (1938).

<sup>9</sup> John Hard Ely, *Democracy and Distrust: A Theory of Judicial Review* (Cambridge, Mass., Harvard University Press, 1980) 103.

<sup>10</sup> Helga Molbæk-Steensig, « Subsidiarity Does Not Win Cases: A Mixed Methods Study of the Relationship Between Margin of Appreciation Language and Deference at the European Court of Human Rights » (2022), *Leiden Journal of International Law* 1, qui conteste les conclusions antérieures de M.R. Madsen, sur lesquelles R. Spano a fondé la partie empirique de son allégation relative à l'avènement de l'« ère de la subsidiarité », in Spano (précité, note 6), pp. 481-482.

matérielle distincte, un principe aussi imprécis que la subsidiarité – quoi qu’il puisse comporter – est difficile à mettre en œuvre<sup>11</sup>.

## 2) DE QUOI S’AGIT-IL POUR LES JURIDICTIONS INTERNES ?

Malgré ses origines, la notion de subsidiarité du système de la Convention ne doit pas nécessairement être limitée à une dimension négative (« la Cour ne doit pas »). La responsabilité partagée implique également une obligation positive qui pèse sur les autorités internes (celles-ci « veillent (...) à la compatibilité avec la Convention telle qu’interprétée par la Cour »)<sup>12</sup>. Si, bien entendu, toutes les autorités nationales ont un rôle à jouer à cet égard, je me concentrerai maintenant en particulier sur les juridictions internes.

On ne saurait trop insister sur l’importance de l’implication des juridictions nationales dans l’application de la Convention. Celles qui prennent au sérieux les obligations qui leur incombent en vertu de la Convention sont les garantes les plus efficaces de la protection ponctuelle des droits fondamentaux. Naturellement, cela ne signifie pas que les autorités internes ont toujours « raison » et que le contrôle européen global de la Cour n’est plus nécessaire. Cela signifie simplement que les juridictions nationales devraient être incitées non seulement à adopter le langage de la protection des droits européens, mais aussi à penser et à raisonner en ces termes.

Sur le plan structurel, la promotion du discours sur les droits devant les juridictions internes (inférieures) n’est pas différente de la manière dont les juridictions constitutionnelles, qui procèdent à un contrôle constitutionnel individuel spécialisé et concentré sur le modèle de la *Karlsruher Verfassungsbeschwerde* (le recours constitutionnel devant la Cour constitutionnelle allemande), cherchent à intégrer le discours sur la constitutionnalité et les droits fondamentaux dans le raisonnement juridique auquel se livrent les juridictions ordinaires et qui leur est présenté. Un tel système diffus « d’alerte et de résolution précoces » devrait avoir pour effet non seulement d’assurer en temps utile une protection effective des droits individuels, mais aussi de signaler et éventuellement de « prédiscuter » les questions épineuses soulevées par une affaire avant qu’elle n’en arrive à son règlement final devant la juridiction de dernière instance concernée, en l’occurrence la Cour. En outre, si les juridictions inférieures s’appliquent déjà à traiter la question des droits de l’homme, la probabilité d’un renversement ultérieur de leurs conclusions est réduite<sup>13</sup>.

Sur le plan symbolique, la même mission, un langage similaire et des préoccupations communes favorisent la courtoisie (judiciaire). Indépendamment du fait que ce phénomène soit appelé en fin de compte un réseau, un dialogue, un *(Ver)Bund* ou la subsidiarité, la déférence et le respect mutuels forment la confiance et les alliances. Le Réseau des cours supérieures, lancé en 2015, contribue à institutionnaliser ce sentiment.

---

<sup>11</sup> Par analogie, dans le système de l’UE, la subsidiarité est devenue le mot à la mode avec le traité de Maastricht. Toutefois, seul le traité de Lisbonne et son protocole n° 1 ont donné du poids à cet idéal organisationnel, en ouvrant un espace (procédural) de contestation pour les parlements nationaux au nom de la subsidiarité.

<sup>12</sup> Voir, entre autres, Eva Brems, « Positive Subsidiarity and Its Implications for the Margin of Appreciation doctrine » (2019) 37 (3) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 210.

<sup>13</sup> Comme le laissent penser les conclusions empiriques de Jan Kratochvíl, « Subsidiarity of Human Rights in Practice: The Relationship Between the Constitutional Court and Lower Courts in Czechia » (2019) 37 (1) *Netherlands Quarterly of Human Rights* 69.

Sur un plan plus **pratique** ou pragmatique, la Cour a fait de grands progrès pour permettre aux juridictions nationales de s'impliquer dans l'application de sa jurisprudence et rendre plus facilement accessibles aux praticiens nationaux ses nombreuses décisions, notamment :

- a) en introduisant et en conservant une section sur les « principes généraux » d'interprétation concernant chacun des droits découlant de la Convention, et en produisant des résumés qui peuvent facilement être appliqués par les autorités nationales dans d'autres affaires ;
- b) en adoptant une approche davantage de type « checklist » ou orientations sur un certain nombre de droits, qui aident à structurer l'application au niveau national et fournissent des indications à cet effet ;
- c) en attribuant des niveaux d'importance aux affaires individuelles dans la base de données HUDOC et en signalant les affaires clés, deux éléments qui sont utiles aux praticiens nationaux lorsqu'ils abordent un nouveau domaine ou une nouvelle question, ou lorsqu'ils sont confrontés à un domaine où la jurisprudence est abondante mais parfois pas entièrement uniforme ;
- d) et en créant une plateforme de partage des connaissances de la Cour (*Knowledge Sharing*), un outil magistral, indispensable pour toute personne souhaitant appliquer la Convention, qui contient des guides sur les différents articles, des fiches thématiques et des mises à jour.

Il est indéniable que la question de la langue est essentielle si l'on souhaite renforcer l'implication des juridictions nationales dans l'application de la jurisprudence de la Cour. Certes, la Cour n'a aucune influence sur cette question, pas plus qu'elle n'a le budget pour y répondre. Même si, par exemple, le bureau de l'agent tchèque devant la Cour fait un travail remarquable en rendant certaines décisions de la Cour – en particulier celles contre la République tchèque – accessibles en langue tchèque<sup>14</sup>, il n'en demeure pas moins que pour les questions plus spécifiques généralement soulevées par un véritable dossier qui se retrouve sur le bureau d'un juge une recherche dans HUDOC devient inévitable. Ce qui pourrait poser problème aux utilisateurs qui ne maîtrisent ni l'anglais ni le français, et souligne l'importance de la langue si l'on veut qu'un système juridique européen soit un jour véritablement en mesure de prétendre à son applicabilité au plan interne<sup>15</sup>.

D'autres éléments pourraient être à la portée de la Cour. Par exemple, je suis tout à fait d'accord pour dire qu'une décision judiciaire doit reposer sur des motifs appropriés et convaincants. De même, il existe effectivement différentes conceptions nationales de ce qui constitue une décision judiciaire appropriée, généralement fondées sur l'« autoprojection » des normes nationales au niveau européen. Toutefois, même si l'on ne fait pas la promotion de ces arrêts « cryptiques et cartésiens »<sup>16</sup>, il y a certains avantages à être concis. Du point de vue des praticiens nationaux, certaines des productions jurisprudentielles les plus récentes de la Grande Chambre de la Cour, en particulier, ne sont pas particulièrement faciles à lire. Cela suppose d'imprimer un livret contenant un roman puis de passer l'après-midi à tenter de mettre le doigt sur la conclusion de la Cour, située aux alentours des paragraphes 326-330, voire 425. Les universitaires ne peuvent pas toujours s'accorder un tel luxe, les juges encore moins.

---

<sup>14</sup> Dans une base de données qui y est consacrée : [http://eslp.justice.cz/justice/judikatura\\_eslp.nsf/webSpreadSearch](http://eslp.justice.cz/justice/judikatura_eslp.nsf/webSpreadSearch)

<sup>15</sup> Ainsi, le droit de l'UE aurait-il pu, de manière réaliste, prétendre avoir un effet direct dans les ordres juridiques de ses États membres (à partir de l'arrêt du 5 février 1963, *Van Gend & Loos*, EU:C:1963:1, relativement aux dispositions du Traité mais, ensuite, surtout relativement au droit dérivé de l'UE) si tous les textes juridiques contraignants, dont la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE), n'étaient pas disponibles dans toutes les langues officielles de l'Union ?

<sup>16</sup> Une accusation portée contre la CJUE par J.H.H. Weiler, « Epilog: The Judicial Après Nice », in Gráinne de Búrca et J.H.H. Weiler (dir.), *The European Court of Justice* (Oxford, Oxford University Press, 2001) 225, et reprise depuis par de nombreux universitaires à propos du raisonnement de la Cour de justice.

Au-delà de ces importantes questions pratiques, aussi banales puissent-elles être, des visions de la subsidiarité (plus **matérielles**), en particulier celles qui sont exposées dans la première partie de la présente contribution, pourraient-elle inciter les juridictions internes à s'impliquer de manière générale plus résolument dans l'application de la Convention et de la jurisprudence de la Cour ?

Le statut interne de la Convention reste du ressort de l'organisation constitutionnelle des États parties. L'obligation d'appliquer la Convention au niveau interne est pour la plupart des juridictions nationales imposée avant tout par la constitution nationale, potentiellement associée à la jurisprudence de la Cour constitutionnelle nationale (dans les États parties qui en ont une), liant souvent l'interprétation d'une déclaration nationale des droits à la Convention et à la jurisprudence de la Cour. Par conséquent, l'obligation de défendre et de garantir les droits fondamentaux garantis par la Convention est probablement déjà une obligation découlant du droit (constitutionnel) national. Certes, cette même obligation peut également être qualifiée de « subsidiarité positive ». Toutefois, pour un observateur plus critique – toujours à supposer qu'il n'y ait pas d'évolution institutionnelle ou jurisprudentielle mettant en œuvre la notion de subsidiarité d'une manière ou d'une autre –, il pourrait ne pas être évident de comprendre au premier abord ce que l'introduction de la notion de subsidiarité dans le préambule de la Convention apporte aux juridictions nationales.

Premièrement, le « contrôle axé sur le processus », le « principe de non-substitution »<sup>17</sup> et la « marge d'appréciation » potentiellement plus large semblent tous séduisants sur papier. Toutefois, étant donné qu'il s'agit d'abréviations parfois employées par la Cour pour parler de la déférence ou de la retenue dont elle fait preuve dans certaines affaires, mais pas dans toutes, ces termes ont peu à offrir en termes de prévisibilité aux fins d'un critère de compétence clair. Dans certaines affaires, en effet, la juridiction nationale s'implique dans l'application de la Convention et la Cour fait preuve de déférence à l'égard des choix nationaux. Dans d'autres affaires, cependant, la Cour ne souscrit pas à l'analyse des juridictions nationales fondée sur la Convention, soit parce qu'elle juge leur analyse erronée, soit parce qu'elle se livre à une mise en balance différente de ce qu'elle juge nécessaire dans une société démocratique, soit simplement parce qu'elle change d'avis. Dans certaines affaires, enfin, la Convention n'a absolument pas été prise en compte au niveau national mais la Cour juge le choix et la mise en balance opérés au niveau national compatibles avec la Convention.

Cela ne veut pas dire que la Cour devrait renoncer à son contrôle et à sa responsabilité dans certaines affaires ou dans certains domaines du droit. Il n'existe pas – et il ne devrait pas exister – de « zone sans Convention » relevant naturellement de son champ d'application (raisonnablement interprété). Il s'agit plutôt d'observer que la promesse implicite faite aux juridictions nationales, immanente dans les divers noms donnés à la retenue et énumérés ci-dessus – à savoir « faites ceci et vous serez en sécurité » – n'apporte pas grand-chose à la règle interne selon laquelle « vous êtes tenu de respecter la Convention et la jurisprudence de la Cour ».

Deuxièmement, si la « subsidiarité » dont la Cour fait preuve envers les juridictions internes implique effectivement une déférence et une retenue (occasionnelles), les juridictions internes ont-elles réellement besoin de savoir où et quand la Cour fera effectivement preuve de déférence ? Est-ce « sain » et propice à une prise en compte sérieuse des droits de l'homme dans leur intégralité ? Le problème de l'« espace libre » promis *a priori* est qu'il peut facilement passer pour une « absence de surveillance » et donner

---

<sup>17</sup> Voir, par exemple, *Von Hannover c. Allemagne (n° 2)* [GC], nos 40660/08 et 60641/08, CEDH 2012, et *MGN Limited c. Royaume-Uni*, n° 39401/04, 18 janvier 2011.

l'impression qu'il s'agit d'un droit, alors qu'il vaudrait mieux que ce n'en soit pas un. En outre, les promesses (peu claires) créent des attentes (peu claires) et finalement une frustration (claire). Mais il ne s'agit nullement d'un problème nouveau, ni d'un problème limité à la Convention. Il en va de même dans les systèmes judiciaires internes, où le niveau inférieur a toujours un problème avec l'absence alléguée ou réelle de déférence à son égard de la part du niveau supérieur : les autorités administratives se plaignent des tribunaux administratifs ; les juridictions administratives inférieures se plaignent de la cour administrative suprême nationale ; les juridictions suprêmes se plaignent d'un contrôle trop intrusif par les juridictions constitutionnelles nationales ; et enfin, toutes, mais en particulier la dernière juridiction de la chaîne nationale des recours disponibles, contestent la Cour.

Troisièmement, le Protocole n° 16 et le mécanisme de l'avis consultatif qu'il a mis en place constitueront-ils un outil pour renforcer l'implication des juridictions nationales dans l'application de la Convention et, en ce sens, la subsidiarité (positive) du système de la Convention, comme l'indique le préambule du Protocole n° 16 ? Voire est-ce déjà le cas ? L'expérience contemporaine<sup>18</sup> peut être considérée comme mitigée. Comme la Cour l'a souligné, la procédure consultative n'a pour but ni de transférer un litige individuel à la Cour pour qu'elle l'examine (contrôle individuel), ni de permettre un contrôle abstrait de la législation nationale (contrôle abstrait)<sup>19</sup>. Comme le montre la pratique abondante de la Cour de Luxembourg en matière de renvoi préjudiciel, la frontière entre les affaires irrecevables et une « question de principe relative à l'interprétation ou à l'application [de] la Convention » est souvent une question de (re)formulation. Toutefois, étant donné que le champ d'application des avis consultatifs est si étroitement défini et que la compétence pour solliciter un avis consultatif n'est conférée qu'aux « plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante » (article 1 du Protocole n° 16), il est peu probable que la dynamique interne et l'espace de la contestation qui accompagnent une demande de décision préjudicielle – émanant également des juridictions inférieures d'un État membre – se concrétisent en avis consultatifs<sup>20</sup>.

En outre, dans quelle mesure une implication positive et *a priori* dans l'application de la Convention serait-elle possible si les juridictions internes pouvaient prendre le raccourci commode de poser directement une question, au lieu d'être obligées de raisonner avec la Convention et de remédier elles-mêmes aux défaillances internes avant que l'affaire ne fasse éventuellement l'objet d'un contrôle externe de la Cour<sup>21</sup> ? Curieusement, l'expérience contemporaine pourrait impliquer qu'au lieu d'inciter à une prise en compte *a priori* de la Convention, la procédure d'avis consultatif pourrait permettre de clarifier *a posteriori*

---

<sup>18</sup> Voir notamment Síoira O'Leary, « Advisory Opinions and Judicial Dialogue Strasbourg-Style » (2022) 59 *SI Common Market Law Review* 87.

<sup>19</sup> Paragraphe 10 du rapport explicatif sur le Protocole n° 16, rappelé dans la *Décision relative à une demande d'avis consultatif formée en vertu du Protocole n° 16 concernant l'interprétation des articles 2, 3 et 6 de la Convention*, demande n° P16-2020-001, Cour suprême de la République slovaque, § 18, 14 décembre 2020.

<sup>20</sup> Certainement pas dans les États Parties qui n'ont désigné qu'une seule juridiction. La situation pourrait être différente dans d'autres États, comme la Roumanie qui a désigné quinze cours d'appel en plus de la Cour constitutionnelle et de la Cour suprême (la Haute Cour de cassation et de justice).

<sup>21</sup> Cela démontre clairement l'une des dissonances précédemment soulignées dans les objectifs poursuivis par l'introduction de la notion de subsidiarité dans le système de la Convention. Si le but de la « subsidiarité » dans l'adoption du Protocole n° 16 a été considéré comme libérant la Cour de toute charge fonctionnelle (voir aussi O'Leary, note 18 ci-dessus, p. 89), alors la logique d'une solution *a priori* et rapide à un problème qui ne manquera pas de se poser plus tard dans une procédure répétitive devant la Cour a certainement du sens. Toutefois, si la « subsidiarité » doit être comprise comme incitant les juridictions nationales à s'impliquer plus dans l'application de la Convention et de la jurisprudence de la Cour, en tant que gardiennes principales de la compatibilité avec la Convention, les avis consultatifs ne constitueraient pas nécessairement un pas dans cette direction.

des arrêts déjà rendus par la Cour aux fins de leur exécution interne<sup>22</sup>. Enfin, la question des références doubles (à Strasbourg et à Luxembourg) voire triples (à la cour constitutionnelle nationale dans certains ordres juridiques) n'est pas résolue et pourrait faire hésiter certains États parties, en particulier ceux dotés d'une cour constitutionnelle puissante du type Karlsruhe, à signer puis ratifier le Protocole n° 16. C'est une chose d'être « corrigé après coup » par la Cour, après avoir eu son mot à dire, c'en est une autre d'être contourné par une juridiction nationale (ordinaire), en particulier si l'on était auparavant le gardien des droits de l'homme au niveau national.

Quatrièmement, pour finir, pour ce qui est de faire de la Convention et de la jurisprudence de la Cour une réalité vivante devant les juridictions nationales, en particulier les juridictions inférieures, il ne faut pas perdre de vue la contribution synergique et positive apportée ces dernières années par la Cour de Luxembourg grâce au pont que représente l'article 52, paragraphe 3, de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Par exemple, dans les affaires relatives à l'état de droit, mais aussi dans le cadre de l'élaboration de nouveaux instruments dans les domaines de la liberté, de la sécurité et de la justice (en particulier la coopération judiciaire en matière pénale, mais aussi la protection internationale), la jurisprudence de la Cour de Strasbourg a toujours été la première étape, ainsi qu'une source d'inspiration permanente et de contrôle. De cette manière, indirectement à travers l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), les États parties qui sont également membres de l'Union se sont vu constamment rappeler leurs obligations au titre de la Convention, la jurisprudence de la Cour de justice augmentant ainsi la portée de cet instrument.

### **3) RESPONSABILITÉ PARTAGÉE, ÉGALITÉ ET DYSFONCTIONNEMENT**

Comme cela a été souligné à plusieurs reprises tout au long du séminaire d'aujourd'hui, la subsidiarité est liée à la responsabilité partagée. La subsidiarité, au sens de déférence et de retenue de la part de la Cour de Strasbourg, repose sur l'assomption et l'exercice de cette « responsabilité partagée » par l'État partie concerné. Autrement dit, la retenue requiert la confiance.

Mais à qui faire confiance et pourquoi ? Dans ses contributions doctrinales citées ci-dessus, Robert Spano est allé jusqu'à aborder frontalement la question sous-jacente de la possibilité d'appliquer « deux poids, deux mesures » et de procéder à une sélection, déclarant clairement que « les États qui ne respectent pas l'état de droit (...) ne peuvent pas s'attendre à bénéficier d'une déférence dans le cadre d'un contrôle axé sur le processus »<sup>23</sup>.

Le recul de l'état de droit, voire une crise pure et simple dans certains États membres, associé à la montée d'un populisme illibéral, a placé les deux systèmes européens – Strasbourg et Luxembourg – devant des questions sans précédent. L'un des principaux problèmes structurels est de savoir comment concilier la diversité objective en termes de qualité de l'état de droit dans une structure internationale fondée sur l'égalité (souveraine) de ses États membres/États parties. Certains membres peuvent-ils être traités plus équitablement que d'autres, sans créer plusieurs régimes parallèles au sein d'une même organisation ?

---

<sup>22</sup> Voir O'Leary (note 18 ci-dessus) 93-94, où il est fait observer que deux des cinq avis consultatifs rendus au cours des cinq premières années depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 16 ont eu pour origine des difficultés dans l'exécution au niveau national d'arrêts déjà rendus par la Cour.

<sup>23</sup> Spano (note 6 ci-dessus), p. 493.

Dans quelle mesure la notion matérielle d'égalité peut-elle être conciliée avec les structures diplomatiques formelles, pour ne pas dire formalistes, d'une organisation internationale<sup>24</sup> ?

Un problème connexe, qui est peut-être plus aigu dans le système de l'Union européenne que dans celui de la Convention, est celui du point de départ exact permettant de considérer qu'un membre doit faire l'objet d'un traitement différencié : qui détermine qu'un État partie n'est pas (ou plus) digne de confiance et ne devrait donc pas bénéficier d'une déférence et d'un « contrôle axé sur le processus » ? Et comment le faire ? De plus, comme l'histoire nous l'enseigne, les démocraties et l'état de droit meurent rarement d'un seul coup, lorsque le Rubicon est soudainement dépassé, mais plutôt sous l'effet d'une série de pas qui semblent plus réduits, voire de mille petites entailles. Il pourrait ne pas être possible de dire si « on est déjà arrivé à ce stade », même pour une personne ayant du recul, et encore moins pour un observateur contemporain ou, *a fortiori*, un participant ayant un intérêt dans l'affaire.

Aussi complexes soient-ils, ces problèmes ne doivent pas détourner l'attention de l'importance immense des deux systèmes européens – la Convention en particulier, mais aussi l'Union européenne – dans le maintien de certains États parties problématiques dans ce que l'on pourrait encore, espérons-le, appeler l'« orbite » des droits de l'homme, afin qu'ils puissent se poser à nouveau un jour. Dans l'intervalle, on peut dire que la Convention et la Charte de l'Union européenne jouent le rôle d'une « constitution auxiliaire »<sup>25</sup>. Pareille situation exerce naturellement une pression énorme sur la Cour et ses ressources. Non seulement elle signifie qu'il n'y a pas de déférence dans le cadre d'un « contrôle axé sur le processus », quelle que soit la manière dont la conception de la subsidiarité est formulée, mais elle oblige également la Cour à revenir sur d'autres éléments de la subsidiarité procédurale, voire institutionnelle, en agissant essentiellement, faute de responsabilité partagée et de recours internes efficaces, en tant que juridiction de substitution de première instance<sup>26</sup>. Exercer une subsidiarité inversée (temporairement, espérons-le) pour compenser un manque de responsabilité locale est une tâche décourageante pour une cour internationale. Mais peu de personnes dans cette salle aujourd'hui sont susceptibles de contester son importance primordiale.

Enfin, concluons en jetant un coup d'œil à ce que pourrait être l'avenir. À supposer qu'il soit possible d'admettre un « contrôle multicanal » sur le terrain de la Convention et qu'un tel processus puisse se concilier avec l'égalité des États parties, quand et comment les États (auparavant problématiques) seraient-ils réadmis dans le « contrôle axé sur le processus » – ou plutôt « léger sur le fond » – dans lequel la Cour ferait preuve d'une déférence initiale à l'égard de leurs choix internes ? Faudrait-il qu'un nouveau gouvernement soit en place ? Ce nouveau gouvernement, en rétablissant ce qu'il croit être l'état de droit, pourrait être forcé de casser quelques œufs en cours de route. Un tel « péché transitoire », voire une série

---

<sup>24</sup> Voir également mes conclusions présentées le 20 mai 2021 dans l'affaire *Prokuratura Rejonowa w Mińsku Mazowieckim*, EU:C:2021:403, point 154.

<sup>25</sup> Terme utilisé à l'égard de la Charte de l'Union européenne et en particulier de la Convention en Hongrie par Antal Berkes, András Jakab et Pál Sonnevend, « Hungary: A Half-Hearted Look at the Charter », in Michal Bobek et Jeremias Adams-Prassl (dir.), *The EU Charter of Fundamental Rights in the Member States* (Hart, Oxford, 2020) 197, pp. 222-223.

<sup>26</sup> Voir, d'une manière générale, *Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996-IV, et, plus récemment, plusieurs affaires concernant la Pologne (pour un aperçu, voir, par exemple, Raffaele Sabato, « An Authority Balanced, But Not Divided – Judicial Appointments and Protection of Judicial Independence Under Article 6 § 1 of the European Convention on Human Rights », in *Liber Amicorum Robert Spano* (Limal, Anthemis, 2022). Cette dernière catégorie d'affaires témoigne d'une approche plus ferme qui voit le jour au sein de la Cour, laquelle, le 8 février 2022, a accordé des mesures provisoires dans l'affaire *Wróbel c. Pologne* (n° 6904/22), ordonnant à l'État partie de veiller à ce qu'aucune décision dans la procédure disciplinaire dirigée contre M. Wróbel ne soit prise par la chambre disciplinaire de la Cour suprême (qui avait déjà été déclarée dans des arrêts antérieurs comme n'étant pas un « tribunal indépendant et impartial établi par la loi ») jusqu'à ce que la Cour ait statué définitivement sur les griefs formulés par l'intéressé.

de péchés transitoires (pour certains nécessaires), seraient-ils compatibles avec la Convention, compte tenu de la jurisprudence désormais détaillée qui documente tout ce qu'un gouvernement ne peut pas faire avec le système judiciaire ou constitutionnel<sup>27</sup> ? Ou faut-il appuyer sur un bouton de redémarrage, les nobles fins pouvant justifier les moyens ? Dans les affaires à venir, la Cour sera-t-elle obligée de replonger dans sa jurisprudence d'il y a une vingtaine d'années, relative au processus de transition en Europe centrale et orientale, de revenir sur les questions de licenciement et de cessation anticipée, de poursuites pénales, de lois de lustration, de restitutions et autres, depuis longtemps considérées comme classées ? Autant de questions pour l'avenir – et potentiellement pour un autre Séminaire judiciaire.

---

<sup>27</sup> Pour une discussion plus approfondie, voir Michal Bobek, Adam Bodnar, Armin von Bogdandy et Pál Sonnevend (dir.), *Transition 2.0: Re-establishing Constitutional Democracy in EU Member States* (Nomos, Baden-Baden, 2023).