

L'ÉVOLUTION DU CONTRÔLE EUROPÉEN : VERS UNE SUBSIDIARITÉ TOUJOURS PLUS SUBSIDIAIRE

SAMANTHA BESSON¹

« 129. Il faut également rappeler le rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la Convention. Les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe et, ainsi que la Cour l'a affirmé à maintes reprises, se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux. Lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un Etat démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national ».

(Cour EDH, arrêt *S.A.S. c. France*, 1^{er} juillet 2014, n° 43835/11, par. 129)

Aux dires de certains auteurs, la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH)² serait entrée dans l'« âge de la subsidiarité³ ».

Certes, le principe de subsidiarité a été reconnu par la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH) dès la fin des années 1960 déjà, tout d'abord en tant que tel⁴ et ensuite sous la forme de la marge d'appréciation⁵. La doctrine n'a cependant commencé à s'y intéresser qu'à

¹ Je tiens à remercier le Professeur Sébastien Touzé de son invitation à contribuer au Colloque de Paris des 19-20 décembre 2015 et Mme Gaëlle Mieli, assistante de recherche auprès de la Chaire de droit international public et de droit européen, de son aide dans la mise en forme du présent chapitre. Ce chapitre se fonde sur un argument philosophique pour la subsidiarité en droit international et européen des droits de l'homme développé dans S. Besson, « Subsidiarity in International Human Rights Law: What is Subsidiary about Human Rights? », *American Journal of Jurisprudence*, Numéro spécial sur la subsidiarité, 2016, à paraître.

² Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, Rome, 4 novembre 1950.

³ R. Spano, « Universality or Diversity of Human Rights? Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Rights Law Review*, 2014, vol. 14, no. 3, p. 487.

⁴ Cour EDH, *Affaire 'relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique' c. Belgique*, 23 juillet 1968, n° 1474/62 et al., par. 10.

⁵ Cour EDH, *Handyside c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, n° 5493/72, § 48 et 54.

partir des années 1990, et avant tout à la marge d'appréciation⁶. En fait, le traitement jurisprudentiel⁷ et doctrinal⁸ de la subsidiarité s'est accéléré

⁶ Voir par exemple, A. Follesdal, « Appreciating the Margin of Appreciation », *Human Rights: Moral or Political?*, édité par A. Etinson, Oxford, Oxford University Press, 2016, à paraître ; G. Letsas, « The Margin of Appreciation Revisited: A Response to Follesdal », *Human Rights: Moral or Political?*, édité par A. Etinson, Oxford, Oxford University Press, 2016, à paraître ; K. Dzetsiarou, *European Consensus and the Legitimacy of the European Court of Human Rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015 ; M. Andenas, E. Bjorge et G. Bianco (éd.), *A Future for the Margin of Appreciation*, Oxford University Press, Oxford, 2016, à paraître ; P. Tavernier, « La constitutionnalisation de la marge d'appréciation dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme (Protocole 15) », *A Future for the Margin of Appreciation?*, édité par M. Andenas, E. Bjorge et G. Bianco, Oxford, Oxford University Press, 2016, à paraître ; D. Spielmann, « Whither the Margin of Appreciation? », *Current Legal Problems*, 2014, vol. 67, no. 1, p. 49 ; L. Wildhaber, A. Hjartarson et S. Donnelly, « No Consensus on Consensus? The Practice of the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Journal*, 2013, vol. 33, no. 7-12, p. 248 ; A. Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law – Deference and Proportionality*, Oxford, Oxford University Press, 2012 ; J. Kratochvil, « The Inflation of the Margin of Appreciation by the European Court of Human Rights », *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2011, vol. 29, no. 3, p. 324 ; J. Gerards, « Pluralism, Deference and the Margin of Appreciation Doctrine », *European Law Journal*, 2011, vol. 17, no. 1, p. 80 ; K. Dzehtsiarou, « Does consensus matter? Legitimacy of European consensus in the case law of the European Court of Human Rights », *Public Law*, 2011, p. 534 ; 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? », *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, 2012, vol. 14, no. 1, p. 381 ; Y. Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Anvers, Oxford et New York, Intersentia, 2001 ; G. Letsas, « Two Concepts of the Margin of Appreciation », *Oxford Journal of Legal Studies*, 2006, vol. 26, no. 4, p. 705, reprinted in *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 2007 ; J. A. Brauch, « The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law », *Columbia Journal of European Law*, 2004-2005, vol. 11, no. 1, p. 113 ; S. Greer, *The Margin of Appreciation: Interpretation and Discretion under the European Convention on Human Rights*, Human Rights Files n° 17, Strasbourg, Éditions du Conseil de l'Europe, 2000 ; J. Callewaert, « Quel avenir pour la marge d'appréciation? », *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*, édité par P. Mahoney et al, Cologne et al., Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 147 ; E. Brems, « The Margin of Appreciation Doctrine in the Case-Law of the European Court of Human Rights », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1996, vol. 56, p. 240 ; H. C. Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of the European Court of Human Rights Jurisprudence*, Londres, New York, et La Haye, Martinus Nijhoff et Kluwer Press, 1996 ; R. Ryssdal, « The Coming of Age of the European Convention of Human Rights », *European Human Rights Law Review*, 1996, no. 1, p. 18 ; R. St. J. Macdonald, « The Margin of Appreciation », *The European System for the Protection of Human Rights*, édité par R. St. J. MacDonald, F. Matscher et H. Petzold, Martinus Nijhoff, Dordrecht, 1993, p. 83.

⁷ Voir par exemple Cour EDH, *Von Hannover c. Allemagne*, 24 juin 2004, n° 59320/00 ; Cour EDH, *Mennesson c. France*, 26 juin 2014, n° 65192/11 ; Cour EDH, *S.A.S. c. France*, 1^{er} juillet 2014, n° 43835/11. Voir plus généralement, A. Mowbray, « Subsidiarity and the European Convention on Human Rights », *Human Rights Law Review*, 2015, vol. 15, no. 2, p. 313 ; p. 337-338.

⁸ Voir par exemple, F. Fabbri, « The Margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity: A Comparison », *A Future for the Margin of Appreciation?*, édité par M. Andenas, E. Bjorge et G. Bianco, Oxford, Oxford University Press, 2016, à paraître, disponible sur http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2552542 ; S. Cassese, « Ruling Indirectly – Judicial Subsidiarity in the ECHR », Intervention lors du Séminaire de la Cour EDH marquant l'ouverture officielle de l'année judiciaire : *La subsidiarité: une médaille à deux faces ?*, Strasbourg, 30 janvier 2015, disponible sur http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20150130_Seminar

récemment. L'importance du principe dans le système conventionnel a d'ailleurs été confirmée lors des réformes successives de la Cour EDH, d'abord à Brighton en 2012⁹, puis à Izmir en 2013, et enfin à Bruxelles en

Cassese_ENG.pdf; R. Spano, *o.c.*, n° 2 ; F. Sudre, « Le recadrage de l'office du juge européen », *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édité par F. Sudre, Bruxelles, Nemesis, 2014, p. 239 ; L. Burgorgue-Larsen, « Subsidiarité et juges suprêmes nationaux, du contrôle de constitutionnalité à la collaboration juridictionnelle. Approche de droit comparé », *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, dirigé par F. Sudre, Bruxelles, Nemesis, 2014, p. 301 ; D. Szymczak, « Rapport introductif: le principe de subsidiarité dans tous ses états », *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, dirigé par F. Sudre, Bruxelles, Nemesis, 2014, p. 15 ; G. L. Neuman, « Subsidiarity », *Oxford Handbook of International Human Rights Law*, sous la direction par D. Shelton, Oxford University Press, Oxford, 2013, p. 360 ; F. Sudre, « La subsidiarité, 'nouvelle frontière' de la Cour européenne des droits de l'homme – A propos des Protocoles no 15 et 16 à la Convention », *La Semaine Juridique Edition Générale*, 2013, vol. 87, no. 42, p. 1912 ; H. Keller et A. Müller, « Das Zusammenspiel von Bundesgericht und EGMR analysiert aus dem Blickwinkel der Subsidiarität », *Justice – Justiz – Giustizia*, 2012, no. 1, se basant sur J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Martinus Nijhoff, Leiden, 2009 ; J.-M. Sauvé, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme », *Recueil Dalloz*, 2010, vol. 186, no. 22, p. 1368 ; W. M. JR. Carter, « Rethinking Subsidiarity in International Human Rights Adjudication », *Hamline Journal of Public Law and Policy*, 2008-2009, vol. 30, no. 1, p. 319 ; J. Christoffersen, *o.c.*, no 7 ; L. Helfer, « Redesigning the European Court of Human Rights: Embeddedness as a Deep Structural Principle of the European Human Rights Regime », *European Journal of International Law*, 2008, vol. 19, no. 1, p. 125 ; S. Breitenmoser, « Subsidiarität und Interessenabwägung im Rahmen der EGMR-Rechtsprechung », *Human Rights, Democracy and the Rule of Law / Menschenrechte, Demokratie und Rechtsstaat / Droits de l'homme, démocratie et Etat de droit – Liber Amicorum Luzius Wildhaber*, édité par M. Sassòli et al., Zurich, Dike, 2007, p. 119 ; M. E. Villiger, « The Principle of Subsidiarity in the European Convention on Human Rights », *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law / La promotion de la justice, des droits de l'homme et du règlement des conflits par le droit international – Liber Amicorum Lucius Caflisch*, dirigé par M. G. Kohen, Martinus Nijhoff, Leiden, 2007, p. 623 ; I. Hoffmann, *Der Grundsatz der Subsidiarität im Rechtsschutzsystem der Europäischen Menschenrechtskonvention – Rechtliche Fundierung, Besonderheiten und Bedeutung*, Frankfurt am Main, Lang, 2007 ; D. Shelton, « Subsidiarity and Human Rights Law », *Human Rights Law Journal*, 2006, vol. 27, p. 4 ; P. G. Carozza, « Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law », *American Journal of International Law*, 2003, vol. 97, no. 1, p. 38 ; M. de Salvia, « Contrôle européen et principe de subsidiarité – Faut-il encore (et toujours) émerger à la marge d'appréciation? », *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*, dirigé par P. Mahoney et al, Cologne et al., Carl Heymanns Verlag, 2000, p. 373 ; P. Mahoney, « Universality versus Subsidiarity in the Strasbourg Case Law on Free Speech: Explaining Some Recent Judgments », *European Human Rights Law Review*, 1997, no. 4, p. 364 ; H. Petzold, « The Convention and the Principle of Subsidiarity », *The European System for the Protection of Human Rights*, dirigé par R. St. J. MacDonald, F. Matscher et H. Petzold, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1993, p. 41.

⁹ Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Déclaration de Brighton, 20 avril 2012, par. 11 : « 11. La jurisprudence de la Cour indique clairement que les États parties disposent, quant à la façon dont ils appliquent et mettent en œuvre la Convention, d'une marge d'appréciation qui dépend des circonstances de l'affaire et des droits et libertés en cause. Cela reflète le fait que le système de la Convention est subsidiaire par rapport à la sauvegarde des droits de l'homme au niveau national et que les autorités nationales sont en principe mieux placées qu'une Cour internationale pour évaluer les besoins et les conditions au niveau local. La marge d'appréciation va de pair avec la supervision découlant du système de la Convention. A cet égard, le

2015¹⁰. La dernière étape du développement du principe de subsidiarité a été sa codification dans le texte de la Convention elle-même. En effet, l'art. 1^{er} du Protocole n° 15 à la CEDH prévoit son entrée dans le Préambule de la Convention¹¹. On citera aussi sa mention au paragraphe 3 du Préambule du Protocole n° 16 à la CEDH¹². D'un principe jurisprudentiel discret et implicite développé par et pour le contrôle de la Cour EDH, ce principe est donc en passe de devenir un principe dont les Etats pourraient aussi à l'avenir demander le respect¹³.

Pour explicable qu'elle soit, la rapidité avec laquelle le principe de subsidiarité est devenu le remède à tous les maux du système conventionnel ne peut qu'interpeler le chercheur, cependant. Le principe semble en effet désormais convaincre tant les Etats soucieux de limiter le contrôle de la Cour EDH dans leurs affaires intérieures, comme le Royaume-Uni, la Suisse ou la Russie, que la Cour EDH. En fait, le principe de subsidiarité est devenu un instrument que la Cour EDH utilise stratégiquement pour asseoir l'autorité de ses arrêts et de son contrôle. Les statistiques judiciaires démontrent en effet que ce sont les juges qui invoquent ce principe de manière accrue ces dernières années, et non pas les Etats parties¹⁴.

Bien sûr, il n'y a là rien de surprenant si l'on aborde le principe de subsidiarité comme un principe « dual » ou « à deux faces »¹⁵. Si l'on en

rôle de la Cour est d'examiner si les décisions prises par les autorités nationales sont compatibles avec la Convention, eu égard à la marge d'appréciation dont dispose les Etats ».

¹⁰ Sur ces différentes réformes et déclarations: http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/cddh/reformechr/default_fr.asp.

¹¹ Protocole n° 15 portant amendement à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Strasbourg, 24 juin 2013, art. 1 : « *A la fin du préambule de la Convention, un nouveau considérant est ajouté et se lit comme suit : « Affirmant qu'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 instituée par la présente Convention, [...] ».*

¹² Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Strasbourg, 2 octobre 2013, Préambule, paragraphe 3 : « *Considérant que l'extension de la compétence de la Cour pour donner des avis consultatifs renforcera l'interaction entre la Cour et les autorités nationales, et consolidera ainsi la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité ».*

¹³ Voir sur ces développements, F. Sudre, « La subsidiarité, 'nouvelle frontière' », *op. cit.*, n° 7 ; F. Sudre, « Le recadrage », *op. cit.*, n° 7 ; D. Mildner, « Protocols 15 and 16 to the European Convention on Human Rights in the Context of the Perennial Process of Reform: A Long and Winding Road », *Zeitschrift für Europarechtliche Studien*, 2014, vol. 17, no. 1, p. 19 ; P. Tavernier, *op. cit.*, n° 5. Plus mitigé sur l'induction de changements post-Protocole n° 15, D. Spielmann, « Whither the Margin of Appreciation? », *op. cit.*, n° 5.

¹⁴ Voir A. Mowbray, *op. cit.*, n° 6, p. 337-338.

¹⁵ J.-M. Sauvé, « La subsidiarité: une médaille à deux face ? », Intervention lors du Séminaire de la Cour EDH marquant l'ouverture officielle de l'année judiciaire : *La subsidiarité: une médaille à deux faces ?*, Strasbourg, 30 janvier 2015, disponible sur <http://www.conseil-etat.fr/content/download/39321/341245/version/2/file/2015-01-30%20seminaire%20CEDH%20Subsidiarite.pdf>. Voir aussi

croit la doctrine et la Cour EDH, en effet, ce principe impliquerait dans un premier temps la « primarité » des obligations des autorités nationales¹⁶, et c'est sur la détermination de ces obligations et le renforcement de leur respect sur le plan national qu'il faudrait concentrer les efforts selon la Cour EDH. Plutôt que de favoriser le contrôle européen, le respect du principe de subsidiarité impliquerait donc d'abord que les responsabilités soient « partagées » entre les autorités nationales et la Cour EDH¹⁷. Il y a eu lieu de s'interroger toutefois sur l'existence de véritables « responsabilités » qui reviendraient à la Cour EDH au même titre qu'aux Etats et surtout sur l'idée et les modalités d'un « partage » à égalité des responsabilités de ces derniers avec la Cour EDH. On peut en effet craindre que, sous couvert de cette conception de la subsidiarité-primarité, la transformation progressive du contrôle européen en un contrôle constitutionnel¹⁸ soit en voie de finalisation. Nous serions donc très loin du risque de « sanctuarisation » de la subsidiarité au profit des Etats que d'aucuns ont cru déceler dans l'art. 1^{er} du Protocole n° 15¹⁹. Il existerait, bien au contraire, un risque important de « subsidiarité de la subsidiarité » par le développement d'un contrôle européen qui préviendrait, puis remédierait à la fois aux violations des droits de l'homme au lieu d'en contrôler la conventionnalité des restrictions, puis des remèdes uniquement.

Au vu de ces développements et de l'ambivalence croissante du principe de subsidiarité, le moment est, par conséquent, bien choisi pour opérer un état des lieux de la subsidiarité dans le contrôle européen. Dans une première partie, ce chapitre clarifiera ce qu'il faut entendre par la subsidiarité du contrôle européen des droits de l'homme (I). Il s'agira ensuite de présenter comment le contrôle qu'exerce la Cour EDH en pratique se développe peu à peu à l'encontre de ce principe et devient toujours plus abstrait, préventif et « remédial » (II). Finalement, les modalités d'un retour à la subsidiarité du contrôle européen seront discutées (III).

Cour EDH, Document de référence, Séminaire marquant l'ouverture officielle de l'année judiciaire: *La subsidiarité: une médaille à deux faces*, Strasbourg, 30 janvier 2015, disponible sur http://www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2015_FRA.pdf.

¹⁶ Voir par exemple H. Keller et A. Müller, *op. cit.*, n° 7. Voir aussi Cour EDH, Document de référence, *op. cit.*, n° 14, p. 1.

¹⁷ Voir par exemple R. Spano, *op. cit.*, n° 2 ; D. Spielmann, « Whither the Margin of Appreciation? », *op. cit.*, n° 5 ; F. Tulkens, « Conclusions générales », *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, édité par F. Sudre, Bruxelles, Nemesis, 2014, p. 397 ; J. Gerards, « The European Court of Human Rights and National Courts – Giving Shape to the Notion of 'Shared Responsibility' », *Implementation of the ECHR and of the Judgments of the ECtHR in National Case Law. A Comparative Analysis*, dirigé par J. Gerards et J. Fleuren, Intersentia, Antwerp, 2014, p. 13. Voir aussi Cour EDH, Document de référence, *op. cit.*, n° 14, p. 1.

¹⁸ Voir par exemple F. de Londras/K. Dzehtsiarou, « Managing Judicial Innovation at the European Court of Human Rights », *Human Rights Law Review*, (2015), vol. 15, no 3, p. 523, p. 525 et s.

¹⁹ Voir par exemple F. Sudre, « Le recadrage », *op. cit.*, n° 7.

I. LE PRINCIPE DE SUBSIDIARITÉ DU CONTRÔLE EUROPÉEN DES DROITS DE L'HOMME

Pour bien saisir le principe de subsidiarité du contrôle européen des droits de l'homme (C.), il convient de rappeler ce qu'est le principe de subsidiarité en général (A.) et quelles sont les spécificités de ce principe lorsqu'il s'applique au droit international des droits de l'homme de manière générale (B.).

A. Le principe de subsidiarité en général

A première vue, le principe de subsidiarité en droit semble très simple. Une fois qu'on l'approche de plus près, cependant, il apparaît bien davantage comme un principe polysémique dont on peut même douter de l'unicité au-delà du terme utilisé²⁰.

Il existe en effet une diversité de contextes juridiques et politiques dans lesquels le concept de subsidiarité est aujourd'hui²¹ invoqué et développé²². On mentionnera, par exemple, la doctrine chrétienne sociale de l'Église catholique²³, l'organisation économique-libérale²⁴, le fédéralisme²⁵, l'Union européenne (UE)²⁶, les organisations internationales²⁷ et, bien sûr, le contrôle

²⁰ Voir S. Besson, « Subsidiarity », *op. cit.*, n° 1, p. 57.

²¹ Sur la subsidiarité en histoire des idées, J. Barroche, « Subsidiarité », *DicoPo, Dictionnaire de théorie politique*, sous la direction de V. Bourdeau et R. Merrill, 2007, disponible sur <http://www.dicopo.fr/spip.php?article61>.

²² Voir pour une discussion de la subsidiarité dans certains ou tous ces différents contextes: M. Evans et A. Zimmermann (éd.), *Global Perspectives on Subsidiarity*, Dordrecht, Springer, 2014; D. Szymczak, « Rapport introductif », *op. cit.*, n° 7; J. Barroche, *Etat, libéralisme et christianisme – Critique de la subsidiarité européenne*, Dalloz, Paris, 2012; A. Føllesdal, « The Principle of Subsidiarity as a Constitutional Principle in International Law », *Global Constitutionalism*, 2013, vol. 2, no. 1, p. 37; I. Feichtner, « Subsidiarity », *Max Planck Encyclopedia of International Law*, dirigé par Rudiger Wolfrum, vol. IX, Oxford, Oxford University Press, 2012, p. 652; N. Barber, « The Limited Modesty of Subsidiarity », *European Law Journal*, 2005, vol. 11, no. 3, p. 308; A. Føllesdal, « Subsidiarity and Democratic Deliberation », *Democracy and the European Union: Integration through Deliberation*, dirigé par E. O. Eriksen et J. E. Fossum, Londres, Routledge, 1999, p. 85; A. Føllesdal, « Survey Article: Subsidiarity », *Journal of Political Philosophy*, 1998, vol. 6, no. 2, p. 190.

²³ Voir par exemple, C. Million-Delsol, *L'Etat subsidiaire*, Paris, Presses universitaires de France, 2010; J. Finnis, *Natural Law and Natural Rights*, 2^{ème} éd., Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 146-147.

²⁴ Voir par exemple W. Molle, *The Economics of European Integration – Theory, Practice, Policy*, 4^{ème} éd., Londres, Ashgate, 2001, pp. 23-25.

²⁵ Voir par exemple D. Halberstam, « Federal powers and the principle of subsidiarity », *Global Perspectives on Constitutional Law*, dirigé par V. D. Amar et M. V. Tushnet, New York, Oxford University Press, 2009, p. 34.

²⁶ Voir par exemple V. Constantinesco, « Le principe de subsidiarité: un passage obligé vers l'Union européenne ? », *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, p. 35; R. Dehousse, « La subsidiarité et ses limites », *Annuaire européen*, 1992, vol. 40, p. 27; A. Estella, *The European Union Principle of Subsidiarity and its Critique*, Oxford, Oxford University Press, 2002; N. Barber, *op. cit.*, n° 21.

²⁷ Voir par ex. A. Herwig, « Federalism, the EU and International Law: on the Possible (and Necessary) Role of Subsidiarity in Legitimate Multilevel Trade Governance », *Federalism in the European Union*, dirigé par E. Cloots, G. de Baere et S. Sottiaux, Oxford, Hart Publishing, 2012, p. 65.

international et européen des droits de l'homme. Dans chacun de ces contextes, les conceptions de la subsidiarité à l'œuvre sont très différentes. Elles sont en outre souvent hybrides ; les conceptions s'y entremêlent, par conséquent. On pensera, par exemple, aux influences de la subsidiarité fédérale et de la subsidiarité économique sur la subsidiarité en droit de l'UE ou à celles de la subsidiarité de la doctrine chrétienne sociale sur la subsidiarité fédérale²⁸. Sans égard pour ces différences et ces influences mutuelles, cependant, certains auteurs contribuent d'ailleurs à l'hybridation de la subsidiarité en opérant des associations souvent délicates entre contextes de subsidiarité²⁹. C'est le cas d'ailleurs dans leur traitement de la subsidiarité en matière de droits de l'homme internationaux et européens : certains auteurs l'associent souvent trop rapidement aux autres conceptions de la subsidiarité et à d'autres contextes³⁰.

Certes, on peut déceler parmi les différents contextes et conceptions de la subsidiarité un principe minimal commun « à deux faces », c'est-à-dire un principe relationnel qui lie deux sujets, d'une part, et comprend deux étapes dans sa mise en œuvre, d'autre part. L'unité ou entité individuelle, petite, inférieure, locale, ou interne doit avoir la priorité dans certains domaines (i.); mais cette priorité ou « primarité » peut/doit être renversée (ii.) lorsque cette unité ou entité ne peut pas ou pas bien assurer ses fonctions (i.i.) et/ou lorsque l'unité ou entité collective, grande, supérieure, globale, ou externe peut mieux les assurer (ii.ii.). La relation de subsidiarité peut être uni – ou bidirectionnelle selon qu'elle s'applique à la deuxième entité ou aux deux, et peut être négative ou positive selon qu'elle exige ou non le deuxième volet positif du test (ii.ii.) pour le renversement de la priorité.

Même en partant de cette notion minimale de la subsidiarité, cependant, et au vu de la diversité de ces contextes et de leurs combinaisons, la meilleure manière d'appréhender la subsidiarité est horizontale. Cette approche se distancie des analyses verticales que l'on trouve habituellement en la matière, c'est-à-dire contexte par contexte ou conception par conception³¹.

²⁸ Voir J. Barroche, « Subsidiarité », *op. cit.*, n° 20; J. Barroche, *Etat, libéralisme et christianisme*, *op. cit.*, n° 21.

²⁹ Voir par exemple sur le rapprochement trop rapide de la subsidiarité fédérale et en droit de l'UE, F. Fabbrini, *op. cit.*, n° 7; S. Cassese, *op. cit.*, no 7.

³⁰ Voir par exemple sur le rapprochement trop rapide de la subsidiarité en droit de l'UE et en droit de la CEDH: A. Mowbray, *op. cit.*, n° 6; F. Fabbrini, *op. cit.*, n° 7; pour une position plus nuancée: F. J. Mena Parras, « From Strasbourg to Luxembourg? Transposing the Margin of Appreciation Concept into EU Law », Centre Perelman de philosophie du droit, *Working Paper 7/2015*, 2015, disponible sur http://www.philodroit.be/IMG/pdf/fm_transposing_the_margin_of_appreciation_concept_into_eu_law_2015-7.pdf. Sur le rapprochement trop rapide de la subsidiarité dans la doctrine chrétienne sociale et en droit international des droits de l'homme: D. Shelton, *op. cit.*, n° 7; P. G. Carozza, *op. cit.*, n° 7.

³¹ Voir par exemple A. Mowbray, *op. cit.*, n° 6; A. Føllesdal, « The Principle of Subsidiarity », *op. cit.*, n° 21; N. Barber, *op. cit.*, n° 21.

Elle privilégie l'analyse transversale des différents éléments constitutifs du principe: les objets, sujets, fonctions, tests, limites et contrôle de la subsidiarité³².

B. La subsidiarité du contrôle international des droits de l'homme en général

Le principe de subsidiarité en droit international et européen des droits de l'homme peut être considéré comme relevant du concept relationnel et dual de subsidiarité décrit précédemment³³.

Premièrement, la responsabilité principale pour la protection des droits de l'homme internationaux, y compris ceux de la CEDH, revient aux Etats parties aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme concernés. Deuxièmement, il existe cependant, et à certaines conditions, une compétence de contrôle complémentaire des mesures concrètes de protection et de restriction des droits de l'homme adoptées par les autorités nationales et cela par le biais d'institutions internationales de surveillance de la protection des droits de l'homme. Ce contrôle s'exerce lorsque la protection du standard minimal international des droits de l'homme n'est pas assurée de manière effective par les autorités nationales³⁴. La subsidiarité en matière de droits de l'homme est unidirectionnelle en ce qu'elle ne s'exerce qu'en faveur du contrôle international et son test est négatif³⁵ uniquement en ce que ce contrôle est présumé être effectif.

La subsidiarité en matière de droits de l'homme présente néanmoins des caractéristiques propres qui la distinguent nettement des autres conceptions présentes dans les autres contextes de subsidiarité connus³⁶.

Le contexte de la subsidiarité en droit international des droits de l'homme, premièrement, ne correspond ni à celui d'une entité politique ni à celui d'un ordre juridique autonome. Ses sujets, deuxièmement, sont les autorités nationales d'un Etat, d'une part, et un organe de contrôle international des droits de l'homme, d'autre part, et non pas les individus, les groupes d'individus ou d'autres autorités infranationales. Il ne s'agit pas non plus d'un rapport strictement inter-judiciaire, de tribunal à tribunal. L'objet de la subsidiarité en matière de droits de l'homme, troisièmement, est l'obligation positive nationale de respect des droits de l'homme, d'une part, et une compétence internationale de contrôle de ce respect, d'autre part. Il ne s'agit

³² Voir S. Besson, « Subsidiarity », *op. cit.*, n° 1, p. 57.

³³ Voir S. Besson, « Subsidiarity », *op. cit.*

³⁴ Voir aussi Cour EDH, Document de référence, *op. cit.*, n° 14, p. 1.

³⁵ Sur d'autres dimensions « positives » et « négatives » de la subsidiarité, voir S. Besson, « Subsidiarity », *op. cit.*

³⁶ Voir S. BESSON, « Subsidiarity », *op. cit.*

donc pas d'un rapport entre deux compétences concurrentes³⁷, ni d'un rapport entre deux obligations ou responsabilités concurrentes³⁸. La subsidiarité en matière de droits de l'homme ne crée donc pas d'obligation de contrôle pour les organes internationaux de protection des droits de l'homme, mais une simple compétence de le faire. A l'inverse, cependant, elle n'octroie et n'affecte ni les obligations ni les compétences des autorités nationales qui les ont indépendamment du principe de subsidiarité et les maintiennent même lorsque le contrôle de la Cour EDH s'exerce.

Quatrièmement, la fonction de la subsidiarité en matière de droits de l'homme est le séquençage complémentaire de la compétence de contrôle par l'organe international de protection des droits de l'homme (subsidiarité « procédurale »), du degré de ce contrôle (subsidiarité « matérielle ») et de son champ d'application (subsidiarité « remédiale »). En tant que subsidiarité « complémentaire³⁹ », elle n'implique pas d'allocation concurrente de compétences ou d'exercice de ces compétences (subsidiarité « concurrente »). Au contraire, elle attribue une compétence de contrôle aux organes internationaux de protection des droits de l'homme, mais n'en prive pas les autorités nationales qui ont cette compétence indépendamment et se voient simplement secondées dans leurs responsabilités de protection et de contrôle (au sens du concept latin *subsidium*). Cinquièmement, le test de la subsidiarité en matière de droits de l'homme est celui de l'effectivité de la protection des droits de l'homme. Celle-ci demeure difficile à déterminer, cependant; y contribue notamment le test du consensus transnational (par exemple européen en matière de CEDH) dans le cadre de la détermination de la marge d'appréciation. Sa limite, sixièmement, est habituellement composée, si l'on se fie aux limites de la marge d'appréciation, du respect du noyau intangible d'un droit, des droits et obligations absolues, ainsi que de l'interdiction de la discrimination. Finalement, il n'existe pas encore de contrôle du respect de la subsidiarité en matière de droits de l'homme. Ce dernier consisterait en effet à assurer un « contrôle du contrôle » et par la même autorité internationale de surcroît.

C. La subsidiarité du contrôle européen des droits de l'homme en particulier

Le principe de subsidiarité du contrôle européen a d'abord été reconnu par la jurisprudence. La Cour EDH a explicité ce principe pour la première fois en 1968 dans l'affaire '*relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique*'⁴⁰. Comme indiqué précédemment, le principe de subsidiarité est désormais en passe d'être codifié dans le texte de la Convention elle-même, puisque l'article 1^{er} du Protocole n° 15 à la CEDH prévoit son entrée dans le Préambule de la Convention.

Il s'agit, comme mentionné précédemment, d'un principe « à deux faces », qui comprend deux sujets et regroupe deux étapes. Premièrement, la responsabilité principale pour la protection de la CEDH revient aux Etats parties et à leurs différentes institutions (législatives, exécutives et judiciaires) (art. 1, 13, 19 et 52 CEDH)⁴¹. Deuxièmement, la Cour EDH ne dispose que d'une compétence de contrôle complémentaire qui s'exerce lorsque la protection du standard minimal européen des droits de l'homme n'est pas assurée de manière effective par les autorités nationales (art. 19-20 CEDH)⁴². Le principe conventionnel de subsidiarité est unidirectionnel en ce qu'il ne s'exerce qu'en faveur du contrôle européen et non pas du contrôle national, et son test est négatif uniquement en ce que le contrôle européen est présumé être effectif.

La jurisprudence de la Cour EDH⁴³ reconnaît trois types de subsidiarité du contrôle européen⁴⁴. Le premier est la subsidiarité « procédurale »⁴⁵; il concerne l'existence et l'exercice de la compétence de contrôle européen. La subsidiarité procédurale regroupe la règle de l'épuisement des voies de recours internes effectives (art. 35(1) CEDH)⁴⁶, mais aussi les différentes

⁴⁰ Cour EDH, *Affaire 'relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique'*, op. cit., n° 3, par. 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'Etat 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 ».

⁴¹ Cour EDH, *Kudla c. Pologne*, 26 octobre 2000, n° 30210/96, §152; Cour EDH, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, 15 mars 2012, n° 39692/09, 40713/09 et 41008/09, § 61.

⁴² Voir aussi Cour EDH, Document de référence, op. cit., n° 14, p. 1.

⁴³ Voir Cour EDH, Document de référence, op. cit., n° 14, pp. 3-7.

⁴⁴ Ces trois formes de subsidiarité concernent le contrôle européen et sont donc institutionnelles ou procédurales au sens large : la première concerne son existence et son exercice ; la seconde son intensité ; et la troisième son champ. Pour une autre distinction entre subsidiarité procédurale et matérielle, voir G. Letsas, « Two Concepts », op. cit., n° 5, pp. 81-82.

⁴⁵ Voir Cour EDH, Document de référence, op. cit., n° 14, pp. 3-4.

⁴⁶ Cour EDH, *Vuckovic et autres c. Serbie*, 25 mars 2014, n° 1715/11 et autres, § 69.

conditions de recevabilité, comme la limite de six mois pour recourir et la qualité de « victime individuelle et concrète » d'une violation (art. 1, 34 et 35 CEDH). Le deuxième type de subsidiarité est « matériel⁴⁷ » ; il concerne le degré ou l'intensité du pouvoir de contrôle européen. On y range trois sous-principes, « règles » ou « doctrines » : la doctrine de la quatrième instance⁴⁸, la doctrine de la marge d'appréciation (art. 1^{er} Protocole n° 15)⁴⁹, et le principe de faveur⁵⁰ (art. 53 CEDH). Finalement, le troisième type de subsidiarité est la subsidiarité « remédiale⁵¹ » ; il concerne le champ d'application du pouvoir de contrôle européen (art. 19, 46(1) et 52 CEDH). Le champ du contrôle européen n'inclut pas la compétence de déterminer le contenu des responsabilités de l'État pour violation des droits de l'homme et notamment des réparations dues. L'État n'a que des obligations de résultat à cet égard (faire cesser la violation, réparer ou restituer [*restitutio in integrum*] et prévenir la violation future), et garde donc le choix des moyens quant à la manière de les respecter⁵².

Comme le contrôle international des droits de l'homme, le contrôle européen est un contrôle qui s'exerce entre autorités nationales (y compris, mais pas seulement par le juge national), d'une part, et la Cour EDH, d'autre part⁵³. L'objet de la subsidiarité du contrôle européen est l'obligation positive nationale de respect des droits de l'homme, d'une part, et la compétence de la Cour EDH de contrôle de ce respect, d'autre part. Sa fonction est le séquençage complémentaire de la compétence de contrôle (subsidiarité « procédurale »), de son degré (subsidiarité « matérielle ») et de son champ (subsidiarité « remédiale »). Le principe de subsidiarité du contrôle européen

⁴⁷ Voir Cour EDH, Document de référence, *op. cit.*, n° 14, pp. 5-7.

⁴⁸ Cour EDH, *Eckle c. Allemagne*, 15 juillet 1982, n° 8130/78, § 66 ; Cour EDH, *Anheuser-Busch Inc. c. Portugal*, 11 janvier 2007, n° 73049/01, § 83.

⁴⁹ Cour EDH, *Handyside*, *op. cit.*, n° 4, § 48-50 ; Cour EDH, *Animal Defenders International c. Royaume-Uni*, 22 avril 2013, n° 48876/08, § 115-116.

⁵⁰ Voir C. van de Heyning, « No Place like Home: Discretionary Space for the Domestic Protection of Fundamental Rights », *Human Rights Protection in the European Legal Order: Interaction between European Courts and National Courts*, dirigé par P. Popelier, C. van de Heyning et P. Van Nuffel, Cambridge, Intersentia, 2011, p. 65.

⁵¹ Voir Cour EDH, Séminaire: *La mise en œuvre des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : une responsabilité judiciaire partagée ?*, Document préparatoire au séminaire, 2014, disponible sur http://www.echr.coe.int/Documents/Seminar_background_paper_2014_FRA.pdf.

⁵² Voir S. Besson, « The 'Erga Omnes' Effect of Judgments of the European Court of Human Rights – What's in a Name? », *La Cour européenne des droits de l'homme après le Protocole 14 : premier bilan et perspectives*, dirigé par S. Besson, Zurich, Schulthess, 2011, p. 125 ; E. Lambert Abdelgawad, *The Execution of Judgments of the European Court of Human Rights*, 2^{ème} éd., Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2008 ; X.-B. Ruedin, *L'exécution des arrêts de la Cour Européenne des Droits de l'Homme: procédure, obligations des Etats, pratique et réforme*, Bruxelles, Bruylant, 2009.

⁵³ Cour EDH, *Animal Defenders*, *op. cit.*, n° 48, § 115-116 ; Cour EDH, *S.A.S. c. France*, o.c., n° 6, § 129 ; Cour EDH, *Affaire 'relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique'*, *op. cit.*, n° 3, § 10 ; Cour EDH, arrêt *A. et autres c. Royaume-Uni*, 19 février 2009, n° 3455/05, § 184.

attribue et module une compétence de contrôle à la Cour EDH qu'il articule autour d'une obligation et d'une compétence nationales de protection et de contrôle indépendantes de ce principe; il ne crée donc pas d'obligation de contrôle pour la Cour EDH. Son test est celui de l'effectivité de la protection des droits de l'homme, et celle-ci est déterminée notamment par le biais du test du consensus européen dans le cadre de la détermination de la marge d'appréciation. Sa limite est, toujours dans le cadre de la marge d'appréciation, le noyau intangible d'un droit, les droits et obligations absolues, ainsi que l'interdiction de la discrimination. Finalement, il n'existe pas encore de contrôle du respect de la subsidiarité dans le contrôle européen. Ce contrôle a tout au plus lieu de manière indirecte par le jeu des renvois en Grande Chambre⁵⁴.

Le principe de subsidiarité du contrôle européen ne doit pas être assimilé trop rapidement à des notions qui lui sont proches, mais en demeurent distinctes. Il faut le distinguer, premièrement, des principes de litispendance et d'autorité de chose jugée (art. 35(2)(b) CEDH). Ces deux principes concernent les relations entre la juridiction d'organes et de tribunaux internationaux uniquement. Deuxièmement, la subsidiarité du contrôle européen, et notamment la déférence à la marge d'appréciation nationale, doivent être distingués de la discrétion des autorités nationales, y compris des juges nationaux. Cette dernière existe en matière de droits de l'homme indépendamment de la question du contrôle international du respect de ces droits; la spécification et l'application de ces droits ne peuvent pas en effet se faire ailleurs qu'en droit national et par le biais d'autorités nationales⁵⁵. La marge d'appréciation nationale protège la discrétion des autorités nationales lors du contrôle européen. Cependant, lorsque cette marge est réduite pour des raisons de contrôle, cela n'affecte en rien le maintien de la discrétion des États en la matière. Une troisième distinction concerne la différence entre la subsidiarité du contrôle et le degré de force normative des obligations relatives aux droits de l'homme⁵⁶. Cette dernière est une question matérielle qui dépend des intérêts protégés par les droits de l'homme en cause et des menaces sur ces intérêts. Elle n'est affectée en rien par le degré ou l'intensité du contrôle exercé par un organe international de protection des droits de l'homme. Enfin, la subsidiarité du contrôle européen doit être distinguée des justifications des restrictions aux droits de l'homme, et

⁵⁴ Comparez les décisions de Chambre et de Grande Chambre dans: *Sitaropoulos c. Grèce* (Cour EDH, 1^{ère} sect., *Sitaropoulos et autres c. Grèce*, 8 juillet 2010, n° 42202/07 ; Cour EDH, (GC), *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce*, 15 mars 2012, n° 42202/07 et dans *Lautsi c. Italie* (Cour EDH, 2^{ème} sect., *Lautsi c. Italie*, 3 novembre 2009, n° 0814/06 ; Cour EDH, (GC), *Lautsi c. Italie*, 18 mars 2011, n° 30814/06). Voir aussi F. Sudre, « La subsidiarité, 'nouvelle frontière' », *op. cit.*, n° 7.

⁵⁵ Voir G. Letsas, « The Margin of Appreciation Revisited », *op. cit.*, no 5.

⁵⁶ Voir J. Kratochvíl, *op. cit.*, n° 5.

notamment de la proportionnalité⁵⁷. Le contrôle du respect du principe de proportionnalité peut varier en intensité, mais cette intensité de contrôle ne doit pas être confondue avec l'intensité justifiée de la restriction et sa proportionnalité.

A noter enfin que les trois types de subsidiarité du contrôle de la Cour EDH se retrouvent également dans d'autres régimes du droit international des droits de l'homme. Deux remarques s'imposent, cependant. Premièrement, plus le régime de droit international des droits de l'homme est institutionnalisé (et non pas seulement judiciaire), plus le principe de subsidiarité sera invoqué et respecté dans ce régime. Ainsi, alors que l'on retrouve encore la subsidiarité dans la pratique des organes des traités de droits de l'homme, elle n'est pas présente dans celle du Conseil des droits de l'homme. Deuxièmement, en l'absence d'un contrôle de type judiciaire, seule la subsidiarité procédurale est en général reconnue. C'est le cas, par exemple, de la pratique des organes des traités dans laquelle ni subsidiarité matérielle ni subsidiarité remédiale ne sont invoquées – expressément, du moins. On peut expliquer cela par référence au manque de force obligatoire (et judiciaire) des observations et recommandations de ces organes⁵⁸.

II. LE GLISSEMENT

VERS UN CONTRÔLE EUROPÉEN PRÉVENTIF, ABSTRAIT ET REMÉDIAL

Si la subsidiarité est l'un des principes qui doit guider le contrôle européen, la pratique récente révèle pourtant des entorses grandissantes à ce principe. Le contrôle européen s'exerce en effet désormais non plus seulement de manière réactive après une violation de droits et son contrôle par les autorités nationales, mais aussi de façon préventive (A.); non plus seulement de manière concrète relativement à une violation spécifique et individuelle de droits, mais aussi de façon abstraite (B.); et non plus seulement de manière déclaratoire de la violation de droits laissant son remède aux autorités nationales, mais aussi de façon remédiale (C.). De manière ironique, ces différents développements au sein du contrôle européen sont avancés au nom du principe de subsidiarité, alors qu'ils dénotent pourtant d'une tendance à la « subsidiarisation » de la subsidiarité⁵⁹.

⁵⁷ Voir G. Letsas, « Two Concepts », *op. cit.*, n° 5, pp. 81-82 ; C. L. Rozakis, « Through the Looking Glass: An 'Insider's' View of the Margin of Appreciation », *La conscience des droits: Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Costa*, dirigé par P. Titun, Paris, LGDJ, 2011, p. 527.

⁵⁸ Voir par exemple, Comité des droits de l'homme, *Observation générale no 34 – Article 19: Liberté d'opinion et liberté d'expression*, 12 septembre 2011, CCPR/C/GC/34, § 36.

⁵⁹ C'est aussi ce qui fait leur intérêt pour cette étude et explique que d'autres développements du contrôle européen ne soient pas discutés ici, comme l'extension de la notion de la qualité de victime individuelle en tant que victime potentielle ou indirecte et l'érosion de l'interdiction de l'*actio*

A. Vers un contrôle européen préventif

Le Protocole n° 16 à la CEDH prévoit une nouvelle procédure devant la Cour EDH : la procédure d'avis consultatif⁶⁰.

Une fois en vigueur dans les Etats parties ayant ratifié le protocole, cette procédure permettra la spécification *ex ante*, car opérée avant leur contrôle par le juge national de dernière instance, des obligations CEDH par une interprétation de la Cour EDH au lieu d'un contrôle *ex post*. On peut donc y voir le développement d'un contrôle européen préventif, et non plus seulement réactif. Par la même occasion, cette procédure pourra aussi permettre à la Cour EDH d'exercer un contrôle abstrait, en dehors d'une violation concrète ou, du moins, d'une décision nationale concrète de dernière instance confirmant cette violation, ce qui revient au même dans un système qui donne aux autorités nationales la primauté sous forme d'obligations non seulement de respect, mais aussi de contrôle effectif en cas de violation de ces obligations.

Ce contrôle préventif et abstrait pourrait amener plusieurs entorses au principe de subsidiarité procédurale et matérielle du contrôle européen. La première serait la violation de l'obligation d'épuisement des voies de recours nationales, puisqu'une demande d'avis pourra être déposée avant l'épuisement des recours nationaux. Une deuxième entorse serait la violation de l'interdiction du contrôle abstrait. Lors d'une requête individuelle ordinaire (art. 34 CEDH). En effet, la qualité de victime du requérant doit être concrète de manière à ce que le contrôle européen revoie une spécification et une restriction d'un droit dans le seul contexte qui vaille, c'est-à-dire le contexte national, et ne soit pas amené à réduire la discrétion des États en la matière. Troisièmement, le contrôle préventif de la Cour EDH se heurterait à la doctrine de la quatrième instance. Cette doctrine est en effet sous-tendue par l'idée que le contrôle européen ne doit pas se substituer à celui des autorités nationales, mais le compléter⁶¹.

Une analogie avec l'Union européenne (UE), et la procédure de renvoi préjudiciel (art. 267 Traité sur le fonctionnement de l'UE⁶²), serait entièrement déplacée dans ce contexte. En effet, le contrôle exercé par la Cour de justice de l'UE (CJUE) est un contrôle judiciaire de première

popularis. A noter que les formes de contrôle préventif et remédial peuvent aussi être abordées comme des formes d'abstraction du contrôle européen.

⁶⁰ Voir par exemple, J. Gerards, « Advisory Opinions, Preliminary Rulings and the New Protocol 16 to the European Convention on Human Rights – A Comparative and Critical Appraisal », *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2014, vol. 21, no. 4, p. 630.

⁶¹ Contra: Cour EDH, *Affaire 'relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique'*, op. cit., n° 3, § 10 : la Cour « [...] ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, [...] ». Voir aussi Cour EDH, *De Becker c. Belgique*, 27 mars 1962, n° 214/56, § 39.

⁶² *Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne*, Lisbonne, 13 décembre 2007, JO C 326 p. 1.

instance et un contrôle complet de la part du tribunal « constitutionnel » d'une entité politique supranationale et d'un ordre juridique autonome⁶³. En outre, le droit de l'UE est un droit dont la détermination et l'interprétation peuvent se faire entièrement sur le plan de l'UE et par les autorités de l'UE – c'est d'ailleurs une exigence de l'uniformité d'interprétation du droit de l'UE⁶⁴. Ceci vaut aussi pour les droits fondamentaux de l'UE, ce qui n'est pas le cas des droits de l'homme internationaux et européens dont la spécification dépend du contexte national et des autorités nationales et dont la diversité d'interprétation est un gage d'effectivité de protection. Le contrôle de la CJUE n'est donc subsidiaire ni procéduralement ni matériellement, même si le droit de l'UE connaît le principe de subsidiarité sous d'autres formes (art. 5(3) Traité sur l'UE⁶⁵, ⁶⁶.

Il est certes prévu que la procédure d'avis consultatif soit facultative et surtout que l'autorité des avis demeure persuasive (art. 5 Protocole 16)⁶⁷. En pratique, il sera cependant difficile de résister à l'autorité interprétative (*res interpretata*)⁶⁸ d'un avis de la Cour EDH⁶⁹ au risque sinon de mettre en péril l'autorité des arrêts de la Cour en général. La crainte serait en effet la mise en place d'un système à deux vitesses au sein de la Cour EDH, ce qui n'irait pas dans le sens du renforcement de son autorité. Et cela d'autant plus que les avis consultatifs seront rendus par la Grande Chambre et comprendront des opinions individuelles, ce qui ne manquera pas d'influencer les arrêts réguliers rendus dans d'autres formations de la Cour. Il faut aussi mentionner que les mêmes faits pourront encore faire l'objet d'une requête individuelle ordinaire devant la Cour EDH après un avis consultatif, apportant ainsi un risque de contradiction dans le jugement en l'absence de force obligatoire des avis.

En fait, étant donné qu'aucun mécanisme n'a été prévu dans le Protocole n° 16 aux fins de respecter le principe de subsidiarité procédurale et matérielle,

⁶³ Voir CJUE, 18 décembre 2014 (Avis rendu en vertu de l'article 218, paragraphe 11, TFUE - Projet d'accord international - Adhésion de l'Union européenne à la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales - Compatibilité dudit projet avec les traités UE et FUE), Avis 2/13, § 165-176.

⁶⁴ Voir CJUE, 26 février 2013 (*Stefano Melloni c. Ministero Fiscale*), C-399/11, § 59-63.

⁶⁵ *Traité sur l'Union européenne*, Lisbonne, 13 décembre 2007, JO C 326 p. 1.

⁶⁶ Voir J. Mena Parras, *op. cit.*, n° 29.

⁶⁷ Protocole n° 16, art. 5 : « Les avis consultatifs ne sont pas contraignants ».

⁶⁸ Sur la différence entre la force de chose jugée et interprétée des arrêts de la Cour EDH, voir S. Besson, « The 'Erga Omnes' Effect », *op. cit.*, n° 51.

⁶⁹ Voir d'ailleurs le Rapport explicatif sur le Protocole n° 16 à la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, Strasbourg, 2 octobre 2013, § 27: « 27. Les avis consultatifs en vertu du présent protocole n'ont aucun effet direct sur d'autres requêtes ultérieures. Ils s'insèrent toutefois dans la jurisprudence de la Cour, aux côtés de ses arrêts et décisions. L'interprétation de la Convention et de ses protocoles contenue dans ces avis consultatifs est analogue dans ses effets aux éléments interprétatifs établis par la Cour dans ses arrêts et décisions ».

on peut se demander si la procédure d'avis consultatif ne doit pas être comprise comme renonçant purement et simplement à la subsidiarité du contrôle européen. De manière ironique, cependant, il faut bien constater que la mise en place de la procédure d'avis consultatif a été justifiée par référence au principe de subsidiarité⁷⁰. C'est notamment l'idée de « dialogue des juges » qui est invoquée dans ce contexte⁷¹. Il est vrai que le dialogue des juges au sein du régime de la CEDH a permis non seulement de renforcer la qualité du raisonnement et donc des jugements, mais aussi la prise en compte des spécificités nationales et donc de renforcer la subsidiarité du contrôle européen⁷². Il y a pourtant lieu de se demander si la procédure d'avis consultatif elle-même peut être comprise comme favorisant le dialogue des juges : il paraît difficile d'assurer un véritable dialogue entre juges avant même que le juge national ait pu se prononcer et sans que le juge européen ait donc à sa disposition le raisonnement national à prendre en compte.

B. Vers un contrôle européen abstrait

Depuis quelques années, on assiste à la procéduralisation du contrôle de la Cour EDH⁷³. Cela s'est fait notamment en lien avec le contrôle du respect des obligations procédurales des États. Ces obligations peuvent être négatives ou positives, ainsi que préventives ou remédiales⁷⁴.

Le contrôle procédural européen s'exerce soit en remplacement du contrôle matériel puisque la Cour concentre son contrôle sur le respect d'obligations procédurales, soit en sus de ce contrôle matériel. Parfois, d'ailleurs, le contrôle de la Cour EDH se concentre sur le respect de ces obligations même sans qu'elles soient l'objet du contentieux. Ceci résulte en une abstraction de ce contrôle, par conséquent⁷⁵. En effet, ces obligations ne sont pas toujours à

⁷⁰ Protocole n° 16, Préambule, § 3 : « *Considérant que l'extension de la compétence de la Cour pour donner des avis consultatifs renforcera l'interaction entre la Cour et les autorités nationales, et consolidera ainsi la mise en œuvre de la Convention, conformément au principe de subsidiarité ;* ».

⁷¹ Voir par exemple D. Spielmann, « Whither Judicial Dialogue? », *Sir Thomas More Lecture*, Lincoln's Inn, London, 12 octobre 2015, disponible sur http://www.echr.coe.int/Documents/Speech_20151012_Spielmann_Sir_Thomas_More_Lecture.pdf.

⁷² Cour EDH, *Horncastle et autres c. Royaume-Uni*, 16 décembre 2014, n° 4184/10 ; Cour EDH, *Al-Khawaja et Tahery c. Royaume-Uni*, 15 décembre 2011, n° 26766/05 et 22228/06 ; Cour EDH, *M. c. Allemagne*, 17 décembre 2009, n° 19359/04 ; Cour EDH, *Kronfeldner c. Allemagne*, 19 janvier 2012, n° 21906/09. Voir aussi J. Gerards, « The European Court of Human Rights and National Courts », *op. cit.*, n° 16, pp. 71-86.

⁷³ Voir par exemple E. Dubout, « La procéduralisation des droits », *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, dirigé par F. Sudre, Bruxelles, Nemesis, 2014, p. 265.

⁷⁴ Voir par exemple S. Touzé, « La complémentarité procédurale de la garantie conventionnelle », *Le principe de subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme*, dirigé par F. Sudre, Bruxelles, Nemesis, 2014, p. 59.

⁷⁵ D'aucuns parlent aussi de contrôle « objectif » à cet égard : voir par exemple M. Afroukh, « L'identification d'une tendance récente à l'objectivisation du contentieux dans le contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme », *Revue du droit public et de la science politique en France*

l'origine du contentieux et n'ont donc pas fait l'objet d'une concrétisation et d'un contrôle de cette dernière sur le plan national. Même lorsque c'est le cas, elles sont en général si peu déterminées et établies dans la jurisprudence européenne qu'il est difficile de considérer que les autorités nationales aient pu contribuer à leur spécification avant le contrôle par la Cour EDH.

Le développement d'un contrôle abstrait par la Cour EDH conduit à plusieurs entorses au principe de subsidiarité procédurale et matérielle du contrôle européen. Une première entorse est la violation de l'interdiction du contrôle abstrait. La qualité de victime du requérant doit être concrète de manière à ce que le contrôle européen renvoie à une spécification et à une restriction concrètes d'un droit dans le seul contexte qui vaille, soit le contexte national, et ne soit pas amené à réduire la discrétion des États en la matière. Une deuxième entorse concerne la primarité des responsabilités de l'État, soit le cadre de référence de la subsidiarité du contrôle européen. En effet, les États ont une obligation positive générale de mettre en place un cadre institutionnel et procédural apte à assurer une protection effective des droits de l'homme (art. 13 CEDH). La marge d'appréciation de l'État dans ce domaine est usuellement très large dans la mesure où ces questions concernent son organisation et son régime politique et juridique, c'est-à-dire ce qui rend la protection effective des droits de l'homme possible. Cette entorse à la marge d'appréciation constitue une troisième difficulté pour la procéduralisation du contrôle européen du point de vue de la subsidiarité.

Paradoxalement, cependant, le développement du contrôle procédural de la Cour EDH est parfois justifié par référence à la subsidiarité⁷⁶. Ainsi, d'aucuns évoquent sa capacité à minimiser les restrictions de la marge d'appréciation sur des sujets moralement sensibles⁷⁷. Le contrôle procédural permettrait en effet de déplacer l'objet du contentieux vers des problèmes institutionnels et procéduraux⁷⁸. La difficulté, c'est que, contrairement à ce que l'on pourrait attendre, les questions procédurales et institutionnelles sont tout aussi controversées voire davantage que les questions dites matérielles⁷⁹.

et à l'étranger, 2015, vol. 131, no. 5, p. 1357. Comme ce terme recouvre aussi l'érosion de la condition de la qualité individuelle de la victime (interdiction de l'*actio popularis*) et du caractère subjectif du contrôle européen, il ne sera pas utilisé ici.

⁷⁶ Voir par exemple, M. Afroukh, *op. cit.*, n° 74, pp. 1377-1380.

⁷⁷ Voir par exemple, Cour EDH, *Tysiac c. Pologne*, 20 mars 2007, n° 5410/03, en lien avec Cour EDH, *A, B, et C c. Irlande*, 16 décembre 2010, n° 25579/05 ; ou Cour EDH, *Hirst c. Royaume-Uni*, 7 décembre 1976, n° 5493/72, en lien avec Cour EDH, *Scoppola c. Italie (No. 3)*, 22 mai 2012, n° 126/05.

⁷⁸ Voir J. Gerards, « The European Court of Human Rights and National Courts », *op. cit.*, n° 16, pp. 59-62.

⁷⁹ Voir par exemple Cour EDH, *Dembélé c. Suisse*, 24 septembre 2013, n° 74010/11, Opinion dissidente de la Juge Keller, §§ 18-19 : « 18. À ma connaissance, il demeure plutôt rare qu'une juridiction suprême nationale se réfère directement à une disposition de la Convention et à la jurisprudence de la Cour afin de motiver sa décision. À mon avis, c'est une forme de réception

Elles donnent donc lieu à des difficultés encore plus grandes sur un plan démocratique, ce qui renforce leur difficulté du point de vue de la subsidiarité du contrôle européen quant à l'organisation démocratique elle-même et notamment du respect de la marge d'appréciation⁸⁰. Le problème ne serait que déplacé, en d'autres termes. De manière générale, il demeure difficile à ce jour de distinguer entre les obligations matérielles et procédurales des États. Ceci a des conséquences dès lors sur l'identification des limites adéquates au contrôle procédural de la Cour EDH et de leurs relations aux limites qu'impose la subsidiarité à son contrôle matériel.

C. Vers un contrôle européen remédial

Un troisième développement que l'on peut observer dans l'extension du contrôle européen est celui du contrôle remédial. Il y a en effet, depuis quelques années, une incursion croissante du contrôle européen dans la spécification des responsabilités de l'État suite à une violation de la CEDH, et notamment en ce qui concerne la réparation de cette violation.

Ce contrôle remédial se fait soit *ex ante* lors du jugement en condamnation soit *ex post* lors d'une deuxième procédure relative à la première condamnation. On pensera par exemple, pour le premier type de contrôle, à la spécification de mesures individuelles et générales dans des arrêts ordinaires ou quasi-pilote⁸¹, à la mise en place de la procédure de l'arrêt pilote⁸², aux dommages et intérêts fixés hors des conditions de la

parfaite de la Convention par la jurisprudence nationale qui est tout à fait dans l'esprit de la subsidiarité au sens large telle qu'inscrite dans la Déclaration de Brighton: 'Les Etats parties et la Cour partagent la responsabilité de la mise en œuvre effective de la Convention, sur la base du principe fondamental de subsidiarité. La Convention a été conclue sur la base, entre autres, de l'égalité souveraine des Etats. Les Etats parties doivent respecter les droits et libertés garantis par la Convention, et remédier de manière effective aux violations au niveau national. La Cour agit en tant que sauvegarde si des violations n'ont pas obtenu de remède au niveau national' (Conférence sur l'avenir de la Cour européenne des droits de l'homme, Déclaration de Brighton, 20 avril 2012, paragraphe 3). 19. Il faut se demander quelles sont les conséquences d'une telle coopération entre une juridiction suprême nationale et la Cour. A mon avis, le Tribunal fédéral a remédié dans l'arrêt du 27 novembre 2008 aux carences de la procédure initiale. Dès lors, il y a eu de la part des autorités nationales une réaction appropriée et adéquate à l'égard de la violation procédurale de l'article 3. Par conséquent, le requérant ne peut plus se prétendre victime d'une violation à raison de la première phase de la procédure nationale (du 2 mai 2005 au 27 novembre 2008). Or la Cour a rejeté l'exception d'irrecevabilité soulevée par le Gouvernement à cet égard, en disant que, dans les circonstances particulières du cas d'espèce, la procédure interne devait être considérée 'dans son ensemble' (paragraphe 60 de l'arrêt). Je me demande ce que les autorités auraient dû faire pour que la Cour soit satisfaite alors qu'elle-même ne va pas au-delà des demandes des parties lorsqu'elle octroie une indemnisation au titre de l'article 41 (Sunday Times c. Royaume-Uni, 26 avril 1979, §§ 76-78, série A no 30) ».

⁸⁰ Voir par exemple Cour EDH, *Animal Defenders*, op. cit., n° 48, §§ 109-114.

⁸¹ Cour EDH, *Assanidzé c. Géorgie*, 8 avril 2004, n° 71503/01.

⁸² Cf. Cour EDH, Règlement de la Cour, Strasbourg, 1^{er} juin 2015, article 61. Voir Cour EDH *Hutten-Czapska c. Pologne*, 19 juin 2006, n° 35014/97, § 232.

« réparation nationale insuffisante⁸³ » ou encore aux dommages et intérêts « exemplaires » ou « punitifs »⁸⁴ et, pour le second, aux « jugements d'exécution » qui font suite à un premier jugement de condamnation et spécifient notamment des obligations de révision en droit interne⁸⁵.

Le développement d'un contrôle remédial par la Cour EDH amène plusieurs entorses au principe de subsidiarité remédiale, et donc aussi à la subsidiarité matérielle, du contrôle européen. Une première entorse est la violation du caractère déclaratoire des arrêts de la Cour EDH (art. 46(1) CEDH)⁸⁶. Une deuxième concerne l'interdiction du contrôle abstrait. La qualité de victime du requérant doit être concrète de manière à ce que le contrôle européen revoie une spécification et une restriction concrète d'un droit dans le seul contexte qui vaille, c'est-à-dire le contexte national, et ne soit pas amené à réduire la discrétion des Etats en la matière. Une troisième entorse concerne la condition de l'absence de réparation effective lors de la fixation d'une juste satisfaction (art. 41 CEDH)⁸⁷. Enfin, le contrôle remédial *ex post* peut aussi amener à une violation de la marge d'appréciation des Etats lorsque l'obligation de réviser un jugement national contraire devient automatique⁸⁸.

⁸³ Cour EDH, *Guiso-Gallissay c. Italie*, 22 décembre 2009, n° 58858/00. Sur la question en général, voir par exemple E. Lambert Abdelgawad, « Is there a Need to Advance the Jurisprudence of the European Court of Human Rights with Regard to the Award of Damages? », *Judgments of the European Court of Human Rights – Effects and Implementation*, dirigé par A. Seibert-Fohr et M. E. Villiger, Nomos, Baden-Baden, 2014, p. 115.

⁸⁴ Cour EDH, *Chypre c. Turquie*, 15 mai 2014, n° 25781/94, §§ 56-59. Voir Opinion dissidente du Juge Pinto de Albuquerque, §§ 12-19.

⁸⁵ Cour EDH, *Verein gegen Tierfabriken Schweiz (VgT) c. Suisse (No. 2)*, 30 juin 2009, n° 32772/02 ; Cour EDH, *Emre c. Suisse (No. 2)*, 11 octobre 2011, n° 5056/10.

⁸⁶ Cour EDH, *Marckx c. Belgique*, 13 juin 1979, n° 6833/74, § 58.

⁸⁷ Cour EDH, *Scozzari et autres c. Italie*, 19 octobre 2010, n° 67790/01.

⁸⁸ Voir par exemple Cour EDH, *Emre c. Suisse (No. 2)*, *op. cit.*, n° 84, Opinion dissidente du Juge Malinverni, § 4-8: « 4. Si, en vertu de l'article 46 § 1 de la Convention, les arrêts de la Cour ont force obligatoire, les États n'en demeurent pas moins libres de choisir les moyens qu'ils jugent les plus appropriés pour s'y conformer. Ceci est d'autant plus vrai dans un cas comme la présente espèce, où la Cour n'a donné, dans l'arrêt même, aucune indication quant à la manière dont elle jugeait opportun de l'exécuter (voir, a contrario, *Assanidze c. Géorgie [GC] no 71503/01, CEDH 2004-II*). 5. Dans l'arrêt qu'il a rendu à la suite de la demande de révision du requérant, le Tribunal fédéral a jugé adéquat, pour donner suite à l'arrêt de la Cour, de ramener à dix ans la durée de l'éloignement de l'intéressé. Il a en effet estimé que l'intérêt privé du requérant à demeurer en Suisse ne l'emportait pas sur l'intérêt public consistant dans son éloignement. Ce faisant, il a, à mon avis, modifié l'un des éléments essentiels de son premier arrêt. 6. J'aimerais ajouter, de manière générale, que le droit de former une demande de révision n'implique pas celui d'obtenir cette révision dans le sens souhaité. Dans la présente affaire, le constat de violation de l'article 8 auquel est parvenue la Cour n'avait pas pour conséquence automatique d'obliger les autorités à annuler l'expulsion litigieuse. Il obligeait simplement le Tribunal fédéral à examiner soigneusement les différentes possibilités d'exécuter l'arrêt et à prendre les mesures adéquates. En remplaçant la mesure d'éloignement définitif par une mesure d'une durée déterminée, le Tribunal fédéral a montré qu'il a procédé à un tel examen approfondi à la lumière du cadre fixé par la Cour. 7. A mon avis, l'on ne saurait non plus prétendre que l'arrêt du Tribunal fédéral constitue un fait nouveau, non tranché par l'arrêt de la Cour. Le cas d'espèce me semble en effet être fondamentalement différent de celui que

Paradoxalement, le développement du contrôle remédial est souvent justifié par référence à la subsidiarité du contrôle européen. Il permettrait en effet une meilleure effectivité de la jurisprudence de la Cour EDH et donc la réduction des violations structurelles et donc répétitives de la CEDH en amont⁸⁹.

III. UN RETOUR À LA SUBSIDIARITÉ DU CONTRÔLE EUROPÉEN

Afin de rendre au principe de subsidiarité la place qui lui revient au sein du contrôle européen, il est important de s'atteler aux difficultés qui grèvent ce principe en pratique. Ceci requiert, tout d'abord, de le repenser par référence aux valeurs d'égalité et de démocratie qui le justifient (A.) et, ensuite, d'en tirer les conséquences pour le raisonnement de la Cour EDH, et notamment l'interprétation à venir du principe de la marge d'appréciation (A.).

A. Repenser la subsidiarité du contrôle européen en général

Face aux difficultés que rencontre le raisonnement de la Cour EDH en matière de subsidiarité, et notamment relativement à la marge d'appréciation, certains préconisent la recherche d'autres principes aptes à guider le contrôle européen. Ils invoquent différents principes alternatifs, comme notamment l'« *embeddedness* »⁹⁰, le « *partenariat* »⁹¹ ou encore le « *dialogue des juges* »⁹².

Plutôt que de « réinventer la roue » et de remplacer la subsidiarité mais sans le faire entièrement, ce chapitre propose de repenser le principe de subsidiarité. Les difficultés conceptuelles et normatives qui minent la jurisprudence y relative ne sont pas rédhibitoires⁹³. Au contraire, il est possible d'y remédier sur la base d'une conception plus rigoureuse de la subsidiarité du contrôle international et européen des droits de l'homme proposée dans ce chapitre: la subsidiarité-complémentarité.

la Cour a tranché dans l'affaire Mehemi c. France (no 2) (no 53470/99, CEDH 2003-IV). Dans cette dernière affaire, en effet, les faits pertinents qu'avait à juger la Cour lors de la seconde procédure étaient différents de ceux dont elle avait eu à connaître dans son premier arrêt. En effet, dans l'intervalle, le requérant avait pu rétablir partiellement sa vie familiale en France sur la base d'autorisations de séjour temporaires assorties d'une assignation à résidence. Dans la présente affaire, en revanche, le Tribunal fédéral s'est expressément replacé dans la situation qui existait au moment où il a rendu son premier arrêt. 8. Pour toutes ces raisons, je suis d'avis que les motifs sur lesquels s'est fondé le Tribunal fédéral dans son second arrêt entrent dans la marge d'appréciation des autorités nationales. Il n'y a donc pas eu une violation de l'article 8, combiné avec l'article 46 de la Convention ».

⁸⁹ Voir J. Gerards, « The European Court of Human Rights and National Courts », *op. cit.*, n° 16, pp. 21-27. Contra : S. Besson, « The 'Erga Omnes' Effect », *op. cit.*, n° 51.

⁹⁰ L. Helfer, *op. cit.*, n° 7.

⁹¹ J. Gerards, « The European Court of Human Rights and National Courts », *op. cit.*, n° 16, pp. 13-94.

⁹² D. Spielmann, « Whither Judicial Dialogue? », *op. cit.*, n° 70.

⁹³ Contra : F. Sudre, dans ce volume.

Les origines des spécificités de la subsidiarité-complémentarité du contrôle international et européen en matière de droits de l'homme remontent à la complémentarité qui caractérise plus généralement les rapports entre le droit national et le droit international des droits de l'homme et leurs fonctions respectives⁹⁴.

Le droit international des droits de l'homme ne constitue pas un régime concurrent ou redondant au droit national des droits de l'homme. Au contraire, il faut voir dans la dualité du droit des droits de l'homme⁹⁵ la marque de la complémentarité des deux régimes. L'identification et la spécification des droits de l'homme doit certes avoir lieu dans un contexte démocratique pour des raisons liées à la relation de constitution mutuelle entre droits de l'homme et égalité fondamentale de statut. Cependant, l'obligation de protéger ce droit (égal) d'avoir des droits (égaux) et donc d'appartenance démocratique doit être assurée de l'extérieur⁹⁶, d'où la complémentarité de la protection nationale et internationale des droits de l'homme, voire la transnationalité de leurs sources⁹⁷. Cette complémentarité se reflète ensuite sur le plan des champs complémentaires d'application personnel, matériel et institutionnel ou procédural des régimes nationaux et internationaux des droits de l'homme.

C'est dans cette relation de complémentarité entre droit national et international des droits de l'homme et notamment la troisième, soit la complémentarité institutionnelle ou procédurale, qu'il faut replacer la subsidiarité du contrôle européen⁹⁸. C'est donc aussi dans la relation de mutualité qui existe entre droits de l'homme et égalité, puis dans le triangle égalité-droits de l'homme-démocratie⁹⁹ que s'inscrit la subsidiarité.

C'est sans surprise dès lors que l'on trouvera la subsidiarité justifiée sur une base démocratique (et épistémique, ce qui, dans certaines théories

⁹⁴ Voir à ce sujet, S. Besson, « Human Rights and Constitutional Law: Mutual Validation and Legitimation », *Philosophical Foundations of Human Rights*, dirigé par R. Cruft, S. M. Liao et M. Renzo, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 279, pp. 288-289.

⁹⁵ Voir G. L. Neuman, « Human Rights and Constitutional Rights: Harmony and Dissonance », *Stanford Law Review*, 2002-2003, vol. 55, no. 5, p. 1863.

⁹⁶ Voir à ce sujet, S. Besson, « Human Rights and Democracy in a Global Context – Decoupling and Recoupling », *Ethics and Global Politics*, 2011, vol. 4, no. 1, p. 19, pp. 22, 31.

⁹⁷ Voir S. Besson, « The Sources of International Human Rights Law », *Oxford Handbook on the Sources of International Law*, dirigé par S. Besson et J. d'Aspremont, Oxford, Oxford University Press, 2017, à paraître.

⁹⁸ Voir S. Besson, « Subsidiarity », *op. cit.*, n° 1, p. 57.

⁹⁹ Sur le lien intrinsèque entre droits de l'homme et démocratie, voir par exemple le Préambule CEDH et la jurisprudence de la Cour EDH : Cour EDH, *Zdanoka c. Lettonie*, 16 mars 2006, n° 58278/00; Cour EDH, *Baczkowski et autres c. Pologne*, 3 mai 2007, n° 1543/06.

démocratiques, revient au même¹⁰⁰) dans la jurisprudence de la Cour EDH¹⁰¹. Contrairement aux justifications démocratiques habituelles de la subsidiarité, il ne s'agit pas ici d'identifier quelle entité parmi les deux entités en relation donne le plus de voix aux personnes affectées par une décision ou protège le mieux leur égalité¹⁰². En effet, une seule entité est démocratique en l'occurrence: l'État partie à la Convention. Il s'agit uniquement de protéger au mieux l'égalité que protège la démocratie et donc les droits de l'homme eux-mêmes en assurant, lorsque c'est nécessaire et d'une manière adéquate, un contrôle judiciaire externe et complémentaire¹⁰³ de ces droits et donc de l'égalité qu'ils constituent. Cette justification démocratique de la subsidiarité explique aussi dès lors que la démocratie fonctionne également comme limite de la subsidiarité du contrôle européen, et plus précisément: l'égalité fondamentale entre les titulaires de droits de l'homme. C'est ainsi que la jurisprudence de la Cour EDH limite, voire supprime la marge d'appréciation des États lorsque sont en cause le noyau intangible d'un droit, les droits et obligations absolues¹⁰⁴, ainsi que l'interdiction de la discrimination¹⁰⁵.

Tout cela explique que l'on puisse considérer la subsidiarité comme un principe organisationnel ou structurel des droits de l'homme. Plutôt que de se référer à chaque fois à l'égalité et à la démocratie, il est plus aisé pour la Cour EDH d'avoir à sa disposition un principe intermédiaire apte à capturer les implications du triangle droits de l'homme-égalité-démocratie¹⁰⁶. C'est aussi ce qui explique son origine avant tout jurisprudentielle.

¹⁰⁰ Voir par exemple, J. L. Martí, « The epistemic conception of deliberative democracy defended: reasons, rightness and equal political autonomy », *Deliberative Democracy and Its Discontents*, dirigé par S. Besson et J. L. Martí, Aldershot, Ashgate, 2006, p. 27.

¹⁰¹ Sur la double justification démocratique et épistémique de la subsidiarité: Cour EDH, *S.A.S. c. France*, *op. cit.*, n° 6, par. 129: « 129. Il faut également rappeler le rôle fondamentalement subsidiaire du mécanisme de la Convention. Les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe et, ainsi que la Cour l'a affirmé à maintes reprises, se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour se prononcer sur les besoins et contextes locaux. Lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national ».

¹⁰² Pour une justification démocratique de la subsidiarité de ce type, voir D. Shelton, *op. cit.*, n° 7, pp. 5-7. Pour une critique de ces justifications: N. Barber, *op. cit.*, n° 21; A. Føllesdal, « The Principle of Subsidiarity », *op. cit.*, n° 21; S. Besson, « Subsidiarity », *op. cit.*, n° 1, p. 57.

¹⁰³ Voir S. Besson, « European Human Rights, Supranational Judicial Review and Democracy – Thinking outside the judicial box », *Human Rights Protection in the European Legal Order: Interaction between European Courts and National Courts*, dirigé par P. Popelier, C. van de Heyning et P. Van Nuffel, Cambridge, Intersentia, 2011, p. 97.

¹⁰⁴ Cour EDH, *Saadi c. Italy*, 28 février 2008, n° 37201/06.

¹⁰⁵ Cour EDH, *Fabris c. France*, 7 février 2013, n° 16574/08, § 72.

¹⁰⁶ Voir G. Letsas, « Rescuing Proportionality », *Philosophical Foundations of Human Rights*, dirigé par R. Cruft, S. M. Liao et M. Renzo, Oxford, Oxford University Press, 2015, p. 316, pour une interprétation similaire du rôle du principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour EDH.

B. Renforcer le test de la marge d'appréciation en particulier

Le principe de subsidiarité du contrôle européen ainsi revisité permettrait de mieux interpréter, et par conséquent de renforcer les différents sous-principes ou « doctrines » que la jurisprudence en a dérivés. On pensera notamment à la marge d'appréciation. De nombreuses difficultés subsistent en effet en lien avec cette doctrine¹⁰⁷. La jurisprudence de la Cour EDH y relative est régulièrement critiquée pour ses confusions terminologiques, conceptuelles ou encore normatives¹⁰⁸.

Il est important de commencer par distinguer clairement entre le champ, la densité et les limites de la marge d'appréciation. Chacune de ces dimensions de la marge d'appréciation dans la pratique de la Cour EDH peut ensuite être interprétée par référence à la justification égalitaire et démocratique de la subsidiarité qu'elles sous-tendent¹⁰⁹.

Premièrement, le champ de la marge d'appréciation. On lit parfois que la marge d'appréciation ne s'appliquerait qu'au juge national et à son appréciation des restrictions aux droits de la Convention. Il découle de la section précédente que la marge doit s'étendre à la spécification du champ et du contenu des droits de l'homme aussi bien qu'à leurs restrictions, d'une part, et aussi bien à l'appréciation des juges nationaux que des autres autorités nationales comme le législateur notamment et ce de manière à protéger les choix opérés lors du processus démocratique, d'autre part¹¹⁰. Ce qui est fondamental dans tous les cas pour que la marge d'appréciation s'applique, c'est que les autorités nationales en cause aient justifié leurs actes et décisions en fournissant des raisons¹¹¹.

Deuxièmement, l'intensité de la marge d'appréciation. C'est une question sur laquelle il est plus difficile d'obtenir des réponses claires de la jurisprudence de la Cour EDH¹¹². En se fondant sur la pratique existante, cependant, une interprétation justifiée par référence à l'égalité et à la démocratie, qui toutes deux sous-tendent le principe de subsidiarité, permet d'envisager deux cas dans lesquels la marge de l'État serait large. Tout d'abord, il s'agit des cas

¹⁰⁷ Voir par exemple J. Gerards, « Pluralism », *op. cit.*, n° 5; J. Kratochvíl, *op. cit.*, n° 5; G. Letsas, « Two Concepts », *op. cit.*, n° 5.

¹⁰⁸ Voir par exemple les termes utilisés dans Cour EDH, Document de référence, *op. cit.*, n° 14, pp. 5-7. Voir aussi Cour EDH, *S. et Marper c. Royaume-Uni*, 4 décembre 2008, n° 30562/04 et 60566/04, § 102.

¹⁰⁹ Pour un développement complet, voir S. Besson, « Subsidiarity », *op. cit.*, n° 1, p. 57.

¹¹⁰ Voir par exemple Cour EDH, *Animal Defenders*, *op. cit.*, n° 48, §§ 115-116. Voir aussi M. Saul, « The European Court of Human Rights' Margin of Appreciation and the Processes of National Parliaments », *Human Rights Law Review*, (2015), Vol. 15, no 4, p. 745.

¹¹¹ Voir par exemple Cour EDH, *Schalk et Kopf c. Autriche*, 24 juin 2010, n° 3014/04, Opinion dissidente des Juges Rozakis, Spielmann et Jebens; Cour EDH, *A. c. Norvège*, 9 avril 2009, n° 28070/06, § 74. Voir aussi R. Spano, *op. cit.*, n° 2, p. 498; A. Føllesdal, « Appreciating », *op. cit.*, n° 4.

¹¹² Voir D. Szymczak, dans ce volume.

dans lesquels il n'existe pas de consensus européen et donc en l'absence d'une approche commune ou convergente (existante ou émergente) entre États démocratiques parties à la Convention. On y retrouvera des cas relatifs à la violation de droits dits personnels (art. 8-11 CEDH), mais pas uniquement. Un deuxième groupe de cas dans lesquels une large marge d'appréciation est reconnue en pratique, et est donc justifiée du point de vue égalitaire et démocratique, regroupe les questions moralement ou politiquement sensibles¹¹³. Ces questions peuvent bien sûr coïncider avec les premières et l'absence d'un consensus européen, mais il se peut qu'elles demeurent controversées moralement et politiquement en dépit de ce consensus. C'est ce qui explique qu'il puisse y avoir une large marge d'appréciation en dépit de l'existence d'un consensus en pratique¹¹⁴, ou l'inverse¹¹⁵. On peut y ajouter la condition cependant que ce désaccord interne soit « raisonnable », comme le dit d'ailleurs la Cour EDH elle-même¹¹⁶. On retrouvera dans ce contexte les dérogations à la Convention au sens de l'art. 15 CEDH¹¹⁷, mais aussi toute question relative à l'organisation de l'État et son régime. Ceci inclut les droits politiques et démocratiques en particulier, comme la liberté d'expression. Plus la restriction est proche du cœur du droit, cependant, et donc de la protection de l'égalité dans une démocratie, et moins grande est la marge¹¹⁸.

Troisièmement, les limites à la marge d'appréciation. L'égalité fondamentale entre les titulaires de droits de l'homme qui fonde la subsidiarité permet aussi de justifier pourquoi certaines limites à la marge sont récurrentes en pratique. Elle permet d'inclure notamment la référence au noyau intangible d'un droit, aux droits et obligations absolues (par exemple, art. 3 CEDH)¹¹⁹, ainsi qu'à l'interdiction de la discrimination (art. 14 CEDH)¹²⁰ comme limites à la marge d'appréciation en pratique.

La notion la plus controversée dans la jurisprudence de la Cour EDH relative à la marge d'appréciation est celle de consensus européen¹²¹. Sa capacité à

¹¹³ Voir A. Føllesdal, « Appreciating », *op. cit.*, n° 5.

¹¹⁴ Voir par exemple Cour EDH, *A, B, et C c. Irlande*, *op. cit.*, n° 76.

¹¹⁵ Voir par exemple Cour EDH, *Hirst c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, n° 76.

¹¹⁶ Cour EDH, *S.A.S. c. France*, *op. cit.*, n° 6, § 129 : « Lorsque des questions de politique générale sont en jeu, sur lesquelles de profondes divergences peuvent raisonnablement exister dans un État démocratique, il y a lieu d'accorder une importance particulière au rôle du décideur national ».

¹¹⁷ Voir par exemple Cour EDH, *A. et autres c. Royaume-Uni*, *op. cit.*, n° 52, § 174.

¹¹⁸ Voir par exemple le contraste entre Cour EDH, *Goodwin c. Royaume-Uni*, 27 mars 1996, n° 17488/90, ou Cour EDH, *Perinçek c. Suisse*, 15 octobre 2015, n° 27510/08, et Cour EDH, *Mouvement raëlien suisse c. Suisse*, 13 juillet 2012, n° 16354/06, § 61.

¹¹⁹ Cour EDH, *Saadi c. Italy*, *op. cit.*, n° 103.

¹²⁰ Cour EDH, *Fabris c. France*, *op. cit.*, n° 104, § 72; Cour EDH, *Sejdić et Finci c. Bosnie et Herzégovine*, 22 décembre 2009, n° 27996/06 et 34836/06.

¹²¹ Voir par exemple L. Wildhaber, A. Hjartarson et S. Donnelly, *op. cit.*, n° 5 ; S. Besson et A.-L. Graf-Brugère, « Le droit de vote des expatriés, le consensus européen et la marge d'appréciation des

fournir un test fiable du standard minimal de protection des droits de l'homme en Europe, et donc de l'effectivité de cette protection en vue de la modulation de la densité de la marge d'appréciation (et, plus généralement, de la subsidiarité matérielle) par la Cour EDH est en effet souvent contestée¹²².

Pourtant, il est difficile d'imaginer un meilleur moyen de déterminer ce standard minimal sur le plan européen. Le consensus détermine ce standard, en effet, sans préteriter les spécifications nationales de ce standard et donc démocratiques et donc sans établir compétence interprétative exclusive et ultime de la Cour EDH. La détermination du consensus européen permet de comparer les pratiques nationales et d'en cristalliser une norme commune et transnationale¹²³. Elle bénéficie par conséquent de la légitimité démocratique de la coutume ou, du moins, de celle de la pratique consensuelle subséquente d'un traité international par ses Etats parties constitutive d'une interprétation évolutive de ce traité (art. 31(3)(b) Convention de Vienne sur le droit des traités^{124 125}).

A la critique de l'indétermination de la notion même de démocratie, la réponse qu'on peut avancer est la même: c'est sur la base de la pratique transnationale d'Etats démocratiques que la Cour EDH peut progressivement consolider des obligations minimales en la matière¹²⁶. Que tous les Etats parties à la CEDH ne soient pas démocratiques ne doit pas davantage nous inquiéter: l'obligation de mettre en place un régime démocratique est aussi incrémentale que celle de respecter les droits de la Convention. C'est ce qui explique, d'ailleurs, qu'il n'y ait pas deux régimes de marge d'appréciation dans la jurisprudence de la Cour EDH: l'un pour les Etats démocratiques et

Etats. Un commentaire de l'arrêt *Sitaropoulos et Giakoumopoulos c. Grèce* », *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2014, vol. 100, p. 937.

¹²² Voir D. Szymczak et F. Sudre, dans ce volume.

¹²³ Voir S. Besson, « Human Rights and Constitutional Law », *op. cit.*, n° 93.

¹²⁴ Convention de Vienne sur le droit des traités, Vienne, 23 mai 1969.

¹²⁵ Voir S. Besson, « Human Rights Adjudication as Transnational Adjudication – Putting Domestic Courts as International Law Adjudicators in Perspective », *International Law and ... ESIL Proceedings of the 10th Anniversary Conference*, dirigé par M. Footer et A. Reinisch, Oxford, Oxford University Press, 2016, à paraître ; I. Ziemele, « Customary International Law in the Case Law of the European Court of Human Rights », *The Judge and International Custom – Proceedings of the Conference*, Strasbourg, Editions du Conseil de l'Europe, 2013, p. 75 ; P. Mahoney, « The Comparative Method in Judgments of the European Court of Human Rights: Reference Back to National Law », *Comparative Law Before the Courts*, dirigé par G. Canivet, M. Andenas et D. Fairgrieve, Londres, British Institute of International and Comparative Law, 2004, p. 135. Pour une discussion de la légitimité démocratique du consentement en droit international, S. Besson, « State Consent and Disagreement in International Law-Making – Dissolving the Paradox », *Leiden Journal of International Law*, 2016, vol. 29, à paraître.

¹²⁶ Voir par exemple Cour EDH, *Animal Defenders*, *op. cit.*, n° 48, §§ 109-114 ; Cour EDH, *Zdanoka c. Lettonie*, *op. cit.*, n° 98 ; Cour EDH, *Baczkowski et autres c. Pologne*, *op. cit.*, n° 98 ; Cour EDH, *Refah Partisi et autres c. Turquie*, 13 février 2003, n° 41340/98 et autres ; Cour EDH, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 2 mars 1987, n° 9267/81.

l'autre pour les Etats non-démocratiques¹²⁷ – dans les limites de l'exigence de délibération et de raisonnement que la Cour EDH a développée pour les autorités nationales, bien entendu.

CONCLUSIONS

La « primarité » de la responsabilité des Etats est récemment devenue le centre de l'attention du « contrôle » européen. De manière fort ironique, c'est au nom de la subsidiarité que ce glissement s'est fait. Le principe de subsidiarité a donc été détourné de son sens premier, et le résultat est que la subsidiarité est devenue de plus en plus subsidiaire dans le contrôle de la Cour EDH.

Plus précisément, le contrôle européen est en passe de devenir un contrôle constitutionnel préventif, abstrait et remédial. En cela, il viole le principe de la subsidiarité procédurale, matérielle ou remédiale. On peut bien sûr s'interroger sur l'intérêt qu'il y a encore à assurer le respect de ce principe dans la procédure d'avis consultatif, dans le contrôle procédural ou dans la spécification des remèdes à une violation par la Cour EDH. D'aucuns proposent même déjà des principes alternatifs mieux à même de guider le contrôle européen en cette période difficile.

La justification démocratique de la subsidiarité, mais aussi son rôle structurel dans le système international et européen des droits de l'homme requièrent pourtant qu'elle soit prise au sérieux et remise au centre du contrôle européen. Rien ne sert en effet d'aller chercher des moyens de renforcer la confiance et la légitimité de la Cour EDH ailleurs qu'au cœur des droits de l'homme et de ce qui fait leur légitimité première : leur égalité et le régime politique qui les garantit tous les deux, soit la démocratie. Mieux vaut travailler dès lors à renforcer le principe de subsidiarité-complémentarité, et notamment à clarifier le champ, l'intensité et les limites de la marge d'appréciation nationale dans le contrôle de la Cour EDH. Différentes propositions en ce sens ont été faites dans ce chapitre.

¹²⁷ Voir A. Føllesdal, « Appreciating », *op. cit.*, n° 5.