

Sabino Cassese

**Une administration indirecte :
la subsidiarité judiciaire à la CEDH***

Résumé

1. Des normes de contrôle déférentielles : de la marge d'appréciation à la subsidiarité
2. Le Protocole no. 15
3. « Les aspirations contradictoires à l'unité et à la diversité » : l'administration indirecte par la subsidiarité
4. La définition et les limites de la subsidiarité
5. Conclusion : les perspectives ouvertes par la subsidiarité

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

1. Des normes de contrôle différencielles : de la marge d'appréciation à la subsidiarité

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

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

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

² Le principe connexe qu'une affaire doit avoir été dûment examinée par un tribunal interne, a été introduit par le Protocole no. 14 à l'article 35 de la Convention (désormais l'article 35(3)(b)) afin de « garantir que toute affaire fera l'objet d'un examen juridictionnel, soit sur le plan national, soit sur le plan européen ; autrement dit, il s'agit d'éviter le déni de justice. Cette clause se concilie également avec le principe de subsidiarité, tel qu'il ressort surtout de l'article 13 de la Convention, qui exige l'existence au niveau national d'un recours effectif permettant de se plaindre d'une violation. » (*Korolev c. Russie* (déc.), no. 25551/05, 1^{er} juillet 2010, Première section, décision sur la recevabilité).

³ Voir D. Spielmann, *Allowing the Right Margin. The European Court of Human Rights and the National Margin of Appreciation Doctrine: Waiver or Subsidiarity of European Review?*, Centre for European Legal Studies, University of Cambridge, Faculty of Law, Working Paper Series, février 2012, p. 2.

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

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

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

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

La Cour de justice de l'Union européenne a reconnu aux gouvernements nationaux une marge d'appréciation fondée sur le présupposé que « les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre publique

⁴ D. Spielmann, *Allowing the Right Margin*, *op. cit.*, p. 28. Pour un exposé détaillé de la marge d'appréciation comme relevant de la subsidiarité, voir J. Christoffersen, *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*, Leiden-Boston, Martinus Nijhoff, 2009, pp. 236 et suivantes. La doctrine de la marge d'appréciation est sujette à de multiples interprétations par la Cour de Strasbourg, comme récemment dans l'affaire *S.A.S. v. France* [GC], no. 43835/11, ECHR 2014 (large marge d'appréciation pour faire place au processus démocratique s'agissant de questions de politique générale sur lesquelles de profondes divergences peuvent exister).

⁵ Y. Shany, « Toward a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law? », dans *European Journal of International Law*, 2005, vol. 16, no. 5, pp. 907 et suivantes.

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

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

peuvent varier d'un pays à l'autre »⁸, ou lorsqu'il est nécessaire de ménager un équilibre entre des droits communautaires et des droits nationaux⁹, comme par exemple dans le contexte de la liberté d'expression, ou encore simplement en raison des disparités entre nations¹⁰.

2. Le Protocole no. 15

Pour en revenir à Strasbourg, le Protocole no. 15 a enraciné le principe de subsidiarité dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme. La question primordiale est la suivante : ce principe est-il nouveau ou s'agit-il d'une simple codification d'un principe dérivé du mécanisme¹¹ ou établi par la Cour ?

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

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

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

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

Selon F. Fabbrini, *The Margin of Appreciation and the Principle of Subsidiarity. A Comparison*, University of Copenhagen Faculty of Law, iCourts Working Paper Series, no. 15, 2015, p. 9, « bien que le principe de subsidiarité en droit de l'UE et la doctrine de la marge d'appréciation de la CEDH aient une fonction constitutionnelle similaire, leur nature juridique et leur orientation au plan institutionnel sont différentes », « le principe de subsidiarité doit être interprété comme un concept neutre, qui comporte une dimension négative et une dimension positive, alors que la marge d'appréciation doit être vue comme cantonnée uniquement à la dimension négative » ; « le principe de subsidiarité s'adresse en premier lieu au législateur [...] la marge d'appréciation, au contraire, concerne principalement l'exercice de ses compétences par la CEDH [...] »

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

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

Suite à la Conférence de Brighton, l'article 1 du Protocole no. 15, qui n'est pas encore en vigueur, a ajouté un nouveau considérant au Préambule de la Convention : « il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente Convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme [...] ».

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

de la CEDH dans l'affaire *Hirst*, affaire qui concernait le droit de vote des détenus britanniques¹².

A la lecture de ce texte, il est difficile de cerner la raison pour laquelle des normes de contrôle déferentielles ont été introduites par le nouveau Protocole. Cette raison était peut-être d'ordre purement fonctionnel, par exemple pour résoudre un problème d'engorgement ou des difficultés tenant à un manque de ressources et d'expertise pour les enquêtes ou les vérifications de faits effectuées par la Cour de Strasbourg¹³. D'autres possibilités sont la volonté de reconnaître la diversité des identités nationales ou la primauté de la souveraineté, de minimiser les restrictions¹⁴ ou de respecter la primauté de la démocratie, dans le même esprit que ceux qui sont d'avis que le contrôle par le juge peut être guidé par la subsidiarité « pour renforcer leur légitimité spécifiquement démocratique » et que « la marge d'appréciation [...] est l'un des principaux exemples [...] d'une norme de contrôle fondée sur la démocratie »¹⁵.

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

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

Deuxièmement, le fait que le système de la Convention repose sur les systèmes nationaux, qui doivent offrir des voies de recours effectives aux personnes s'estimant victimes d'atteintes à leurs droits, fait partie de la Convention. Mais la Convention, telle que la Cour l'interprète, peut dans certains cas offrir une protection supplémentaire qui s'ajoute à celle assurée au niveau national. Pour ces affaires, la Cour a développé une construction jurisprudentielle, la doctrine de la marge d'appréciation ; qui constitue une obligation de retenue qu'elle s'impose elle-même. Cependant, tant le principe de subsidiarité que la doctrine de la marge d'appréciation sont désormais imposés à la Cour par la Convention. L'un comme l'autre sont

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

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

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

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

désormais fondés sur une source de droit qui n'est pas issue de la jurisprudence mais de la Convention. Jusqu'à la rédaction du Protocole no. 15, la marge d'appréciation était accordée aux Etats contractants par la Cour. Depuis le Protocole no. 15, les Etats contractants jouissent du *droit* de recourir au principe de subsidiarité et à la doctrine de la marge d'appréciation.

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

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

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

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

Je souhaite soulever maintenant un dernier point s'agissant de la subsidiarité. Ce principe affiche une tradition de longue date, et assez marquée par l'échec,¹⁷ au niveau de l'élaboration des règles comme au niveau de la prise de décisions administratives. Dans le contexte du système de la Convention, le principe de subsidiarité n'a été introduit pour régir ni la première, ni la deuxième, mais pour s'appliquer au contrôle par le juge. Ce principe s'adresse à la Cour, en tant qu'acteur principal de la Convention, et la subsidiarité judiciaire diffère de la subsidiarité législative ou administrative.

La subsidiarité a été employée pour opérer une répartition verticale des fonctions entre le centre et la périphérie. Dans ce contexte, le principal but de la subsidiarité est

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

¹⁷ P. Craig, *Subsidiarity, a Political and Legal Analysis*, University of Oxford, Legal Research Paper Series, no. 15, avril 2012.

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

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

De par son contexte, l'emploi fait de la subsidiarité par le Protocole no. 15 est nouveau. La subsidiarité s'applique au contrôle par le juge et non pas à l'acte de légiférer ou aux décisions de l'administration. Le but n'est pas de répartir des fonctions mais de contrôler l'application uniforme, dans des contextes nationaux, de normes et principes supranationaux. A ma connaissance, le seul précédent de ce type d'application du principe de subsidiarité est celui de l'article 51 et du Préambule de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne (2010/C 83/02).

3. « Les aspirations contradictoires à l'unité et à la diversité¹⁹ » : l'administration indirecte par la subsidiarité

Nous devons maintenant nous pencher sur le principe de subsidiarité en tant que tel. L'« histoire [de la subsidiarité est] longue et haute en couleurs »²⁰, et on compte pas moins de trente significations différentes du terme « subsidiarité ». C'est pourquoi la subsidiarité a été qualifiée de programme, de formule magique, d'alibi, de mythe, de feuille de vigne, d'aspiration²¹. La subsidiarité est « le mot qui a sauvé le Traité de

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

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

²⁰ T. Horsley, « Subsidiarity and the European Court of Justice: Missing Pieces in the Subsidiarity Jigsaw? », dans *Journal of Common Market Studies*, 2012, vol. 50, no. 2, p. 268.

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

Maastricht »²². Il a été écrit que la subsidiarité « ne peut à elle seule légitimer ou contribuer à un partage justifiable de l'autorité entre les institutions nationales et internationales, par exemple en matière de protection des droits de l'homme »²³.

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

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

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

²² D. Z. Cass, « The Word that Saves Maastricht? The Principle of Subsidiarity and the Division of Powers within the European Community », dans *Common Market Law Review*, 1992, vol. 29, no. 1, pp. 1107 et suivantes.

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

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

²⁵ P.G. Carozza, *Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law*, Notre Dame Law School Scholarly Works, 2003, no. 564, p. 78 (aussi dans *American Journal of International Law*, 2003 et, en italien, dans P. G. Grasso (ed.), *Europa e Costituzione*, Napoli, ESI, 2005, pp. 129 et suivantes).

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

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

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

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

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

4. La définition et les limites de la subsidiarité

Où finit le droit supérieur et où commence le droit interne ? Il est important de répondre à cette question en définissant la subsidiarité et ses limites, pour garantir que les objectifs de la Convention soient remplis, pour réduire le risque d'une domination par la Cour et les organes de la Convention, qui peuvent abuser de leur flexibilité, et pour protéger tant la Cour que les organes de la Convention face aux

²⁸ B. Simma et D. Pulkowski, « Of Planets and the Universe: Self-Contained Regimes in International Law », dans *European Journal of International Law*, 2006, vol. 17, no. 3, pp. 483 et suivantes.

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

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

Etats plus puissants³¹. On ne doit laisser ni la Cour ni les Parties contractantes et leurs juridictions nationales « errer dans un désert de pouvoir discrétionnaire inconnu »³².

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

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

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

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

³³ A. von Bogdandy et al., « Solange ribaltata. Proteggere l'essenza dei diritti fondamentali nei confronti degli Stati membri dell'UE », dans *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2012, no. 4, pp. 4 et 5.

³⁴ I. Rasilla del Moral, « The Increasingly Marginal Appreciation of the Margin-of-Appreciation Doctrine », dans *German Law Journal*, 2006, juin, No. 6, p. 613.

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

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

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

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

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

5. Conclusion : les perspectives ouvertes par la subsidiarité

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

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

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

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

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

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

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

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

³⁹ On doit également considérer les conséquences de la participation de l'Union à la Convention et l'impact du Protocole no. 16, qui prévoit la délivrance d'« avis consultatifs sur des questions de principes relatives à l'interprétation ou à l'application des droits et libertés définis par la Convention ou ses Protocoles ».

du Conseil de l'Europe dans son rapport de mai 2014⁴⁰. Il devient donc nécessaire, pour le compléter, d'ajouter au contrôle par la base, à savoir les élections par les citoyens, un contrôle par le haut.

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

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