

DIALOGUE ENTRE JUGES 2024

# Réexaminer la subsidiarité à l'ère de la responsabilité partagée



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

COUNCIL OF EUROPE



CONSEIL DE L'EUROPE

# Dialogue entre juges

Actes du séminaire  
24 janvier 2024

*Réexaminer la subsidiarité à l'ère  
de la responsabilité partagée*

Tout ou partie de ce document peut faire l'objet d'une reproduction libre de droits avec mention de la source «*Dialogue entre juges, Cour européenne des droits de l'homme, Conseil de l'Europe, 2024*»

© Cour européenne des droits de l'homme, 2024

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

## TABLE DES MATIÈRES

<b>Síofra O’Leary</b> Présidente de la Cour européenne des droits de l’homme	5
<b>Peggy Ducoulombier</b> Professeur, Université de Strasbourg	9
<b>Julia Hänni</b> Juge, Tribunal fédéral suisse	15
<b>Fiona de Londras</b> Professeur, d’études juridiques globales, Birmingham Law School, Université de Birmingham	23
<b>Michal Bobek</b> Juge, Cour administrative suprême de la République tchèque	31
<b>Audience solennelle de la Cour européenne des droits de l’homme à l’occasion de l’ouverture de l’année judiciaire</b>	
<b>Síofra O’Leary</b> Présidente de la Cour européenne des droits de l’homme	43
<b>Didier Reynders</b> Commissaire européen à la Justice	51



## Síofra O’Leary

**Présidente de la Cour européenne  
des droits de l’homme**

### DISCOURS D’OUVERTURE

Chers présidents de Cours constitutionnelles et suprêmes, Chers intervenants, Chers collègues, anciens collègues et amis,

J’ai grand plaisir à vous accueillir pour notre séminaire annuel qui précède l’ouverture officielle de l’année judiciaire à Strasbourg.

Je resterai brève compte tenu des orateurs intéressants qui vous attendent et parce que j’aurai l’honneur de m’adresser à vous plus tard ce soir.

Nous approchons du 75<sup>e</sup> anniversaire de la Convention et du 20<sup>e</sup> anniversaire de ces séminaires judiciaires, dont le but était et demeure de réunir les juges des juridictions supérieures nationales pour un après-midi de réflexion et d’échange constructif et, le cas échéant, critique.

Permettez-moi d’adresser mes remerciements au comité d’organisation de cette année : les juges Elósegui et Sabato, qui en ont assuré la coprésidence, assistés des juges Harutyunyan, Yuksel et Pavli. Les débats de cet après-midi seront menés par les juges Derenčinović et Arnardóttir, que je remercie également.

Beaucoup de travail a été engagé dans la préparation du séminaire de ce jour, et je voudrais remercier mes collègues et les intervenants pour le temps et l’énergie qu’ils y ont investis au cours des derniers mois.

Au sein de l’équipe du greffe, je tiens aussi à remercier Stefano Piedimonte et Rachael Kondak, de mon cabinet, assistés de Valerie Schwartz et Tatiana Kirsanova.

La subsidiarité, sous une forme ou sous une autre, est un thème récurrent de ce séminaire annuel, ce qui n’est guère surprenant compte tenu du rôle essentiel qu’elle joue dans un système judiciaire fondé sur la responsabilité partagée.

En hommage à l’un de mes prédécesseurs, Jean-Paul Costa, qui est malheureusement décédé l’an dernier, il est utile de rappeler le message par lequel il avait ouvert le séminaire de 2010 :

« La place des traités peut varier dans la hiérarchie des normes selon les pays. Mais la Convention, instrument multilatéral de garantie collective des droits, tient une place spécifique. Les juges nationaux doivent l’interpréter, l’appliquer, la faire prévaloir sur des règles ou des pratiques incompatibles. Plus ils le feront et moins notre Cour aura à intervenir, sauf pour être cet ultime rempart qu’avaient conçu les Pères fondateurs. »<sup>1</sup>

<sup>1</sup> J.-P. Costa, Dialogue entre juges, 2010, p. 5.

Depuis l'entrée en vigueur du Protocole n° 15 en 2021, la Convention contient une référence expresse à la subsidiarité<sup>2</sup>. Mais il convient de souligner que ce protocole n'a fait qu'intégrer des principes établis de longue date, profondément enracinés dans la Convention, comme le montre l'affaire linguistique belge qui remonte à 1968<sup>3</sup>.

La subsidiarité, telle qu'exprimée dans la Convention, comprend deux éléments :

- l'obligation pour les États de mettre en œuvre les garanties de la Convention, qui est plus une obligation de résultat que de moyens,
- et l'obligation pour la Cour de donner aux autorités nationales la possibilité la plus complète d'examiner un grief fondé sur la Convention, aussi grave soit-il, avant de pouvoir se pencher elle-même sur la question.

Plusieurs articles de la Convention reflètent ces obligations, des décennies de jurisprudence les ont expliquées, et le guide de la Cour sur la recevabilité, qui était extrêmement novateur au moment de sa première publication, en a assuré une diffusion effective.

En ce qui concerne la manifestation procédurale la plus importante de la subsidiarité – l'obligation d'épuiser les voies de recours internes effectives –, je pense qu'une explication éloquente et actualisée des raisons pour lesquelles les voies de recours et les juridictions nationales sont d'une importance fondamentale nous est fournie dans l'arrêt rendu l'année dernière par la Grande Chambre dans l'affaire *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*<sup>4</sup>.

Le syndicat requérant avait sollicité l'autorisation d'organiser un événement public pendant la première phase de la pandémie de Covid 19 et soutenait qu'une série de mesures restreignant les rassemblements publics avait porté atteinte à son droit de réunion pacifique. Il avait toutefois renoncé à sa demande d'autorisation, il n'avait pas invoqué l'une des exceptions prévues par le droit interne ni contesté devant les juridictions suisses l'atteinte portée à son droit découlant de la Convention.

Dans son arrêt, la Cour a observé que l'apparition de la pandémie avait confronté les États au défi de protéger la santé publique tout en garantissant le respect des droits fondamentaux de chacun. Elle a souligné ce qui suit :

« (...) dans ce contexte inédit et hautement sensible, il était d'autant plus important que les autorités nationales fussent à même de ménager au préalable l'équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou entre différents droits protégés par la Convention, en tenant compte des besoins et des contextes locaux et de l'état de la situation sanitaire qui existait au moment des faits. »

Dans l'affaire *CGAS c. Suisse* – dans laquelle la Cour a déclaré irrecevable le grief formulé – nous voyons également la reconnaissance d'un autre aspect important de la subsidiarité, à savoir le fait que les autorités nationales jouissent d'une légitimité démocratique directe en ce qui concerne la protection des

droits de l'homme et que, grâce à leurs contacts directs et constants avec les forces vives de leur pays, elles se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour évaluer les besoins et le contexte locaux<sup>5</sup>.

Mais la subsidiarité présuppose aussi que vos tribunaux agissent en tant que gardiens fidèles des droits garantis par la Convention avant qu'une quelconque déférence ne leur soit accordée<sup>6</sup>. Vous êtes les premiers, mais pas nécessairement les derniers, arbitres de la protection des droits de l'homme. La subsidiarité n'a de sens que si les juridictions nationales s'engagent pleinement et de bonne foi dans la protection des droits et libertés garantis par la Convention. Le rôle de la Cour peut alors demeurer véritablement subsidiaire et son intervention plutôt exceptionnelle.

Nous espérons qu'aujourd'hui vous vous engagerez dans un débat sur la voie que nous avons empruntée concernant le principe de subsidiarité. Nous espérons également que ces discussions nous permettront d'envisager l'avenir. Quel est le rôle du contrôle axé sur le processus dans ce contexte et quelle pourrait être son évolution dans les années à venir ? Au cours de la quatrième session, la balle sera dans votre camp, puisque nous nous concentrerons sur les avis et les suggestions des autorités judiciaires nationales.

Tout comme la subsidiarité, le dialogue est essentiel dans un système fondé sur la responsabilité partagée. C'est aussi une source d'enrichissement judiciaire et un plaisir de voir autant de vieux amis et connaissances au Palais des droits de l'homme.

Je cède la parole à mes collègues, les juges Elósegui et Sabato, qui vont introduire le séminaire et présenter les intervenants au nom du comité d'organisation.

Je vous souhaite à toutes et à tous un après-midi de débats productif et fructueux.

2 Le Protocole n° 15 est entré en vigueur le 1<sup>er</sup> août 2021. Voir aussi, pour l'expression de la subsidiarité dans les dispositions de la Convention, l'article 1 (les Hautes Parties contractantes reconnaissent à toute personne relevant de leur juridiction les droits et libertés définis dans la Convention), l'article 13 (les États doivent garantir un recours effectif contre les violations des droits et libertés garantis par la Convention), l'article 35 § 1 (obligation de l'épuisement des voies de recours internes) ou l'article 53 (les États contractants peuvent aller au-delà de la protection accordée par la Convention).

3 *Affaire « relative à certains aspects du régime linguistique de l'enseignement en Belgique »* (fond), 23 juillet 1968, p. 35, § 10 in fine, série A n° 6.

4 *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse* [GC], n° 21881/20, § 163, 27 novembre 2023. Voir aussi l'arrêt rendu par la Grande Chambre en 2023 dans l'affaire *Fu Quan, s.r.o. c. République tchèque* [GC], n° 24827/14, 1<sup>er</sup> juin 2023, sur l'obligation d'épuisement des voies de recours internes pesant sur les requérants, cette fois à propos de griefs fondés sur l'article 1 du Protocole n° 1 et en réponse aux arguments concernant le principe *jura novit curia*.

5 Voir, parmi d'autres, *Hatton et autres c. Royaume-Uni* [GC], n° 36022/97, § 97, CEDH 2003-VIII, *Dickson c. Royaume-Uni* [GC], n° 44362/04, § 78, CEDH 2007-V, *Vistiņš et Perepjolkins c. Lettonie* [GC], n° 71243/01, § 98, 25 octobre 2012, et *Garib c. Pays-Bas* [GC], n° 43494/09, § 137, 6 novembre 2017.

6 Lauterpacht et al, 'The Proposed European Court of Human Rights', (35) *Transactions of the Grotius Society* (1949), p. 34.



## Peggy Ducoulombier

Professeur, Université de Strasbourg

### L'IMPACT DU PROTOCOLE N° 15 SUR LA SUBSIDIARITÉ

Je souhaiterais tout d'abord remercier Madame la Présidente O'Leary et les membres du comité d'organisation de ce séminaire, particulièrement les juges Elósegui et Sabato, pour cette invitation qui m'honore à prendre la parole devant cette éminente assemblée afin d'aborder la question de l'impact du Protocole n° 15 sur la subsidiarité.

Le Protocole n° 15 a suscité de nombreuses controverses, en raison de la modification du préambule de la Convention qu'il opère pour y inscrire la subsidiarité, principe directeur du fonctionnement du système européen<sup>1</sup>, mais surtout la marge nationale d'appréciation, doctrine créée par les organes conventionnels<sup>2</sup>.

Rédigé en 2013 à la suite de la conférence de Brighton<sup>3</sup>, marquée par la défiance de certains États parties à la Convention à l'égard de la Cour, ce protocole a pu être présenté comme poursuivant le « recadrage »<sup>4</sup> de la Cour européenne, en raison d'une jurisprudence perçue par certains États comme étant trop intrusive, insuffisamment respectueuse de leur marge d'appréciation, en réalité de leur souveraineté.

Ainsi, lorsque l'on interroge l'impact du Protocole n° 15 sur la subsidiarité, se trouve en filigrane la critique d'une influence négative sur les facettes procédurales et substantielles du principe, qui aurait mené à la retenue – voire au retrait – de la Cour face au mécontentement de ces États.

Avec le bénéfice du passage du temps, je voudrais interroger la réalité de cette idée, notamment au regard du fait que si la source des notions de subsidiarité et de marge d'appréciation a changé, et que le message que voulaient envoyer certains États était clair<sup>5</sup>, c'est la Cour européenne qui demeure la maîtresse de leur interprétation<sup>6</sup>.

1 Voy. déjà la référence au principe dans l'affaire « Linguistique belge » de 1968. Voy., également, CEDH, GC, *Austin et autres c. Royaume-Uni*, 15 mars 2012, § 61 : « [...] la subsidiarité est l'un des piliers de la Convention [...] ».

2 Dernier alinéa du préambule de la Convention, ajouté par le Protocole 15 : « 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 ».

3 19-20 avril 2012.

4 Frédéric Sudre, « Le recadrage de l'office du juge européen », in *Le principe de subsidiarité au sens de la Convention européenne des droits de l'Homme*, Frédéric Sudre (dir.), Bruxelles, Nemesis, Anthemis, 2014, p. 239-264. Peu après la rédaction du Protocole 15, nous avons également contesté l'inscription de la marge d'appréciation dans le préambule et pu critiquer certains arrêts, en raison de leur contribution à ce que nous considérons être une remise en cause de lignes jurisprudentielles établies. Qu'il nous soit permis de renvoyer à Peggy Ducoulombier, « *Animal Defenders International c. Royaume-Uni* : victoire du dialogue institutionnel ou déférence injustifiée à l'égard des principes du droit britannique ? », *Journal européen des droits de l'homme*, 2014/1, p. 3-28. En 2021, F. Merloz parle plutôt d'un « texte de compromis », tout en soulignant les risques que ce Protocole comportait. Voy. Florence Merloz, « Entrée en vigueur du Protocole no 15 à la Convention européenne des droits de l'homme : le Protocole de l'ère de la subsidiarité », *RTDH* 2021/4, p. 807-827.

5 Sur les tentatives d'influence de la part des États par le biais des Déclarations de haut niveau, voy. Jon Fridrik Kjølbro « State Parties' Wish to Influence the Court's Application of the Principle of Subsidiarity and the Margin of Appreciation by Means of High-Level Declarations », in *Liber Amicorum Robert Spano*, Lima, Anthemis, 2022, p. 351-360.

6 Comme le rappelait la Cour dans son avis sur le projet de déclaration de Copenhague, « la subsidiarité a effectivement une incidence sur la nature et l'intensité du contrôle exercé par la Cour dans une affaire donnée, mais la Cour conserve le pouvoir de statuer en dernier lieu sur le point de savoir s'il y a eu violation des droits garantis par la Convention. C'est précisément le sens de l'article 1 du Protocole n° 15 ».

Pour évaluer l'impact du Protocole n° 15 sur la subsidiarité, il ne faut pas se limiter à la période postérieure au 1<sup>er</sup> août 2021, date d'entrée en vigueur du Protocole, qui voit cependant les références expressives au texte se développer, comme dans l'arrêt de Grande chambre *Grzęda c. Pologne*, du 15 mars 2022, dont l'intérêt est de lier la subsidiarité à la responsabilité partagée, dans un contexte de mise en danger de l'indépendance de la Justice au niveau national<sup>7</sup>.

Il faut aussi porter son regard vers les années 2012/2013, qui marqueraient le début de « l'ère de la subsidiarité », pour reprendre les termes de Robert Spano<sup>8</sup>. Il faut même replacer cette question dans une chronologie débutant a minima en 2010<sup>9</sup>, avec le processus d'Interlaken<sup>10</sup>, qui voit apparaître l'idée de responsabilité partagée<sup>11</sup>, et l'entrée en vigueur du Protocole n° 14.

La contribution de la Cour à la réflexion sur son avenir a majoritairement emprunté le langage de la responsabilité partagée dans la protection de la Convention, comme en atteste déjà son avis préliminaire à l'organisation de la conférence de Brighton<sup>12</sup>, afin de lutter contre le risque de dévoiement de la notion de subsidiarité et l'idée d'une limitation de son contrôle, imposée par une contrainte externe. Les conférences qui ont suivi la conférence de Brighton<sup>13</sup>, y compris le Sommet des chefs d'État et de gouvernement de Reykjavík<sup>14</sup>, ont confirmé cette vision équilibrée de la subsidiarité, rappelant les devoirs des États dans l'application de la Convention et l'exécution des arrêts de la Cour<sup>15</sup>.

Cette temporalité permet également de remettre la jurisprudence dans un autre contexte, celui de la nécessaire maîtrise par la Cour du flux contentieux<sup>16</sup>, illustrant le caractère multifactoriel du redéploiement du principe de subsidiarité<sup>17</sup>. Cela me permet d'envisager en premier lieu son versant procédural, à travers quelques mots sur l'épuisement préalable des voies de recours internes<sup>18</sup>.

La condition d'épuisement des voies de recours permet de rappeler le rôle du requérant dans le jeu de la responsabilité partagée car si la subsidiarité exige des États qu'ils mettent en œuvre des recours effectifs permettant de se plaindre de violations de la Convention, il incombe aux requérants de les épuiser correctement afin de leur permettre de répondre à leurs griefs et d'éviter de vouloir faire jouer à la Cour le rôle de juridiction de première instance.

Il n'est pas aisé de répondre à la question de savoir si la Cour serait, dans ce domaine, plus sévère aujourd'hui qu'hier à l'égard des requérants<sup>19</sup>.

La jurisprudence relative à l'épuisement des voies de recours s'est effectivement développée, affinée nous dit le document de travail du séminaire, mais la Cour maintient ses principes généraux en la matière<sup>20</sup>.

Par exemple, la règle selon laquelle le requérant n'a pas à épuiser plusieurs recours, dès lors qu'il a épuisé correctement un recours utile<sup>21</sup>. De même, alors que la Cour analyse de sa propre initiative le respect du délai d'introduction de la requête, elle n'a pas encore cédé aux appels de certains de ses membres concernant l'analyse d'office du critère d'épuisement des voies de recours dans les affaires communiquées au gouvernement<sup>22</sup>. Cette évolution contribuerait au renforcement de la subsidiarité, car sans épuisement correct des voies de recours la Cour ne peut bénéficier de l'examen réalisé par les juridictions internes<sup>23</sup>, mais déséquilibrerait les obligations des requérants et du gouvernement défendeur dans le procès<sup>24</sup>. Enfin, de manière favorable au requérant, la Cour maintient le principe de l'invocation devant les juges nationaux des griefs fondés sur une violation de la Convention au moins en substance<sup>25</sup>, même s'il est possible de

19 Voy. Liz Glass, « The age of subsidiarity. The ECtHR's approach to the admissibility requirement that applicants their Convention complaint before domestic courts », NQHR, 2023, vol. 41 (2), p. 75-96. L'étude interroge la réalité du point 32 de la Déclaration de Copenhague qui se félicite d'une application « continue, stricte et cohérente [des] critères de recevabilité et de compétence », aboutissant à imposer « aux requérants de faire preuve d'une diligence accrue pour soulever leurs griefs tirés de la Convention devant les juridictions internes ». La Déclaration de Brighton appelait déjà à une application stricte des critères de recevabilité (voy. le point 14). Les conclusions de l'auteur sont nuancées et elle ne semble pouvoir conclure à une plus grande sévérité que dans quelques affaires impliquant le Royaume-Uni. Par exemple, elle estime que l'arrêt *Vučković et autres c. Serbie*, du 25 mars 2014, est dans la continuité des principes de la jurisprudence antérieure. Voy. aussi Lewis Graham, « Strategic admissibility decisions in the European Court of Human Rights », *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 69, January 2020, p. 79-102. L'auteur estime que la Cour a pu utiliser de manière stratégique les critères de recevabilité pour influencer les relations avec le Royaume-Uni. Cependant, ces exemples, s'ils intéressent au regard du contexte de rédaction du Protocole 15, peuvent également s'expliquer par les spécificités nationales (la nécessité pour la Cour de souligner l'importance du HRA dans un contexte de remise en cause permanente du texte) et ne permettent pas de tirer des conclusions générales. Des affaires démontrent, par ailleurs, une certaine souplesse de la part de la Cour comme dans l'arrêt *Pavlov et autres c. Russie*, du 11 octobre 2022. La Cour ne déclare pas irrecevables les requêtes de personnes, qui pourtant n'avaient pas épuisé les recours au niveau supérieur, au motif que l'État avait été mis en mesure de répondre aux griefs soulevés par l'action d'autres requérants se trouvant dans une situation similaire. Or, cet élément démontre que tous les requérants auraient pu poursuivre leur action et, par ailleurs, déclarer certaines requêtes irrecevables pour non-épuisement des voies de recours n'aurait pas empêché la Cour d'examiner l'affaire.

20 Sur d'autres questions de compétence et de recevabilité, la Cour a même fait preuve d'ouverture. Voy. CEDH, GC, *Centre de ressources juridiques au nom de Valentin Câmpeanu c. Roumanie*, 17 juillet 2014, dans lequel la Cour accepte une requête portée par une ONG pour autrui, au regard des circonstances particulières de la cause ; ou encore CEDH, GC, *Moreira Ferreira c. Portugal (n°2)*, 10 juillet 2017, où elle s'estime compétente à traiter d'une affaire qui semble pourtant empiéter sur le rôle du Comité des Ministres, en charge du suivi de l'exécution des arrêts de la Cour.

21 Voy., par exemple, CEDH, GC, *O'Keefe c. Irlande*, 28 janvier 2014, § 109 : « [...] si une personne a plusieurs recours internes à sa disposition, elle est en droit d'en choisir un susceptible d'aboutir au redressement de son principal grief. En d'autres termes, lorsqu'une voie de recours a été utilisée, l'usage d'une autre voie dont le but est pratiquement le même n'est pas exigé [...] ».

22 Voy., par exemple, le juge Bošnjak dans son opinion dissidente sous CEDH, GC, *Sanchez c. France*, 15 mai 2023, pt 2 ou les juges O'Leary et Koskelo dans leur opinion concordante commune sous CEDH, GC, *Fabian c. Hongrie*, 5 septembre 2017, pt 5. Sur ce sujet, voy. Georges Ravarani, « L'épuisement des voies de recours internes », in *Liber Amicorum Robert Spano*, Limal, Anthemis, 2022, p. 587-602.

23 En ce sens, voy. l'opinion des juges O'Leary et Koskelo, préc.

24 La Cour pourtant examine d'office la question du délai d'introduction de la requête pour des raisons de sécurité juridique.

25 Pour un exemple récent, voy. CEDH, GC, *Humpert et autres c. Allemagne*, 14 décembre 2023, § 151 : « La Cour rappelle que la règle de l'épuisement des voies de recours internes a pour finalité de permettre à un État contractant d'examiner, et ainsi de prévenir ou redresser, la violation de la Convention qui est alléguée contre lui. Certes, il n'est pas toujours nécessaire que la Convention soit explicitement invoquée dans la procédure interne : il suffit que le grief soit soulevé 'au moins en substance'. Cela signifie que le requérant doit avancer des arguments juridiques d'effet équivalent ou similaire fondés sur le droit interne, de manière à permettre aux juridictions nationales de redresser la violation alléguée. Toutefois, ainsi qu'il ressort de la jurisprudence de la Cour, pour permettre véritablement à un État contractant de prévenir ou de redresser la violation alléguée, il faut, afin de déterminer si le grief porté devant la Cour a effectivement été soulevé auparavant en substance devant les autorités internes, tenir compte non seulement des faits mais aussi des arguments juridiques du requérant. En effet, il serait contraire au caractère subsidiaire du dispositif de la Convention qu'un requérant, négligeant un argument possible au regard de la Convention, puisse devant les autorités nationales invoquer un autre moyen pour contester une mesure litigieuse, et par la suite introduire devant la Cour une requête fondée sur l'argument tiré de la Convention [...] ».

7 Si la Cour dans cet arrêt insiste sur un aspect positif de la subsidiarité, dans d'autres cas, la référence peut jouer contre le requérant lorsque la Cour estime qu'il doit épuiser un nouveau recours interne. Voy. CEDH, déc., *Vlad c. Roumanie*, 15 novembre 2022, où la Cour souligne aussi la question de la gestion du flux contentieux, ou CEDH, déc., *Olkhovik et autres c. Russie*, 22 février 2022 (à l'inverse voy. CEDH, *Lidiya Nikitina c. Russie*, 15 mars 2022 où la Cour estime que le recours est inaccessible à la requérante). Mais cette ligne jurisprudentielle n'est pas nouvelle.

8 Robert Spano, « Universality or Diversity of Human Rights, Strasbourg in the Age of Subsidiarity », *Human Rights Law Review*, 2014, 14(3), p. 487-502.

9 On pourrait remonter à l'année 2004 avec l'apparition de la procédure d'arrêt pilote. Voy. CEDH, GC, *Broniowski c. Pologne*, 22 juin 2004, qui marque la volonté de la Cour européenne de « renationaliser » certains contentieux, dans l'esprit de la subsidiarité et de la responsabilité partagée. À ce titre, s'il est discuté quant à ses effets, l'arrêt de Grande chambre, *Burmych et autres c. Ukraine* de 2017, traduit parfaitement cette idée, intégrant au jeu de la responsabilité partagée le Comité des ministres.

10 Florence Merloz rappelle bien que les négociations concernant le Protocole 15 s'inscrivent dans cette temporalité, antérieure à la conférence de Brighton, tout en rappelant le contexte particulier dans lequel s'est tenue cette conférence. F. Merloz, *op. cit.*

11 Point 3 de la Déclaration d'Interlaken.

12 Point 4 et conclusions de l'avis. Voy. également son avis sur le projet de Protocole 15, à travers la référence au fait que les principes inscrits dans le préambule sont à comprendre en conformité avec la manière dont ils ont été développés par la Cour dans sa jurisprudence. Voy. également les contributions et discours des présidents aux conférences de haut niveau qui ont suivi.

13 Particulièrement la Déclaration de Bruxelles de 2015.

14 Voy. l'Annexe IV : « Soulignant l'importance du principe de subsidiarité et de la marge d'appréciation pour la mise en œuvre de la Convention au niveau national par les Hautes Parties contractantes, renforcée par l'entrée en vigueur du Protocole n° 15, ainsi que la notion de responsabilité partagée entre les Hautes Parties contractantes, la Cour et le Comité des Ministres pour s'assurer du bon fonctionnement du système de la Convention ; rappelant également que les autorités exécutives, nationales et locales, les juridictions nationales et les parlements nationaux portent la responsabilité de mettre en œuvre la Convention et de se conformer aux arrêts de la Cour ».

15 Voy., à cet effet, l'avis de la Cour sur le projet de Déclaration de Copenhague qui énonce que le principe de subsidiarité doit être « compris comme la responsabilité qui incombe aux États de s'acquiescer de leurs obligations en matière de respect des droits de l'homme sous le contrôle de la Cour ».

16 Le controversé arrêt de Grande Chambre, *Burmych et autres c. Ukraine*, illustre bien la tension entre les différents rôles de la Cour et la difficulté à gérer un contentieux répétitif, issu de l'échec de l'exécution d'un arrêt pilote. Qu'il nous soit permis de renvoyer à Peggy Ducoulombier, « Enough is Enough ! A brief comment on the ECtHR's case *Burmych and others v. Ukraine*, 12 October 2017 », in *L'exécution des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'Homme, Pratiques et perspectives après la fin du processus d'Interlaken*, Ch. Giannopoulos (dir.), Paris, Pedone, 2022, p. 73-83.

17 Il ressort des discours des présidents successifs de la Cour, lors de l'ouverture de l'année judiciaire depuis 2004, que la subsidiarité a été utilisée pour appeler, de manière constante, à la meilleure exécution de ses arrêts, à l'évolution des méthodes de travail de l'institution, dans l'optique de réduire le flux contentieux au niveau européen.

18 Le Protocole 15 a eu, par ailleurs, un impact direct sur le délai d'introduction de la requête, passant de 6 à 4 mois.

trouver des exemples révélant une plus grande fermeté à l'égard des requérants<sup>26</sup>, voire se rapprochant d'une exigence d'invocation formelle de la Convention<sup>27</sup> (à l'instar de la décision *Lee c. Royaume-Uni* du 7 décembre 2021, par exemple<sup>28</sup>).

La jurisprudence révèle depuis plusieurs années la volonté de la Cour de donner à voir l'importance de la subsidiarité procédurale<sup>29</sup>. Elle rappelle au requérant son obligation d'avoir mis l'État en capacité réelle de remédier au grief dont il se plaint devant la Cour<sup>30</sup>, y compris en donnant « aux juridictions nationales la possibilité de faire évoluer [les] droits [fondamentaux] par la voie de l'interprétation »<sup>31</sup>, et en adaptant le choix de la voie procédurale interne au grief présenté devant elle<sup>32</sup>. La jurisprudence de la Grande chambre en 2023 en contient plusieurs exemples<sup>33</sup>. Pour n'en prendre qu'un seul, je citerai l'arrêt de Grande chambre *Communauté genevoise d'action syndicale c. Suisse*, revenant sur le constat de recevabilité de la requête par la chambre. L'affaire concernait les conséquences sur la liberté de manifestation de l'ordonnance fédérale COVID-19 n° 2. Au regard de cette ordonnance l'association avait renoncé à organiser le cortège du premier mai et, informée de ce que l'autorisation pour une manifestation statique ne serait pas acceptée, elle n'avait pas poussé plus avant ses démarches. Pourtant, elle introduisait une requête devant la Cour pour se plaindre d'une violation de sa liberté de manifestation, se reposant sur la notion de victime potentielle – l'interdiction de manifester étant assortie d'une sanction pénale<sup>34</sup> – et estimant qu'elle devait être dispensée de l'épuisement des voies de recours, au motif de leur ineffectivité. Cette décision permet de mettre en lumière une conception raisonnée, que d'aucuns estimeront restrictive, de la notion de victime potentielle liée à la question de l'épuisement des voies de recours<sup>35</sup>. Certains pourraient estimer que le Protocole n° 15 a fait son œuvre, en comparant cette position avec celle de la Grande chambre dans l'affaire *S.A.S. c. France*, du 1<sup>er</sup> juillet 2014, comme le font les juges dissidents, mais il me semble que le rapprochement n'est pas totalement convaincant dans la mesure où les actions demandées aux requérants pour amorcer la phase contentieuse nationale n'étaient pas du même ordre. D'un côté, risquer une amende pénale en commettant

une infraction, de l'autre demander une dérogation, pour ensuite contester son refus en justice. Cela aurait permis le contrôle par voie d'exception de la compatibilité de l'ordonnance fédérale avec le droit supérieur, y compris la CEDH, démontrant l'existence d'une voie de recours qu'il convenait d'épuiser.

Pour dire quelques mots maintenant de la subsidiarité matérielle, la critique est là aussi que la Cour serait aujourd'hui plus timide qu'hier à l'égard des États, en raison du contexte dans lequel s'est inscrit le Protocole n° 15<sup>36</sup>. Serait ainsi perceptible une « retraite organisée »<sup>37</sup> de la Cour, se traduisant notamment par une déférence générale (et induite) à l'égard des autorités nationales, par le biais de la marge nationale d'appréciation et le développement du contrôle procédural<sup>38</sup>.

Encore une fois, il me semble que la réalité est beaucoup plus complexe<sup>39</sup>. Ainsi, la Cour n'a pas attendu le Protocole n° 15 pour être à l'écoute des arguments étatiques dans certaines affaires, comme par exemple celles qui concernent l'entrée et le séjour sur le territoire des étrangers. Et pourtant, même dans ce domaine éminemment régalié et sensible, la Cour impose des obligations substantielles et procédurales strictes aux autorités nationales<sup>40</sup>. Si certaines lignes jurisprudentielles ont pu évoluer, la rédaction du Protocole n° 15 n'a pas entraîné la généralisation de l'allocation d'une large marge d'appréciation aux États<sup>41</sup>. De nombreux arrêts ont développé la protection des droits fondamentaux, à l'instar de l'arrêt de Grande chambre *Fedotova et autres c. Russie*, du 17 janvier 2023, pour n'en citer qu'un seul.

Et au-delà des quelques cas pour lesquels l'impact du contexte politique ne peut être ignoré<sup>42</sup>, l'effectivité du système conventionnel ne se mesure pas nécessairement à l'aune du taux de condamnation des États. Outre le fait qu'il faut admettre que le désaccord que l'on peut ressentir à la lecture de telle décision ou de tel arrêt n'implique pas qu'ils ne soient pas justifiables au regard des principes d'interprétation de la Convention<sup>43</sup>, un constat de non-violation ne signifie pas nécessairement l'échec de la Cour à jouer son rôle mais peut-être tout simplement la réussite de l'État à trouver le juste équilibre entre la protection des droits du requérant et les intérêts généraux qu'il poursuit.

Il n'est pas non plus surprenant qu'après plus de 60 années d'existence et d'appropriation progressive en droit interne tant de sa méthode de raisonnement que du contenu de sa jurisprudence, la Cour fasse évoluer sa relation avec les autorités nationales, et particulièrement les juges, illustrant la maturité à laquelle le système européen est parvenu. C'est ce qu'illustre le contrôle procédural, qui n'empêche jamais la Cour de reprendre la main si elle estime que la balance des intérêts n'a pas été correctement réalisée<sup>44</sup>. La confiance qui s'établit avec les juges nationaux n'est pas aveugle, et même lorsque la Cour conclut à l'absence de violation, ce n'est généralement qu'au terme d'une analyse poussée de la motivation des

26 La division au sein de la Grande chambre dans les arrêts *Vučković et autres c. Serbie*, 25 mars 2014, *Radomilja et autres c. Croatie*, 20 mars 2018 ou encore récemment *Communauté genevoise d'action syndicale c. Suisse*, 27 novembre 2023, indique que l'interprétation retenue, défavorable aux requérants, ne s'imposait pas d'évidence et pourrait être considérée comme stricte. Pour autant, si la Cour doit interpréter les conditions de recevabilité sans formalisme excessif, la souplesse ne doit pas se transformer en laxisme.

27 Laquelle, par ailleurs, ne garantit pas que les recours aient été effectivement épuisés, si les griefs n'ont pas été suffisamment développés en interne. La Cour tient compte pour analyser ce critère des faits et des arguments juridiques déployés au niveau national. En effet, le grief comprend deux éléments : des allégations factuelles et des arguments juridiques. Cependant, la possibilité d'une invocation expresse de la CEDH en droit interne se traduit de plus en plus dans la jurisprudence par la nécessité pour le requérant de se justifier en cas d'omission sur ce point, questionnant la réalité du principe d'invocation en substance. Celui apparaît comme un principe « par défaut », visant à s'adapter à l'organisation de l'ordre juridique national et à la place de la Convention en son sein.

28 Voy. déjà CEDH, déc., *Hickey c. Royaume-Uni*, 4 mai 2010.

29 De plus en plus d'arrêts se penchent en détail sur la manière dont les griefs ont été soulevés au niveau national, afin de savoir si ceux qui sont présentés à la Cour ne le sont pas pour la première fois, se référant extensivement et précisément aux arguments développés dans les mémoires au niveau national et dans la requête devant la Cour.

30 CEDH, GC, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, préc., § 164 : « [...] la Cour estime que la requérante n'a pas fait le nécessaire pour permettre aux juridictions internes de jouer leur rôle fondamental dans le mécanisme de sauvegarde instauré par la Convention, à savoir prévenir ou redresser dans leur ordre juridique interne les éventuelles violations de la Convention [...] », nous soulignons.

31 Voy., par exemple, CEDH, GC, *Vučković et autres c. Serbie*, préc., § 84 : « [...] dans un ordre juridique où les droits fondamentaux sont protégés par la Constitution, il incombe à l'individu lésé d'éprouver l'ampleur de cette protection, l'intéressé devant donner aux juridictions nationales la possibilité de faire évoluer ces droits par la voie de l'interprétation ». Voy. également CEDH, GC, *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, préc., § 159. Par ailleurs, de simples doutes sur l'efficacité d'un recours n'exemptent pas le requérant de son obligation.

32 Voy., par exemple, récemment CEDH, déc., *Asociación De Abogados Cristianos c. Espagne*, 9 novembre 2023.

33 Voy., par exemple, *Humpert et autres c. Allemagne*, préc.; *Communauté genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, préc.; *Fu Quan S.R.O. et Grosam c. République tchèque*, 1<sup>er</sup> juin 2023 ; *L.B. c. Hongrie*, 9 mars 2023. Dans ces 5 affaires, la Cour retient l'exception soulevée par le gouvernement (dont 3 fois contre la position de la chambre ; par ailleurs, l'affaire *Humpert et autres c. Allemagne*, dans laquelle la Cour estime que le grief fondé sur la discrimination n'a pas été soulevé en interne, a été rendue sur dessaisissement de la chambre). L'arrêt *Grosam* est également intéressant en ce que la Grande chambre revient sur la manière dont la chambre a requalifié abusivement un grief soulevé au titre de l'article 2 du Protocole 7 par le requérant (le fait de ne pas avoir pu bénéficier d'un réexamen de la décision, avec le question de savoir si le tribunal disciplinaire était la plus haute juridiction – exception au droit prévu par l'article 2 du Protocole 7) en grief impliquant l'article 6 (la question de savoir si le tribunal disciplinaire est un tribunal indépendant et impartial au sens de l'article 6).

34 Dès lors que le président de l'association n'était pas requérant devant la Cour, la crainte des sanctions pénales ne peut soutenir la reconnaissance du statut de victime potentielle, la sanction ne s'appliquant pas aux personnes morales.

35 Si l'association se plaint en abstrait de la réglementation, elle aurait dû tenter d'exciper de son illégalité à l'occasion d'un recours contre la décision de refus de dérogation à l'interdiction de manifester.

36 Voy., par exemple, Laurence R. Helfer, Erik Voeten, « Walking back human rights to Europe ? », *EJIL*, 2020, 31 (3), p. 797-827, se fondant sur l'analyse des opinions séparées des juges de la Cour.

37 Oddny Mjöll Arnardóttir, « Organised Retreat ? The Move from 'Substantive' to 'Procedural' Review in the ECtHR's Case Law on the Margin of Appreciation », *ESIL Conference paper series*, Paper n°4/2015, sept. 2015.

38 Il est fait ici référence au « contrôle du contrôle » et non à la procéduralisation des droits. Sur ce sujet, voy. notamment Robert Spano, « The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law », *Human Rights Law Review*, 2018/18, p. 473-494.

39 En ce sens, voy. également Oddny Mjöll Arnardóttir, op. cit. ; Alec Stone Sweet, Wayne Sandholtz, Mads Andenas, « The failure to Destroy the Authority of the European Court of Human Rights : 2010-2018 », *The Law and Practice of International Courts and Tribunals*, 21/2022, p. 244-277.

40 Par exemple, en ce qui concerne les risques qu'une expulsion emporte violation des articles 2 ou 3 (voy., parmi de très nombreux exemples, CEDH, *K.I. c. France*, 15 avril 2021) ou qui condamne l'État lorsque, dans le cadre de l'article 8, les juridictions nationales n'ont pas balancé les intérêts concurrents en appliquant les critères de la jurisprudence européenne (voy., par exemple, CEDH, *I.M. c. Suisse*, 9 avril 2019).

41 Même si la Cour peut souligner que son rôle subsidiaire influe sur la marge d'appréciation à allouer aux États (sans autre précision toutefois). Voy. CEDH, *Thörn c. Suède*, 1<sup>er</sup> septembre 2022, § 48.

42 Notamment là encore les affaires britanniques, ou certaines affaires où les nombreuses tierces interventions étatiques attirent l'attention de la Cour sur la sensibilité pour les États de la question, principalement dans le champ migratoire.

43 Par exemple, la décision de Grande chambre, *M.N. et autres c. Belgique*, du 5 mai 2020, si elle peut être critiquée pour ne pas avoir développé l'accès à la Cour européenne de personnes vulnérables, n'en reste pas moins justifiée au regard des principes jurisprudentiels existants sur la notion de juridiction. Qu'il nous soit permis de renvoyer à Peggy Ducoulombier, « Coup d'arrêt à l'extension de la juridiction extraterritoriale des États parties à la Convention européenne des droits de l'Homme (obs. sous Cour eur. dr. h., Gde Ch., décision, *M. N. et autres c. Belgique*, 5 mai 2020) », *RTDH* 2021/125, p. 77-96.

44 Comparez CEDH, GC, *Von Hannover n° 2* et *Axel Springer AG c. Allemagne*, du 7 février 2012.

juridictions internes<sup>45</sup>. Ainsi, ce contrôle procédural n'est jamais coupé du contrôle substantiel et il n'est pas nécessairement un contrôle restreint. L'arrêt de Grande chambre *Macatė c. Lituanie*, du 23 janvier 2023, dans lequel la Cour a analysé en détail le processus législatif pour conclure à l'absence de buts légitimes et à une violation de l'article 10, démontre le potentiel du contrôle procédural, bien éloigné de l'idée d'un contrôle au rabais. De plus, ce contrôle prend tout son sens lorsque les juridictions nationales ignorent la méthodologie européenne. Dans ce cas, l'absence de balance des intérêts permet à la Cour de conclure aisément à la violation de la Convention.

Ainsi, si les États répondent aux conditions fondamentales de l'État de droit, si les juridictions internes appliquent la méthodologie de la Cour et sa jurisprudence, il n'y a pas de raison que la Cour substitue sa propre appréciation à celles des autorités et des juridictions nationales, dont elle rappelle toujours le lien direct avec les forces vives du pays. Si ce n'est pas le cas, alors la Cour reprend naturellement la main, comme le rappelait le juge Spano dans son opinion concordante aux arrêts *Mehmet Hasan Altan et Sahin Alpay c. Turquie*, du 20 mars 2018<sup>46</sup>.

Ainsi, il semble difficile de conclure que le Protocole n° 15 aboutirait à une régression générale de la jurisprudence, à la transformation de la subsidiarité en renoncement, même si certaines décisions peuvent toujours être critiquées quant à leur solution ou leur raisonnement<sup>47</sup>.

Il ne s'agit pas ici de nier le contexte dans lequel ce Protocole a vu le jour, mais de souligner que les développements des différents aspects de la subsidiarité, comme l'attention plus soutenue qui lui est portée dans la jurisprudence européenne, s'inscrivent dans la réflexion de long terme sur le fonctionnement et le rôle de la Cour, menée au sein de la Cour tout autant qu'à l'extérieur. Il me semble que la subsidiarité comprise comme responsabilité partagée, et ce depuis la déclaration d'Interlaken, amène plus à un recentrage des fonctions de la Cour qu'à un recadrage de sa jurisprudence, et est le produit d'une contrainte pragmatique et théorique interne tout autant que d'une contrainte politique externe. La Cour évolue dans des contextes juridique, politique, économique, social, qui ont une influence sur sa jurisprudence et il est normal qu'une juridiction internationale ne se coupe pas de ces réalités, afin de préserver l'effectivité de sa jurisprudence et sa légitimité démocratique. L'appréhension des différentes incarnations du principe de subsidiarité dépasse la question du Protocole n° 15 pour dépendre de ces contextes, marqués par des problématiques différentes en fonction des périodes, de la gestion de l'augmentation du contentieux au mécontentement de certains États à la mise en danger des fondements même de la démocratie aujourd'hui dans d'autres. Mais c'est la Cour qui décide de l'impact que les déclarations, les textes, les contextes, ont sur la manière dont elle conçoit et applique le principe de subsidiarité. En cela la jurisprudence de la Cour a toujours été constante : c'est aux États qu'il revient en premier lieu d'appliquer les droits conventionnels et s'ils faillissent dans cette mission, alors elle n'hésitera pas à intervenir, rappelant que la subsidiarité ne sert *in fine* qu'un seul objectif : celui de l'effectivité de la protection des droits de l'homme.



**Julia Hänni**

**Juge,  
Tribunal fédéral suisse**

## **CONTRÔLE DE CONSTITUTIONNALITÉ ET ÉPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS INTERNES**

### **1. APERÇU ET OBJECTIF**

Les normes relatives à l'épuisement des voies de recours internes s'adressent directement à vous, Mesdames et Messieurs les juges des Cours suprêmes. Vous jouez un rôle central dans le fonctionnement du système européen des droits de l'homme.

Car d'abord et avant tout, les autorités nationales devraient avoir la possibilité de remédier à une violation alléguée des droits de l'homme avant même que la Cour européenne ne soit saisie. Ensuite, le fait que la Cour puisse se référer aux juridictions nationales lorsqu'elle statue constitue une nécessité : L'interprétation de la Convention doit se faire sur la base des avis des juridictions nationales suprêmes, en tenant compte des circonstances spécifiques dans l'État membre.

En d'autres termes, le système de la Convention ne fonctionne pas si les cours constitutionnelles nationales n'assurent pas en priorité son fonctionnement. C'est un principe fondamental.

Il m'importe donc, dans ce qui suit, de déterminer spécifiquement les tâches procédurales des juridictions suprêmes. C'est leur tâche de remédier aux violations de la Convention là où elles se produisent, à savoir dans le contexte national.

### **2. ÉPUISEMENT DES VOIES DE RECOURS NATIONALES**

Au fil du temps, les États membres, par la législation et la jurisprudence, ont de plus en plus intégré la Convention dans leurs systèmes constitutionnels respectifs. La Cour a réagi en appliquant de façon nettement plus stricte l'exigence de l'épuisement des voies de recours internes : s'il est devenu en quelque sorte plus facile pour les requérants d'invoquer une violation de la Convention au niveau national, ils sont tenus par Strasbourg de le faire davantage.

Mais tout d'abord, que signifie l'épuisement des voies de recours internes ? Vérifier si les voies de recours nationales disponibles ont été utilisées peut sembler simple à première vue.

<sup>45</sup> Voy. Patrick Wachsmann, « Le 'Von Hannover non-substitution principle' à l'épreuve de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. Sur la conditionnalité de l'octroi d'une marge d'appréciation élargie en matière de liberté d'expression », in *Liber Amicorum Robert Spano*, Limal, Anthemis, 2022, p. 747-758.

<sup>46</sup> Voy. l'opinion concordante du juge Spano, à laquelle se rallient les juges Bianku, Vučinić, Lemmens et Gričco sous CEDH, *Şahin Alpay c. Turquie et Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, 20 mars 2018, pts 2 et 3 : « Lorsque les États membres remplissent le rôle que leur confère la Convention en appliquant de bonne foi les principes généraux résultant de la jurisprudence de la Cour, le principe de subsidiarité signifie que la Cour peut accepter leurs conclusions dans telle ou telle affaire. [...] Les États membres montrent par leurs actions, en particulier les raisonnements des juridictions nationales, s'il y a lieu de s'en remettre à eux en vertu du principe de subsidiarité ».

<sup>47</sup> À cet égard, l'un des domaines où une interprétation « régressive » par rapport à la jurisprudence antérieure peut sembler apparaître concerne l'article 6. Pour autant, cela ne se traduit pas nécessairement par des constats de non-violation de la Convention. Voy., en ce sens, CEDH, GC, *Beuze c. Belgique*, 9 novembre 2018.

Mais derrière cela se cache une jurisprudence détaillée de la Cour. Dans le cadre de l'article 35 al. 1 de la Convention, la Cour examinera l'exception de non-épuisement des voies de recours nationales soulevée par un État membre en se fondant notamment sur les trois critères suivants :

1. Le requérant doit avoir introduit au moins une des voies de recours existantes, selon les formes du droit national.
2. Toutefois, (seuls) les recours effectifs doivent être utilisés ; et d'autres raisons importantes de ne pas épuiser les voies de recours peuvent exceptionnellement être invoquées.
3. Le grief de violation de la Convention européenne doit avoir été soulevé dans ce cadre, au moins dans sa substance.

Il convient donc de vérifier si le requérant a mis la juridiction suprême *en mesure de procéder à l'examen* de la compatibilité des faits avec la Convention. C'est précisément le but de ces trois critères : Le Tribunal doit avoir été mis en mesure, par la conduite de la procédure interne, d'éviter ou de redresser la violation alléguée<sup>1</sup>. En revanche, si une cour constitutionnelle avait la possibilité de se prononcer sur la violation de la Convention mais ne l'a pas fait, cela ne va pas être reproché au requérant. Du point de vue de la convention, les voies de recours seront considérées comme épuisées.

Si, dans une telle situation, la Cour européenne traite la requête sur le fond sans que le litige ait été jugé par les instances nationales, cela va à l'encontre de l'idée que ce sont avant tout les tribunaux nationaux qui devraient assurer la compatibilité des faits avec la convention. La protection établie par la Convention est subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de protection des droits de l'homme. La Cour doit pouvoir agir sur la base d'une évaluation primaire par une cour supérieure.

Du point de vue de la Convention, il est donc nécessaire que les voies de recours nationales respectives soient accessibles<sup>2</sup> et effectives<sup>3</sup> pour remédier à une violation alléguée de la Convention. Dans la mesure où les voies de recours nationales sont effectives, elles peuvent être incluses dans l'épuisement des voies de recours internes et l'accès préalable de la Cour constitutionnelle nationale est assuré.

Mais alors, comment les États membres s'assurent-ils que la cour suprême se prononce en premier lieu sur la violation de la Convention ?

Cela nécessite, comme nous l'avons dit, des recours accessibles et effectifs pour les justiciables – et une pratique correspondante des cours suprêmes. Voyons quelques exemples.

### 3. ANCRAGE DE LA CONVENTION DANS LES SYSTÈMES CONSTITUTIONNELS

#### 3.1 Systèmes avec Cour constitutionnelle

En Espagne, il incombe au Tribunal constitutionnel, sur la base de l'article 10, paragraphe 2, de la Constitution, d'examiner les droits et libertés « conformément à la Déclaration Universelle des droits de l'homme et aux traités et accords internationaux portant sur les mêmes matières ratifiées par l'Espagne », donc aussi conformément à la Convention (*Recurso de amparo*)<sup>4</sup>. A la différence de la Constitution espagnole, la loi fondamentale allemande ne se réfère pas à la Convention qui a le rang d'une loi. Pourtant, dans sa pratique, la Cour constitutionnelle allemande utilise la Convention européenne comme aide à l'interprétation. Les droits fondamentaux sont interprétés à l'aune de la Convention. La Convention est ainsi intégrée dans l'examen du recours constitutionnel (*Verfassungsbeschwerde*)<sup>5</sup>, de sorte que son invocation est indispensable pour l'épuisement des voies de recours comme pour l'*amparo*.

L'accès à une Cour constitutionnelle n'est en principe pas une voie de recours effective si elle est réservée aux autorités. Cela a conduit plusieurs États membres à aligner leurs systèmes. Ainsi, la France : Avec l'introduction de la *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC, 2010), la saisine du *Conseil constitutionnel* (Cour constitutionnelle) n'est plus réservée aux instances politiques<sup>6</sup>. La question permet au contraire au justiciable de contester, au cours d'un litige, la constitutionnalité d'une disposition législative applicable. Le juge saisi de la requête vérifie alors si la disposition législative contestée est applicable au litige, si la disposition a déjà été déclarée conforme à la Constitution par le Conseil constitutionnel et si la question présente « un caractère sérieux »<sup>7</sup>.

Il s'agit donc d'une voie de droit aujourd'hui suffisamment disponible pour tout intéressé. De plus, les juges sont tenus de transmettre la question prioritaire si les conditions fixées sont remplies. Il convient toutefois de noter que la *question prioritaire* met en cause la conformité de la loi elle-même à la Constitution. Une disposition déclarée inconstitutionnelle est abrogée<sup>8</sup>. La déclaration d'inconstitutionnalité doit bénéficier à l'auteur de la question prioritaire<sup>9</sup>.

Du point de vue de la Convention, un requérant n'est donc obligé de soulever la *question prioritaire* que dans les cas où la disposition nationale en tant que telle est critiquée comme étant contraire à la Convention. En revanche, s'il s'agit uniquement d'une interprétation d'une disposition contraire à la Convention, son invocation ne devrait pas faire partie des voies de recours nécessaires du point de vue de la Convention européenne.

La simple existence d'une juridiction constitutionnelle ne suffit donc pas à imposer l'épuisement des voies de recours internes. La subsidiarité procédurale est à appliquer avec souplesse.

1 Cfr. déjà *Gäfgen c. Allemagne* [GC], requête n° 22978/05, arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2010, par. 142 ; cfr. *Parrillo c. Italie* [GC], requête n° 46470/11, arrêt du 27 août 2015, par. 87. Cela devient même plus clair dans la version anglaise : « Applicants must have provided the domestic courts with the opportunity, in principle intended to be afforded to Contracting States, of preventing or putting right the violations alleged against them » ; *Parrillo*, par. 87.

2 Voir déjà *Sejdovic c. Italie* [GC], requête n° 56581/00, arrêt du 1<sup>er</sup> mars 2006, par. 46 ; *Paksas c. Lituanie* [GC], requête n° 34932/04, arrêt du 6 janvier 2011, par. 75 ; voir pour l'ensemble Cour européenne des droits de l'homme, Guide pratique sur la recevabilité 2023, par. 118.

3 Cfr. *Vučković et autres c. Serbie* (exception préliminaire) [GC], requêtes n° 17153/11 et 29 autres, arrêt du 25 mars 2014, par. 73 se référant à *Akdivar et autres c. Turquie*, requête n° 21893/93, par. 67 ; voir aussi affaire *Vučković*, citée ci-dessus, par. 69, se référant à l'article 13 de la Convention.

4 Voir p.e. *Cuenca Zarzoso c. Espagne*, requête n° 23383/12, arrêt du 16 janvier 2018 par. 24 et 25.

5 Cfr. BVerfGE 111, 307, *Görgülü*, 317 et suivantes.

6 Art. 61-1 de la Constitution française ; loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'art. 61-1 de la Constitution.

7 Art. 23-2 ainsi inséré dans la loi organique sur le Conseil Constitutionnel.

8 Art. 62 de la Constitution française.

9 Décision n° 2024-1096, QPC du 12 juin 2024.

### 3.2 L'invocabilité directe des dispositions de la Convention à l'occasion d'un recours ordinaire

Dans de nombreux États membres, il n'existe pas de juridiction constitutionnelle séparée. La possibilité d'invoquer la violation de la Convention est intégrée dans les recours ordinaires : Le justiciable peut en principe l'invoquer devant les différentes juridictions à tous les degrés.

L'invocation de la Convention est tout à fait possible dans les systèmes dans lesquels la Convention a la priorité sur le droit national, y compris la Constitution, comme aux Pays-Bas<sup>10</sup>. Dans d'autres pays, c'est la loi qui prévoit la primauté de la Convention. C'est par exemple le cas en Norvège, où la Convention est incorporée au droit national par la loi sur le renforcement de la position des droits de l'homme en droit norvégien. En vertu de la section 3 de cette loi, les dispositions des conventions sur les droits de l'homme qui sont incorporées prévalent en cas de conflit avec des dispositions de la législation nationale<sup>11</sup>.

Si, en revanche, la loi et la Constitution ne prévoient pas de disposition correspondante – comme c'est le cas dans un grand nombre d'États membres – c'est de nouveau la pratique des cours suprêmes qui permet d'assurer à ces dernières un premier accès à la Convention.

En Suisse, qui ne connaît pas de juridiction constitutionnelle séparée, les lois fédérales et le droit international sont contraignants pour la Cour suprême (art. 190 Cst.). La conformité des lois fédérales avec la Constitution ne peut donc pas être contrôlée. La Cour suprême s'assure cependant un premier accès aux questions de compatibilité avec la Convention : Selon une jurisprudence constante dite *PKK (Parti des Travailleurs du Kurdistan)*, le Tribunal Fédéral contrôle la compatibilité des lois fédérales avec la Convention. Cela évite qu'un recours soit déclaré fondé par Strasbourg sans évaluation nationale préalable<sup>12</sup>.

Pour la Cour européenne, la Convention peut aussi être ancrée dans un État membre même si (bien qu'étant contraignante en droit international) elle n'est pas explicitement considérée comme contraignante dans le droit national. Au Royaume-Uni, la Convention est mise en œuvre par le *Human Rights Act* (HRA). Une cour ou un tribunal, lorsqu'il décide d'une question en rapport avec les droits incorporés de la Convention par le HRA, est obligé de tenir compte de (mais n'est pas formellement lié par) la jurisprudence de la Cour. En pratique, cependant, cela signifie que les cours et tribunaux nationaux suivent l'interprétation de la Cour, à moins qu'il n'y ait une raison particulière de s'en écarter.

S'il n'existe donc pas de lien formel avec la Convention européenne dans le système constitutionnel interne du Royaume-Uni, ni par la loi nationale, ni par la pratique de la Cour suprême, il existe néanmoins un engagement collaboratif<sup>13</sup>, une coopération fonctionnelle.

L'essentiel à retenir est ceci : La Cour européenne ne tiendra pas uniquement compte des effets contraignants formels, mais également des engagements collaboratifs. Ils sont censés être effectifs (art. 35 al. 1 CEDH).

## 4. BONNES PRATIQUES DES COURS CONSTITUTIONNELLES

Dans le contexte de cet ancrage accru de la Convention dans les systèmes constitutionnels des États membres, la Cour a considérablement augmenté les exigences relatives à l'épuisement des recours internes au sens de l'article 35 al.1 CEDH. Mais quelles sont les tâches spécifiques qui en découlent pour les cours constitutionnelles ? Nous allons examiner cela à l'aide d'exemples de cas actuels.

### 4.1 Utilisation d'une des voies de recours selon les formes du droit national

Les États sont libres d'imposer des exigences formelles au recours conformes à leur ordre juridique historiquement développé<sup>14</sup>. En principe, les voies de recours internes sont donc considérées comme non épuisées lorsque la dernière instance interne n'est pas entrée en matière sur un recours pour des raisons formelles.

Les exigences formelles ne doivent toutefois pas vider de sa substance le droit de recours, faute de quoi les voies de recours sont quand même épuisées. Dans mon État membre, il existe notamment des exigences plus élevées pour faire valoir des violations des droits fondamentaux (par rapport au droit législatif simple)<sup>15</sup>, à savoir qu'il faut démontrer une violation. Le gouvernement a déjà reconnu devant la Cour dans certains cas que les conditions avaient été appliquées de manière trop stricte. Les voies de recours nationales sont donc épuisées notamment lorsque la juridiction suprême ne s'est pas prononcée sur le fond, mais a appliqué de manière trop restrictive, du point de vue de Strasbourg, les exigences formelles pour l'appréciation du recours. Il en résulte une obligation de ne pas appliquer de manière trop rigide les prescriptions de forme nationales pour sauvegarder la subsidiarité.

### 4.2 Soulèvement du grief de violation de la Convention européenne «en substance» dans le recours national

L'article 35 al. 1 CEDH requiert que les demandes destinées à être présentées ultérieurement à Strasbourg aient été adressées à l'organe national approprié, au moins en substance. Dans des arrêts plus récents, la Cour a exigé des raisons valables pour ne pas citer explicitement les arguments de la Convention dans le procès national, comme la Cour l'a dit dans l'affaire *Vučković (Vučković et autres c. Serbie)* (exception préliminaire) [GC], n° 17153/11 et 29 autres, arrêt du 25 mars 2014<sup>16</sup>.

On l'a vu, les requérants peuvent également soulever le grief de violation de la Convention « en substance ». Il s'agit par exemple d'invoquer des dispositions équivalentes en droit national ou des « arguments de droit interne ayant un objet similaire à une ou plusieurs dispositions de la Convention »<sup>17</sup>. L'expression « en substance » était auparavant largement utilisée, mais elle est devenue plus stricte : par exemple, sur le plan factuel, il ne suffit pas de se plaindre uniquement d'actes de torture commis *en garde à vue*, lorsque l'on se plaint devant la Cour d'actes de torture commis en garde à vue et *en prison*<sup>18</sup>.

10 Art. 93 et suivant de la Constitution néerlandaise. Conformément à l'article 94 de la Constitution néerlandaise, le droit national ne peut pas être appliqué s'il n'est pas compatible avec des dispositions d'un traité international. Voir par ex. Hoge Raad, *Urgenda*, 20 décembre 2019, § 5.6.1 : Les tribunaux néerlandais doivent interpréter les dispositions de la Convention comme l'a fait la Cour européenne, en se fondant sur la méthodologie d'interprétation de la Cour européenne.

11 Loi sur le renforcement de la position des droits de l'homme dans le droit norvégien (loi sur les droits de l'homme) du 21 mai 1999 [dans sa version du 1er août 2021]; LOV-1999-05-21-30.

12 ATF 125 II 417. Dans la jurisprudence récente actuelle des Cours publiques I et II du Tribunal fédéral suisse qui traitent le plus souvent les questions constitutionnelles, les dispositions essentielles de la Convention européenne ont la priorité sur les lois (ATF 125 II 417) et la priorité d'application sur la Constitution (ATF 139 I 16 consid. 5.3).

13 Cfr. aussi Fiona de Londras / Kanstantsin Dzehtsiarou, *Great Debates on the European Convention on Human Rights*, 2018, p. 188.

14 Voir p.ex. et autres *Vučković et autres c. Serbie* (exception préliminaire ; note 3), par. 72.

15 Art. 106 al. 2 de la loi sur le Tribunal fédéral (LTF).

16 Cité aussi ci-dessus (note 3), voir en particulier par. 83 et suivants.

17 Cfr. *Paulet v. Royaume-Uni*, requête n° 6219/08, arrêt du 13 mai 2014, par. 49. Voir également *N.M.T., J.B.B. et L.B.A c. Spain*, requête n° 17437/90, arrêt du 8 décembre 1993 (Commission).

18 *Aslan c. Turquie*, requête n° 38940/02, arrêt du 1er juin 2006, par. 2.

Sur le plan juridique, la Cour n'a pas le pouvoir de se substituer au requérant et de retenir des nouveaux griefs simplement sur la base des faits et arguments avancés (*Grosam c. République tchèque* [GC], n° 19750/13, arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2023, par. 91). Par conséquent, si un requérant fait valoir, dans le contexte national, que des mesures disciplinaires jugées par une cour d'assises nécessitent un double degré de juridiction en matière pénale, la question de savoir si la cour d'assises est un tribunal indépendant (article 6, paragraphe 1, CEDH) ne peut pas être au centre des débats ultérieurs devant la Cour. Dans l'affaire *Unseen (Unseen ehf. c. Islande)* (déc.), n° 55630/15, décision du 20 mars 2018), l'entreprise du requérant avait été contrainte de fournir des données sans que celui-ci n'ait été entendu au préalable. Alors que le requérant s'était plaint d'une absence de base légale lors du procès national, il a fait valoir devant la Cour que l'article 6 CEDH avait été violé. La requête a été déclarée irrecevable parce que les arguments juridiques s'étaient trop éloignés de ce qui avait été initialement invoqué. Comme la Cour l'indique dans *Fu Quan, (Fu Quan s.r.o. c. République tchèque* [GC], n° 24827/14, arrêt du 1<sup>er</sup> juin 2023), le requérant est toujours tenu de soulever devant les tribunaux internes un grief qu'il pourrait avoir l'intention de soumettre ultérieurement à la Cour<sup>19</sup>. De tels arrêts et décisions donnent à la procédure nationale une importance et une responsabilité nettement plus grande que celle qu'elle avait jusqu'à présent dans le système de la Convention.

#### 4.3 Seuls les recours effectifs doivent être utilisés

Comme on l'a vu, seules les voies de recours effectives doivent être utilisées dans la procédure nationale. La pratique récente a sensiblement renforcé les exigences à l'égard du requérant : Celui-ci doit démontrer que le moyen de recours serait « de toute évidence voué à l'échec »<sup>20</sup>.

En Turquie, il n'existait depuis longtemps aucune possibilité pour les particuliers de saisir la Cour constitutionnelle. Lorsqu'un requérant a saisi la Cour après la création du nouveau recours constitutionnel et qu'il a fait valoir qu'une telle voie de recours n'était pas efficace, la Convention européenne a déclaré sa requête irrecevable : la Cour constitutionnelle, en vertu du caractère obligatoire de ses décisions (art. 153, § 6, de la Constitution de la Turquie), dispose désormais des pouvoirs de remédier à une violation<sup>21</sup>.

Inversement, du point de vue de la Convention, un système qui ne permet pas aux individus d'accéder directement à la Cour constitutionnelle peut-il constituer un recours effectif au sens de l'article 35 al. 1 CEDH ? En Italie, le système constitutionnel ne prévoit pas le droit pour les individus de saisir directement la *Corte Costituzionale*<sup>22</sup>. Ce sont les tribunaux d'instance qui peuvent soumettre les questions constitutionnelles et ce, uniquement si les lois en tant que telles ne sont pas compatibles avec la Constitution<sup>23</sup> : Dans l'affaire *Parrillo (Parrillo c. Italie)* [GC], n° 46470/11, CEDH 2015), portant sur des questions de procréation alors inédites, la majorité des juges a conclu que, du point de vue de la Convention européenne, la saisie indirecte de la Cour constitutionnelle ne pouvait pas être incluse dans les recours internes à épuiser, « ... car le juge a seulement la « faculté » de saisir la Cour constitutionnelle »<sup>24</sup>.

Une minorité de juges – dont le juge national – a cependant considéré qu'il s'agissait d'une voie de recours que les requérants devaient en principe épuiser parce que la jurisprudence de la Cour constitutionnelle accordait au requérant le droit de soumettre la question à la Cour suprême. Toutefois, comme la *Corte Costituzionale* avait également décidé que le juge n'était tenu de poser une question préjudicielle que s'il existait une pratique bien établie de Strasbourg, la minorité a pu suivre le résultat de la majorité : Comme il s'agissait incontestablement d'une question inédite, on ne pouvait pas exiger du requérant qu'il demande la saisine de la Cour constitutionnelle<sup>25</sup>.

#### 4.4 Exception : raisons importantes de ne pas épuiser les voies de recours

Enfin, en lien étroit avec le principe d'effectivité, il est possible de renoncer exceptionnellement à l'épuisement des voies de recours en raison de circonstances extraordinaires (de fait)<sup>26</sup>. De telles exceptions sont toutefois rarement admises. Dans l'affaire *CGAS (Communauté genevoise d'action syndicale [SGAS] c. Suisse)* [GC], n° 21881/20, arrêt du 27 novembre 2023), les requérants, qui avaient l'intention d'organiser une manifestation, ont saisi la Cour directement, sans passer par une instance nationale, après l'adoption du deuxième règlement Covid 19. Se référant à une autre affaire de manifestation, ils ont fait valoir que la Cour suprême n'était pas entrée en matière sur leur plainte en raison de l'absence d'intérêt actuel<sup>27</sup>. Du point de vue de la majorité, les requérants auraient dû faire davantage pour l'épuisement. Elle a rappelé que le fait de douter des chances de succès d'un recours particulier qui n'est pas manifestement voué à l'échec ne justifie pas une absence d'épuisement des voies de recours<sup>28</sup>. Pour la minorité des juges, se référant aux circonstances concrètes de la pandémie, demander et obtenir une dérogation à l'interdiction de se réunir semblait purement théorique<sup>29</sup> : La Cour n'était pas divisée sur le fait que les recours nationaux devaient en principe être exercés avant qu'elle ne soit saisie – ni sur le fait que le contrôle des normes pouvait être exercé de manière incidente. En revanche, la Cour était divisée sur la question de savoir si, à ce moment-là, il existait dans l'État membre concerné une possibilité de recours effectif contre une violation de la Convention. Il s'agit d'une évaluation de la jurisprudence de la Cour suprême à ce moment-là de la pandémie, qui était déterminant pour la question de l'épuisement des voies internes<sup>30</sup>.

19 Cfr. *Fu Quan, S.R.O. c. République Tchèque* [GC], requête n° 24827/14 du 1<sup>er</sup> juin 2023, par. 172.

20 *Vučković et autres c. Serbie* (exception préliminaire ; note 3), par. 74.

21 Cfr. *Mehmet Hasan Altan c. Turquie*, requête n° 13237/17 du 20 mars 2018, par. 132 ; *Koçintar c. Turquie* (déc.), requête n° 77429/12 du 1<sup>er</sup> juillet 2014, par. 41-44.

22 Cf. art. 23 et 24 de la loi du 11 mars 1953, n° 87 intitulée « Norme sulla costituzione e sul funzionamento della Corte costituzionale ».

23 Les tribunaux d'instance doivent donc interpréter les lois nationales de manière à ce qu'elles soient conformes aux droits de l'homme. Si cela n'est pas possible, le tribunal d'instance doit soumettre cette question de la constitutionnalité de la loi à la Cour constitutionnelle ; voir *Parrillo* (note 1), par. 89 ; voir aussi opinion en partie concordante des juges Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolau et Dedov sur *Parrillo* (note 1), par. 4.

24 *Parrillo* (voir aussi note 1), par. 101.

25 Voir opinion en partie concordante aux juges Casadevall, Raimondi, Berro, Nicolaou et Dedov, *Parrillo* (note 1), par. 5 et suivants.

26 Voir par exemple *D.H. et autres c. République tchèque* [GC], requête n° 57325/00, arrêt du 13 novembre 2007, par. 116-122.

27 *Communauté Genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, requête n° 21881/20, arrêt du 27 novembre 2023, par. 153.

28 *Communauté Genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse* (voir note 27), par. 164.

29 *Communauté Genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse* (note 27), opinion dissidente commune aux juges Bošnjak, Wojtyczek, Mourou-Vikström, Ktistakis et Zünd par. 9 et suivant.

30 Voir *Communauté Genevoise d'action syndicale (CGAS) c. Suisse*, opinion dissidente commune aux juges Bošnjak, Wojtyczek, Mourou-Vikström, Ktistakis et Zünd (note 29), par. 7, 9 et suivant.

## 5. CONCLUSION

Les observations qui précèdent sont le reflet d'une règle essentielle découlant du principe de subsidiarité. Cette règle est formulée comme suit par la Cour : La subsidiarité impose « [une] responsabilité [...] partagée entre les États parties et la Cour, et [...] les autorités et les tribunaux nationaux doivent interpréter et appliquer le droit national d'une manière qui donne plein effet à la Convention » (*Grzęda c. Pologne* [GC], n° 43572/18, arrêt du 15 mars 2022, par. 324). La plupart des questions relatives à la Convention sont abordées au niveau national, que ce soit par la législation, par la pratique ou par des décisions judiciaires.

Cela n'apporte pas seulement la possibilité pour les requérants de faire valoir des violations en premier lieu dans le système national, mais implique également des tâches spécifiques et une *responsabilité accrue* pour les cours constitutionnelles des États membres. Ces tâches vont du contrôle effectif du respect des dispositions de la Convention comme du droit interne à l'intégration de la jurisprudence de Strasbourg dans l'interprétation du droit procédural national, jusqu'aux stratégies pour résoudre un conflit entre le droit interne et une interprétation de la Convention.

Dans cette mesure, les deux ordres juridiques (international et national) poursuivent le même objectif (la mise en œuvre des droits de l'homme) et se complètent mutuellement<sup>31</sup>. Par conséquent, le contrôle de la subsidiarité procédurale du point de vue de la Convention et de l'épuisement des voies de recours internes est également une règle d'or<sup>32</sup>, qui doit être appliquée avec une certaine souplesse dans les subtilités des différents systèmes constitutionnels des États membres<sup>33</sup>.

Les questions de – bonne – pratique judiciaire dans le système de la Convention sont ainsi le plus souvent au cœur de l'examen de l'épuisement des voies de recours internes. Je me suis attachée à vous donner quelques exemples et suggestions à ce sujet.

Je vous remercie.



**Fiona de Londras**

**Professeur, d'études juridiques globales,  
Birmingham Law School, Université de Birmingham**

### LE CONTRÔLE AXÉ SUR LE PROCESSUS À L'ÈRE DE LA SUBSIDIARITÉ

Chers membres de la magistrature, chers collègues,

Je voudrais tout d'abord remercier la présidente O'Leary et les membres du comité d'organisation, en particulier les juges Elósegui et Sabato, de m'avoir fait l'honneur de m'inviter à me joindre à vous aujourd'hui.

Dans le peu de temps qui m'est imparti, je parlerai du développement par la Cour du « contrôle axé sur le processus », en partant des préoccupations relatives à la subsidiarité, et en explorant ses implications pour le processus décisionnel législatif et judiciaire au niveau national. Après avoir décrit brièvement ce qu'est le contrôle axé sur le processus, je vous ferai trois suggestions.

Premièrement, je dirai que le contrôle axé sur le processus a le potentiel de renforcer la subsidiarité d'une manière qui soutienne de manière significative la « responsabilité partagée » de la Cour et des institutions nationales pour la mise en œuvre de la CEDH et la protection des droits individuels.

Deuxièmement, je montrerai que la réussite d'un contrôle de ce type dépend en grande partie de la qualité des délibérations nationales, y compris de la prise en compte de la Convention par les juges nationaux.

Troisièmement, j'exposerai que certaines tensions formulées sous l'angle de la subsidiarité ne peuvent être résolues par un contrôle axé sur le processus, et qu'il est essentiel d'en prendre conscience pour s'assurer que la Cour européenne des droits de l'homme n'érode pas indûment son rôle en tant que principale interprète et arbitre ultime de la Convention.

### LE CONTRÔLE AXÉ SUR LE PROCESSUS

En termes simples, le « contrôle axé sur le processus » renvoie à la pratique de la Cour consistant à « s'appuyer sur la qualité du processus décisionnel national lorsqu'elle vérifie la justification des atteintes aux droits garantis par la Convention »<sup>1</sup>. Étant donné qu'une grande partie de la jurisprudence fondamentale en la matière est exposée dans le document de travail rédigé en amont de notre séminaire d'aujourd'hui, je ne vais pas la répéter ici. Il suffit de dire que, si les principes de la Convention ont été dûment pris en compte dans les processus décisionnels internes, on considère généralement que la Convention est effectivement intégrée et qu'un poids approprié lui a été accordé, de sorte que la Cour de Strasbourg respectera dans une large mesure l'avis des autorités internes sur la compatibilité avec la Convention. En d'autres termes, pour déterminer s'il y a eu ou non une violation matérielle des droits garantis par la Convention, la Cour s'appuiera – parfois dans une mesure considérable – sur le point de savoir si la Convention a joué un rôle

<sup>1</sup> Janneke Gerards, « Procedural Review by the ECtHR: A Typology », in Janneke Gerards et Eva Brems (dir.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases* (2017; Cambridge University Press).

<sup>31</sup> Cfr. European Commission for Democracy through Law (Venice Commission), Report on the Implementation of International Human Rights Treaties in domestic law and the Role of the Courts, 11 octobre 2014, par. 114. Cfr. aussi Venice Commission, Revised Report on individual Access to Constitutional Justice, adopted by the Venice Commission at its 125th Plenary Session (online, 11-12 December 2020), par. 192 et suivants, 196 et suivants.

<sup>32</sup> Cfr. Cour européenne des droits de l'homme, Guide pratique sur la recevabilité, 2023, par. 108 : « L'épuisement des voies de recours internes est davantage une règle d'or qu'un principe gravé dans le marbre ».

<sup>33</sup> Cfr. *Ringeisen c. Autriche*, requête n° 2614/65, arrêt du 16 juillet 1971, par. 89 ; *Lehtinen c. Finlande*, requête n° 39076/97, décision du 14 octobre 1999, par. 1 ; *Gherghina c. Roumanie* (déc.) [GC], requête n° 42219/07, décision du 9 juillet 2015, par. 87.

dans les processus décisionnels internes, notamment si les juridictions internes ont tenu compte de la Convention et de la jurisprudence de la Cour lorsqu'elles ont examiné la question au regard de laquelle une requête a été introduite.

Il est clair que le contrôle axé sur le processus trouve essentiellement à s'appliquer dans les affaires où il y a clairement lieu de se demander si l'ingérence dénoncée est admissible au regard des limitations énoncées dans les dispositions de la Convention et interprétées et appliquées depuis des décennies par la jurisprudence de la Cour. Il faut donc s'attendre à ce que l'approche procédurale soit particulièrement perceptible dans les questions relatives aux articles 8, 9, 10, 11 et à l'article 1 du Protocole n° 1. Vous le savez, il s'agit en grande partie des articles qui suscitent le plus de controverses sur ce que certains appellent « l'activisme judiciaire » et que d'autres, dont moi-même, qualifient d'évolution de la Convention par une interprétation dynamique tenant compte des évolutions sociales, juridiques et scientifiques.

Si certains universitaires, comme Leonie Huijbers, ont observé que le contrôle axé sur le processus s'inscrit, à certains égards, dans le prolongement de la préoccupation constante de la Cour pour la procédure, évidente dans les affaires relatives aux obligations positives découlant des articles 2 et 3, à la procédure régulière telle qu'elle s'applique à l'article 6 et au droit à un recours effectif visé à l'article 13<sup>2</sup>, je pense qu'il est juste de dire que le contrôle axé sur le processus aborde le processus d'une manière différente. Plutôt que de poser la question de fond de savoir si le requérant a bénéficié du processus auquel il a droit en tant que titulaire des droits garantis par la Convention, la Cour, suivant une approche axée sur le processus, examine si les autorités nationales ont pris une décision de la bonne manière et utilise sa réponse pour trancher la question de fond du respect de la Convention.

Selon l'ancien président de la Cour, Robert Spano, il s'agit là d'un « déplacement de l'axe méthodologique principal de la Cour, qui est passée de sa propre appréciation indépendante de la « conventionnalité » de la mesure interne à un examen visant à déterminer si la question a été correctement analysée par le décideur national conformément à des principes déjà ancrés et à l'obligation pesant sur les États de garantir les droits définis par la Convention ». À cet égard, je pense que M. Spano doit avoir raison lorsqu'il écrit que « le contrôle axé sur le processus est le mécanisme par lequel la Cour met en œuvre le principe de subsidiarité dans la pratique »<sup>3</sup>.

## LE CONTRÔLE AXÉ SUR LE PROCESSUS ET LE RENFORCEMENT DE LA SUBSIDIARITÉ

De ce point de vue, le tournant vers un contrôle axé sur le processus peut être compris comme une sorte d'achèvement du processus d'intégration de la Convention dans le droit national. Pour ce faire, il faut évidemment opérer une répartition « négative » de la subsidiarité, c'est-à-dire que la compétence de la Cour de Strasbourg est restreinte par l'« abaissement » du processus décisionnel vers les autorités nationales. J'avancerai brièvement que le processus décisionnel est également réparti de manière positive, c'est-à-dire vers Strasbourg, bien que cette distribution soit peut-être moins « évidente ».

Alors que la signature, la ratification et l'incorporation de la Convention au niveau national aboutissent à une sorte d'intégration doctrinale, on fait valoir que le contrôle axé sur le processus permet une intégration substantielle qui, à son tour, renforcerait l'implication nationale vis-à-vis de la Convention, conduisant au renforcement de la protection des droits des individus, de l'effectivité de la Convention et de la légitimité des institutions de la Convention.

Le contrôle axé sur le processus peut donc être vu, parallèlement aux développements discutés lors de notre précédente session par le professeur Ducoulombier, comme relevant d'une démarche plus large qui vise à donner plus d'effet au principe de subsidiarité et à son hypothèse sous-jacente : les autorités nationales sont les principales garantes des droits garantis par la Convention, et la Cour de Strasbourg doit être sélective quant au moment de son intervention.

Il est important de noter que le contrôle axé sur le processus met davantage l'accent sur l'implication parlementaire à l'égard de la Convention, soulignant dans la prise de décision supranationale ce que nous savons tous concernant les arrangements constitutionnels nationaux : une implication sérieuse du législateur à l'égard des droits de l'homme est à la fois essentielle à une protection efficace des droits et reflète les rôles et les responsabilités des législateurs au sein des structures constitutionnelles nationales.

Les droits ne sont pas faits que pour les juridictions.

Cela ne signifie pas qu'il y ait une « bonne » et une « mauvaise » manière de légiférer, ou que la Convention exige ou préfère une approche du processus parlementaire à une autre. Il y a beaucoup de place pour des variations dans la pratique à travers le Conseil de l'Europe sans déroger au principe central selon lequel les législateurs sont liés par la Convention européenne des droits de l'homme.

## LA NÉCESSITÉ D'UN PROCESSUS NATIONAL SOLIDE

Cela m'amène à la deuxième suggestion que je souhaite faire aujourd'hui : la réussite du contrôle fondé sur le processus, et en fait de toutes les manifestations de la subsidiarité qui existent depuis longtemps ou développées plus récemment, dépend largement de la solidité du processus national. Comme toute expression significative de respect et de confiance, la subsidiarité repose sur les relations et les comportements.

Si, comme je l'ai déjà dit, la nouvelle ère de la subsidiarité est une tentative de répartir plus efficacement entre les institutions nationales et les institutions du Conseil de l'Europe la capacité de se prononcer sur les droits, les institutions nationales doivent être disposées à être solides dans l'exercice de leurs fonctions. J'entends par là que les juridictions doivent examiner de près la Convention et sa jurisprudence, et qu'elles doivent les reconnaître et les traiter comme une limite contraignante à ce que l'État peut faire, comme la délimitation entre une atteinte proportionnée et une atteinte disproportionnée aux droits garantis par la Convention.

En d'autres termes, l'ère de la subsidiarité et le tournant vers un contrôle axé sur le processus reconnaissent et renforcent la responsabilité partagée des institutions nationales et internationales à l'égard de la Convention, mais ils ne constituent pas un recul par rapport à la règle fondamentale selon laquelle, quel que soit le décideur, la Convention reste une limite stricte à ce qui peut être décidé. En droit international et (dans presque tous les cas) en droit interne, la légalité exige le respect de la Convention.

Une *simple* discussion sur le droit de la Convention au cours du processus parlementaire (même si elle est longue et détaillée) ou une prise en compte attentive de la jurisprudence de Strasbourg par les juridictions nationales ne sauraient donc suffire pour satisfaire à l'aspiration à la subsidiarité qui sous-tend en principe le contrôle axé sur le processus. Celui-ci soulève des questions qualitatives. Pour reprendre les propos d'Eva Brems, « un contrôle de la qualité du processus interne est mieux conçu qu'un contrôle du respect des droits de l'homme au niveau national »<sup>4</sup>. La Convention a-t-elle été prise en compte avec précision et de bonne foi ? Le résultat découle-t-il d'un processus dans lequel une délibération et un examen effectifs de la proportionnalité sont évidents ? La juridiction interne a-t-elle dûment tenu compte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, expliqué la manière dont elle a utilisé cette

<sup>2</sup> Leonie Huijbers, *Process-Based Fundamental Rights Review* (2019 ; Cambridge University Press)

<sup>3</sup> Robert Spano, « The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law » (2018) 18 *Human Rights Law Review* 473.

<sup>4</sup> Eva Brems, « The Logics of Procedural-Type Review by the European Court of Human Rights », in Gerards et Brems (dir.), *Procedural Review in European Fundamental Rights Cases* (CUP).

jurisprudence et raisonné conformément aux principes énoncés dans la jurisprudence de Strasbourg en matière de décision judiciaire ? Et *même alors*, le résultat s'inscrit-il largement dans la marge d'appréciation à laquelle les États ont droit ? Même si tel était le cas, la requête dont la Cour est saisie donne-t-elle à penser que le moment est venu pour elle de revoir les interprétations et les principes en vigueur ?

Cela semble indiquer que le rôle des juridictions nationales est d'une importance réelle pour assurer l'évolution et l'application partagées de la Convention et la protection effective des droits. Cela dit, il est impossible que la Cour de Strasbourg n'examine *jamais* de près une question qui a déjà fait l'objet d'un examen national approfondi, ni même qu'elle ne soit jamais en désaccord avec la conclusion à laquelle est parvenue la juridiction nationale à l'issue d'un processus solide mené au niveau national. La courtoisie, la responsabilité partagée et la subsidiarité n'exigent pas une telle déférence absolue.

Les autorités nationales peuvent parfois mal appliquer ou mal comprendre le droit, elles peuvent parvenir à une conclusion déraisonnable quant à la proportionnalité, ou leurs délibérations peuvent révéler une incertitude sur le droit de la Convention existant, une incohérence ou une inadéquation de celui-ci. Dans certains cas, bien entendu, les autorités nationales peuvent même prendre sciemment et expressément des décisions incompatibles avec la Convention, soit parce qu'elles sont en désaccord avec la Convention, soit parce qu'une source de droit ayant la primauté dans l'ordre juridique interne ne peut être interprétée d'une manière compatible avec elle. En pareilles circonstances, la Cour pourrait exercer un contrôle strict nonobstant l'existence d'un processus national ayant pris en compte la Convention. Cela ne revient pas à rejeter le contrôle axé sur le processus, à amoindrir la subsidiarité ou à faire preuve d'un manque de courtoisie envers les institutions et les processus nationaux. La subsidiarité n'est pas une injonction adressée à la Cour de Strasbourg pour qu'elle se retire de la Convention, mais plutôt pour qu'elle intervienne le *cas échéant*. En d'autres termes, elle répartit le processus décisionnel à la fois négativement (hors de Strasbourg) et positivement (vers Strasbourg).

## LES RISQUES POUR LA COUR

Cela m'amène à ma troisième suggestion, à savoir que le tournant vers un contrôle axé sur le processus comporte pour la Cour certains risques dont elle devrait avoir conscience.

Soutenir une intégration plus significative de la Convention dans les systèmes nationaux dans un esprit de responsabilité partagée n'est pas le seul objectif ni la seule raison du tournant vers un contrôle axé sur le processus et d'une intensification plus large des pratiques renforçant la subsidiarité.

Si la Cour a sans nul doute des intérêts normatifs et organisationnels à voir les institutions nationales s'approprier davantage la Convention, elle est également consciente d'un défi radical que de nombreux États lui lancent depuis quelques années. Je le qualifierais de défi de souveraineté, mais d'autres pourraient y voir un défi de responsabilité. Dans l'une ou l'autre lecture, la question posée est la même : « qui décide si « nous » pouvons faire ce que « nous » estimons que « nous » devons faire ? ». Ou, pour le dire d'une manière qui est peut-être plus courante dans mon pays d'adoption, le Royaume-Uni, « pourquoi une juridiction étrangère devrait pouvoir nous dire ce que nous pouvons et ne pouvons pas faire ? »

Le tournant vers une subsidiarité renforcée, incluant le contrôle axé sur le processus, s'inscrit dans la durée dans le droit fil de l'intensification des préoccupations exprimées par les États au sujet de la Cour et de l'« expansion » de la Convention à laquelle elle se livrerait. En effet, Andreas Follesdal et Geir Ulstein saisissent très bien ce moment lorsqu'ils écrivent qu'« [u]ne explication [au tournant vers la subsidiarité] peut résider dans les appels généraux de partis politiques de premier plan à renationaliser l'autorité des

institutions internationales, alimentés (sic !) par la perception que la Cour européenne des droits de l'homme protège les personnes malhonnêtes, en particulier les criminels, et entrave la défense des démocraties menacées »<sup>5</sup>.

Même lorsque nous examinons les effets potentiellement fructueux du tournant vers un contrôle axé sur le processus, nous devons être conscients de ce contexte et des risques qu'il engendre quant à l'intensification des critiques de la part des États. Si je dis cela, ce n'est pas parce que le contexte plus large devrait conduire la Cour à se montrer de plus en plus respectueuse à l'égard des autorités nationales, mais parce qu'il devrait renforcer la détermination de la Cour à intervenir, si elle l'estime nécessaire, *même lorsque* les autorités nationales ont pris en compte la Convention.

J'ai déjà évoqué des situations dans lesquelles je pense qu'une telle nécessité peut être établie : lorsque les autorités nationales ont manifestement commis une erreur dans leur interprétation ou leur application de la Convention, lorsqu'elles ont expressément décidé d'agir en violation de la Convention, et lorsque l'affaire révèle la nécessité de développer davantage les normes de la Convention. Cette orientation fait écho à ce qui a été proposé précédemment par le Comité directeur pour les droits de l'homme.

Il existe un risque réel que, dans un contexte d'hostilité envers la Cour, le contrôle axé sur le processus se transforme en une approche « non interventionniste » pour les États qui ne se considèrent pas – et qui ne sont peut-être pas généralement considérés – comme des pays « ayant besoin » d'une surveillance internationale étroite<sup>6</sup>. Il me semble essentiel que cela ne se produise pas. Outre le défi évident en matière de légitimité si les différents États étaient traités différemment sur la base d'hypothèses généralisées concernant la qualité de leur processus décisionnel, exacerbant ainsi ce que Başak Çalı a appelé la « géométrie variable » dans la protection des droits de l'homme<sup>7</sup>, j'avance pour conclure mes observations trois arguments contre un engagement excessif en faveur du contrôle axé sur le processus.

Premièrement, l'ère de la subsidiarité ne peut être l'ère de l'étatisme ou de la souveraineté. Pour rester pertinente, la Convention doit continuer à évoluer progressivement en même temps que l'évolution sociale, politique, culturelle et juridique de notre continent. Si l'ère de la subsidiarité et l'adoption du contrôle axé sur le processus aboutissent à une Cour qui prend trop de recul, le caractère essentiel de la Convention en tant qu'instrument dynamique du droit international des droits de l'homme risque de disparaître. Ce ne serait alors plus un instrument vivant mais un artefact. Pour remplir sa fonction, la Cour doit continuer à être une Cour. En outre, elle doit rester l'autorité supérieure sur le sens de la Convention et le moteur de son développement continu, ce qui n'est pas incompatible avec la subsidiarité mais en fait partie intégrante. Cela suppose que la Cour assume son rôle vis-à-vis de la Convention et se retire de toute fonction (mal) perçue de juridiction de quatrième instance.

Deuxièmement, les citoyens européens ont besoin que la Cour continue à procéder à un contrôle de fond. Nous savons que nous ne pouvons pas compter uniquement sur les processus internes pour assurer une protection effective des droits des individus garantis par la Convention. Les processus parlementaires ne sont pas vraiment représentatifs et ne l'ont jamais été, de sorte que même le processus législatif le plus solide marginalise, exclut, ignore ou conteste. Le populisme se répand sur tout le continent, mettant le droit et le processus législatif entre les mains d'acteurs qui se contentent souvent d'épouser et d'adopter des engagements anticonstitutionnalistes. Les droits de l'homme sont régulièrement diabolisés comme étant ceux des criminels, des dangereux et des « wokes ». La population carcérale augmente, la violence

5 Andreas Follesdal et Geir Ulstein, « The Draft Copenhagen Declaration: Whose Responsibility and Dialogue? » EHIL: Talk! 22 février 2018. <https://www.ejiltalk.org/the-draft-copenhagen-declaration-whose-responsibility-and-dialogue/>

6 Robert Spano a suggéré qu'une surveillance plus étroite pourrait encore être nécessaire pour les États « qui ne respectent pas l'état de droit (...) ne garantissent pas l'impartialité et l'indépendance de leur système judiciaire, oppriment les opposants politiques ou masquent les préjugés et l'hostilité envers les groupes vulnérables ou les minorités ». Spano, « The Future of the European Court of Human Rights – Subsidiarity, Process-Based Review and the Rule of Law » (2018) 18 *Human Rights Law Review* 473, p. 493.

7 Başak Çalı, « From Flexible to Variable Standards of Judicial Review: The Responsible Domestic Courts Doctrine at the European Court of Human Rights », in Oddný M. Arnardóttir et Antoine Buyse (dir.), *Shifting Centers of Gravity in European Human Rights Protection: Rethinking Relations between the ECHR, EU and National Legal Orders* (Routledge 2016).

policière est généralisée, la discrimination et l'exclusion restent endémiques, la pauvreté et l'exclusion sociale continuent de nous diviser et de nous limiter. La guerre est de nouveau en Europe. Si la Convention devait être « un phare pour ceux qui vivent actuellement dans l'obscurité totalitaire » lors de son adoption, la Cour est un phare d'espoir pour des millions de personnes encore aujourd'hui. En effet, le travail de la Cour européenne des droits de l'homme ne se limite pas à la répartition du pouvoir entre les États et les institutions. Il s'agit de limiter le pouvoir au bénéfice des individus et de la faculté de demander des comptes aux États au moyen de l'introduction d'une requête devant la Cour. Tout en reconnaissant la nécessité d'être pragmatique et de maintenir et construire une légitimité au sein des États parties, nous ne devrions pas permettre que le processus remplace le fond, que la courtoisie l'emporte sur la protection des droits.

Troisièmement, prendre un trop grand recul au nom de la subsidiarité et du contrôle axé sur le processus ne satisferait en aucun cas les critiques les plus acerbes de la Cour. Il s'agirait plutôt d'une fausse économie, dans laquelle la Cour se retirerait de toute décision au fond tout en continuant de faire l'objet de critiques intenses et de tentatives de délégitimation.

Comme je l'ai dit précédemment, pour beaucoup, le « problème » de la Cour n'est pas vraiment ce qu'elle décide, comment elle décide ou comment elle développe la Convention. C'est tout simplement qu'elle décide. C'est qu'il existe un organe externe qui puisse dire aux États ce qu'ils peuvent ou ne peuvent pas faire. Les critiques les plus virulents de la Cour rejettent la proposition d'une prétendue « juridiction étrangère » qui aurait un rôle à jouer pour éclairer les décisions « internes », voire statuer sur ces décisions, non seulement en raison de son caractère prétendument étranger, mais aussi en raison du caractère contre-majoritaire du processus décisionnel judiciaire. Ils dévalorisent ce contre-majoritarisme comme étant au cœur du droit des droits de l'homme et de la prise de décision judiciaire en la matière parce qu'il contrecarre, ralentit ou expose les atteintes aux droits causés par les politiques et les lois qu'ils préfèrent. Ils critiquent la Cour parce qu'ils ne peuvent la contrôler. Et ils continuent de la critiquer même lorsqu'elle change de comportement, fait preuve d'une plus grande déférence et ne constate que très rarement des violations à l'encontre de l'État d'où proviennent les critiques. Contrairement à leur législation interne (ou dans certains cas à leur Constitution), les États ne peuvent pas simplement modifier la Convention pour rendre licites les actions qu'ils souhaitent entreprendre, ce qui est, naturellement, frustrant. C'est aussi l'essence même du droit des droits de l'homme, qui limite et doit limiter l'action des États et les restreindre dans leurs choix.

Alice Donald a qualifié de « paradoxe » l'hostilité politique persistante à l'égard de la Cour au Royaume-Uni, malgré une subsidiarité accrue et une réduction des constats de violation<sup>8</sup>. On pourrait aller plus loin et se demander si cela ne révèle pas le piège que recèlerait la tendance à faire des concessions croissantes à un État partie dont l'appétit pour la souveraineté ne peut être rassasié et a plus à voir avec les courants politiques internes qu'avec l'aménagement de l'autorité au sein du Conseil de l'Europe. Dès lors que nous serons francs à ce sujet, nous pourrions clairement voir qu'aucun degré de subsidiarité ne répondra aux préoccupations de ces critiques, car ces préoccupations portent sur le cœur même du système international de surveillance. Nous pouvons ainsi modérer le tournant vers un contrôle axé sur le processus et aider la Cour à poursuivre son travail de décision au fond, même si cette prise de décision aboutit à des conclusions défavorables ou nous oblige à revoir des décisions politiques ou juridiques internes.

## CONCLUSION

Le tournant vers un contrôle axé sur le processus dans cette nouvelle ère de la subsidiarité doit donc être salué dans l'ensemble, mais nous devons être réalistes quant à ce qu'il signifie et l'adopter uniquement dans la mesure où il ne porte pas atteinte à la Cour et à la Convention. S'il s'avère utile de renforcer la subsidiarité, elle fonctionnera comme un instrument de dialogue, de respect et de courtoisie, permettant aux juridictions, législateurs et exécutifs nationaux de s'impliquer plus efficacement et plus profondément dans le système de la Convention, et à la Cour européenne des droits de l'homme d'examiner, de prendre en compte, d'interpréter encore, de faire évoluer et de développer le texte de la Convention.

Cette approche du contrôle axé sur le processus ne fera pas taire toutes les critiques à l'égard de la Cour. Elle pourrait même les amplifier dans certains cas, en particulier si, il le faudrait pour que le tournant procédural soit pris au sérieux, la Cour devait constater qu'un processus décisionnel national n'est pas suffisamment solide et ne mériterait pas une grande déférence, l'exposant ainsi à des accusations de manque de respect pour le processus national.

Pour finir sur une mise en garde, il y a un risque évident qu'en essayant d'éviter une telle issue, la Cour aille trop loin dans le tournant procédural et se transforme de fait en une juridiction administrative, se bornant à examiner des questions de procédure et se retirant de sa fonction constitutionnaliste et de son rôle propre au sein de l'écosystème transnational dans lequel se trouve la Convention<sup>9</sup>. Si cela devait se produire, nous serions à l'ère de la nationalisation et de l'abdication, plutôt qu'à l'ère de la subsidiarité.

<sup>8</sup> Alice Donald, « Earning Deference from Strasbourg: Has the UK Got the Message? », U.K. Const. L. Blog (6 décembre 2022) <https://ukconstitutionalaw.org/2022/12/06/alice-donald-earning-deference-from-strasbourg-has-the-uk-got-the-message/>

<sup>9</sup> Voir, encore, Eva Brems, « Procedural protection: an examination of procedural safeguards », in Eva Brems et Janneke Gerards (dir.), *Shaping Rights in the ECHR: The Role of the European Court of Human Rights in Determining the Scope of Human Rights* (2013; CUP).



## Michal Bobek

**Juge, Cour administrative suprême  
de la République tchèque**

### **LA SUBSIDIARITÉ DU POINT DE VUE DU POUVOIR JUDICIAIRE NATIONAL**

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Premièrement, sur le plan terminologique, le seul dénominateur commun à la notion de subsidiarité (ou d'absence de subsidiarité) dans le système de la Convention ces dernières années est qu'elle a servi de fondement aux griefs adressés à la jurisprudence de la Cour. Certaines de ces critiques ont été mieux camouflées que d'autres. La notion de subsidiarité est devenue le terme universel pour exprimer diverses formes de désaccord. Les questions litigieuses vont de l'issue d'affaires individuelles à la perception d'un manque de déférence à l'égard des choix et solutions adoptés par les juridictions internes, y compris le

reproche adressé à la Cour de jouer le rôle d'une « quatrième instance » dans certaines affaires, en passant par le prétendu mépris de la Cour pour l'interprétation des lois nationales par les autorités internes lorsqu'elle propose sa propre interprétation en s'appuyant sur des bases plutôt fragiles, et le sentiment général d'un « activisme judiciaire » excessif qui va trop loin dans l'interprétation des droits garantis par la Convention, en particulier sous l'angle des obligations positives des États parties. La subsidiarité est ainsi devenue un substitut pour un large éventail de débats pour lesquels d'autres notions, plus pertinentes, auraient normalement pu être utilisées, notamment celle de la « retenue ». Cela rend difficile un débat utile sur la subsidiarité. Chaque personne présente dans la salle est susceptible de projeter des significations différentes sur cette notion particulièrement imprécise, sur la base de son (dés)accord avec d'autres variables non divulguées.

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

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

Quatrièmement, dans ce dernier courant, une nouvelle approche a été proposée par Robert Spano dans une série d'articles. L'« approche qualitative visant à renforcer la démocratie »<sup>5</sup> a été développée à l'aide d'une différenciation diachronique de l'approche de la Cour, dont la phase suivante est qualifiée de « phase d'intégration procédurale », au cours de laquelle un contrôle des choix réglementaires nationaux « axé sur le processus »<sup>6</sup> occupera une place plus importante. Il est certes peu probable que les États parties accueilleraient avec hostilité une disposition qui tendrait vers une plus grande déférence envers les choix législatifs et judiciaires nationaux. Sur le plan pratique, toutefois, je me demande jusqu'à quel point le

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

3 Par exemple, lorsqu'une décision est prise sur la question de savoir qui doit agir au sein de l'Union européenne en vertu de l'article 5, paragraphe 3, du traité sur l'Union européenne (TUE), combiné avec le Protocole (no 2) sur l'application des principes de subsidiarité et de proportionnalité.

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

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

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

1 [https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/dialogue\\_2015\\_fr](https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/dialogue_2015_fr)

« contrôle axé sur le processus » peut être détaché du contrôle matériel. En ce qui concerne la déférence envers les choix législatifs nationaux, quelle valeur peut-on accorder en soi, sans un minimum de contrôle matériel, au fait que les autorités ou les parlements nationaux ont longuement examiné une question, au cours de longs débats dans le cadre de la procédure législative<sup>7</sup> ? La réaction critique, voire franchement cynique, d'un observateur d'Europe centrale pourrait être qu'un long débat parlementaire ne permet guère de conclure automatiquement à une solution compatible sur le fond avec (les valeurs de) la Convention.

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

Cinquièmement, pour finir, la question de savoir si le système de la Convention vient effectivement d'entrer dans un nouveau monde de subsidiarité ou s'il existe en réalité une dissonance entre les appels politiques et doctrinaux et la véritable pratique juridictionnelle, cette dernière restant pour l'essentiel stable, n'est peut-être pas tranchée. Les études empiriques semblent aboutir à des conclusions variables, les plus récentes laissant penser que les changements sont en réalité de faible envergure<sup>10</sup>. Cela n'est toutefois pas très surprenant : là encore, sans transposition institutionnelle, procédurale ou même matérielle distincte, un principe aussi imprécis que la subsidiarité – quoi qu'il puisse comporter – est difficile à mettre en œuvre<sup>11</sup>.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Deuxièmement, si la « subsidiarité » dont la Cour fait preuve envers les juridictions internes implique effectivement une déférence et une retenue (occasionnelles), les juridictions internes ont-elles réellement besoin de savoir où et quand la Cour fera effectivement preuve de déférence ? Est-ce « sain » et propice à une prise en compte sérieuse des droits de l'homme dans leur intégralité ? Le problème de l'« espace libre » promis *a priori* est qu'il peut facilement passer pour une « absence de surveillance » et donner l'impression qu'il s'agit d'un droit, alors qu'il vaudrait mieux que ce n'en soit pas un. En outre, les promesses (peu claires) créent des attentes (peu claires) et finalement une frustration (claire). Mais il ne s'agit nullement d'un problème nouveau, ni d'un problème limité à la Convention. Il en va de même dans les systèmes judiciaires internes, où le niveau inférieur a toujours un problème avec l'absence alléguée ou réelle de déférence à son égard de la part du niveau supérieur : les autorités administratives se plaignent des tribunaux administratifs ; les juridictions administratives inférieures se plaignent de la cour administrative suprême nationale ; les juridictions suprêmes se plaignent d'un contrôle trop intrusif par les juridictions constitutionnelles nationales ; et enfin, toutes, mais en particulier la dernière juridiction de la chaîne nationale des recours disponibles, contestent la Cour.

Troisièmement, le Protocole no 16 et le mécanisme de l'avis consultatif qu'il a mis en place constitueront-ils un outil pour renforcer l'implication des juridictions nationales dans l'application de la Convention et, en ce sens, la subsidiarité (positive) du système de la Convention, comme l'indique le préambule du Protocole no 16 ? Voire est-ce déjà le cas ? L'expérience contemporaine<sup>18</sup> peut être considérée comme mitigée. Comme la Cour l'a souligné, la procédure consultative n'a pour but ni de transférer un litige individuel à la Cour pour qu'elle l'examine (contrôle individuel), ni de permettre un contrôle abstrait de la législation nationale (contrôle abstrait)<sup>19</sup>. Comme le montre la pratique abondante de la Cour de Luxembourg en matière de renvoi préjudiciel, la frontière entre les affaires irrecevables et une « question de principe relative à l'interprétation ou à l'application [de] la Convention » est souvent

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

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

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

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

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

19 Paragraphe 10 du rapport explicatif sur le Protocole no 16, rappelé dans la *Décision relative à une demande d'avis consultatif formée en vertu du Protocole no 16 concernant l'interprétation des articles 2, 3 et 6 de la Convention*, demande no P16-2020-001, Cour suprême de la République slovaque, § 18, 14 décembre 2020.

une question de (re)formulation. Toutefois, étant donné que le champ d'application des avis consultatifs est si étroitement défini et que la compétence pour solliciter un avis consultatif n'est conférée qu'aux « plus hautes juridictions d'une Haute Partie contractante » (article 1 du Protocole n° 16), il est peu probable que la dynamique interne et l'espace de la contestation qui accompagnent une demande de décision préjudicielle – émanant également des juridictions inférieures d'un État membre – se concrétisent en avis consultatifs<sup>20</sup>.

En outre, dans quelle mesure une implication positive et *a priori* dans l'application de la Convention serait-elle possible si les juridictions internes pouvaient prendre le raccourci commode de poser directement une question, au lieu d'être obligées de raisonner avec la Convention et de remédier elles-mêmes aux défaillances internes avant que l'affaire ne fasse éventuellement l'objet d'un contrôle externe de la Cour<sup>21</sup> ? Curieusement, l'expérience contemporaine pourrait impliquer qu'au lieu d'inciter à une prise en compte *a priori* de la Convention, la procédure d'avis consultatif pourrait permettre de clarifier *a posteriori* des arrêts déjà rendus par la Cour aux fins de leur exécution interne<sup>22</sup>. Enfin, la question des références doubles (à Strasbourg et à Luxembourg) voire triples (à la cour constitutionnelle nationale dans certains ordres juridiques) n'est pas résolue et pourrait faire hésiter certains États parties, en particulier ceux dotés d'une cour constitutionnelle puissante du type Karlsruhe, à signer puis ratifier le Protocole no 16. C'est une chose d'être « corrigé après coup » par la Cour, après avoir eu son mot à dire, c'en est une autre d'être contourné par une juridiction nationale (ordinaire), en particulier si l'on était auparavant le gardien des droits de l'homme au niveau national.

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

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

21 Cela démontre clairement l'une des dissonances précédemment soulignées dans les objectifs poursuivis par l'introduction de la notion de subsidiarité dans le système de la Convention. Si le but de la « subsidiarité » dans l'adoption du Protocole no 16 a été considéré comme libérant la Cour de toute charge fonctionnelle (voir aussi O'Leary, note 18 ci-dessus, p. 89), alors la logique d'une solution *a priori* et rapide à un problème qui ne manquera pas de se poser plus tard dans une procédure répétitive devant la Cour a certainement du sens. Toutefois, si la « subsidiarité » doit être comprise comme incitant les juridictions nationales à s'impliquer plus dans l'application de la Convention et de la jurisprudence de la Cour, en tant que gardiennes principales de la compatibilité avec la Convention, les avis consultatifs ne constitueraient pas nécessairement un pas dans cette direction.

22 Voir O'Leary (note 18 ci-dessus) 93-94, où il est fait observer que deux des cinq avis consultatifs rendus au cours des cinq premières années depuis l'entrée en vigueur du Protocole no 16 ont eu pour origine des difficultés dans l'exécution au niveau national d'arrêts déjà rendus par la Cour.

### 3) RESPONSABILITÉ PARTAGÉE, ÉGALITÉ ET DYSFONCTIONNEMENT

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

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

Le recul de l'état de droit, voire une crise pure et simple dans certains États membres, associé à la montée d'un populisme illibéral, a placé les deux systèmes européens – Strasbourg et Luxembourg – devant des questions sans précédent. L'un des principaux problèmes structurels est de savoir comment concilier la diversité objective en termes de qualité de l'état de droit dans une structure internationale fondée sur l'égalité (souveraine) de ses États membres/États parties. Certains membres peuvent-ils être traités plus équitablement que d'autres, sans créer plusieurs régimes parallèles au sein d'une même organisation ? Dans quelle mesure la notion matérielle d'égalité peut-elle être conciliée avec les structures diplomatiques formelles, pour ne pas dire formalistes, d'une organisation internationale<sup>24</sup> ?

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

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

23 Spano (note 6 ci-dessus), p. 493.

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

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

de première instance<sup>26</sup>. Exercer une subsidiarité inversée (temporairement, espérons-le) pour compenser un manque de responsabilité locale est une tâche décourageante pour une cour internationale. Mais peu de personnes dans cette salle aujourd'hui sont susceptibles de contester son importance primordiale.

Enfin, concluons en jetant un coup d'œil à ce que pourrait être l'avenir. À supposer qu'il soit possible d'admettre un « contrôle multicanal » sur le terrain de la Convention et qu'un tel processus puisse se concilier avec l'égalité des États parties, quand et comment les États (auparavant problématiques) seraient-ils réadmis dans le « contrôle axé sur le processus » – ou plutôt « léger sur le fond » – dans lequel la Cour ferait preuve d'une déférence initiale à l'égard de leurs choix internes ? Faudrait-il qu'un nouveau gouvernement soit en place ? Ce nouveau gouvernement, en rétablissant ce qu'il croit être l'état de droit, pourrait être forcé de casser quelques œufs en cours de route. Un tel « péché transitoire », voire une série de péchés transitoires (pour certains nécessaires), seraient-ils compatibles avec la Convention, compte tenu de la jurisprudence désormais détaillée qui documente tout ce qu'un gouvernement ne peut pas faire avec le système judiciaire ou constitutionnel<sup>27</sup> ? Ou faut-il appuyer sur un bouton de redémarrage, les nobles fins pouvant justifier les moyens ? Dans les affaires à venir, la Cour sera-t-elle obligée de replonger dans sa jurisprudence d'il y a une vingtaine d'années, relative au processus de transition en Europe centrale et orientale, de revenir sur les questions de licenciement et de cessation anticipée, de poursuites pénales, de lois de lustration, de restitutions et autres, depuis longtemps considérées comme classées ? Autant de questions pour l'avenir – et potentiellement pour un autre Séminaire judiciaire.

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

<sup>26</sup> Voir, d'une manière générale, *Akdivar et autres c. Turquie*, 16 septembre 1996, *Recueil des arrêts et décisions* 1996 IV, et, plus récemment, plusieurs affaires concernant la Pologne (pour un aperçu, voir, par exemple, Raffaele Sabato, « An Authority Balanced, But Not Divided – Judicial Appointments and Protection of Judicial Independence Under Article 6 § 1 of the European Convention on Human Rights », in *Liber Amicorum Robert Spano* (Limal, Anthemis, 2022). Cette dernière catégorie d'affaires témoigne d'une approche plus ferme qui voit le jour au sein de la Cour, laquelle, le 8 février 2022, a accordé des mesures provisoires dans l'affaire *Wróbel c. Pologne* (no 6904/22), ordonnant à l'État partie de veiller à ce qu'aucune décision dans la procédure disciplinaire dirigée contre M. Wróbel ne soit prise par la chambre disciplinaire de la Cour suprême (qui avait déjà été déclarée dans des arrêts antérieurs comme n'étant pas un « tribunal indépendant et impartial établi par la loi ») jusqu'à ce que la Cour ait statué définitivement sur les griefs formulés par l'intéressé.

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



## Síofra O'Leary

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

### **ALLOCUTION D'OUVERTURE**

Mesdames et Messieurs les Présidents des Cours constitutionnelles et des Cours suprêmes, Monsieur le Président des Délégués des Ministres, Madame la Secrétaire Générale du Conseil de l'Europe, Madame la Commissaire aux droits de l'homme, Excellences, Mesdames, Messieurs,

Au niveau de la Cour et du Conseil de l'Europe, l'année 2023 a été marquée par un quatrième sommet historique. Dans leur déclaration de Reykjavik, les 46 chefs d'État et de gouvernement ont réaffirmé leur « engagement profond et constant à l'égard de la Convention européenne des droits de l'homme et de la Cour européenne des droits de l'homme en tant que garants ultimes des droits de l'homme sur notre continent, aux côtés de nos systèmes démocratiques et judiciaires nationaux »<sup>1</sup>.

Ce soir, j'ai l'honneur de prononcer cette allocution au nom des 45 juges de la Convention dont je suis entourée.

Je m'adresse à vous non seulement en votre qualité de juges des juridictions supérieures nationales, mais aussi en tant que juges de la Convention, auxquels il incombe au premier chef de veiller à ce que vos autorités nationales respectent les obligations auxquelles elles ont souverainement souscrit en ratifiant la Convention européenne des droits de l'homme.

Nous sommes conscients que vous êtes venus des quatre coins d'Europe et nous vous sommes reconnaissants de témoigner par votre présence ici ce soir de votre attachement au système de la Convention, qui aura bientôt 75 ans.

Nous nous réunissons à un moment où ce système – à la fois fragile et résilient – est à nouveau remis en question. Et pourtant, paradoxalement, plus nous observons la situation en Europe et sur la scène mondiale, plus nous sommes conscients de la nécessité de sauvegarder les trois principes fondamentaux, qui sous-tendent ce système - la démocratie, l'état de droit et les droits de l'homme – quelle que soit la base juridique invoquée.

Après un bref aperçu de notre activité judiciaire en 2023 (I), je voudrais aborder un problème de société qui continue de transparaître de manière trop vive et brutale dans notre jurisprudence et dont aucune de nos sociétés ne semble être à l'abri (II). Je dégagerai ensuite quelques thèmes clés de quatre arrêts de principe rendus l'année dernière (III), avant de vous présenter notre orateur principal, le Commissaire Reynders, que nous sommes heureux d'accueillir au Palais des droits de l'homme (IV).

\*\*\*

<sup>1</sup> Déclaration de Reykjavik, Sommet du Conseil de l'Europe, Unis autour de nos valeurs, 16-17 mai 2023, p. 4.

**(I)**

À l'aube de l'année 2024, le nombre de requêtes pendantes devant la Cour, bien qu'élevé (68 450), a considérablement diminué par rapport à la fin de l'année 2022 (où plus de 74 000 requêtes étaient pendantes).

Au cours de l'année écoulée, la Cour a traité 38 260 requêtes, dont 6 900 ont fait l'objet d'un arrêt (soit une augmentation de 66 % par rapport à 2022). Environ 6 400 requêtes ont été tranchées par des comités de trois juges, et 25 834 requêtes ont été traitées par des juges uniques. Plus de 16 600 requêtes ont été communiquées aux États défendeurs.

75 % des requêtes pendantes proviennent des cinq mêmes États que ceux énumérés en janvier dernier, à savoir la Türkiye (23 400 requêtes), la Fédération de Russie (12 450), l'Ukraine (8 750), la Roumanie (4 150) et l'Italie (2 750).

Heureusement, l'année écoulée a été marquée par quelques nouveaux développements, voire par certains signes précurseurs.

En premier lieu, le nombre de requêtes pendantes contre la Fédération de Russie à la date de la cessation de son adhésion est passé de plus de 17 000 à 12 450. Des comités supplémentaires, opérant au sein des cinq sections, ont adopté des arrêts ou décisions concernant 5 300 requêtes et communiqué 9 400 requêtes supplémentaires.

En deuxième lieu, grâce à un recours accru aux comités et à l'utilisation réussie de la procédure de règlement amiable, le nombre de requêtes contre l'Italie est passé de 3 531 à 2 750.

Enfin, en septembre, la Grande Chambre a rendu un arrêt dans une affaire phare contre la Türkiye. Elle a constaté la violation des articles 7 et 6 § 1 de la Convention résultant d'un problème systémique dans des affaires jugées à la suite de la tentative de coup d'État<sup>2</sup>. Environ huit mille requêtes du même type sont pendantes, dont un premier millier a déjà été communiqué.

En 2023, nous avons opéré un changement quantitatif et qualitatif nécessaire pour le travail judiciaire au niveau des chambres et des comités. Il permettra aux chambres de disposer de plus de temps et d'espace pour traiter les questions juridiques nouvelles et complexes soulevées dans nombre des affaires pendantes devant elles, tout en veillant à ce que les comités puissent accroître la production judiciaire et la célérité lorsque la jurisprudence bien établie applicable à une affaire donnée le permet.

L'année 2023 a également été marquée par des réflexions et des réformes procédurales.

Une nouvelle instruction pratique a cherché à préciser la manière dont les tiers peuvent intervenir dans les affaires pendantes devant la Cour<sup>3</sup>. Cinq ans après l'entrée en vigueur du Protocole no 16, la Cour a mis à jour ses lignes directrices à l'intention des juridictions internes qui examinent la question de savoir s'il y a lieu de demander un avis consultatif<sup>4</sup>. Le règlement de la Cour contient désormais une nouvelle règle sur le traitement des documents hautement sensibles, qui répond aux appels des Hautes Parties contractantes, dont certaines ont déjà été impliquées dans des affaires antérieures où la question d'un tel accès se posait<sup>5</sup>.

L'article 28, qui régit la récusation, a été clarifié et consolidé à la suite d'une consultation avec les parties prenantes. Une nouvelle instruction pratique, édictée la semaine dernière, vise à assurer une plus grande transparence et confirme l'importance primordiale attachée à l'indépendance et à l'impartialité de la justice rendue par la Cour<sup>6</sup>.

Ce qui ne me laisse que quelques, mais très nécessaires, minutes à consacrer aux mesures provisoires.

Lorsqu'elle adopte des mesures provisoires, ce qu'elle fait dans des circonstances exceptionnelles où il existe un risque imminent de dommage irréparable, la Cour exerce sa compétence pour assurer le respect des engagements résultant pour les Hautes Parties contractantes de la Convention et de ses protocoles, conformément à l'article 19 de la Convention.

Il est important de rappeler que l'inobservation de mesures provisoires par un État défendeur met en péril l'efficacité du droit de recours individuel, tel que garanti par l'article 34, ainsi que l'engagement formel de l'État, en vertu de l'article 1, de sauvegarder les droits et libertés énoncés dans la Convention<sup>7</sup>.

L'année dernière, j'ai exprimé ma vive préoccupation devant le fait que certains États contractants soient prêts à méconnaître les exigences internationales de l'état de droit en ignorant les mesures provisoires adoptées et en cherchant à saper l'autorité de la Cour par une remise en cause de sa compétence en la matière.

Cette préoccupation est aujourd'hui plus grande encore. En effet, les critiques qui visaient précédemment la Cour sont désormais dirigées, dans certains milieux, contre des juges nationaux. Jugés nationaux qui agissent dans le respect de l'état de droit, s'acquittent de leur rôle judiciaire essentiel, respectent les obligations fondamentales que font peser sur eux le droit national, le système de la Convention ou d'autres instruments de droit international et défendent le droit à une protection judiciaire effective, en préservant les droits individuels à l'intégrité physique, à la liberté et à la vie elle-même.

Répondant aux récentes attaques contre ce qu'il a appelé l'« ordre juridique européen » – auquel vous, nous et les membres de la CJUE ici présents appartenons tous – le président du Conseil constitutionnel français a souligné ce mois-ci ce qui suit :

« la notion d'État de droit est le ciment même de l'approche européenne, que ce soit à l'échelle du continent, (...) dans le cadre de la Convention européenne (...) ou à l'échelle de (...) l'Union européenne. (...) [N]e perdons pas de vue la stabilité, la crédibilité et l'influence qu'apporte à nos nations la dimension européenne »<sup>8</sup>.

Mépriser des décisions de justice adoptées par des juges indépendants et impartiaux, que ce soit au niveau national ou international, n'est jamais la solution dans un État démocratique régi par l'état de droit.

La nature contraignante des mesures provisoires ne signifie pas, bien entendu, que la Cour n'écoute pas ceux qui l'invitent à revoir ses processus décisionnels. Cela ne signifie pas non plus qu'elle ne perçoit pas les tentatives d'instrumentalisation dont elle peut faire l'objet par l'une ou l'autre partie. Des consultations sont en cours en vue d'une codification plus claire de la jurisprudence bien établie de la Cour concernant l'article 39 du règlement, une plus grande transparence a été introduite dans le processus décisionnel depuis décembre dernier et une instruction pratique révisée, clarifiant le processus d'application de l'article 39, sera publiée à l'issue du processus de consultation et de codification<sup>9</sup>.

2 *Yüksel Yalçinkaya c. Türkiye* [GC], n° 15669/20, 26 septembre 2023.

3 La Cour européenne apporte des éclaircissements sur la tierce intervention (coe.int)

4 Mise à jour des lignes directrices relatives à la mise en œuvre de la procédure d'avis consultatif prévue par le Protocole n° 16 à la Convention (coe.int)

5 Voir, par exemple, *Al Nashiri c. Pologne*, n° 28761/11, §§ 17-40 et 360-376, 24 juillet 2014, et *Yam c. Royaume-Uni*, n° 31295/11, §§ 79-83, 16 janvier 2020. Voir aussi le communiqué de presse CEDH 296 (2023) du 30 octobre 2023, « La Cour européenne introduit de nouvelles règles sur les documents hautement sensibles – Nouvel article 44F et modification de l'article 33 § 1 du règlement ».

6 Voir le communiqué de presse.

7 Voir, par exemple, *K.I. c. France*, n° 5560/19, §§ 115-116, 15 avril 2021.

8 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/actualites/ceremonie-de-voeux-du-president-de-la-republique-au-conseil-constitutionnel-4>. Voir également l'écho de ce message lors de l'ouverture de la Cour de cassation française le 12 janvier 2024.

9 Voir le communiqué de presse CEDH 308 (2023) du 13 novembre 2023, « Modifications de la procédure relative aux mesures provisoires (article 39 du règlement de la Cour) ».

Enfin, pour revenir à la déclaration de Reykjavik, je remercie chaleureusement vos États d'avoir traduit leur soutien politique au système de la Convention et aux valeurs qu'il défend par la mise à disposition d'un financement plus durable. Comme nous, juges de cette Cour, l'avions si clairement indiqué, cela est nécessaire pour nous permettre d'exercer notre mission judiciaire.

\*\*\*

### (II)

Avant d'examiner certains jalons jurisprudentiels de l'année écoulée, je voudrais attirer votre attention sur des affaires qui concernent des formes endémiques et omniprésentes de violence, trop souvent à l'abri du regard réprobateur de la loi et de l'exposition publique à raison du lieu où cette violence s'exerce ou des sentiments de peur et de honte qu'elle cherche à instiller. Ses victimes sont des membres silencieux de nos propres communautés, peut-être même de nos propres familles, puisque la géographie, l'âge, la classe sociale ou l'éducation n'offrent aucune forme de protection ou d'immunité.

Je parle bien entendu des violences domestiques et des violences fondées sur le genre.

Au cours des deux dernières décennies, depuis l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire *Opuz c. Türkiye*<sup>10</sup>, la Cour a développé une riche jurisprudence fondée principalement sur les articles 2, 3, 8 et 14 de la Convention, qui vise à protéger et indemniser les victimes individuelles et contribue à une meilleure connaissance des réponses et mécanismes juridiques requis au niveau national pour combattre et prévenir ce type de violence<sup>11</sup>.

Les travaux de la Cour ont inspiré et éclairé les instances dirigeantes du Conseil de l'Europe dans ce domaine, que ce soit par le travail inlassable du GREVIO ou par la Convention d'Istanbul<sup>12</sup>, à laquelle 39 États membres du Conseil de l'Europe sont désormais parties. Après la ratification de la République de Moldova, du Royaume-Uni et de l'Ukraine, en 2022, l'UE elle-même<sup>13</sup> a adhéré à cette convention l'année dernière. Elle a été rejointe par la Lettonie il y a deux semaines.

Année après année, constatons-nous dans les affaires pendantes devant nous un changement positif dans les modes de comportement privé et d'action de l'État à leur égard ? Malheureusement pas, ou pas assez.

En 2023, dans des affaires concernant la Bulgarie et la Géorgie, la Cour a conclu à la violation de l'article 2 ou de l'article 3 de la Convention, combiné avec l'article 14, dans le contexte d'un manquement systémique des autorités nationales compétentes à leur obligation de lutter contre la violence fondée sur le genre<sup>14</sup>. Ces affaires faisaient suite à des arrêts rendus en 2022 contre ces deux États<sup>15</sup>, ainsi que contre l'Italie et la Croatie<sup>16</sup>. L'année dernière, nous nous sommes également prononcés sur des affaires portant, respectivement, sur la victimisation secondaire d'une orpheline de 12 ans qui s'était plainte d'abus sexuels<sup>17</sup>, et sur le manquement des autorités à leur obligation de protéger une victime de violences domestiques et de préserver le contact avec ses enfants, dans un contexte où l'interruption des contacts avait pour but d'exacerber les violences physiques antérieures et de s'y substituer<sup>18</sup>.

Dans le discours public sur les violences domestiques et les violences fondées sur le genre, on trouve souvent des références à la vulnérabilité et des comparaisons avec le traitement réservé aux groupes ethniques ou minoritaires. Pourtant, les victimes de violences domestiques et fondées sur le genre ne sont pas nées vulnérables. Elles sont rendues vulnérables, sur le chemin qui les mène de l'enfance à la féminité, par les structures sociales déséquilibrées dans lesquelles elles naissent, par la loi et les législateurs, et par les attitudes et les comportements à leur égard qui sont ignorés, autorisés voire approuvés par la société, y compris par l'État.

Dans les affaires que j'ai évoquées, et dans les centaines d'affaires tranchées les années précédentes, notre attention a été et doit rester centrée sur les actions et omissions des autorités nationales. Nombre de ces affaires sont complexes. Cette complexité découle de leur nature, de la survenance des violences dans la sphère privée et des droits concurrents de l'accusé. Mais la question juridique relativement simple à laquelle nous sommes confrontés reste celle que la Cour a formulée dans l'arrêt *Opuz* il y a plus de 15 ans<sup>19</sup> : les requérants ont-ils bénéficié d'une protection égale et suffisante devant la loi ?

\*\*\*

### (III)

Pour en venir aux plus de 6 900 requêtes qui ont donné lieu à des arrêts l'année dernière, soyez assurés qu'à cette heure tardive je n'en mettrai que quatre en exergue, tous choisis pour les thématiques larges qu'ils illustrent.

Dans l'affaire *Fedotova et autres c. Russie*, la Grande Chambre a conclu à la violation par l'État défendeur des obligations positives découlant de l'article 8 à raison de l'absence de toute forme de reconnaissance juridique des relations entre personnes de même sexe<sup>20</sup>.

Consolidant sa jurisprudence existante en la matière<sup>21</sup>, la Cour a reconnu que la marge d'appréciation accordée aux États parties se rapporte à la forme de reconnaissance juridique requise – qui ne doit pas nécessairement s'étendre au mariage – et au contenu de la protection, qui doit néanmoins être adéquat.

La nécessité d'assurer la reconnaissance et la protection effective de la vie privée et familiale des couples homosexuels se trouve solidement ancrée dans les valeurs d'une « société démocratique » promue par la Convention, au premier rang desquelles figurent le pluralisme, la tolérance et l'esprit d'ouverture. Il serait incompatible avec les valeurs sous-jacentes à la Convention, instrument de l'ordre public européen, qu'un groupe minoritaire ne puisse exercer les droits qu'elle garantit qu'à condition que cela soit accepté par la majorité.

Au cours des mois qui ont suivi, les chambres ont été amenées à adopter des arrêts dans la même lignée, exigeant une protection effective des couples homosexuels, dans des affaires dirigées contre la Roumanie, l'Ukraine, la Bulgarie et la Pologne<sup>22</sup>.

Relativement à l'article 10 et à la protection accordée par cette disposition aux lanceurs d'alerte, la Grande Chambre a saisi l'occasion de l'affaire *Halet c. Luxembourg*<sup>23</sup> pour affiner et clarifier les principes pertinents.

<sup>19</sup> *Opuz*, précité, §§ 199-200.

<sup>20</sup> *Fedotova et autres c. Russie*, n° 40792/10, 30538/14 et 43439/14, 17 janvier 2023.

<sup>21</sup> Voir, entre autres, *Oliari et autres c. Italie*, n° 18766/11 et 36030/11, 21 juillet 2015, et *Orlandi et autres c. Italie*, n° 26431/12 et 3 autres, 14 décembre 2017.

<sup>22</sup> *Buhuceanu et autres c. Roumanie*, n° 20081/19 et 20 autres, 23 mai 2023, *Maymulakhin et Markiv c. Ukraine*, n° 75135/14, 1<sup>er</sup> juin 2023, *Koilova et Babulkova c. Bulgarie*, n° 40209/20, 5 septembre 2023, *Przybyszewska et autres c. Pologne*, n° 11454/17 et 9 autres, 12 décembre 2023.

<sup>23</sup> *Halet c. Luxembourg* [GC], n° 21884/18, 14 février 2023.

<sup>10</sup> *Opuz c. Türkiye*, n° 33401/02, CEDH 2009.

<sup>11</sup> *Kurt c. Autriche* [GC], n° 62903/15, 15 juin 2021, et les références qui y sont citées.

<sup>12</sup> Convention sur la prévention et la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique (STCE n° 210). Le GREVIO est le Groupe d'experts sur la lutte contre la violence à l'égard des femmes et la violence domestique.

<sup>13</sup> Voir la [déclaration](#) de l'Union européenne du 28 juin 2023.

<sup>14</sup> *A.E. c. Bulgarie*, n° 53891/20, 23 mai 2023, et *Gaidukevich c. Géorgie*, n° 38650/18, 15 juin 2023.

<sup>15</sup> *Y et autres c. Bulgarie*, n° 9077/18, 22 mars 2022, et *A et B c. Géorgie*, n° 73975/16, 10 février 2022.

<sup>16</sup> Voir, par exemple, *M.S. c. Italie*, n° 32715/19, 7 juillet 2022, et *J.I. c. Croatie*, n° 35898/16, 8 septembre 2022.

<sup>17</sup> *B. c. Russie*, n° 36328/20, 7 février 2023.

<sup>18</sup> *Luca c. République de Moldova*, n° 553451/17, 17 octobre 2023.

Le requérant avait divulgué plusieurs centaines de documents fiscaux à un média, qui les avait ensuite publiés, pour attirer l'attention sur des accords fiscaux avantageux conclus entre l'État défendeur et la société privée pour laquelle l'intéressé travaillait. Ce dernier avait été licencié par son employeur, il s'était vu infliger une amende pénale et les juridictions nationales avaient refusé de lui faire bénéficier de la cause de justification tirée du statut de lanceur d'alerte.

Le raisonnement détaillé et technique de la Grande Chambre ne se prête pas à une audience solennelle. Je me réfère à cet arrêt pour attirer votre attention sur les considérations pertinentes qui se posent relativement à l'intérêt public dans les affaires concernant des lanceurs d'alerte et à l'exercice minutieux de mise en balance auxquelles les autorités nationales doivent se livrer dans ces affaires. La Cour a indiqué que c'est l'ensemble des effets dommageables de la divulgation qu'il convient de prendre en compte, dès lors que ceux-ci peuvent affecter des intérêts privés (que ce soient ceux de l'employeur ou ceux de tiers) ou publics (notamment le bien économique en général ou la confiance des citoyens dans l'équité et la justice des politiques fiscales des États).

Étant donné que la nouvelle directive de l'Union européenne pour la protection des lanceurs d'alerte renvoie aux critères pertinents établis dans la jurisprudence de la Cour<sup>24</sup>, l'arrêt *Halet* est un arrêt de principe dans un domaine dans lequel des synergies dans la jurisprudence des deux juridictions européennes sont, sans aucun doute, amenées à se développer.

Pour ce qui est des arrêts et décisions rendus par les chambres, à une époque où l'on reproche à la Cour, de manière injustifiée, de ne pas tenir compte des difficultés auxquelles sont confrontés les États dans la lutte contre le terrorisme, il convient de citer l'arrêt *Pagerie c. France*<sup>25</sup>.

L'affaire soulevait la question de savoir si des garanties procédurales suffisantes avaient entouré le long couvre-feu préventif imposé à un islamiste radicalisé pendant l'état d'urgence déclaré en France à partir de 2015 à la suite d'attentats terroristes, dont certains avaient été coordonnés par l'État islamique.

Concluant à la non-violation de l'article 2 du Protocole no 4, la chambre a souligné ce qui suit :

« la Cour est pleinement consciente des difficultés de la lutte contre le terrorisme (...) Ainsi, en matière de lutte contre le terrorisme, la Convention impose aux États membres autant de prendre des mesures préventives pour protéger la vie de la population en cas de risque réel et immédiat d'attentat (...) que d'assurer la garantie effective des droits protégés (...) [L]a Cour rappelle qu'il incombe au premier chef aux autorités nationales de procéder à la conciliation, parfois délicate, entre la protection de la population et la garantie des droits, conformément au principe de subsidiarité. Pour autant, cette conciliation fait l'objet d'une supervision européenne dont la Cour a la charge »<sup>26</sup>.

Le dernier arrêt que je souhaite citer – celui rendu dans l'affaire *Wałęsa c. Pologne*<sup>27</sup> – et les répercussions qu'il a eues marquent un tournant important faisant suite à de multiples violations constatées dans une série d'affaires antérieures qui mettaient en cause l'impact des réformes judiciaires engagées dans l'État défendeur en 2017<sup>28</sup>. Que les violations en question aient concerné les articles 6, 8, 10 ou même 18, ces arrêts avaient pour but de protéger le pouvoir judiciaire national contre toute influence extérieure illégale, qu'elle émane du pouvoir exécutif, du pouvoir législatif ou du pouvoir judiciaire lui-même.

Dans l'affaire *Wałęsa*, la Cour a eu recours à la procédure de l'arrêt pilote, dont le double objectif est de réduire la menace pesant sur le bon fonctionnement du système de la Convention et de faciliter la résolution la plus rapide et la plus effective d'un dysfonctionnement affectant la protection des droits garantis par la Convention dans l'ordre juridique interne.

La chambre a conclu à la violation des articles 6 et 8 de la Convention dans l'affaire introduite par le requérant, ancien dirigeant de *Solidarność*, qui avait vu un arrêt définitif rendu en sa faveur infirmé dix ans plus tard par une chambre de la Cour suprême à la suite d'un appel interjeté par le procureur général. La Cour a qualifié ce dernier recours d'« abus de la procédure judiciaire par l'autorité publique aux fins de promouvoir ses propres opinions et visées politiques »<sup>29</sup>.

Elle a estimé que les problèmes systémiques interdépendants relevés par elle avaient entraîné des violations répétées des principes fondamentaux de l'état de droit, de la séparation des pouvoirs et de l'indépendance du pouvoir judiciaire. Dans sa décision d'appliquer la procédure de l'arrêt pilote, elle a souligné que cette situation de non respect persistant de la Convention avait été perpétuée par de récents arrêts de la Cour constitutionnelle et que cette juridiction avait, en parallèle, rendu des arrêts remettant en cause la primauté du droit de l'Union européenne et le caractère contraignant des arrêts de la CJUE.

L'arrêt rendu dans l'affaire *Wałęsa c. Pologne* rappelle que, lorsque les valeurs communes qui sous-tendent la Convention sont ouvertement contestées – valeurs communes qui découlent du patrimoine constitutionnel commun de l'Europe –, les deux juridictions européennes contribuent directement et indirectement à leur défense, à la défense de l'autre système européen et à la défense des juridictions constitutionnelles et suprêmes nationales indépendantes et impartiales<sup>30</sup>.

C'est aussi un arrêt qui parle d'une possibilité de changement. Peu après le prononcé de cet arrêt, l'État défendeur a informé la Cour de sa « volonté d'exécuter les arrêts de la CEDH et de sa détermination à le faire, en particulier ceux concernant les principes de l'état de droit et de l'indépendance du pouvoir judiciaire »<sup>31</sup>.

\*\*\*

#### (IV)

Même si je n'ai jusqu'à présent mentionné que le conflit en cours en Ukraine, d'autres conflits froids et actifs persistent dans l'espace juridique de la Convention. Si l'on regarde vers l'Est, nous voyons quotidiennement la brutalité et l'agression sur nos écrans et dans les rues et les vies d'autres personnes.

Alors que nous voyons surgir les turbulences de 2024, les mots d'ouverture de la Charte des Nations unies ont une résonance particulière.

Nos prédécesseurs voulaient préserver les générations futures du fléau de la guerre, proclamer à nouveau leur foi dans les droits de l'homme, respecter le droit international, favoriser le progrès social et pratiquer la tolérance. Ce n'est certainement pas le moment pour notre génération, à laquelle tant a été accordé, de revenir sur ces promesses faites aux générations qui nous succéderont.

24 Directive (UE) 2019/1937 du Parlement européen et du Conseil sur la protection des personnes qui signalent des violations du droit de l'Union, JO 2019, L 305/17, considérant 33.

25 *Pagerie c. France*, n° 24203/16, 19 janvier 2023.

26 *Ibidem*, §§ 147-150.

27 *Wałęsa c. Pologne*, n° 50849/21, 23 novembre 2023.

28 *Dolińska-Ficek et Ozimek c. Pologne*, n° 49868/19 et 57511/19, 8 novembre 2021, *Advance Pharma sp. z o.o. c. Pologne*, n° 1469/20, 3 février 2022, *Xero Flor w Polsce sp. z o.o. c. Pologne*, n° 4907/18, 7 mai 2021, *Reczkowicz c. Pologne*, n° 43447/19, 22 juillet 2021, *Grzęda c. Pologne* [GC], n° 43572/18, 15 mars 2022, *Żurek c. Pologne*, n° 39650/18, 16 juin 2022, *Tuleya c. Pologne*, n° 21181/19 et 51751/20, 6 juillet 2023, et *Juszczyszyn c. Pologne*, n° 35599/20, 6 octobre 2022.

29 *Wałęsa*, précité, § 254.

30 Voir le discours « EUnited in Diversity II – The Rule of Law and Constitutional Diversity: Perspectives from the European Court of Human Rights », La Haye, Pays-Bas, 31 août-1<sup>er</sup> septembre 2023 (en anglais uniquement) ; pour des exemples concrets, voir l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire *Tuleya*, précité, § 264, et les arrêts rendus par la CJUE dans les affaires jointes C-562/21 PPU et C-563/21 PPU, *X et Y c. Openbaar Ministerie*, EU:C:2022:100, §§ 79-80, ou, récemment, dans l'affaire C-718/21, *L.G. c. Krajowa Rada Sądownictwa*, EU:C:2023:1015.

31 Voir la déclaration du 15 décembre 2023 (en anglais uniquement).

Monsieur le Commissaire Reynders, j'ai commencé et terminé mon intervention par des références à l'état de droit et aux valeurs européennes communes. Cela m'a paru être un tremplin approprié pour vous présenter en tant qu'orateur principal.

Dans la déclaration de Reykjavik, l'UE est identifiée comme le principal partenaire institutionnel du Conseil de l'Europe sur les plans politique, juridique et financier.

En tant que Commissaire européen à la Justice, vous avez défendu l'état de droit comme élément central de l'ADN commun aux deux organisations<sup>32</sup>. Devant l'APCE, vous avez récemment abordé la question de l'adhésion de l'UE à la Convention. Vos rapports annuels sur l'état de droit, qui examinent la situation dans les États membres de l'Union européenne et dans ceux en voie d'adhésion, ont mis l'accent, à juste titre, sur le bilan des États étudiés en ce qui concerne l'exécution des arrêts de la Cour.

Il est encourageant de voir, dans les travaux récents de la Commission ou de la CJUE, qu'une plus grande attention est enfin accordée aux contributions essentielles de la Commission de Venise, du GRECO<sup>33</sup> ou de la CEPEJ<sup>34</sup>, aux côtés des arrêts de cette Cour, à la défense de la démocratie et de l'état de droit.

Monsieur le Commissaire Reynders, les membres judiciaires de l'ordre juridique européen et nos autres invités sont impatients de vous entendre et je vous invite à présent à prendre la parole.



## Didier Reynders

**Commissaire européen à la Justice**

Madame la Présidente de la Cour européenne des droits de l'Homme, Mesdames et Messieurs les juges de la Cour européenne des droits de l'Homme, Mesdames et Messieurs les Présidents des Cours constitutionnelles et des Cours suprêmes, Monsieur le Président des Délégués des Ministres, Madame la Secrétaire Générale du Conseil de l'Europe, Madame la Secrétaire Générale de l'Assemblée parlementaire, Excellences, Mesdames et Messieurs,

Je vous remercie de m'avoir invité à m'adresser à vous lors de la cérémonie solennelle d'aujourd'hui en ma qualité de Commissaire européen à la Justice.

Comme l'avait souligné Jacques Delors, ici à Strasbourg, il y a près de trente-cinq ans, devant l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe, on ne saurait oublier que c'est par le Conseil de l'Europe que tout a commencé.

La Convention européenne des droits de l'homme est entrée en vigueur en 1953, il y a plus de soixante-dix ans, et constitue l'élément central du système juridique propre au Conseil de l'Europe.

Déterminés à ne pas répéter les erreurs du passé, nos prédécesseurs qui ont œuvré à la mise en place de la Convention et de l'ordre juridique de l'Union européenne étaient portés par leur engagement à protéger des valeurs communes, à savoir l'État de droit, les droits fondamentaux et la démocratie.

Aujourd'hui encore, la Convention représente une réalisation majeure en faveur de la protection des droits de l'Homme, en permettant aux individus de porter directement leur cas devant un tribunal international.

Pour de nombreux requérants, la Cour de Strasbourg est une lueur d'espoir lorsqu'ils sont confrontés à l'injustice.

Par ailleurs, la Cour ne se contente pas de trancher des affaires individuelles.

Par sa jurisprudence, elle clarifie et développe les règles instaurées par la Convention, contribuant ainsi à leur respect dans l'ensemble de l'ordre juridique du Conseil de l'Europe. Et la Cour veille à ce que la Convention demeure un instrument vivant, adapté à la protection des droits dans des sociétés en mutation.

Votre travail est donc essentiel pour assurer la protection de l'État de droit et des droits fondamentaux sur le continent européen.

En mai dernier, les chefs d'État et de gouvernement se sont réunis lors du sommet de Reykjavik, pour réitérer leur attachement aux valeurs et aux principes du Conseil de l'Europe, et pour donner davantage d'orientation à ses travaux.

<sup>32</sup> Voir le discours prononcé à l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe le 12 octobre 2023.

<sup>33</sup> Groupe d'États contre la corruption.

<sup>34</sup> Commission européenne pour l'efficacité de la justice.

Comme l'a affirmé la Présidente von der Leyen lors de ce sommet, nous souhaitons renforcer les fondements démocratiques de l'Union européenne. Et nous nous réjouissons de la perspective de voir l'Union adhérer à la Convention européenne des droits de l'Homme dans les meilleurs délais.

En effet, l'adhésion de l'Union à la Convention n'est pas seulement une obligation légale depuis le traité de Lisbonne. Elle constituerait aussi un achèvement majeur pour la protection des droits fondamentaux et pour le renforcement des liens entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe.

## SUR LA COMPLÉMENTARITÉ ENTRE LA CHARTE ET LA CONVENTION

Comme vous le savez, le système juridique de l'Union européenne dans le domaine des droits fondamentaux repose sur la Charte, et sur la complémentarité entre celle-ci et la Convention.

Si ces deux textes présentent des caractéristiques propres, ils sont tous deux indispensables pour assurer la protection des droits fondamentaux dans l'espace juridique européen.

Il n'est donc pas rare que les organes de l'Union et la Cour européenne des droits de l'Homme traitent des mêmes questions relatives à l'état de droit, parfois par rapport à un même pays, même si les questions se manifestent de manière différente.

Le récent arrêt de la Cour de Strasbourg dans l'affaire *Wałęsa c. Pologne* en est un bon exemple que vous venez d'évoquer Madame la Présidente.

Un jugement définitif rendu par une juridiction nationale en faveur de M. *Wałęsa* avait été annulé neuf ans plus tard par un recours exceptionnel devant la Chambre de contrôle extraordinaire de la Cour suprême de Pologne.

Dès 2021, la Cour européenne des droits de l'Homme avait jugé que cette Chambre de contrôle extraordinaire n'était pas un « tribunal indépendant et impartial établi par la loi ».

Dans l'arrêt *Wałęsa*, la Cour a constaté une violation du droit à un tribunal indépendant, ainsi que du principe de sécurité juridique.

Compte tenu de la nature systémique des violations établies dans ce cas, la Cour a de plus appliqué la procédure d'arrêt pilote, et a jugé que la Pologne devait prendre des mesures appropriées pour mettre fin aux violations systémiques de la Convention qu'elle avait identifiées. Comme l'a relevé la Cour dans cet arrêt, la Commission européenne avait contesté elle aussi la procédure de pourvoi extraordinaire devant cette chambre de la Cour suprême polonaise, dans sa proposition visant à activer la procédure dite de l'article 7 du Traité sur l'Union européenne, qui vise à la constatation d'un risque clair de violation grave de l'état de droit par la Pologne.

Par ailleurs, dans un arrêt rendu en décembre dernier, la Cour de Justice de l'Union européenne a jugé que, compte tenu des circonstances liées à la nomination des juges de cette chambre de contrôle extraordinaire, une formation de cette chambre ne constituait pas une « juridiction » au sens de l'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne, relatif au mécanisme de question préjudicielle.

Pour parvenir à cette conclusion, la Cour de Luxembourg s'est appuyée sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Ainsi, nous pouvons constater qu'un dialogue existe aussi, qu'une complémentarité s'est développée entre les deux organisations, et notamment entre les deux Cours.

## LE RAPPORT DE LA COMMISSION SUR L'ÉTAT DE DROIT

Cependant, il est toujours préférable de prévenir les crises liées à l'État de droit, avant qu'elles ne surviennent et ne doivent être réglées en justice.

Le Rapport annuel de la Commission européenne sur l'État de droit joue le rôle d'instrument préventif.

La quatrième édition du Rapport a été publiée en juillet de l'année dernière. Comme par le passé, sa préparation a reposé sur une coopération étroite entre la Commission, le Conseil de l'Europe et ses organes.

C'est une pratique désormais établie que, dans le Rapport sur l'État de droit, nous examinons les règles nationales des États membres tant du point de vue du droit de l'Union, notamment la jurisprudence de la Cour de justice de Luxembourg, que des standards européens, telles que les recommandations du Comité des ministres, les avis de la Commission de Venise ou du GRECO, et bien entendu, les arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme.

Le rapport de 2023 contient des recommandations adressées à chaque État membre. Ces recommandations sont destinées à les encourager à engager les réformes nécessaires.

Le cas échéant, nos recommandations font également référence aux standards européens développés au sein du Conseil de l'Europe. C'est surtout le cas pour la composition des conseils de Justice quelle que soit leur dénomination.

À la suite de l'annonce faite par la Présidente von der Leyen dans son discours sur l'état de l'Union de 2023, la Commission ouvrira cette année le Rapport aux États candidats les plus avancés en matière d'État de droit dans leur processus d'adhésion à l'Union, à savoir l'Albanie, le Monténégro, la Macédoine du Nord et la Serbie.

En invitant ces pays à participer au Rapport annuel, l'Union européenne insiste une fois de plus sur l'importance des standards européens pour l'ensemble du continent.

Le rapport nous permet d'engager un dialogue avec les États Membres. Ainsi, deux tiers de nos recommandations de 2022 ont été entièrement ou partiellement mise en œuvre.

L'État de droit progresse y compris à travers des réformes constitutionnelles comme cela vient d'être le cas au Grand-Duché du Luxembourg concernant le Conseil National de la Justice, dont la majorité des membres sont dorénavant des juges élus par leurs pairs, ou concernant l'indépendance de la Justice, en particulier du ministère public.

Je vais par ailleurs, au nom de la Commission, ouvrir un dialogue structuré sur la mise en œuvre par l'Espagne de notre recommandation relative au Conseil national de la Justice.

Le dialogue vient toujours en premier.

Avec le nouveau gouvernement polonais, nous échangeons sur les réformes à mettre en œuvre pour, en particulier, rétablir l'indépendance de la Justice.

Lorsque le dialogue ne suffit pas, la Commission utilise d'autres instruments à sa disposition.

J'ai déjà évoqué l'article 7 du Traité sur l'Union Européenne. La procédure est en cours au sein du Conseil à propos de la Pologne et de la Hongrie.

Nous introduisons des procédures d'infractions devant la Cour de Justice de l'Union européenne en recourant, si nécessaires aux astreintes.

Plus récemment, nous avons pu mettre en œuvre des mécanismes liant le respect de l'État de droit ou la Charte des droits fondamentaux à des financements européens destinés aux États Membres. Le mécanisme de conditionnalité a été activé à l'égard de la Hongrie pour geler les transferts budgétaires.

Les plans de relance et de résilience adoptés après le pic de la pandémie de Covid-19 contiennent des exigences de réformes, notamment judiciaires ou de lutte contre la corruption, dont la mise en œuvre conditionne tout paiement. Ainsi, aucun versement n'a encore été effectué dans le cadre des plans de relance hongrois et polonais, faute de réformes.

Certains programmes de cohésion ont aussi fait l'objet de gels pour non-respect de la Charte des droits fondamentaux.

L'objectif n'est pas de sanctionner mais d'inciter aux réformes. Si elles sont réalisées, ces mesures budgétaires peuvent être levées.

Je voudrais aborder maintenant une autre question, celle du respect des arrêts de votre Cour.

Comme la Présidente O'Leary l'a récemment souligné, « dans un État de droit, les jugements (...) des juridictions nationales doivent être exécutés sans exception et en temps utile. La même exigence s'applique aux arrêts rendus par la Cour de Strasbourg (...) ».

Je ne peux qu'abonder dans ce sens.

Depuis deux ans, le Rapport annuel sur l'État de droit comprend également, pour chaque État membre, un aperçu de la mise en œuvre des arrêts de référence de la Cour européenne des droits de l'Homme. Et ce sera bien sûr également le cas pour le rapport de cette année.

## **SUR LE CARACTÈRE ESSENTIEL DES SYSTÈMES JUDICIAIRES NATIONAUX RÉSILIENTS**

Généralement, les juridictions nationales sont en première ligne pour lutter contre les décisions arbitraires, les discriminations ou les abus de pouvoir. Elles sont appelées à donner leur plein effet aux droits consacrés par la Convention.

C'est pourquoi des systèmes judiciaires nationaux résilients, capables de résister aux pressions sont essentiels.

Lorsque le système fonctionne bien, la protection des droits de l'Homme devrait s'avérer satisfaisante au niveau national. Toutefois, nous savons que ce n'est pas toujours le cas.

C'est pourquoi nous avons également besoin d'institutions solides, efficaces et indépendantes au niveau européen, comme la Cour européenne des droits de l'Homme, pour promouvoir et protéger efficacement ces valeurs.

Mesdames et Messieurs,

Comme l'a rappelé votre Cour, l'État de droit est inhérent à tous les articles de la Convention, et l'ensemble de la Convention s'inspire de ce principe. C'est le respect de cet État de droit qui confère aux actions des pouvoirs publics la légitimité requise dans une société démocratique.

Les valeurs qui sous-tendent la Convention, ainsi que la Charte des droits fondamentaux de l'Union sont universelles.

Toutefois, nous constatons qu'elles sont confrontées à de nombreux défis, en constante évolution.

Nous le voyons dans nos rapports sur l'État de droit : tous les États membres peuvent s'améliorer, d'une manière ou d'une autre, et font l'objet de recommandations, même si l'ampleur des risques diffère d'un État à l'autre.

Nous le voyons également dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, par exemple en ce qui concerne l'indépendance de la justice.

Et, de manière beaucoup plus grave, l'importance des valeurs fondamentales nous a été douloureusement rappelée par la guerre d'agression menée par la Russie contre l'Ukraine.

En témoignent les affaires interétatiques pendantes devant cette Cour contre la Russie, ou les plus de 7 400 demandes individuelles concernant les événements qui ont eu lieu dans le cadre de l'invasion de la Crimée puis suite à l'agression de février 2022.

La Commission européenne est pleinement engagée en soutien à l'Ukraine. Nous soutenons financièrement le Registre des dommages mis en place au sein du Conseil de l'Europe. Nous veillons à la mise en œuvre des mesures restrictives adoptées par l'Union à l'encontre de la Russie, et nous travaillons pour assurer que les crimes internationaux commis en Ukraine ne restent pas impunis, en étroite coopération avec la Cour pénale internationale, le procureur général d'Ukraine, les États Membres et Eurojust.

## **CONCLUSION**

Mesdames et Messieurs,

Au cours de l'année judiciaire écoulée, la Cour européenne des droits de l'Homme a à nouveau rendu un certain nombre d'arrêts clés, qui sont venus enrichir l'espace juridique européen.

Au cours de l'année judiciaire à venir, votre Cour sera à nouveau appelée à se prononcer sur des questions qui sont au cœur de la protection de l'État de droit, des droits de l'Homme et de la démocratie.

Je vous souhaite le meilleur dans votre travail à venir, et je vous remercie à nouveau pour votre invitation.

# PHOTOS



## ANCIENS DIALOGUES ENTRE JUGES

- Dialogue entre juges - 2023
- Dialogue entre juges - 2022
- Dialogue entre juges - 2021
- Dialogue entre juges - 2020
- Dialogue entre juges - 2019
- Dialogue entre juges - 2018
- Dialogue entre juges - 2017
- Dialogue entre juges - 2016
- Dialogue entre juges - 2015
- Dialogue entre juges - 2014
- Dialogue entre juges - 2013
- Dialogue entre juges - 2012
- Dialogue entre juges - 2011
- Dialogue entre juges - 2010
- Dialogue entre juges - 2009
- Dialogue entre juges - 2008
- Dialogue entre juges - 2007
- Dialogue entre juges - 2006
- Dialogue entre juges - 2005