



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

Ouverture de l'année judiciaire 2024

Séminaire judiciaire

« Réexaminer la subsidiarité à l'ère de la responsabilité partagée »

L'impact du Protocole n° 15 sur la subsidiarité

Discours de Peggy Ducoulombier

26 janvier 2024

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 15 sur la subsidiarité.

Le Protocole 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 européen¹, mais surtout la marge nationale d'appréciation, doctrine créée par les organes conventionnels².

Rédigé en 2013 à la suite de la conférence de Brighton³, 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 »⁴ 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.

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.

Ainsi, lorsque l'on interroge l'impact du Protocole 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 clair⁵, c'est la Cour européenne qui demeure la maîtresse de leur interprétation⁶.

Pour évaluer l'impact du Protocole 15 sur la subsidiarité, il ne faut pas se limiter à la période postérieure au 1^{er} août 2021, date d'entrée en vigueur du Protocole, qui voit cependant les références expresses 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 national⁷.

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 Spano⁸. Il faut même replacer cette question dans une chronologie débutant a minima en 2010⁹, avec le processus d'Interlaken¹⁰, qui voit apparaître l'idée de responsabilité partagée¹¹, et l'entrée en vigueur du Protocole 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 Brighton¹², 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 Brighton¹³, y compris le Sommet des

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*, Limal, 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 ».

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 discutable 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.

chefs d'État et de gouvernement de Reykjavík¹⁴, 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 Cour¹⁵.

Cette temporalité permet également de remettre la jurisprudence dans un autre contexte, celui de la nécessaire maîtrise par la Cour du flux contentieux¹⁶, illustrant le caractère multifactoriel du redéploiement du principe de subsidiarité¹⁷. Cela me permet d'envisager en premier lieu son versant procédural, à travers quelques mots sur l'épuisement préalable des voies de recours internes¹⁸.

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 requérants¹⁹.

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 matière²⁰.

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'acquitter 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 Duoulombier, « 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.

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.

Par exemple, la règle selon laquelle le requérant n'a pas à épuiser plusieurs recours, dès lors qu'il a épuisé correctement un recours utile²¹. 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 gouvernement²². 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 internes²³, mais déséquilibrerait les obligations des requérants et du gouvernement défendeur dans le procès²⁴. 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 substance²⁵, même s'il est possible de trouver des exemples révélant une plus grande fermeté à l'égard des requérants²⁶, voire se rapprochant d'une exigence d'invocation formelle de la Convention²⁷ (à l'instar de la décision *Lee c. Royaume-Uni* du 7 décembre 2021, par exemple²⁸).

La jurisprudence révèle depuis plusieurs années la volonté de la Cour de donner à voir l'importance de la subsidiarité procédurale²⁹. Elle rappelle au requérant son obligation d'avoir mis l'État en capacité réelle de remédier au grief dont il se plaint devant la Cour³⁰, y compris en donnant « aux juridictions nationales la possibilité de faire évoluer [les] droits [fondamentaux] par la voie de l'interprétation »³¹,

²¹ Voy., par exemple, CEDH, GC, *O'Keeffe 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'épuisant 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' [...] ».

Sur ce sujet, voy. Mattias Guyomar, « Le grief invoqué 'en substance' : de l'art d'être funambule », in *Liber Amicorum Robert Spano*, Limal, Anthemis, 2022, p. 305-314.

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.

et en adaptant le choix de la voie procédurale interne au grief présenté devant elle³². La jurisprudence de la Grande chambre en 2023 en contient plusieurs exemples³³. 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 pénale³⁴ – 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 recours³⁵. Certains pourraient estimer que le Protocole 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^{er} 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 15³⁶. Serait ainsi perceptible une « retraite organisée »³⁷ de la Cour, se traduisant notamment par une déférence générale (et indue) à l'égard des autorités nationales, par le biais de la marge nationale d'appréciation et le développement du contrôle procédural³⁸.

Encore une fois, il me semble que la réalité est beaucoup plus complexe³⁹. Ainsi, la Cour n'a pas attendu le Protocole 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 régalién et sensible, la Cour impose des obligations substantielles et

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^{er} 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.

procédurales strictes aux autorités nationales⁴⁰. Si certaines lignes jurisprudentielles ont pu évoluer, la rédaction du Protocole 15 n'a pas entraîné la généralisation de l'allocation d'une large marge d'appréciation aux États⁴¹. 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 ignoré⁴², 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 Convention⁴³, 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 réalisée⁴⁴. 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 juridictions internes⁴⁵. 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

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^{er} 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.

⁴⁵ Voy. Patrick Wachsmann, « Le 'Von Hannover non-substitution principe' 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.

main, comme le rappelait le juge Spano dans son opinion concordante aux arrêts *Mehmet Hasan Altan et Sahin Alpay c. Turquie*, du 20 mars 2018⁴⁶.

Ainsi, il semble difficile de conclure que le Protocole 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 raisonnement⁴⁷.

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 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.

⁴⁶ 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 ».

⁴⁷ 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.