
Le principe de la subsidiarité au sens du droit de la Convention européenne des droits de l'homme

The principle of subsidiarity within the meaning of the law of the European Convention on Human Rights

Naidji Chahrazed*

Université Ibn Khaldoun Tiaret
chahrazed.Naidji@univ-tiaret.dz

📄📄📄📄

Date de soumission: 25/03/2023 – Date d'acceptation: 25/03/2023 – Date de publication: 31/05/2023

Résumé:

Le principe de subsidiarité conditionne le respect effectif dans l'ordre juridique interne des droits garantis par la C.E.D.H. Mais il est aussi le garant de l'équilibre des relations États parties / Cour européenne des droits de l'homme, postulant que l'intervention de l'autorité nationale doit être première et celle de la Cour européenne subsidiaire.

les mots clés: principe de subsidiarité; Cour européenne; juge national; Le Protocole 15a la convention européenne.

Abstract:

The principle of subsidiarity conditions the effective respect in the internal legal order of the rights guaranteed by the C.E.D.H. But it is also the guarantor of the balance of relations between States Parties / European Court of Human Rights, postulating that the intervention of the national authority must be primary and that of the European Court subsidiary.

The key words: principle of subsidiarity; European Court; national judge; Protocol 15 to the European Convention.

*-Auteur d'envoi:

Introduction:

Un nouveau considérant a été ajouté à la fin du préambule de la Convention contenant une référence au principe de subsidiarité et à la doctrine de la marge d'appréciation. Il est destiné à renforcer la transparence et l'accessibilité de ces caractéristiques du système de la Convention et à rester cohérent avec la doctrine de la marge d'appréciation telle que développée par la Cour dans sa jurisprudence. En formulant cette proposition, la Déclaration de Brighton a également rappelé l'engagement des Hautes Parties contractantes à donner plein effet à leur obligation de garantir les droits et libertés définis dans la Convention¹

Le Protocole 15 ajoute un considérant à la fin du préambule de la Convention, consacrant le principe de subsidiarité et la marge nationale d'appréciation². Selon le rapport explicatif du Protocole 15, qui a valeur de travaux préparatoires³, cet ajout vise à renforcer.⁴

Dans cette présentation, nous nous concentrerons sur la définition du principe de subsidiarité (I) puis le principe de subsidiarité illustré à travers la marge nationale d'appréciation, parfois indûment ôté aux juges nationaux (II) avant de nous intéresser à l'épuisement des voies de recours interne et sa dualité. Il peut en effet permettre de réparer une violation au plus tôt comme il peut être source d'une violation jamais examinée. (III)

¹ - Lorraine Dumont, "Le protocole 15 à la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement de la garantie des droits fondamentaux ?", La Revue des droits de l'homme [Online], Actualités Droits-Libertés, Online since 11 October 2021, connection on 06 December 2021, p 02

URL: <http://journals.openedition.org/revdh/12980> ; DOI: <https://doi.org/10.4000/revdh.12980>

- Voir en particulier les paragraphes 12b, 3 et 11 de la Déclaration de Brighton

²-« 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-Avis de la Cour européenne sur le projet de protocole 15 à la Convention européenne des droits de l'homme, 6 février 2013, §4

⁴ - Lorraine Dumont, op. cit, p 02

I/ définition du principe de subsidiarité

Dans le système de la Convention, le principe de la subsidiarité est considéré comme une «*clé de voûte*»¹ aux côtés du droit de recours individuel. En effet, ce principe veut que le juge national soit plus proche des circonstances et conditions des espèces et donc plus à même de réparer une violation de droits humains.

Il semble qu'au contraire de **l'uniformisation** voulue en droit de l'Union européenne - notamment à travers les règlements, l'effet obligatoire des arrêts de la CJUE à l'égard de tous les États membres - la Cour EDH tend vers un système **d'harmonisation**². Ainsi, la Cour va dès « l'affaire linguistique belge » de 1968 affirmer « *qu'elle ne saurait se substituer aux autorités nationales compétentes, faute de quoi elle perdrait de vue le caractère subsidiaire du mécanisme international de garantie collective instauré par la Convention* ».

Cette subsidiarité est donc vue comme un moyen de garantir la souveraineté des États, ne pas empiéter sur leurs compétences régaliennes. La Cour ne doit pas être vue comme une quatrième instance devant laquelle l'ensemble des faits vont être rediscutés mais comme un organe visant à vérifier la compatibilité des mesures nationales avec la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales (« CESDH

« la transparence et l'accessibilité de ces caractéristiques du système de la Convention et à rester cohérent avec la doctrine de la marge d'appréciation telle que développée par la Cour dans sa jurisprudence. En formulant cette proposition,

¹ - Discours de Jean-Marc Sauvé, Conférence devant le Conseil d'État, Cycle 2010-2011 : Le droit européen des droits de l'homme, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme » Paris, 19 avril 2010.

² - F. Sudre, Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, commentaire de l'arrêt Handisyde, PUF Thémis, 6^{ème} édition mise à jour, Paris 2003, p. 76.

la Déclaration de Brighton a également rappelé l'engagement des Hautes Parties contractantes à donner plein effet à leur obligation de garantir les droits et libertés définis dans la Convention »¹

Le rapport explicatif du protocole 15 lie ainsi la doctrine de la marge nationale d'appréciation à l'obligation de donner plein effet aux dispositions de la Convention. Il fait alors de la volonté souveraine de l'État l'interface entre une marge de manœuvre pour l'entité, qui lui permet de favoriser certaines valeurs plutôt que d'autres², et le caractère contraignant des obligations auxquelles il a consenti en matière de protection des droits de l'homme.

La rhétorique de souveraineté dans laquelle s'inscrivent la marge d'appréciation et le principe de subsidiarité n'a donc pas pour corollaire un affaiblissement automatique du DIDH. Si la doctrine de la marge nationale d'appréciation réaffirme l'importance de la volonté de l'État – fondatrice, s'il faut le rappeler, des règles du droit international public -, c'est cette même volonté qui fonde les spécificités du droit international des droits de l'homme³, lesquelles viennent régulièrement réduire la marge de manœuvre dont disposent les États¹.

¹ - Rapport explicatif du protocole 15, §7.

²-Sur la joute sur les valeurs qu'organise le droit international des droits de l'homme voy. L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA, *Traité de droit international des droits de l'homme*, Paris, Pedone, 2e édition, 2018, p. 65. L'existence d'une marge de manœuvre laissée à l'État pour favoriser certaines valeurs plutôt que d'autres transparaît par exemple dans l'arrêt de Grande chambre A, B et C c. Irlande (16 décembre 2010), où la Cour octroie à l'Irlande une marge nationale d'appréciation étendue du fait des croyances morales profondes du peuple irlandais. Un autre exemple se trouve dans les affaires portant sur le droit à la sécurité sociale, où la Cour est réticente à imposer aux États une forme de redistribution sociale (voy. par exemple Cour EDH, 2e sect., 28 octobre 1999, décision Pancenko c. Lettonie, req. n° 40772/98). Les valeurs favorisées par l'État restent, dans une certaine mesure, contrôlées par la Cour européenne, ainsi que le prévoit le nouveau considérant puisqu'il précise que les États parties « jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme ».

³ - Selon la Cour européenne, il faut « tenir compte de la nature particulière de la Convention, instrument constitutionnel d'un ordre public européen pour la protection des êtres humains, et son rôle, tel qu'il se dégage de l'article 19 de la Convention, est d'assurer le respect par les Parties contractantes des engagements souscrits par elles » in Cour EDH, Grde Ch., 12 décembre 2001, décision Bankovic et autres. c. la Belgique, req. n° 52207/99, §90. Voy. aussi Cour EDH, Grde Ch., 10 mai 2001, Chypre c. Turquie, req. n° 25781/94, §78. Parmi ces spécificités, nous pouvons énumérer le système de garantie collective, qui se fonde sur le caractère erga omnes des obligations du DIDH, et qui permet à un État d'attraire un autre État devant une juridiction de droits de l'homme, même s'il n'a pas subi directement la violation en cause. La capacité processuelle active octroyée aux personnes privées constitue aussi une spécificité du droit international des droits de l'homme, qui a été étendue

Ces principes se traduisent dans des conditions de recevabilité de la Cour, et au premier chef, le principe d'épuisement des voies de recours interne. Prévu à l'article 35§1 de la CESDH, il prévoit qu'il est nécessaire qu'un requérant ait épuisé toutes les voies de recours en interne avant de se présenter devant la Cour EDH. Dans la droite ligne du respect de la souveraineté, ce principe permet d'assurer que les juges nationaux peuvent redresser en interne une violation de la CESDH avant de porter une espèce devant la Cour.

Ce principe de subsidiarité a été réaffirmé avec force dans les deux derniers protocoles additionnels à la CESDH. Le protocole 15 **prévoit en effet d'inscrire le principe de subsidiarité et la marge d'appréciation dans le préambule de la Convention**. Quant au protocole 16, entré en vigueur en août 2018, **il accroît le dialogue des juges**. Il permet en effet aux juges nationaux de poser des questions sur l'interprétation et l'application de la CESDH à la Cour.²

Ce principe apparaît donc pertinent, source de respect de la souveraineté des États, d'un dialogue des juges constructif et, à terme, d'une meilleure protection des droits et libertés fondamentaux. Pour autant, si la Cour affirme avec vigueur dans certaines espèces trop sensibles cette marge nationale d'appréciation, elle se

au droit des investissements. En matière de réserves aux traités, les spécificités du droit international des droits de l'homme (qui découlent ici aussi du caractère erga omnes des obligations en cause) impliquent qu'une réserve contraire à l'objet et au but du traité peut être écartée par l'organe juridictionnel ou quasi-juridictionnel veillant à sa bonne application.

¹ - Lorraine Dumont, op. cit, p 02

² - Article 01 du protocole 15 : A la fin du préambule de la convention, un nouveau considérant est ajouté et se lit comme suit " **Affirmant qu'il incombe au premier chef aux Hautes Parties contractantes, conformément au principe de subsidiarité, de garantir le respect des droits et libertés définis dans la présente convention et ses protocoles, et que, ce faisant, elles jouissent d'une marge d'appréciation, sous le contrôle de la Cour européenne des Droits de l'Homme instituée par la présente convention** ".

- Voir la conférence sur l'avenir de la cour européenne des droits de l'homme, déclaration de Brighton, 19 et 20 avril 2012, paragraphe 12(b).

- Voir aussi l'avis de la cour sur le projet de protocole n°15 à la convention européenne des droits de l'homme, adopté le 06/02/2013, article 01.

- Le Protocole n° 15 à la Convention est entré en vigueur le 1er août 2021, tous les États parties l'ayant signé et ratifié.

garde de la respecter dans d'autres espèces. En effet, alors qu'elle fait parfois fi des spécificités nationales, comme dans l'affaire Sedjić et Finci c Bosnie-Herzégovine¹

Elle se comporte également parfois comme un juge de quatrième instance. En effet, lorsqu'elle récuse la vision du juge national, il lui arrive d'oublier le principe de subsidiarité et la marge d'appréciation pour se livrer à un contrôle entier d'une affaire, comme dans Société Plon c France². Si la subsidiarité est problématique quand elle est oubliée, elle peut également être problématique lorsqu'elle nuit aux droits humains. En effet, le principe d'épuisement des voies de recours internes échoue parfois à pallier les manquements des avocats ou des juges nationaux, ce qui nuit à une protection effective des droits humains. Si la garantie d'une protection effective des droits humains est critiquable, la justification première de cette subsidiarité l'est également. En effet, elle est l'un des nombreux objectifs liés à la volonté de « désengorgement » de la Cour EDH. Si les problématiques pratiques liées au financement de la Cour sont évidentes, il semble que cela se fasse néanmoins au détriment de la fonction première de la Cour EDH : assurer que les droits humains soient respectés par les Hautes Parties Contractantes

II/ Une marge nationale d'appréciation nécessaire mais oubliée dans certaines espèces

A- La marge nationale d'appréciation : nécessité fonctionnelle et source de pluralisme

La marge nationale d'appréciation qui sous-tend le système de la Cour a été notamment examinée dans l'affaire Handyside contre Royaume-Uni. Le juge de Strasbourg rappelle qu'il « revêt un caractère subsidiaire par rapport aux systèmes nationaux de garantie des droits de l'Homme ». Ce caractère subsidiaire émane

¹- Cour EDH, GC, Sedjić et Finci c. Bosnie-Herzégovine, requêtes n°27996/06 et 34836/06, 22 décembre 2009

²- Cour EDH Société Plon contre France, 18 mai 2004

tout d'abord d'une « nécessité fonctionnelle »¹. En effet, les autorités nationales sont celles qui sont en contact direct avec les forces vives du pays, elles seront ainsi mieux placées pour déterminer ce qui ressort de l'ordre public et la nécessité d'une restriction à une liberté. Cette approche du juge européen est confirmée par le fait que dans son contrôle de proportionnalité, il ne revient que très rarement sur les objectifs avancés par un État pour justifier une limitation à un droit.

Cette marge d'appréciation est aussi une volonté de faire valoir le «pluralisme» émanant des Cours nationales. En effet, la Cour EDH ne veut pas nuire à la diversité des 47 EM qui composent le Conseil de l'Europe. Le système s'accompagne ainsi de particularismes locaux, comme en témoignent les arrêts *Lautsi c Italie*² et *S.A.S. c France*³ s'agissant de la liberté religieuse. Dans l'arrêt contre l'Italie, la Cour avait jugé qu'il était loisible aux écoles publiques d'accrocher des croix chrétiennes au-dessus des portes de classe. Dans l'arrêt *S.A.S.* la Cour a considéré que la vision française de la laïcité était particulière et n'a pas souhaité retenir une violation des articles 8, 9 et 14 combinés aux 8 et 9.

Dans une opinion dissidente, les juges Nußberger et Jäderblom regrettent la large marge d'appréciation laissée à la France. Ils admettent la « [particularité] de la situation française », « la tradition unificatrice des valeurs de la Révolution française », ainsi que le « très large consensus politique ayant présidé à l'adoption de la loi ».

Pour autant, et il est très important de le souligner, ils rappellent que la Cour est tenue de protéger les petites minorités contre toute ingérence disproportionnée.

¹- F. Sudre, *Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, commentaire de l'arrêt *Handisyde*, PUF Thémis, 6^{ème} édition mise à jour, Paris 2003, p. 76.

²- Cour EDH *Lautsi c. Italie*, 18 mars 2011

³- Cour EDH *S.A.S. c. France* 2014

B – L’absence de marge d’appréciation injustifiée comme menace pour la Paix

Si une très grande marge d’appréciation nuit aux libertés individuelles, l’absence de marge d’appréciation peut aussi leur être préjudiciable. Dans l’arrêt *Sedjic et Finci c Bosnie Herzégovine*¹, des requérants se sont portés devant la Cour pour une atteinte à leur droit à se porter candidat aux élections présidentielle et législative. La Cour a reconnu une violation de l’article 1 du protocole 12 et de l’article 14 combiné à 1P12. Dans cette affaire complexe, nous estimons que la Cour EDH n’a pas donné assez d’importance au contexte bosniaque très particulier, en omettant les tensions toujours présentes entre les communautés bosniaques, serbes et croates relevées sur place par des ONG.

Les requérants étaient respectivement d’origine ethnique juive et rom. Pour se présenter aux élections bosniaques, il était nécessaire de prêter en amont allégeance à l’une des 3 communautés bosniaques. Cette prestation d’allégeance permettait de respecter des quotas et il n’était pas nécessaire de prouver une quelconque appartenance mais simplement de se sentir davantage serbe, croate ou bosniaque. Pour autant, la Cour a balayé les arguments du gouvernement bosniaque d’un revers et a fait primer les droits des requérants sur la Paix. Malgré une très large majorité, cet arrêt perd de sa force en ce que la juge bosniaque Mijović fait partie de l’opinion partiellement dissidente et partiellement concordante. Craignant pour sa stabilité politique, la Bosnie- Herzégovine n’a pas exécuté cet arrêt, une espèce similaire s’est donc retrouvée en 2014 devant le prétoire de la Cour EDH². Outre le fait que la Cour a constaté également une violation, elle relève au §43 de l’arrêt que plus de 18 ans après la fin du conflit

¹- Cour EDH, GC, *Sedjic et Finci c. Bosnie-Herzégovine*, requêtes n°27996/06 et 34836/06, 22 décembre 2009

²- Cour EDH *Zornic c. Bosnie-Herzégovine*, requête n° 3681/06, 15 juillet 2014

tragique en Bosnie-herzégovine, il ne pourrait plus y avoir de raison pour que les dispositions constitutionnelles litigieuses soient maintenues.¹

Cette phrase démontre à elle seule l'incapacité de la Cour à pouvoir saisir les conséquences d'un conflit intra-étatique, qui ne peuvent disparaître simplement grâce au temps qui passe. La solution de cet arrêt est encore plus étonnante lorsqu'elle est mise en parallèle avec l'arrêt *Mathieu Mohin et Clerfayt c Belgique* de 1987², dans cet arrêt, la Cour avait reconnu les spécificités des communautés flamandes et wallonnes et la nécessité d'un système démocratique consociationaliste. Malheureusement pour la Bosnie-Herzégovine, cette marge d'appréciation ne lui a pas été reconnue.

Si le principe de subsidiarité s'illustre à travers la marge nationale d'appréciation, il existe procéduralement à travers l'épuisement des voies de recours internes prévu à l'article 35§1 de la CESDH. Cette garantie procédurale peut être source d'une garantie ou d'un obstacle à la protection des droits humains.

III/ La dualité de l'épuisement des voies de recours interne

A – L'épuisement des voies de recours interne comme source de protection des droits humains

Comme souligné par Jean-Marc Sauvé, l'épuisement des voies de recours internes permet une meilleure protection des droits humains. En effet, il permet à la Cour EDH de ne se prononcer qu'en cas de défaillance des États. Ainsi, la Cour n'est pas encombrée par des affaires qui peuvent être traitées en interne et dispose de plus de moyens pour les affaires les plus graves de violations.

Cette obligation de présenter sa demande devant les tribunaux nationaux en premier permet également au juge national d'assurer la cohérence et l'articulation

¹ -Traduction libre, l'arrêt n'ayant pas été traduit en français. Phrase d'origine «*However, now, more than eighteen years after the end of the tragic conflict, there could no longer be any reason for the maintenance of the contested constitutional provisions*».

² - Cour EDH *Mathieu Mohin et Clerfayt c. Belgique*, 1987

du droit de l'Union européenne et de la CESDH, en ce qu'il est le juge commun de ces deux systèmes. Afin d'assouplir cette condition et de ne pas permettre aux États d'échapper à leurs obligations grâce à un système défectueux, la Cour EDH a précisé cette condition d'épuisement des voies de recours internes. Les recours à épuiser sont ceux qui sont utiles i.e. les recours accessibles, adéquats, suffisants.

Cette interprétation souple pro victima de l'article 35§1 a été inaugurée par l'arrêt Akdivar et autres contre Turquie de 1996. La Cour a également admis qu'« un citoyen puisse épuiser les voies de recours internes par le relais d'une association mieux armée pour faire face à la complexité du litige ».¹

Ces assouplissements sont heureux en ce qu'ils garantissent une meilleure protection des droits. Malheureusement ils échouent à permettre une effectivité des droits, « deuxième pilier sur lequel repose le système de Strasbourg » comme rappelé par Jean-Paul Costa² et qui implique que la Convention vise à protéger des droits concrets et effectifs et non pas théoriques et illusoire.

B – L'épuisement des voies de recours interne comme obstacle à la réparation des droits humains

Le juge Martens souligne que la règle de l'épuisement des voies de recours interne conduit dans certaines espèces à priver les requérants de violation en raison de l'incompétence de leurs avocats ou des juges nationaux³. Cette règle est un « vestige de la réticence initiale de certains États à instituer une juridiction internationale chargée de garantir le respect [des engagements qu'ils avaient souscrit au titre de la Convention] ». Or, cela a changé, les États acceptent désormais la juridiction obligatoire de la Cour. Il avance que l'argument du non-

¹- Marguénaud J-P, La Cour européenne des droits de l'Homme, p.9 citant l'arrêt Cour EDH *Gorraiz Lizarraga c Espagne* 27 avril 2004.

²- Conférence devant le Conseil d'État, Cycle 2010-2011 : Le droit européen des droits de l'homme, « Le principe de subsidiarité et la protection européenne des droits de l'homme » Paris, 19 avril 2010 Intervention introductive de Jean-Paul Costa

³- Opinion dissidente dans l'arrêt Cour EDH *Ahmet Sadik contre Grèce* de 1996

épuisement des voies de recours internes est parfois avancé par les gouvernements puis accepté par la Cour pour éviter d'avoir à trancher une affaire au fond.

Il propose dans son opinion un système alternatif. Il serait en effet plus conforme au principe de subsidiarité et d'effectivité des droits humains de considérer que les voies de recours sont épuisées sous deux conditions. La première condition serait la saisine des juridictions internes des prétentions du requérant et l'exercice des recours existants. La seconde condition serait le fait que « les juridictions avaient la possibilité, voire l'obligation d'examiner l'affaire d'office au regard de la Convention ».

Ainsi, la condition d'épuisement des voies de recours interne serait grandement facilitée par le fait que les juges nationaux sont dans l'obligation d'appliquer les dispositions de la Convention. En effet, c'est là que l'entier principe de subsidiarité réside : les juges nationaux sont les premiers à devoir appliquer les dispositions de la Convention. Il apparaît donc largement hypocrite d'exciper devant la Cour EDH d'un non-épuisement des voies de recours internes lorsque c'est le juge qui a failli à son obligation d'appliquer le droit de la CESDH.

L'approche du juge Martens nous apparaît plus conforme à une vision de la Cour EDH comme une Cour garantissant l'effectivité des droits humains. Malheureusement et comme développé dans cette présentation, le principe de subsidiarité et la marge nationale d'appréciation sont trop souvent invoqués pour des raisons politiques et non juridiques.

Conclusion:

L'adoption du quinzième protocole est intervenue comme les derniers développements que les pays européens cherchent à perpétuer sur le continent européen, cherchant à modifier et à activer le système de contrôle de la mise en œuvre des dispositions de la Convention européenne; là où le protocole est venu

renforcer deux principes importants, à savoir le principe de subsidiarité et le principe de la marge d'appréciation ; et la cohérence dans la jurisprudence de la Cour européenne.

Liste des sources et références:

Livres

- F. Sudre, Les Grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme, commentaire de l'arrêt Handyside, PUF Thémis, 6^{ème} édition mise à jour, Paris 2003
- L. HENNEBEL et H. TIGROUDJA, Traité de droit international des droits de l'homme, Paris, Pedone, 2e édition, 2018,

Articles

- Lorraine Dumont, "Le protocole 15 à la Convention européenne des droits de l'homme : renforcement ou affaiblissement de la garantie des droits fondamentaux ?", La Revue des droits de l'homme [Online], Actualités Droits-Libertés, Online since 11 October 2021, connection on 06 December 2021. URL: <http://journals.openedition.org/revdh/12980>; DOI:

Conférences et rapports

- La conférence sur l'avenir de la cour européenne des droits de l'homme déclaration de Brighton, 19 et 20 avril 2012, paragraphe 12(b).
- Avis de la cour sur le projet de protocole n°15 à la convention européenne des droits de l'homme, adopté le 06/02/2013, article 01.

Rapport explicatif du protocole 15.

Traités et protocoles

- Le Protocole n° 15 à la Convention est entré en vigueur le 1er août 2021, tous les États parties l'ayant signé et ratifié.